

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

FACULDADE DE
DIREITO

Mariana Chini

CANIBAL DE ROTHENBURG: UM ESTUDO SOBRE OS
LIMITES DA LIBERDADE

Sarandi

2016

Mariana Chini

CANIBAL DE ROTHENBURG: UM ESTUDO SOBRE OS
LIMITES DA LIBERDADE

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Rodrigo Graeff.

Sarandi

2016

“Dedico com muito amor este trabalho a meus ‘mais que pais’, meus amigos e mestres, Inesio e Loreni, que me ensinaram tudo o que é necessário para ser uma pessoa digna e honesta, a meu irmão Cleber, que compartilha comigo os momentos mais especiais de minha vida e sempre me apoia nas situações difíceis, e a meu namorado Carlos, que me ensina a ser uma pessoa melhor. Com profundo carinho, respeito e admiração, o dedico a meus maiores mestres dentro da arte jurídica Fábio Bussolaro e Jorge André Ortolan, que perdoaram meus atrasos e divagações no trabalho, mas que, principalmente, me mostraram através de atos que tanto na arte do direito quanto na vida pessoal nunca se deve perder a ética e o respeito com a verdade. A todos os professores que passaram por minha vida, em especial, ao Prof. Me. Renato Fioreze, que despertou em mim a curiosidade pelo tema aqui exposto, e o qual é dono de uma mente tão brilhante que elogios tornam-se difíceis de formular, e ao Prof. Rodrigo Graeff, que possui o dom do ensino pulsando em suas veias de um modo tão superlativo, singular e irretocável que desperta em seus alunos muito mais do que a busca pelo conhecimento, desperta a busca pelo sentido da existência. Muito obrigada!”

“Existe uma lenda acerca de um pássaro que só canta uma vez na vida, com mais suavidade que qualquer outra criatura sobre a terra. A partir do momento em que deixa o ninho, começa a procurar um espinheiro-alvar e só descansa quando o encontra. Depois, cantando entre os galhos selvagens, empala-se no acúleo mais agudo e mais comprido. E, morrendo, sublima a própria agonia e despede um canto mais belo que o da cotovia e o do rouxinol. Um canto superlativo, cujo preço é a existência. Mas o mundo inteiro para para ouvi-lo, e Deus sorri no céu. Pois o melhor só se adquire à custa de um grande sofrimento... Pelo menos é o que diz a lenda”.

Colleen McCullough

RESUMO

Apesar da evolução humana em muitos aspectos da sociedade, há ainda muito de primitivo no homem. O presente trabalho tem como objetivo apresentar um estudo de caso que traz à tona esse lado animalesco do ser humano aqui demonstrado em forma de canibalismo, tentando também compreender como o direito deve se portar em casos como este, tanto em relação à defesa dos bens jurídicos tutelados quanto em relação à punição que deve ser aplicada a quem fere esses bens jurídicos. Ademais, o presente trabalho visa demonstrar qual é a importância das leis penais em uma sociedade que aparenta ser civilizada, mas ainda esconde traços tão antigos e animalescos, que ferem não só os *direitos humanos* como também a própria *humanidade* em si mesma.

Palavras-chave: Bens jurídicos tutelados. Canibalismo. Direitos Humanos. Leis Penais. Punição.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	A ORIGEM DO DIREITO.....	8
2.1	A origem religiosa do Direito: Das sociedades primitivas ao Estado Moderno.....	8
2.2	A vida como bem jurídico tutelado.....	18
2.3	Liberdade de disposição da vida perante o Direito e perante a Filosofia.....	25
3	O CANIBAL DE ROTENBURG.....	32
3.1	O caso.....	32
3.2	A hostilidade de Meiwes e a conduta vitimógena de Brandes.....	40
3.3	Autonomia de vontades, ou crime?.....	46
4	CONCLUSÃO.....	52
	REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2001, em Rothenburg ob der Tauber, na Alemanha, dois seres humanos, aparentemente civilizados, cometem um ato digno da Idade Antiga, que não costuma vir à tona na sociedade contemporânea, devido ao fato de que tanto os rituais religiosos, quanto a maior parte das tribos indígenas que o utilizavam abandonaram tal rito: o canibalismo.

Embora esses rituais ainda possam ocorrer em algumas tribos indígenas isoladas, das quais a sociedade supostamente civilizada não tem acesso à informação, isso não costuma aparecer no cenário social tecnológico e regido por leis em que se vive. Sendo que o canibalismo sequer está tipificado no direito penal contemporâneo, seja brasileiro ou alemão.

O aterrorizante ato chocou a sociedade alemã e provocou repulsa e antagonismo por parte dos cidadãos do lugar, que é considerado a cidade medieval mais preservada e romântica da Alemanha: Rothenburg ob der Tauber, onde vivia Armin Meiwes, que ficou popularmente conhecido como o canibal de Rothenburg.

Talvez tenha sido a aparência medieval do lugar, talvez tenha sido a infância solitária e triste de Armin Meiwes, ou talvez, não tenha sido nenhuma destas coisas que o levou a procurar na *deep web*¹ alguém para consumir. O que se sabe é que seu ato não se deu através de um sequestro ou coação, já que Bernd Jürgen Armando Brandes, denominado como vítima, foi até Rothenburg encontrar-se com Armin especialmente para ser devorado por ele.

O presente trabalho tem, então, a intenção de compreender quais são os verdadeiros papéis de Armin Meiwes e Bernd Brandes neste caso e como ambos conseguiram arquitetar tal encontro sem que houvesse testemunhas de suas intenções, além de buscar saber como este ato repercutiu em termos de punição pelo direito penal alemão, ainda, comparando-o com o direito penal brasileiro.

Ademais, busca-se aqui refazer em linhas gerais o percurso que deu origem ao direito, o qual é em muito influenciado pela religião, investigando também, porque o direito penal contemporâneo apresenta proteção a certos direitos em detrimento de outros, quais são estes e porque são tão importantes.

¹ “Expressão em inglês que quer dizer “**Internet Profunda**”, na tradução literal para a língua portuguesa. É uma **zona da internet constituída por um conjunto de sites, fóruns e comunidades que não podem ser detectados pelos tradicionais motores de busca**, como o Google ou o Bing, por exemplo” (Disponível em: <http://www.significados.com.br/deep-web/>).

Quanto aos direitos humanos, pretende-se analisar o que os fez surgir com tanto afinco na sociedade e porque devem ser respeitados e protegidos. Além disso, pretende-se discutir o que é a liberdade individual, qual a sua importância e porque tantas vezes esta é suplantada pelo direito para garantir o direito à vida de outros seres humanos. A hermenêutica será dividida em jurídica e filosófica e a partir disto serão discutidas as situações aqui em voga, levando em consideração os dois aspectos da interpretação, com o objetivo de entender porque o direito invade certos liames da vida privada e social dos seres humanos, enquanto donos de personalidades e filosofias de vida distintas.

2 A ORIGEM DO DIREITO

Contemporaneamente, o direito brasileiro, assim como de muitos outros Estados, é laico, e isso traz certa dificuldade em imaginar que este possa ter nascido justamente por influência da religião, sendo que a mesma foi, na Antiguidade, a única fonte de resolução de conflitos existente. Por obra da influência religiosa o direito tomou forma e depois de formado permaneceu em constante mutação, vindo a trazer para a sociedade o ideal de bens jurídicos tutelados.

2.1 A origem religiosa do Direito: Das sociedades primitivas ao Estado Moderno

As entidades religiosas e estatais ainda tem uma ligação extremamente forte entre elas, mesmo na contemporaneidade, sendo que Religião e Estado são as entidades fundadoras das sociedades, e como tais, ao longo do tempo embasaram seus ideais em torno de normas e leis que formam o que hoje chamamos de Direito, sendo que a relação entre Estado e Religião são parte ativa nas discussões jurídico filosóficas presentes no século XXI, de modo que ainda hoje existem Guerras Santas ao redor de todo o mundo, as quais têm ganhado grande poder de destruição devido aos avanços tecnológicos na área bélica.

Esse tema diz respeito a algo que é considerado irracional, por não se ter como provar por meio da ciência, mas mesmo quem não possui o objeto deste tema, que ainda hoje - por mais que se tente - não foi explicado racionalmente: a Fé, vê-se inclinado a compreender a relação entre Religião e Estado em nossa sociedade, e desse modo, enxergar a influência religiosa nas bases do Direito.

Falar-se-á da formação do Direito dentro do Estado com base na influência religiosa em algumas das fases formadoras do Estado, começando com a do Estado Antigo, que é marcada pela concentração de poderes nas mãos de um único ente: o Imperador. Este era considerado como o privilegiado por um poder divino, o qual dava a ele a liberdade, o direito e o dever de comandar os demais. Conforme se pronuncia Dallari:

Há, entretanto, duas marcas fundamentais, características do Estado desse período: a natureza unitária e a religiosidade. Quanto à primeira, verifica-se que o Estado Antigo sempre aparece como uma unidade geral, não admitindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções. A ideia da natureza unitária é permanente, persistindo durante toda a evolução política da Antiguidade. Quanto à presença do fator religioso, é tão marcante que muitos autores entendem que o Estado desse período pode ser qualificado como Estado Teocrático. A influência predominante foi religiosa, afirmando-se a autoridade dos governantes e as normas de comportamento individual e coletivo como expressões da vontade de um poder divino. (DALLARI, 2006, p. 62).

O fato de o Estado Antigo ser considerado uma unidade geral, sem divisões interiores, significa dizer que não existia a ideia de estados divididos por territórios e governos distintos dentro de um mesmo país, o Estado era uno, e assim também, unicamente governado. A legitimidade dessa governança vinha então da marca religiosa extremamente presente neste período, que fazia do Imperador um porta-voz do poder de Deus, ou dos deuses, e é essa característica que dá a esse tipo de Estado o nome de Teocrático.

Passando do Estado Antigo para o Estado Egípcio também se podem notar as estreitas relações religiosas com o comando do Estado, e principalmente, com o Direito, que era formado pela legislação do faraó, o qual “era um monarca absoluto, cujas decisões tinham caráter de lei”, sendo que seu poder era tão relevante que “uma expressão egípcia equivalente a ‘justiça’ era ‘o que o faraó gosta’, assim como ‘crime’ era designado pela expressão ‘o que o faraó detesta’”, isso porque, na religião egípcia o faraó era equivalente a um deus, na presença do qual os súditos se curvavam, e o qual desposava a própria irmã com o intento de que seus herdeiros também possuíssem sangue divino. Ainda, “em sinal de respeito, os súditos jamais se referiam ao faraó pelo nome, e sim por meio de nomes oficiais, como per-aá, que significa ‘casa grande’ e é onde surgiu a palavra ‘faraó’” (CHALITA, 2005, p. 34).

Aqui se pode notar que a influência religiosa ia além de uma simples crença pregada em cultos, era sim, uma crença tão grande e tão forte de que o faraó era realmente um deus, que os cultos prestados aos demais deuses eram alastrados até a sua figura, e esse recebia as mesmas honras que os demais. Note-se que a ideia da divindade faraônica era tão engessada e entrelaçada ao fator descendência que o faraó casava-se com sua própria irmã, pois esta também possuiria sangue divino, e assim, os herdeiros do trono continuariam sendo deuses (CHALITA, 2005, p. 34).

A ideia de incesto aqui sequer se configura, pois para os antigos egípcios não se estava falando de homens e mulheres normais, mas sim de deuses, que após a morte carnal

ressuscitariam em sua imortalidade, daí a necessidade de mumificarem-se os corpos dos faraós e construírem-se enormes pirâmides para seu bem-estar, sendo que a ideia de mumificação só se alastrou aos demais egípcios com o passar do tempo, e quando a divindade do faraó já era questionada pelos súditos.

Importante frisar que quanto às decisões do faraó terem caráter de lei, isso é o que demonstra a intrínseca relação entre Religião, Estado e Direito. A Religião era o que dava ao faraó o poder de governar, o Estado era então governado por ele, e o Direito era feito e comandado simplesmente por sua mera vontade.

Já na Mesopotâmia, a ideia de unidade vista no Estado Egípcio, só foi implantada com o Rei Hamurabi, que se utilizou da língua, da religião e do direito para conseguir uma unificação estatal, sendo que o “acádio tornou-se língua oficial” e “o panteão de deuses fixou-se”, tendo ainda sido feito o Código de Hamurabi “utilizando-se de toda legislação precedente”, de modo que “este teve uma penetração e uma utilização surpreendente e sem paralelos na história: mil anos depois de sua redação era aplicado na Babilônia e em Nínive, por exemplo” (CASTRO, 2006, p. 14).

Aqui se tem o auge da ideia de leis escritas nos povos antigos: o Código de Hamurabi. Foi a partir deste código que os povos mesopotâmicos se uniram, além da imposição de uma só língua e de uma só religião baseada nos deuses. É assim que se inicia um Direito que apresenta mais similaridades com o contemporâneo, fundado em um código de leis, as quais, é claro, necessitaram se embasar nas formas de Direito anteriores para alcançar esse patamar tão vigoroso.

Há uma diferenciação, porém, entre a ideia do faraó-deus egípcio e do rei enviado e iluminado por Deus mesopotâmico, pois este segundo preocupava-se em fazer prosperar nas cidades “a justiça, a ordem e a paz”, tendo códigos que geralmente falavam sobre sua conduta como guardião da cidade e de seu povo, sendo divinizado apenas de forma excepcional, pois o rei era tão somente aquele sobre o qual Deus teria inspirado uma escolha, e o qual, era “guiado por presságios, oráculos e sonhos”, interpretando a vontade divina e sendo aquele por meio do qual “Deus declara o direito como legislador ou como juiz, declara a guerra ou conclui tratados” (KLABIN, 2004, p. 61).

A ideia primordial do Código era a justiça, a ordem e a paz, e a partir disso nota-se que a verdadeira preocupação deste era com o poder do rei, e seu dever de garantir a prosperidade

do povo. Além disso, retrata a grande diferença entre os egípcios e os mesopotâmicos antigos: para os primeiros, o faraó era um deus; para os segundos, o rei é apenas um enviado de Deus, iluminado e guiado por Ele, mas propenso a interpretar a vontade divina de forma incorreta, e por isso, o rei demonstra seu temor e respeito pela divindade.

Já a civilização indiana, difere em muito das demais civilizações:

A civilização da Índia repousa sobre fundamentos diferentes dos da civilização da cristandade ou do islã. Cristãos, muçulmanos e judeus encontram na Sagrada Escritura o princípio básico de que os homens, dotados de alma, têm valor igual perante Deus, à imagem do qual foram criados. O hinduísmo rejeita esta noção fundamental do Ocidente. Para ele o “homem” é uma simples abstração; há somente “homens” definidos para a categoria social a que pertencem pelo seu nascimento. As diversas categorias de homens são complementares e hierarquizadas, de forma que aos homens pertencentes a cada uma delas correspondem direitos, deveres e mesmo uma moral específica que lhes é própria. As regras que regulam o comportamento dos homens estão expostas em obras, denominadas sastras, de três espécies diferentes, correspondentes às motivações que podem determinar este comportamento: virtude, interesse e prazer. Certas sastras ensinam aos homens como estes se devem conduzir para serem justos; é a ciência do dharma. Outros ensinam aos homens a maneira de enriquecer e ao príncipe a arte de governar: é o artha, ciência do útil e da política. Outros, finalmente, desenvolvem uma ciência do prazer: é o kama. (DAVID, 2002, p. 547).

Percebe-se aqui uma grande virada de pensamentos e cultura, que baseia toda sua sociedade em castas, e aponta a família de nascimento das pessoas como definidora de sua função na sociedade, independentemente de virtudes pessoais que possam ser despertadas em cada ser humano. Para os hindus essas virtudes seriam inexistentes, e o dever de cada um para com os deuses era o de seguir sua casta e cumprir sua função no mundo. Quanto à forma de governo dessa civilização:

Dentro desta realeza o rajá (rei, chefe ou senhor da aldeia) exerce sua autoridade em uma só aldeia, num grupo de aldeias ou, por fim, num vasto território, o que demonstra claramente não uma unidade, mas sim uma descentralização de poder no Estado Hindu. Cada rajá era independente em relação a outros rajás, e eles apenas deviam seguir e respeitar o seu dharma (livro que ensina como “ser justo”) dando aos súditos proteção e segurança, usando da sua força inata que lhe foi dada por Brahma quando da criação do mundo, transmitindo aos seus herdeiros essa função. Pode-se afirmar, portanto, que no Estado Hindu existe o poder da rajá, divindade do Deus Brahma na terra, que representava a casta dos Ksatryas proveniente dos braços de Brahma; assim, temos mais um Estado de feição teocrático onde cada rajá governava sua circunscrição política com funções definidas no Código de Manu e, para bem “governar e distribuir justiça, deve recorrer à assistência de brâmanes entendidos”; estes, provenientes da Cabeça do Deus Brahma. (SCALQUETTE, 2013, p. 13 e 14).

Essa civilização é, portanto, diferente da pertencente ao Estado Antigo que possuía uma unificação. Aqui se encontram reis (chamados de rajá), que são responsáveis apenas por sua aldeia, a qual fazia parte de um grupo maior de aldeias, com poderes descentralizados. A semelhança entre estes reis era a de que eles deviam seguir o livro que os ensina a ser justos, para assim proteger seu povo e influenciá-lo a utilizar a força dada a ele por meio de seu deus.

As leis, entretanto, eram definidas no chamado Código de Manu, e nesse sentido, todos os reis, ou rajás, deveriam seguir seus preceitos. Está aí mais uma evidente demonstração de ligação entre Religião e Direito na formação do Estado.

Assim como os hindus, pode-se dizer que os hebreus também eram divididos em tribos, de modo que “a princípio, se dividiam em tribos de acordo com o número de filhos de Jacó (12)”, as quais se subdividiam em famílias e tinham toda a organização política e social em torno desta situação de precedência. Assim, “das doze tribos, onze cuidavam, basicamente, da agricultura e do pastoreio”, sendo que “a décima segunda não tinha terras, era a tribo dos levitas que tinham funções sacerdotais”, sendo despidos de propriedades e vivendo da parte que lhes cabia das oferendas do templo (CASTRO, 2006, p.28).

Outra importante constatação sobre o povo hebreu em termos religiosos é que esse é um dos primeiros povos considerados monoteístas, diferentemente dos citados até aqui, os quais acreditavam e cultuavam vários deuses, o povo hebreu acredita e cultua apenas um, e suas leis são ditadas apenas por esse Deus.

Os hebreus passaram por diferentes formações no Estado e modos diversos de vida, começando em tribos, e depois sendo unificados em torno de um rei, o primeiro deles Saul, seguido por grandes nomes como Davi e Salomão, muito conhecidos ao longo da história, mas “além dos reis, o Estado de Israel conheceu os profetas – que recebiam inspiração de Jeová – e, por isso, suas palavras eram respeitadas por todos, inclusive pelos reis.” (SCALQUETTE, 2013. p. 16). Ou seja, para os povos hebreus o rei não era uma divindade, como para os povos egípcios, mas sim, um ungido de Deus, que deveria ouvir suas instruções e seguir seus mandamentos, necessitando para isso respeitar e ouvir os profetas enviados por seu Deus.

O Estado Grego, por sua vez, foi o responsável por uma das concepções mais importantes e ao mesmo tempo mais controversas e não compreendidas da história: a

concepção de democracia. Mas a diferença principal entre esse Estado e os demais está no fato de que Estado e Religião, mesmo na antiguidade, não se confundiam completamente:

A Polis era uma associação política e ao mesmo tempo uma comunidade religiosa, mas não se confundiam Estado e Religião nas mesmas instituições. As divindades gregas não conferiam caráter místico à autoridade, como ocorria nas monarquias orientais. Não obstante, a Polis era de certo modo onipotente, e seu poder só encontrava limites na intervenção do povo – demos – nos negócios estatais e na distribuição da justiça. Os Estados-Cidades eram numerosos e, conseqüentemente, contavam com reduzida capacidade de expansão. Por esse motivo, instituíram o sistema de hegemonia, formando Confederação de Estados. Instituiu-se o Senado em cada Polis, Assembleias Regionais para a liga das confederações e Assembleia Geral de representação dos Estados gregos, como a anfitriônica de caráter confederal amplo. (MALUF, 2006. p. 98).

Nesse Estado a religiosidade não era abandonada, muito pelo contrário, o culto aos deuses era muito importante e imprescindível, mas no que se tratava de Estado, as confederações políticas eram divididas em Senados e Assembleias Regionais em cada pólis – como eram chamadas as cidades gregas -, sendo que a participação de vários governantes dava caráter mais humano e propriamente político às relações sociais.

É claro que as legislações dos gregos eram baseadas na religiosidade, mas a concepção de um rei-deus não era presente nesse Estado. Quanto a isso Jean-Cassien Billier, revela:

O ponto máximo da paixão grega pelo direito no que ele tem de mais positivo, a obra dos legisladores, permanece ancorado a uma fonte divina. Entre os séculos VII e VI a.C., a elaboração do direito é colocada sob os auspícios do deus oracular de Delfos: Apolo. E quando Licurgo deve fixar as leis da cidade (Esparta), ele o faz recebendo a rhetra, o oráculo de Apolo. (BILLIER, MARYIOLI, 2005, p. 57).

Licurgo foi o primeiro legislador de Esparta, o qual foi encarregado de positivar as leis da pólis sob as instruções do oráculo de Apolo. Como dito acima, a religiosidade tinha caráter de inspirar e orientar os governantes da cidade, mas não havia um rei-deus que fosse ao mesmo tempo rei, legislador e expressão da divindade na terra. Por isso era necessário que as leis fossem formadas de modo a possibilitar que todos os participantes das Assembleias e do Senado tivessem algo em que se basear, para desse modo, promover a justiça com a aprovação dos deuses (BILLIER, MARYIOLI, 2005, p. 57).

No Estado Romano, por sua vez, assim como no Estado Hindu, a divisão de classes também era muito importante, mas os critérios dessa divisão não se davam apenas pela família de nascimento propriamente dita, mas pela riqueza e status familiar, cidadania e estado de liberdade. Nessa sociedade existiam três fatores primordiais para dividir as classes, sendo eles; “a riqueza ou falta dela – status familiae”, “cidadania ou não – status civitatis”, e por fim, “liberdade ou inexistência dela – status libertatis”, de forma que “no primeiro caso tínhamos a sociedade dividida entre ricos, em número reduzido – os patrícios (a raiz da palavra é pater = pais da pátria), que formavam a classe aristocrática” e no segundo caso, “a classe dos pobres em grande número – os plebeus (a raiz da palavra plebs = multidão)” (KLABIN, 2004. p. 188).

Nesse Estado o poder do pater famílias era supremo em relação à sua esposa, filhos e escravos, o chefe da família tinha poder sobre todas essas pessoas, e era ele o único que podia ser considerado cidadão.

O direito – ius –, criado pela nação romana, sujeitava-se à lei divina – fas –, da qual derivava seu poder. A lei em Roma também se submetia a limites formais decorrentes do direito dos auspícios. As leis contrárias aos auspícios caracterizavam-se como viciadas e nulas, corroborando a íntima vinculação entre jus e fas. (SOLON, 2009, p. 20).

Os auspícios dos quais Solon fala, nada mais são do que as permissões e orientações dos deuses para que se criassem e cumprissem determinadas leis ou não. O povo romano tinha muita ligação religiosa com os deuses, sendo que os cultuavam até mesmo dentro de casa, sendo uma espécie de obrigação religiosa ter locais dentro de casa para prestar estes cultos. No tocante ao que Solon diz sobre o *ius* e o *fas*, Fillardi nos explica o que isso quer dizer:

Estabelecido, pois, de acordo com Ulpiano, seguindo o elegante Celsus, que o Direito é a arte do bom e do equitativo, situa-se o jus na esfera do que é permitido pela Cidade. Jus é, portanto, nosso atual Direito. A Religião, de sua parte, abrange a esfera do faz, ou seja, aquilo que é permitido pelas divindades. Conseqüentemente, jus é o domínio dos homens, enquanto faz é do reinado de Deus; no primeiro caso temos os jus humanum; no segundo, o jus dias propícios (fastos) e não propícios (nefastos), ruins, ou, ainda, acontecimentos desagradáveis. De outra parte, é forçoso salientar o termo justitia, cujo significado é procura constante no sentido de dar a cada um o que é seu, ao lado do jus, ou Direito, que é a norma de conduta imposta coercitivamente pelo Estado. (FILARDI, 1999, p. 26-27).

O *ius* é então a ideia de Direito, ou seja, do que a Cidade permite, enquanto o *fas* é a ideia do que os deuses permitem ao homem fazer. Mas a partir do momento em que a República começa a surgir no Estado Romano, as condições de primazia da religião vão declinando e abrindo espaço para o interesse público.

O governo foi, durante muito tempo, levado adiante apenas pelos princípios religiosos, e já começava a se encontrar a necessidade de substituir estes princípios para reger melhor as sociedades, “colocando-as, tanto quanto possível, ao abrigo das flutuações e conflitos. O princípio sobre o qual o governo da cidade foi erigido, daí por diante, foi o interesse público” (FUSTEL DE COULANGES, 2003. p. 291).

Continuando na linha histórico-evolutiva do Direito perante as religiões, tem-se o que foi chamado de Estado Medieval, compreendido na famosa “Idade das Trevas” ou “Idade Média”, período esse, que se dá “entre a queda do Império Romano do Ocidente em 476 e a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos no ano de 1453” (SCALQUETTE, 2013, p. 43).

Esse Estado Medieval se formou conjuntamente com o florescimento da Igreja Romana, e com a imposição da cristandade para os povos bárbaros, sendo que na antiguidade a Religião e o Estado eram considerados uma só coisa, com deuses que governavam povos, e códigos que regulavam “as relações entre os homens e os deveres para com os deuses da cidade”. Assim, a religião mandava “no Estado e lhe designava os chefes pela voz do sorteio ou pela dos áuspices; o Estado, por sua vez, intervinha no domínio da consciência e punia toda infração aos ritos e ao culto da cidade” (FUSTEL DE COULANGES, 2003. p. 356). Ainda, no que diz respeito ao cristianismo:

Jesus Cristo ensina que seu reino não é deste mundo, e separa a religião do governo. A religião, deixando de ser terrena, mistura-se o menos possível às coisas da terra. Jesus Cristo acrescenta: “Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”. É a primeira vez que se distingue tão nitidamente Deus do Estado. Pois César, nessa época, era ainda o sumo pontífice, o chefe e principal órgão da religião romana; era o guardião e intérprete das crenças e tinha nas mãos o culto e o dogma. Sua própria pessoa era divina, pois era precisamente uma das características dos imperadores que, querendo retomar as atribuições da antiga realeza, não podiam esquecer o caráter divino que a antiguidade da antiga realeza atribuía aos reis-pontífices e aos sacerdotes-fundadores. Mas eis que Jesus Cristo rompe a aliança que o paganismo e o império queriam renovar e proclama que a religião não é mais o Estado e obedecer a César não é o mesmo que obedecer a Deus. O cristianismo consegue eliminar os cultos locais, extingue os prítaneus, acaba, definitivamente, com as divindades políadas. Faz mais ainda: não toma para si o domínio que esses cultos tinham exercido sobre a sociedade civil. Professa nada haver em comum entre Estado e

religião e separa tudo o que a antiguidade havia confundido. (FUSTEL DE COULANGES, 2003, p. 356-357).

Ocorre então uma espécie de separação entre Estado e Religião, mas essa separação não vai durar muito tempo, pois os papas começam a ter influência perante os monarcas medievais, unguindo-os, e derrubando por terra o ensinamento de Cristo, o qual, obviamente, deveria ser o centro do Cristianismo. O que acontece então, é que os papas tinham certos privilégios em relação a status pelo seu poder espiritual, sendo que o rei não recebia mais a unção diretamente de Deus, e sim das mãos do Bispo, sendo “consagrado no ato de sua investidura e unguido ao pé do altar. Daí a sua subordinação ao poder espiritual, considerado originário e superior” (MALUF, 2006, p. 112), ou seja, o do papa.

O rei então é visto como um enviado de Deus, e nesse papel, possui a reverência total dos súditos, que além de tementes ao poder terreno do rei, temiam o seu poder espiritual, já que este era considerado unguido de Deus. O rei só não era considerado maior do que os sacerdotes cristãos de altos cargos, como bispos e o papa, pois estes tinham o poder de destituir o rei de sua posição, caso este se voltasse contra a Igreja. Foi o que aconteceu no episódio de Canossa, onde o Imperador Henrique IV “recusou-se a reconhecer os direitos da Igreja no tocante à nomeação dos Bispos, insistindo em manter o processo de investidura secular que vigorava há dois séculos”. O então papa, Hildebrando, “o excomungou e o declarou deposto do trono. Henrique IV resistiu, mas premido pela crescente revolta dos nobres, teve que se submeter ao Papa” (MALUF, 2006, p. 112-113).

É com o período do Renascimento que o papel religioso vai perdendo sua força perante o Estado e perante o Direito, sendo um momento em que há uma grande busca por conhecimento e uma enorme vontade de derrubar os dogmas da época medieval, sendo que “o homem começa a ocupar um novo lugar na história. Não se trata simplesmente de um espectador, mas de um agente social que vai construir um novo momento da história – a Era moderna” (CHALITA, 2005, p. 77).

E assim, no Estado Moderno é que nascem as noções de Povo, Estado e Soberania, com Estado e Religião novamente se separando, e com um ideal pioneiro no sentido de laicidade, começando uma forma de Estado mais semelhante à contemporânea, onde governo e religião não mais se misturam, e o Estado passa a aceitar que cada um cultue sua própria religião, também trazendo para o Direito uma nova autonomia, mais baseada nos interesses sociais da época, do que nos interesses de deuses ou soberanos.

A partir daqui falar-se-á dessa nova forma de Direito, mais ligada às concepções sociais do que às religiosas, e ver-se-á como um dos muitos bens jurídicos tutelados pelo Estado atual é garantido pelo Direito, bem jurídico esse, chamado: Vida.

2.2 A vida como bem jurídico tutelado

As formações dos Estados antigos e medievais, como dito anteriormente, eram baseadas na religiosidade dos povos, e por conta disso, a visão das pessoas sobre o mundo era teocêntrica, com Deus e o sobrenatural ditando as regras e elegendo as pessoas escolhidas para servir ou para governar. Esse era o pensamento que rodeava as pessoas desde as sociedades primitivas até as medievais, e que não abria espaço para a figura do ser humano como portador de capacidades úteis à formação do Estado.

Com o passar do tempo, porém, houve uma mudança de paradigma, e o homem passou a ser centro, o Estado, enfim, deu abertura ao antropocentrismo e o homem ganhou espaço como o grande ser racional que é. Essa mudança deve-se muito ao chamado “Iluminismo”, o qual, foi um “movimento de ideias que dominou o século XVII e XVIII”, tendo, de um lado, “a afirmação da existência de direitos inerentes a condição humana”, e de outro, “a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados” (LUISI, 2003, p. 46 e 47).

Com isso, surgem as figuras de grandes filósofos que foram extremamente importantes para o movimento iluminista e para a constituição de um Estado formado por cidadãos, que se baseia em uma espécie de *contrato* e cria o que hoje chamamos de direitos humanos. Exemplo destes filósofos são: John Locke, Samuel Puffendorf, Jean Jacques Rousseau, Thomás Hobbes e Montesquieu, os quais, embora com suas diferenças, carregavam a concepção de que “o homem deixa de ser súdito, e passa a ser cidadão. É agente ativo na modelagem de seu espaço social e político”. E “revivendo a teoria do contrato social, - mas dando-lhe uma feição heurística estes autores entendem que o Estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato”, nascendo assim, “nesta quadra da história o que hoje chamamos direitos humanos” (LUISI, 2003. p. 102).

Hobbes é o criador da famosa frase guerra de todos contra todos, que é a forma como ele explica a convivência no chamado: estado de natureza. Para ele, os homens na medida em que começam a sentirem-se ameaçados uns pelos outros, passam a tomar maiores precauções em relação à sua convivência coletiva, e inserem-se em um estado de autopreservação. A famosa frase de Hobbes é explicada pelo seguinte pensamento do filósofo:

[...] não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto; conseqüentemente nem cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover

e remover as coisas que precisam de grande força; não há conhecimento da face da Terra, nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior do que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta. E a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta. (HOBBS, 1974, p. 80).

Para ele, o estado de natureza não possuía nenhuma das comodidades e conhecimentos que advém somente com a formação da sociedade, e, portanto, o homem leva uma vida solitária, a qual, a partir do momento em que se encontra cercada pela convivência com outros passa a ser perigosa, e o homem com medo constante do “perigo de morte violenta”, passa a necessitar de regras que ditem seu convívio com os outros e que garantam e protejam sua vida, assim para ele surge a lei, que é: [...] um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la. (HOBBS, 1974, p. 114).

Para Locke, porém, o estado de natureza tem outro viés, ele é um estado de igualdade, em que os homens têm a “perfeita liberdade” de regular suas ações e dispor seus bens “conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem.” (LOCKE, 1988, p. 35). Sendo que a sociedade civil surge quando “qualquer número de homens, no estado de natureza, entra em sociedade para constituir um povo, um corpo político, sob um governo supremo”, que recebe deles “a autoridade para resolver todas as controvérsias” (LOCKE, 1988, p. 67).

Já para Rousseau, a ideia de contrato social é de que ele consiste na “alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda.” Surgindo, desse modo, “um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por este mesmo ato, ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade.” (ROUSSEAU, 1999, p. 71).

Segundo o mesmo autor, em seu *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*:

O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não poupou ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: ‘Defendei-vos de ouvir esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém!’ (ROUSSEAU, 2000, p. 87).

Ou seja, para Rousseau, existe a necessidade de que se faça um contrato social, pois o homem saiu de seu estado de natureza e de igual divisão dos frutos da terra para passar a demarcar territórios e bens como “particulares”. Assim nasceu a necessidade naqueles que se apossaram de bens: de mantê-los; e a esperança naqueles que ficaram subjugados: de um dia também virem a ser possuidores de algo. E é por essa razão que aceitam os grilhões impostos pelos então proprietários: “Os cidadãos só se deixam oprimir quando, levados por uma ambição cega e olhando mais abaixo do que acima de si mesmos, a dominação torna-se-lhes mais cara do que a independência e quando consentem em carregar grilhões para por sua vez poder aplicá-los” (ROUSSEAU, 2000, p. 110).

Entretanto, por mais que os grandes filósofos iluministas já pensassem em uma tutela da vida, a grande preocupação com os bens jurídicos tutelados, principalmente esta, surge com maior vigor, após as duas Grandes Guerras Mundiais, que assolaram diversos países e trouxeram a morte de milhares de pessoas inocentes, sendo que estas “deram ensejo à relativização do conceito de soberania, fator preponderante para que, posteriormente, não apenas surgissem diversas organizações internacionais, mas também para que ganhassem relevo em sua atuação”. Além disso, há “o surgimento da figura da pessoa humana como sujeito de direito internacional” (CASTILHO, 2009, p. 112).

É a partir desse marco que o direito penal internacional começa a ganhar força e os Estados passam a buscar suas próprias fundamentações para um direito penal eficaz e baseado na realidade social de cada país. O Brasil é um dos países nos quais impera o princípio do *nulla poena sine previa lege*, de forma que:

Segundo o dogma da legalidade, não há crime sem lei que o defina. Para que o fato seja típico, é necessária a correspondência exata entre o modelo legal e o fato concreto. Por isso, a norma penal incriminadora deve descrever o fato com precisão, evitando a incerteza de interpretação e aplicação. (DE JESUS, 1999, p. 45).

O grande responsável por este princípio foi Paul Johann Anselm von Feuerbach, o fundador da ciência penal alemã moderna, que em 1813 anunciou o tão conhecido postulado em suas obras, procurando “dar ao princípio em questão um fundamento jurídico vinculando-o a prevenção geral como fim da pena” (LUISI, 2003, p. 20).

Ou seja, ele entendia pela necessidade de que o fato criminoso se amoldasse àquilo que estava previsto na lei como crime, do contrário, não poderia haver sanção penal. Isso

serviria para que não houvesse criação de leis, ou tribunais, de exceção, como foi o ocorrido nos casos de Nuremberg e de Tóquio, por exemplo, os quais, “com base em convenções Internacionais ajustadas após os fatos, condenaram a morte e a prisão perpétua líderes políticos das nações vencidas, Alemanha e Japão” (LUIZI, 2003. p. 27 e 28).

Para prevenir que situações como essa se repitam, “é necessário concluir que a decisão do legislador penal de criminalizar determinada conduta deve estar orientada pela finalidade legítima que o direito penal deve desempenhar na sociedade” (DE OLIVEIRA, 2010, p. 6). Ainda, segundo esse autor:

Opondo-se às arbitrariedades praticadas durante o período do absolutismo monárquico a pretexto de realização de justiça penal, o Iluminismo Criminal, representado, dentre outros, por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, lançou a semente do conceito de bem jurídico, estabelecendo limites ao *ius puniendi*, mediante a formatação de um conceito material de crime. (DE OLIVEIRA, 2010. p. 12).

Ele fala aqui sobre o surgimento do conceito de bem jurídico, que é implantado na sociedade na época do absolutismo monárquico, o qual estava no início de sua soltura de laços com a religiosidade como forma principal de organização social e governamental, e que prevê legisladores, não apenas representantes da Igreja, para que estabeleçam leis na sociedade, e então, o conceito de bem jurídico inicia com o molde de um conceito material sobre o que é crime, para que assim, nenhum soberano pudesse estabelecer o que é fato criminoso a seu bel prazer.

Dessa forma, o bem jurídico passa a se apresentar como “a essência do conceito de crime, permitindo a sua definição material, que servirá de limite e fundamentação da intervenção punitiva do Estado”, sendo assim, do ponto de vista material, “o crime só pode ser visto como a violação ou a exposição a perigo de um bem jurídico penalmente tutelado” (DE OLIVEIRA, 2010. p. 8).

Dessa forma, começou a ser possível que as pessoas soubessem quais condutas não poderiam cometer - para que não sofressem sanção penal -, de uma forma mais segura e legítima do que aquelas que as antecederam (nas quais os governantes costumavam basear-se na religiosidade, dando castigos a quem bem entendessem e justificando essa conduta como a simples vontade de Deus ou dos deuses).

Beccaria foi o grande precursor da ideia de garantia da vida até mesmo para os apenados, além de procurar garantir não só suas vidas, mas também sua dignidade, através da campanha por um direito penal mais humano e não violento, sendo que sua obra *Dei delitti e delle pene*, foi um marco para o direito penal, sendo precursor “da legalidade, da pessoalidade da pena, do tratamento humanitário dos encarcerados”. Além disso, sua obra combateu, de modo fervoroso, a tortura. “Beccaria foi a primeira voz, em milênios de anos da história do homem, e quando haviam já decorridos 18 séculos da era cristã, em sua obra aparecida em 1764, de contestação a pena de morte” (LUISI, 2003. p. 103).

Aqui, mais um elemento do início histórico da vida como bem jurídico tutelado, e de forma muito mais ampla do que as imaginadas até então: protegendo também a vida dos criminosos e não só dos considerados cidadãos de bem. Beccaria traz muito firme seus ideais de uma sociedade livre dos grilhões da morte, entendendo que não se pune sangue com sangue, nem tortura com tortura. Enfim, sendo contrário as regras retrógradas da Lei de Talião que mesmo sem continuarem constituindo-se com este nome, ainda assolavam as sociedades com seu espírito de olho por olho, dente por dente.

A tutela penal, então, passa a ser voltada para todos aqueles bens indispensáveis à existência do ser humano, e também àqueles indispensáveis à existência da sociedade, merecendo a tutela penal “os bens ditos primários, indispensáveis à própria existência da sociedade, tais como a vida, a integridade corporal, a segurança e similares”. E, além destes, “ainda outros cuja inviolabilidade as constituições democráticas consagram, por constituírem as bases da estrutura jurídica urdida pelo perfil ideológico que fundamenta tais constituições. É o caso de bens como a liberdade, a propriedade e semelhantes” (LUISI, 2003. p. 175).

Os bens jurídicos antes de encontrarem-se nos Códigos, encontram-se nas Constituições, tendo papel fundamental na sua criação e motivação de existência, pois as Constituições servem para definir critérios que servirão de base para uma sociedade, e dentro desses critérios encontram-se muitos direitos objetivos e subjetivos do ser humano.

Quanto à tutela do bem jurídico, o autor continua:

É de ressaltar-se que a tutela de tais bens é feita na legislação penal de forma direta, mas também de forma indireta e mesmo preventiva. Essa última se impõe por meio da punição de fatos que constituem uma atividade prefacial – a agressão ao bem jurídico relevante – e que se não forem contidos tornam inócua a tutela do bem jurídico, pois se inexistentes essas criminalizações de tutela prévia, resultaria

inviável a proteção efetiva dos bens jurídicos relevantes. A proteção penal, pois, faz-se pela criminalização protetora do bem jurídico constitucional, tutelando-o não só diretamente, mas, às vezes, por necessário, penalizando condutas preparatórias que se não enfrentadas tornariam inócua a proteção do bem jurídico fim. Nesse caso a proteção penal se antecipa, criminalizando situações que põem em perigo o bem jurídico. (LUIZI, 2003. p. 175 e 176).

A forma preventiva que acima se fala, diz respeito a casos em que a punição é aplicada mesmo sem a consumação de violação do bem jurídico tutelado - sendo que este pode não ter sofrido nenhum abalo de fato, mas desde que tenha sido tentado de alguma forma -. É o exemplo da tentativa de homicídio, onde o bem jurídico pode não ter sofrido abalo, mas a tutela continua presente, e, portanto, há uma punição para a tentativa de violência contra esse bem, para buscar prevenir que essa tentativa venha a ser consumada por simples falta de punição coercitiva por parte do Estado.

Os bens jurídicos, no Brasil, encontram-se elencados na Constituição Federal e no Código Penal, sendo que neste segundo, aparecem de forma expressa nos títulos e capítulos da parte especial do Código, deixando claro o que é que se está tutelando. Por exemplo: o “Título I - Dos crimes contra a pessoa, Capítulo I – Dos crimes contra a vida”, deixa explícito qual é o bem jurídico que se visa tutelar, nesse caso: a vida.

O Brasil também é signatário da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a qual diz em seu artigo 3º: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. p. 3). Isso demonstra a importância da tutela da vida tanto nacional quanto internacionalmente.

Quanto aos direitos fundamentais:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Essa definição de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Essa ideia, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. (MENDES, 2014. p. 633).

Ou seja, a tutela de bens jurídicos e direitos fundamentais não diz respeito apenas às relações entre particulares, mas segundo Mendes, primeiramente tem importância para a não

intervenção estatal além do limite necessário, para garantir que os indivíduos não percam sua esfera de liberdade.

Entretanto, a não intervenção estatal que deve garantir o direito a liberdade, não pode deixar de dar vistas ao direito à vida, e isso implica em uma grande discussão quanto aos limites de liberdade que cada indivíduo pode ter em relação à disposição da própria vida, e isso é o que será visto a seguir.

2.3 Liberdade de disposição da vida perante o Direito e perante a Filosofia

Ao longo da história o ser humano passou por diferentes tipos de sociedades, com diferentes direitos e deveres inerentes aos cidadãos, e diferentes conceitos sobre a própria cidadania. Com a evolução e a maturidade do homem, porém, em muitos países foi possível montar uma forma de sociedade que busca a garantia de direitos e deveres igualitários, independentes de classes sociais, mais justa e mais humana, ao menos em tese.

Nem todas as sociedades, no entanto, adotam os mesmos direitos, sendo que algumas ainda baseiam-se em sistemas de castas e em leis puramente religiosas como as relatadas anteriormente. Mas mesmo com toda essa diversidade entre as sociedades, em quase todas elas há um bem que é considerado o mais relevante de todos: a vida. No Brasil, esse bem recebe a classificação de bem jurídico tutelado, sendo um direito de todas as pessoas, de modo que é tutelado tanto nacional quanto internacionalmente, incluindo também, a ideia de dignidade da pessoa humana, assim, “o direito de todos e de cada um a uma *vida digna* é a grande causa da humanidade, a principal energia que move o processo civilizatório” (GOZZO. LIGIERA, 2012. p. 21 e 22).

Ou seja, o direito elementar, fonte que possibilita o exercício de todos os demais direitos é a vida, sendo que esta é garantida com o acompanhamento de vários outros direitos, como a dignidade humana, que é fundamento básico para que a primeira tenha sentido, juntamente com saúde, educação, e tantos outros direitos fundamentais elencados na Constituição Federal vigente no Brasil e que estão inseridos no contexto de dignidade humana.

Juntamente com o direito à vida e à dignidade, encontra-se elencado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o direito à liberdade, esse, importante ao ponto de Olinto Pegoraro interpretar o entendimento de Kant quanto a ele dizendo que: “Para Kant, o problema central da vida política está na administração legal da liberdade, visto que todos os seres humanos são livres no mesmo nível de profundidade. A liberdade é o supremo direito humano, fundadora de todos os outros” (PEGORARO, 2005. p. 62).

Para Kant, então, não seria a vida a fundadora de todos os direitos, mas sim, a liberdade, tamanha sua importância. Ocorre que:

Liberdade é o fato da razão. Não existe, porém, apenas esse caso limite de toda objetividade. Creio que os gregos estavam certos, quando, junto ao fato da razão, colocavam a formação social, o *ethos*. Ethos é o nome que Aristóteles achou para isso. A possibilidade da escolha consciente e da decisão livre dá-se através de algo que nós sempre fomos, que sempre carregamos conosco - e nós não somos *objeto* para nós mesmos. A mim parece que um dos maiores legados do pensamento grego ao nosso pensamento é aquele de a ética grega ter deixado amplo espaço, nesse fundamento da vida verdadeiramente vivida, a um fenômeno que, nos novos tempos, pouco aparece enquanto tema de reflexão filosófica. (ALMEIDA. FLICKINGER. 2000. p. 57).

Segundo essa concepção, embora a liberdade seja fundamento básico para entender-se que as pessoas não são objetos, é importante levar em conta o que Aristóteles definiu como *ethos*, que é a formação social, e não apenas isso, mas também o modo como essa formação acontece, aquilo no qual ela se baseia, e seus fundamentos principais perante o conjunto de pessoas que a formam, entendendo que a liberdade dá sentido à vida e tem o poder de fazer com que esta seja verdadeiramente vivida, entretanto, para que a vida possa ser vivida de forma livre, é pré-requisito, óbvio e necessário, que ela deve estar em curso.

A liberdade então, é um direito derivado do direito à vida, pois “não há liberdade de seres mortos”, entretanto, também possui uma grande gama de autodeterminação, sendo que “pelo exercício da liberdade pode-se ir ao extremo de perder a vida. Pelo exercício da vida, entretanto, nada se pode perder, nem mesmo a própria vida” (GOZZO. LIGIERA, 2012. p. 120).

O que se está dizendo é que a liberdade é sim importante para conceder à vida um caráter de real valor em termos de escolhas e felicidade, ou até mesmo de escolha de perda da própria vida, mas também, que esta segunda é necessária para que o direito à liberdade possa ser aplicado, pois como bem dito pelos autores: “não há direito à liberdade de seres mortos”, por isso é importante determinar a vida como caráter principal da execução de direitos.

É importante verificar que nem todos os direitos fundamentais são de caráter absoluto, alguns sofrem limitação, é o caso do direito fundamental dito acima, que pode ser limitado para garantir o caráter absoluto do direito à vida, pois se a liberdade fosse mais importante do que a própria vida, muitos poderiam justificar os homicídios como sendo expressão da liberdade das pessoas que creem ter motivos para matar, ou simplesmente gostam de fazê-lo, seja por distúrbios psicológicos ou por desvios de caráter. Sendo assim, é imprescindível que a liberdade sofra limitação:

À obviedade, não se quer dizer com isso que todo e qualquer direito fundamental é de caráter absoluto, escapando de qualquer limitação. Há muito tempo tanto a doutrina, como a jurisprudência, ensinam que a boa regra hermenêutica aconselha que, em certas situações, o direito ou princípio a ser aplicado ao caso concreto deve ser tomado *cum grano salis*, não fugindo dessa regra nem mesmo o enfocado supraprincípio da dignidade humana, a chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais. (SANCHES, 2014, p. 15).

Ou seja, apesar de podermos ser autônomos em vários sentidos, há situações em que a heteronomia estatal deve ser superior à autonomia individual, para prever e garantir que os direitos primários e fundamentais não sejam violados, sendo que como Sanches mesma diz, é necessária certa ponderação em algumas situações, até mesmo para os princípios mais fundamentais.

A distinção entre autonomia e heteronomia pode ser aplicada à distinção entre moral e direito? Uma vez reconhecido que a moral é a esfera da autonomia, é possível derivar a consequência de que o direito é a esfera da heteronomia? Kant não elaborou essa conclusão de maneira explícita. Mas nós estamos já suficientemente informados sobre a natureza do direito, segundo Kant, para buscar alguma ilação. [...] Quer se considere o direito seja como legalidade, seja como liberdade externa (segundo as duas definições explícitas ilustradas anteriormente), acreditamos que a vontade jurídica possa ser considerada somente como *vontade heterônoma*. Na condição de legalidade, a vontade jurídica se diferencia da moral pelo fato de poder ser determinada por impulsos diversos do respeito à lei: e esta é de fato a própria definição da heteronomia. (BOBBIO, 2000, p. 103).

Desse modo, pode-se compreender que segundo Bobbio, o grande fundador dos termos autonomia e heteronomia – Kant -, não deu uma conclusão exata sobre as relações e diferenciações sobre moral e direito e autonomia e heteronomia, mas o próprio Bobbio consegue elaborar sua teoria, dizendo que a legalidade e o direito só podem ser considerados como vontade heterônoma, pois diferem da moral.

Essa diferença elencada por Bobbio diz respeito ao fato de que é necessário que algo limite a autonomia das pessoas, pois como essa diz respeito à moral, e a moral não é algo uno, e sim pertinente a cada ser humano de forma intrínseca, se cada um agisse conforme os ditames de sua própria moral em toda e qualquer situação, haveria um enorme conflito de valores que afetaria a constituição da sociedade, já que cada um teria suas próprias leis e as aplicaria como bem entendesse. Por isso a importância do Direito nas sociedades, para regular certos atos humanos, os quais se fossem livres, alastrariam o caos pela sociedade, fazendo-a

voltar ao estado de natureza elencado por Hobbes como guerra de todos contra todos. No que diz respeito à regulamentação das ações dos cidadãos:

Não ignoro que muitos têm tido e têm a opinião de que as coisas do mundo sejam governadas pela fortuna e por Deus, de forma que os homens, com sua prudência, não podem modificar nem evitar de forma alguma; por isso poder-se-ia pensar não convir insistir muito nas coisas, mas deixar-se governar pela sorte. Esta opinião tornou-se mais aceita nos nossos tempos pela grande modificação das coisas que foi vista e que se observa todos os dias, independente de qualquer conjetura humana. Pensando nisso algumas vezes, em parte inclinei-me em favor dessa opinião. Contudo, para que o nosso livre arbítrio não seja extinto, julgo poder ser verdade que a sorte seja o árbitro da metade das nossas ações, mas que ainda nos deixe governar a outra metade, ou quase. Comparo-a a um desses rios torrenciais que, quando se encolerizam, alagam as planícies, destroem as árvores e os edifícios, carregam terra de um lugar para outro; todos fogem diante dele, tudo cede ao seu ímpeto, sem poder opor-se em qualquer parte. E, se bem assim ocorra, isso não impedia que os homens, quando a época era de calma, tomassem providências com anteparos e diques, de modo que, crescendo depois, ou as águas corressem por um canal, ou o seu ímpeto não fosse tão desenfreado nem tão danoso. (MAQUIAVEL, 2001, p. 96)

Com isso, Maquiavel quer deixar clara sua visão de que para poder manter-se o livre arbítrio, que é individual e diz respeito a cada um, é necessário que não se faça tudo aquilo que bem aprouver para a realização pessoal, mas que se deixe correr a vida e a sociedade, sendo que aqui quando ele fala de sorte, pode-se trocar esse vocábulo por heteronomia, sendo que se terá outro significado, mas ainda se manterá a expectativa de que o homem tome providências quanto à sociedade em que vive.

Ou seja, nem todas as condições da vida humana podem ser, de fato, escolhidas e controladas pelas pessoas. Há aquelas situações em que, seja a sorte ou seja o direito, irão intervir na forma e no rumo como as relações sociais e o contexto de vida irão ocorrer para cada pessoa, entretanto, mesmo com a intervenção natural, divina ou social, o homem ainda fica com uma parcela de liberdade, de poder de escolha, de humanidade. O homem é o único ser capaz de se comunicar de forma clara e objetiva e, portanto, ele consegue eleger convenções sobre o que é o melhor a ser feito na comunidade onde vive, e o que não deve ser feito de modo algum. Hobbes caracteriza essa possibilidade como sendo fruto da linguagem, que consiste “em nomes ou apelações e em suas conexões, pelas quais os homens registram seus pensamentos, recordam-nos depois de passarem, e também os usam entre si para a utilidade e conversa recíprocas”, ainda ele diz que, sem isso, “não haveria entre os homens nem Estado, nem sociedade, nem contrato, nem paz, tal como não existem entre os leões, os ursos e os lobos” (HOBBS, 1974, p. 24).

Mas Rousseau, mesmo entendendo o caráter social do homem diz que ele não chega a ser um cidadão, mesmo vivendo em sociedade, porque constrói sua personalidade fora do Estado, de modo que é um “um selvagem feito para morar nas cidades” (ROUSSEAU, 1995, p. 265). Isso significa dizer que o homem mesmo se submetendo à heteronomia do Estado continua tendo espírito livre, e muitas vezes, segue buscando formas de burlar as leis impostas pelo Direito por ele mesmo criado.

O filósofo americano John Rawls, que propôs uma avaliação detalhada sobre as instituições sociais quanto a suas concepções de justiça e equidade diz:

Como cada pessoa deve decidir com o uso da razão o que constitui o seu bem, isto é, o sistema de finalidades que, de acordo com sua razão, ela deva buscar, assim um grupo de pessoas deve decidir de uma vez por todas tudo aquilo que entre elas se deve considerar justo e injusto. A escolha que homens racionais fariam nessa situação hipotética de liberdade equitativa, pressupondo por ora que esse problema de escolha tem uma solução, determina os princípios da justiça. (RAWLS, 2000, p. 13).

A hipótese do chamado véu da ignorância é utilizada por Rawls para definir o que é justo ou injusto, sendo que esse véu deveria ser usado por todos aqueles que pretendessem criar normas e regras, pois serviria para que todos se esquecessem de sua condição social e política, colocando-se como iniciantes no meio civil, sendo que poderiam vir a ser elencados em qualquer papel e, portanto, deveriam escolher leis que os protegessem e garantissem suas possibilidades de crescimento independentemente da posição em que se encontrassem na vida social.

Dessa forma, haveria justiça, pois qualquer pessoa poderia estar em qualquer posição social, sendo tanto alguém com relevante visibilidade na vida civil e política, quanto alguém que se encontrasse entre as minorias sociais, sofrendo abusos e discriminações. Nesse tocante, é necessário lembrar o que Rousseau diz em sua obra: *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* quanto aos grilhões aceitos pelos cidadãos:

Os cidadãos só se deixam oprimir quando, levados por uma ambição cega e olhando mais abaixo do que acima de si mesmos, a dominação torna-se-lhes mais cara do que a independência e quando consentem em carregar grilhões para por sua vez poder aplicá-los. (ROUSSEAU, 2000, p. 110).

Ou seja, o véu da ignorância de Rawls só é funcional se os homens não se deixarem levar pela ambição e pela ganância de algum dia serem poderosos perante a sociedade, utilizando-se de injustiças sociais para com os demais, e até consigo mesmos, na esperança de chegarem ao patamar de subjugadores.

Quanto ao Direito e sua concepção de justiça e injustiça, Bobbio diz:

Antes, quem se apega ao direito positivo, como faz o jurista, não poderá nunca estabelecer o que é justo e injusto (*quid sit ius*), mas poderá somente estabelecer se um determinado fato ou ato seja lícito ou ilícito sob o ponto de vista jurídico (*quid sit iuris*). Em linguagem moderna, poderíamos dizer que o jurista que não domina o direito positivo pode, sim, estabelecer o que é *válido* sob o ponto de vista jurídico (ou problema da *validade* do direito), mas não o que *vale* como direito (ou problema do *valor* do direito). A única maneira para se chegar a compreender o direito como valor, ou seja, como ideia da justiça, é abandonar o terreno empírico e voltar ao fundamento de qualquer direito empírico, ou seja, à *razão pura*. (BOBBIO, 2000, p. 108).

Para ele, portanto, as concepções de justo e injusto nem sempre serão levadas em conta pelo jurista, até porque isso descaracterizaria o caráter positivista do mesmo, já que questões valorativas como esta dizem mais respeito à moral de cada pessoa do que ao que a coletividade como um todo costuma aceitar ou renegar.

Barroso e Martel falam sobre a dignidade não só pessoal, mas também grupal, de modo que:

A dignidade como heteronomia traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que a escolhas individuais. Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público, moralidade ou a busca do bem do próprio indivíduo. Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma *vida boa*. Como intuitivo, o conceito de dignidade como heteronomia funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. (GOZZO, LIGIERA, 2012. p. 42 e 43).

Assim, eles explicam que a dignidade não é só aquela que tem a ver com cada pessoa intrinsecamente, mas também aquela que diz respeito ao que a sociedade determina como bem comum, tanto em relação à dignidade quanto em relação à liberdade, buscando fazer com que a liberdade de um não interfira na liberdade do outro.

Mas como saber o que concretamente é o bem comum? Nietzsche diz que “aquilo que numa época é considerado mau, é geralmente um eco inatual daquilo que outrora foi considerado bom – o atavismo de um ideal envelhecido” (NIETZSCHE, 2013. P. 108), portanto não é fácil descobrir-se o que se deve considerar justo ou injusto, legal ou ilegal. Assim, a partir de agora será feito um estudo de caso, com o intuito de verificar qual é a melhor forma de tratar-se das questões inerentes à liberdade e dignidade frente ao bem comum e à vida como bem jurídico tutelado.

3 O Canibal de Rothenburg

Armin Meiwes procurou alguém através da *deep web*² para consumir. Isto resultou na ocorrência de um caso de canibalismo em Rothenburg ob der Tauber, em plena Alemanha do século XXI. A partir disto o direito alemão teve uma difícil missão no que tange à pena que deveria ser cominada ao então conhecido canibal de Rothenburg. É este caso e esta pena o que se procura analisar neste capítulo, com o intuito também de encontrar soluções para os conflitos entre a hermenêutica jurídica e filosófica, se não em termos gerais e definitivos, ao menos no que diz respeito a este caso.

3.1 O caso

Já dizia Nietzsche que “em tempos de paz o homem belicoso se ataca a si mesmo” (NIETZSCHE, 2013, p. 98). É o ocorrido com Armin Meiwes e Bernd Jürgen Armando Brandes, os quais em março de 2001 encontraram-se na casa de Meiwes, em Rothenburg ob der Tauber, na Alemanha, para uma celebração de canibalismo, encontro este que foi proporcionado através do lado obscuro da internet, popularmente conhecido como *deep web*.

Armin Meiwes, que ficou conhecido como o canibal de Rothenburg, nasceu em 01 de dezembro de 1961, na área industrial de Ruhr na Alemanha Ocidental, e viveu com os pais e os dois meio irmãos - frutos do primeiro casamento de sua mãe, Waltraud Meiwes - até os oito anos de idade quando seu pai foi embora de casa, e após, seus irmãos foram viver com o pai biológico (JONES, 2005, p. 5), deixando-o com a mãe, uma mulher depressiva e severa, ele então se tornou uma criança solitária e introvertida. Sem amigos em comum, o que o fez criar um amigo imaginário chamado Frank. Seu passatempo na infância era dissecar bonecas e as queimar, sendo que sua história favorita era João e Maria, sobre a qual a parte que mais gostava era aquela em que a bruxa está prestes a matar Joãozinho para comê-lo (JONES, 2005, p. 6-8).

² “Expressão em inglês que quer dizer “**Internet Profunda**”, na tradução literal para a língua portuguesa. É uma **zona da internet constituída por um conjunto de sites, fóruns e comunidades que não podem ser detectados pelos tradicionais motores de busca**, como o Google ou o Bing, por exemplo” (Disponível em: <http://www.significados.com.br/deep-web/>).

A relação de Meiwes com a mãe era tão esquisita que mesmo depois dos 30 anos ele ainda pedia permissão a ela para qualquer coisa que quisesse fazer. (JONES, 2005, p. 22). Como técnico em informática Armin tinha conhecimentos suficientes para navegar no lado obscuro da internet com facilidade, sendo que foi na *deep web* que começou sua busca, não por uma vítima, mas por um companheiro, que tivesse o interesse de fazer parte dele – literalmente - para sempre. “Por volta de 1999 após a morte de sua mãe, Armin Meiwes começou a se ocupar cada vez mais com o tema canibalismo pela internet. Instrui-se com formas de estripamento do corpo humano (Schlachteinleitung) e montou em sua casa um ‘quarto de execução’(Schlachtraum)”. Procurava desde então, homens para consumir, utilizando o apelido de “‘Antropófago’: ‘homem gay procura homem forte 18-30 anos para abater’”. (REIS, 2011, p. 154).

A sala na qual havia publicado seu anúncio chamava-se *Canibal Café*. Após quase dois anos Armin recebeu uma mensagem que dizia: “Espero que me ache saboroso” (REIS, 2011, p. 154). Era Bernd Jürgen Armando Brandes, engenheiro de computação, que estava selando seu destino por vontade própria e consciência do que faria a seguir. Armin recebeu mais de 400 respostas, mas os homens que haviam respondido não queriam o ato em si, e sim, uma encenação apenas,

Quatro outros homens viajaram para Rotenburg para encontrar com o Sr. Meiwes e, de acordo com seu advogado, o Sr. Ermel, envolveram-se na encenação sexual. Quando se tornava aparente que eles não queriam fazer travessuras para cruzar a linha em violência física, o Sr. Ermel disse, seu anfitrião permitia que eles partissem (THE NEW YORK TIMES, 2003).³

Em março de 2001, Brandes e Meiwes encontraram-se na casa deste segundo, onde Brandes, pediu a Meiwes que arrancasse seu pênis a mordidas, entretanto, este segundo não conseguiu consumir este ato, sendo então o pênis de Brandes decepado com uma faca. Após isso, Meiwes preparou uma refeição para ambos, a qual consistia no pênis de Brandes, tendo sido este temperado com sal, pimenta e alho. Brandes e Meiwes compartilharam da refeição, mas ambos acharam a carne dura e emborrachada (JONES, 2005, p. 98-102).

³ Tradução livre do inglês: “Four other men traveled to Rotenburg to meet with Mr. Meiwes and, according to his lawyer, Mr. Ermel, engaged in sexual role playing. When it became apparent that they did not want the high jinks to cross the line into physical violence, Mr. Ermel said, their host allowed them to leave” (THE NEW YORK TIMES, 2003).

Acabada esta refeição, Brandes pediu que Meiwes o desmembrasse apenas quando ele já estivesse inconsciente, desse modo, Meiwes utilizou remédios e bebidas alcoólicas para fazer com que Brandes adormecesse. “Nas primeiras horas da manhã, ele matou sua vítima esfaqueando-o no pescoço com uma grande faca de cozinha, beijando-o primeiro” (THE GUARDIAN, 2003).⁴

Pendurou o corpo em ganchos como os de açougue e drenou o sangue, eviscerou-o e fatiou-o (JONES, 2005, p. 119-123). A quantidade da carne de Brandes consumida por Meiwes nos meses seguintes foi de mais de 20 quilos. Ele fez receitas com a carne de Brandes, como: hambúrguer, rissoles e churrasco. Quanto ao gosto da carne, Armin disse: “Esta é a carne mais saborosa que já comi. Nada é tão delicioso⁵” (JONES, 2005, p.134). Quando o estoque da carne de Brandes já estava quase no fim, ele recomeçou sua busca por voluntários, e então, seu anúncio foi denunciado por um navegador da *deep web* (JONES, 2005, p. 129-137).

A polícia localizou Meiwes e encontrou os restos de Brandes, juntamente com um vídeo onde todo o procedimento foi gravado, sendo que as cenas eram tão fortes que os policiais que assistiram ao vídeo necessitaram de acompanhamento psicológico. Meiwes confessou o crime e disse que era um desejo de ambos, e que o fato de ter consumido a carne de Brandes deu sentido à morte, pois o corpo não foi simplesmente descartado (JONES, 2005, p. 158-165).

Armin Meiwes foi acusado de homicídio por razões sexuais, pois não há canibalismo tipificado no código penal alemão, sendo que ele confirmou sentir prazer com o ato canibal. Em janeiro de 2004 o Tribunal Regional de Kassel indeferiu as alegações da defesa quanto a homicídio a pedido da vítima e homicídio doloso privilegiado, sendo o réu condenado por homicídio doloso simples, com as agravantes: desejo de matar para a satisfação de instinto sexual, motivo torpe e para possibilitar outro ato criminoso. Meiwes, então, foi condenado a oito anos e seis meses de prisão, e ao confisco de seu computador e câmera (JONES, 2005, p. 198-202).

⁴ Tradução livre do inglês: “In the early hours of the morning, he finished off his victim by stabbing him in the neck with a large kitchen knife, kissing him first” (THE GUARDIAN, 2003).

⁵ Tradução livre do inglês: “This is the most tasty meat I’ve ever had. Nothing is so delicious” (JONES, 2005, p.134).

A promotoria e a defesa apelaram para a Suprema Corte Federal utilizando-se das mesmas teses de primeiro grau, mas isto acabou se provando um erro para a defesa, pois no julgamento do recurso em 2005, a Suprema Corte Alemã anulou a decisão de primeiro grau e disse que o tipo penal nesse caso era §211 do StGB, mandando o processo para a instância inferior do Tribunal Regional de Frankfurt am Main. Assim, em janeiro de 2006, ele foi condenado à prisão perpétua, então, Harald Ermel, advogado de Meiwes, recorreu mais uma vez, sustentando que “seu cliente é culpado somente de ‘matar a pedido’, uma forma ilegal de eutanásia que traz uma sentença de prisão máxima de 5 anos” (THE NEW YORK TIMES, 2003)⁶.

Mas em outubro de 2002 o Tribunal Constitucional entendeu novamente que Meiwes matou por motivos sexuais e confirmou a decisão anterior. As autoridades não levaram em consideração a voluntariedade de Brandes. Equiparando-se o Código Penal Brasileiro com o Código Penal Alemão - Strafgesetzbuch (StGB) – tem-se que as comparações entre ambos podem ser no máximo exemplificativas e nunca precisas cientificamente, quanto ao:

§211 do StGB, Mord, poder-se-ia equipara-lo 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, inexistente neste último. Ademais, para o crime do §211 do StGB, a pena colimada é de prisão perpétua (lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft) - (REIS, 2011, p. 153).

Foi nesta modalidade que o crime de Meiwes foi encaixado, pois, segundo ele próprio, sentiu prazer com seu ato de canibalismo, sendo que também, masturbou-se enquanto assistia ao vídeo gravado por ele mesmo, mostrando toda a sua ação canibal. No §216 do Código Penal Alemão, está prevista a modalidade de homicídio a pedido da vítima, entretanto este não foi o caso da pena cominada a Meiwes, esta conteve as tipificações apenas do §211 e do §168 do StGB, homicídio para satisfação de desejos/impulsos sexuais e perturbação da paz dos mortos, respectivamente (REIS, 2011, p. 155 e 156).

Atualmente, Armin alega ter se tornado vegetariano (JONES, 2005, p. 208-209). Os exames psiquiátricos feitos durante seu julgamento concluíram que ele não é louco, mas tem uma alma perturbada (JONES, 2005, p. 181-191). O caso inspirou uma música da banda

⁶ Tradução livre do inglês: “his client is guilty only of 'killing on request,' an illegal form of euthanasia that carries a maximum prison sentence of five years” (THE NEW YORK TIMES, 2003).

alemã *Rammstein*, chamada *Mein Tell*, outra da banda *Bloodbath*, chamada *Eating*, o filme alemão *Rotenburg (O Canibal)*, o livro *Entrevistas com um canibal* de Gunter Stampf, entre muitas outras obras.

O que a Suprema Corte Alemã fez ao recusar a tese de defesa de que o homicídio havia sido cometido por duplo consentimento das partes, foi questionar a capacidade mental de Brandes, mesmo que este já estivesse morto.

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. Sua capacidade de discernimento, até então, jamais havia sido questionada (REIS, 2011, p. 159).

Ouvindo-se o testemunho das pessoas que conheciam Brandes não foi encontrado nenhum indício de que este tivesse problemas psicológicos (JONES, 2005, p. 203-204), mas aos olhos da Suprema Corte esta constatação não foi suficiente para questionar a ideia de Brandes de cometer tal ato, sendo, desse modo, que mesmo que a Suprema Corte concordasse que o assassinato fora consensual, o fato de esta imputar dúvidas quanto à capacidade psiquiátrica da vítima faz com que não se possa dar relevância, legalmente, a uma vontade como esta, crendo que se Brandes tinha alguma doença psíquica, Meiwes acabou convencendo e coagindo um incapaz, o que o torna individualmente responsável por seus atos.

O que ocorre na análise deste caso pela Suprema Corte Alemã, é que esta esquece o motivo pelo qual os direitos fundamentais surgiram, sendo que estes formaram-se com a intenção de serem “direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas dos direitos de liberdade” (MENDES, 2014, P. 634), mas a partir do momento em que eclodem as duas grandes guerras e deixam rastros de destruição e afetação por todos os cantos do mundo, os direitos fundamentais passam a ser vistos de outra forma,

com muito mais afinco em tentar proteger-se a vida das pessoas e sua dignidade perante o mundo.

Essa modificação no olhar para os direitos fundamentais é, sim, muito importante, principalmente no período do pós-guerra, mas traz consigo um grande dilema, pois aquilo que nasceu com a esperança de espalhar a liberdade aos quatro cantos, agora toma a missão de restringi-la novamente para garantir que a dignidade de nenhuma pessoa, e principalmente, sua vida, possa ser definida pela mera vontade alheia.

O ponto de dificuldade neste caso encontra-se no fato de que a vontade de Brandes era a de ter sua genitália arrancada a mordidas e depois degustada por ele e por seu acompanhante Meiwes, além de querer tornar-se refeição de alguém. Seria difícil imaginar que isto pudesse ser verdadeiro, podendo-se até pensar que Meiwes teria inventado essa história para encobrir seu crime. Mas o que acaba com essa teoria é o fato de que Brandes e Meiwes conversavam pela internet, onde ambos deixaram claras suas intenções, as quais posteriormente puderam ser analisadas pela justiça. Além disso, foi o próprio Brandes quem saiu de sua cidade ao encontro de Meiwes, sabendo exatamente o que o aguardava, o que é comprovado por suas conversas na *deep web*.

Até que ponto a vida é mais importante do que a liberdade? A partir de onde se define o que deve valer mais em relação aos direitos humanos? Essas perguntas seriam facilmente respondidas se utilizássemos a constatação de Rousseau de que “o ser humano, embora seja obrigado a viver em sociedade, não chega a ser um cidadão, pois constrói a sua personalidade fora do Estado; trata-se de ‘um selvagem feito para morar nas cidades’” (ROUSSEAU, 1995, p. 265). Dizendo isso, Rousseau, praticamente afirma que nossa sociedade é uma mera farsa e que as questões das quais se ocupa são criadas por seu medo e ambição instintiva pelo poder.

Levando-se isso em conta, poder-se-ia dizer que os direitos humanos foram criados, assim como todo o restante das convenções sociais, e a própria sociedade, para satisfazer o desejo de proteção das pessoas, as quais tem medo não somente de encontrarem-se em lugar de vítimas, mas principalmente, temem estarem no lugar de vilões.

Isso significa dizer que a vontade do legislador em proteger os direitos fundamentais é um reflexo da vontade do povo em fazê-lo, e essa vontade de colocar-se a vida acima da liberdade surge do medo dos cidadãos de não terem condições – sejam elas morais, sociais, físicas ou psíquicas –, de protegerem-se de seus próprios impulsos e desejos sombrios.

Quando se tipifica a conduta de matar alguém como sendo criminosa e passível de pena, faz-se com que a liberdade dos assassinos de cometer tal ato seja limitada, mas também limita a vontade de certas pessoas consideradas moralmente corretas de fazerem o mesmo em situações de raiva, paixão intensa, medo, angústia ou curiosidade. Pois é este impulso instintivo, do qual Rousseau fala quando diz que o homem é um selvagem feito para morar nas cidades, o que traz a maior parte do caos à humanidade, e é o freio dado pelo legislador a este impulso o que torna a convivência social, se não totalmente pacífica, ao menos, possível.

Em oposição a Kant (lembrado por Roxin), Foucault é quem parece mais lúcido, no ponto: uma sociedade em vias de se “dissolver” e “desaparecer” não tem qualquer direito em punir o último de seus criminosos. Um crime “*sem dinastia*” nem nenhum efeito desviante para nenhuma ordem, ou cujo fato da punição não gere nenhum efeito social – fático ou teórico – “*não clama castigo*”. Dessa maneira, ante uma sociedade regrada sob a matriz de Estado (Constitucional) de Direito, regida por normas jurídicas (muitas de caráter *penal*, compositoras, em boa parte do *sistema jurídico-penal* vigente), tanto não cabe *negar* (voluntariamente) seu conteúdo e prescrições, quanto não caberia “punir” ou “castigar” (ou mesmo “processar”) alguém sem esse vínculo social forjado politicamente na jurisdição como ato de *soberania* (DIVAN, 2015, p. 450).

Com isso é possível reafirmar a ideia de que a sociedade realmente é uma instituição construída para garantir proteção, poder, envaidecimento e grandeza ao homem, que pensa ser maior do que todas as outras espécies, e, portanto, superior. Mas quando chega à altura de um ser social, já não mais se contenta em ser apenas mais um da espécie, e decide ser maior, mais poderoso, mais ativo e mais protegido dos perigos do mundo pela força de seu poder.

A coação estatal também é assim, e por isso, quando Divan expõe que, para Foucault, as sociedades que estão a ponto de se dissolver não tem o direito de punir o último de seus criminosos pelo fato de a punição já não gerar nenhum efeito social, nenhum “clamor por castigo”, ele expõe que a punição pelos crimes é algo muito mais social do que pessoal, ou seja, tem muito mais a ver com uma satisfação pública pelo castigo às condutas consideradas impróprias ou criminosas, do que com uma punição de fato ao infrator. Tanto é assim, que o “médico e psicanalista inglês Donald Woods Winicott considera ser um dos papéis da lei expressar os sentimentos inconscientes de vingança de uma sociedade” (MAZOTTI, 2010, p. 47).

Desse modo, é interessante refletir que o caso de Meiwes é o perfeito exemplo de punição pela satisfação pública, pois se Meiwes e Brandes consentiram em fazer o que era

considerado um crime, por livre e espontânea vontade, sem coações, sem importarem-se com a sociedade ao seu redor, significa que na realidade não acreditavam estar cometendo um crime por mera vontade de tornarem-se bandidos, ou por necessidade de cometerem atos de magnitude criminosa por sua sobrevivência, por poder ou por fama, muito pelo contrário, acreditavam estar utilizando-se de sua liberdade, fazendo o que ambos desejavam.

Brandes foi acolhido pela mídia e pelos tribunais alemães como uma vítima, mas na verdade, desde o começo ele foi tão criminoso quanto Meiwes, pois o procurou, ofereceu-se a ele, planejou como queria que as coisas acontecessem e o modo como queria morrer: apenas depois que estivesse inconsciente -, e tudo foi acatado por Meiwes, exceto arrancar a genitália de Brandes com mordidas, pois isto não foi possível. Quanto ao restante das ações enquanto Brandes ainda estava vivo, Meiwes fez tudo como este solicitou, sendo que nenhum dos dois foi coagido e nenhum dos dois era incapaz mentalmente, ambos sabiam o que estavam fazendo e sabiam também das consequências, mas mesmo assim preferiram enfrentar a sociedade - um através da memória que deixaria à ela, aos amigos e conhecidos, e outro através da disposição da própria liberdade - . O que se vai analisar a seguir é apenas o que leva a condutas como as de Meiwes e Brandes, e porque as mesmas devem ou não, ser consideradas criminosas perante o Direito.

3.2 A hostilidade de Meiwes e a conduta vitimógena de Brandes

Segundo o Dicionário Aurélio, a palavra hostil significa “[...] contrário, agressivo, provocador” (AURÉLIO, 2016), no caso de Armin Meiwes o melhor adjetivo dentre estes seria: provocador. Armin Meiwes provocou diversos homens a um desafio, ao qual, apenas Bernd Jürgen Armando Brandes aceitou até o fim, sendo que a este foi imputada a palavra vítima. Mas o que, de fato, estas palavras significam no caso em voga?

A hostilidade é um estado de sentimentos, uma atitude que implica sentimentos e pensamentos. "Incorpora, durante a infância, a totalidade da atitude materna, a qual muitas vezes inclui a própria hostilidade da mãe" (Wilson C., cit. por Yentzen, 1997, p. 284). Difere, pois, da agressividade, puramente instintiva. A agressividade tem uma história biológica, tem raízes instintuais biológicas. A hostilidade tem uma história de relações humanas, uma história cultural, uma história de repressões, frustrações, gerando passividade, dependência, revolta, vingança. (SÁ, 1999, p. 2).

Sá, nos mostra através de Wilson C., que a hostilidade tem raízes profundas, muitas vezes ligadas aos genitores das pessoas, através de atitudes hostis vindas destes para com os filhos. Esse é exatamente o caso de Meiwes, que após ser abandonado pelo pai e os meio irmãos, ficou sozinho com a mãe, a qual o tratava de forma hostil, fazendo-o ficar em casa exercendo as atividades domésticas em detrimento de deixa-lo brincar com as crianças da vizinhança, deixando-o encabulado na frente das pessoas quando jovem por fazê-lo ir para a cama sempre às 22 horas, e depois de adulto, intrometendo-se em seus relacionamentos amorosos, querendo que Armin escolhesse uma namorada que agradasse a ela e não a ele (JONES, 2005, p. 13 e 14).

Embora com toda essa forma peculiarmente vergonhosa de ser tratado pela mãe, mesmo quando adulto, Armin pedia permissão para o que quer que fosse fazer. Quando tomou coragem para seguir a carreira militar, era a mãe a quem levava nas festas, e era a ela que consultava em todos os momentos (JONES, 2005, p. 22).

Com a morte de sua mãe, ele finalmente pôde se tornar o que desejava, se não aos quatro ventos, mas ao menos dentro de sua própria casa. Armin demorou a descobrir seus sentimentos homossexuais, mas quando os descobriu, escondeu-os da mãe, e quando esta morreu, ele finalmente pôde expor, ao menos na *deep web*, suas verdadeiras atrações sexuais, e seus verdadeiros instintos canibais (JONES, 2005, p. 27-36).

Embora os vizinhos tenham se oferecido muito para ajuda-lo, ele sempre pareceu preferir lidar com a situação da morte da mãe sozinho. Ainda participava de todos os eventos comemorativos da cidade, brincava com as crianças, e até mesmo ficava com algumas delas quando seus pais precisavam sair, os vizinhos o achavam tímido e introvertido, mas confiavam nele. Armin começou a trabalhar como técnico em informática, e sempre ajudava as pessoas com seus computadores. Enfim, era uma pessoa verdadeiramente prestativa aos olhos da vizinhança (JONES, 2005, p. 29-30).

Mas dentro de sua própria casa, Armin mantinha as coisas como sua mãe havia deixado, exceto por um dos cômodos que foi transformado em um quarto de execução (JONES, 2005, p. 46 e 47), o qual ele preparou cuidadosamente para o dia em que tornasse reais suas fantasias sobre canibalismo.

Quando Armin procurou alguém para acompanhá-lo nesta jornada canibal, em momento algum, cogitou a hipótese de comer uma mulher, ele as considerava valiosas demais para isso, pois os homens podiam congelar seu sêmen se quisessem, mas era sempre necessária uma mulher para gerar a vida, dessa forma, as mulheres estavam fora de seus anúncios à procura de alguém que quisesse ser devorado (JONES, 2005, p. 43). Mas além de considerar as mulheres preciosas por gerarem a vida, provavelmente também as achava preciosas porque eram como sua mãe, aquela que o gerou e o criou, mesmo que de modo hostil - na verdade ela foi a única que não o abandonou.

A hostilidade gera (e aqui toca-se num dos aspectos da raiz do problema) profundas ambivalências, pelas quais o indivíduo busca desenfreadamente possuir e amar o objeto perdido, ao mesmo tempo que busca exercer sobre ele o poder e o domínio, busca subjugar-lo, muitas vezes via sadismo sexual, e, por fim, destruí-lo. Tem-se aqui um exemplo típico de manifestação e atuação do amor primitivo, no qual vêm fundidos os impulsos destrutivos. [...] O ritual com que agem muitos homicidas seriais ilustra muito bem, de forma em parte simbólica, essa profunda ambivalência: aniquilam suas vítimas, torturando-as, violentando-as, matando-as e, por fim, dissecando seus corpos, ao mesmo tempo, porém, que querem tê-las consigo, querem possuí-las, (simbolicamente, querem "amá-las", ainda que com um amor primitivo), comendo e retendo partes de seus corpos, às vezes até acariciando-os após a morte (SÁ, 1999, p. 2).

Assim, Armin não queria qualquer pessoa, deveria ser alguém saudável, nem gordo demais e nem magro demais, alguém bonito, atraente, jovem, e homem (JONES, 2005, p. 42-44). Além disso, não deveria ser um ato cometido em um rompante, Armin queria alguém

com quem pudesse estar para o resto de sua vida, alguém como Frank, seu amigo imaginário da infância, mas que fosse real, e que estivesse disposto a se tornar parte dele para sempre.

A atitude dele não era de agressividade, pelo contrário, era de alguém mergulhado na solidão que ansiava por uma companhia, e também de alguém que tivera muitos sonhos de cometer canibalismo, desde a infância, quando ouvia histórias como as de João e Maria e adorava a parte em que a bruxa iria comer Joãozinho, alguém que diferentemente das outras crianças, não se apavorava com esta parte da história, e nem torcia desesperadamente para Joãozinho ser salvo, como a maioria das crianças fazem, mas alguém que esperava o contrário, que decidiu que se aquilo não acontecia na história poderia acontecer na vida real... Através dele.

Mas diferente da bruxa da história infantil, que iludia as crianças e as enganava para conseguir atraí-las, Armin utilizou uma estratégia mais sincera e mais perigosa, colocando anúncios na *deep web*. Apesar das já citadas mais de 400 respostas que Meiwes recebeu por seu anúncio, dos encontros com alguns homens que o deixaram desenhar as marcas de onde os cortaria em seus corpos, sempre que estes confessavam querer apenas uma encenação e não o ato verdadeiramente, Armin os deixava partir (REIS, 2011, p. 154).

Dessa forma, dizer que Armin atraía vítimas com instinto animal e assassino não seria verdade, ele procurava alguém com quem compartilhar a vida, mas à sua maneira, que não era nem um pouco convencional e nem aceita moral e juridicamente na sociedade. É de conhecimento geral que o canibalismo, assim como outros rituais aconteceram na história da civilização, desde tribos indígenas que cometiam o ato com os inimigos, religiosos que ofereciam sacrifícios humanos aos deuses e depois consumiam a carne e o sangue das vítimas, até rituais satânicos.

O que impressiona é o fato de estar-se em pleno século XXI e acreditar-se na evolução do ser humano em relação aos outros, baseando-se nos direitos fundamentais e tendo leis que tipificam o homicídio, seja ele consentido ou não, e mesmo assim Armin e Brandes terem decidido cometer tal ato. É claro, Brandes iria morrer, sem saber se algo acontece depois, ou se as coisas acabariam por aí, mas Armin teria de arcar com as consequências, mais cedo ou mais tarde, e é de se esperar que sabia disso, pois não hesitou em contar em detalhes tudo o que fizera, nem em filmar e fazer fotos a partir das filmagens quando decidiu buscar um novo companheiro para o ato canibal (JONES, 2005, p. 153).

Armin, entretanto, apesar de não ter uma vítima em especial e nem sequestrar, torturar, ameaçar ou enganar para atraí-la ao local em que aconteceria o ato canibal, como visto anteriormente, ainda possui traços tipicamente hostis, muito parecidos com os dos psicopatas e serial killers, entretanto com uma importante diferença: queria o consentimento da outra parte, queria que ela compartilhasse o mesmo desejo, e não cometia o ato por simples perversidade, mas por solidão, na esperança de reter alguém consigo, conforme o mesmo admitiu.

Durante seu julgamento, conforme expresso acima, Armin foi avaliado por diversos profissionais acerca de seu comportamento e foi considerado sem nenhum problema mental. Ou seja, ou Armin Meiwes é um psicopata perigoso, ou simplesmente é uma pessoa normal - segundo os médicos, a segunda hipótese é a que prevaleceu. Assim, resta avaliar sua conduta perante o Direito conforme uma pessoa capaz.

Quanto a Brandes, este não pode ser considerado uma vítima se levadas em consideração as mensagens aparentemente conscientes que trocou com Meiwes e sua falta de histórico em termos de problemas psiquiátricos, de forma que aparentava ter plena consciência de seus atos, ainda demonstrando procurar e ansiar por eles. Brandes perdeu a mãe – que era médica -, muito cedo, quando esta sofreu um acidente de carro – provavelmente provocado por ela mesma, após perder um paciente e não se conformar com isso. O pai de Brandes, então, tornou-se um homem frio em relação a ele (JONES, 2005, p. 52-53), e as tendências suicidas de Brandes podem ter começado nesta fase.

A tendência suicida é um processo interior e insidioso de autodestruição. [...] A "tendência suicida" manifesta-se, concretiza-se não unicamente através da conduta suicida, propriamente dita, mas também através de formas disfarçadas, alternativas e, evidentemente, atenuadas da mesma, incluindo-se entre elas a própria conduta vitimógena (SÁ, 1999, p. 7 e 8).

Ou seja, aquele que possui a tendência suicida, mesmo que disso não tome consciência claramente, acaba tomando atitudes que o expõe ao perigo e à mercê de criminosos e psicopatas, deixando-se manipular, por procurar com todas as forças agarrar-se a qualquer atenção que lhe seja fornecida, pois a tendência suicida vem acompanhada de um sentimento muito grande de solidão, mesmo que a pessoa esteja cercada da família e amigos, muitas vezes sente um enorme vazio, que apenas se preenche com a chegada do psicopata, pois este é quem diz e faz aquilo que o solitário gostaria.

A questão que deve ser esclarecida é o fato de que nem toda a vítima de um crime tem parcela de culpa nisto, essa condição ocorre na minoria das vezes, como é o caso de Brandes, que vai ao encontro de seu assassino com a intenção pré-formulada de ser morto por ele, e é nesses tipos de caso que a conduta vitimógena e a tendência suicida entram como parte central e chave para a resolução – e previamente -, para o acontecimento de um crime.

Mas neste caso específico, o que chama a atenção, além da conduta suicida de Brandes, é o fato de Meiwes não ser considerado um psicopata pelos psiquiatras (o que será melhor debatido na seção seguinte), e sim, alguém perturbado, mas que não era um serial killer, nem um assassino cruel e desmedido, pois, como visto anteriormente, nas ocasiões em que esteve a sós com seus companheiros em potencial para o ato canibal, e estes o disseram que apenas queriam uma representação, ou desistiram no último momento, ele os deixou ir embora – mesmo estando em posição de conseguir detê-los se quisesse.

Desse modo, a relação de Meiwes e Brandes toma caminhos totalmente diferentes dos já trilhados no Direito, seja ele alemão ou brasileiro. Outros casos de canibalismo já ocorreram em tempos considerados até mesmo modernos para tal circunstância, mas estes foram marcados pelo desespero de situações extremas e imprevisíveis, como é o caso da *Coroa contra Dudley e Stephens*, no qual “em 1884, quatro pessoas embarcam no navio *Mignonette*”, sendo que “a tripulação era constituída pelo capitão Dudley, o imediato Stephens e o marinheiro Brooks”, estes, conforme os jornais da época, “eram ‘homens de excelente caráter’. Também estava a bordo Richard Parker de 17 anos, órfão, sem família, que fazia sua primeira viagem longa por mar” (KETZER, HAHN, 2015, p. 2).

O navio naufragou e os quatro se encontraram em condições de fome e sede, sendo que,

No 19º dia nestas condições o capitão Dudley sugeriu um sorteio. Deveriam tirar a sorte para ver quem iria morrer em prol do grupo. Brooks recusou-se, pois reprovava a ideia. Não sabemos se ele não queria se arriscar ou acreditava em princípios morais categóricos. Mas, em todo caso, o sorteio não fora realizado. No dia seguinte, ainda sem nenhuma evidência de que pudessem ser salvos em seguida Dudley pediu que Brooks olhasse para outra direção e sinalizou a Stephens que Parker deveria ser morto. Dudley ofereceu uma prece, avisou ao garoto que sua hora havia chegado e o matou com um canivete, apunhalando-o na jugular. Brooks, a despeito de colocar-se contra a proposta inicial aderiu ao banquete macabro. Por quatro dias, os três homens se alimentaram do corpo e do sangue do camareiro. E então foram resgatados (KETZER, HAHN, 2015, p. 3).

Em um caso como este a comoção pública torna-se grande, pois é difícil decidir se a ideia utilitária de salvar três vidas seria mais adequada do que o ideal de dignidade humana referente a cada ser individualmente. É difícil decidir se uma vida vale menos do que três, ou se cada vida tem um valor intrínseco incomensurável. O que nosso código pátrio diz, e também o que a maior parte das legislações do mundo todo defende, é a segunda tese: cada vida tem valor por si só, e ninguém pode servir como valor numérico no mundo, sendo utilizado para satisfazer os desejos dos demais, ou mesmo salvar suas vidas.

O caso de Meiwes e Brandes difere do caso acima por não ter a característica de salvar vidas e nem a característica do não consentimento da vítima. Ou seja, no caso de Dudley e Stephens há a motivação física de salvar três vidas, mas não há o consentimento da vítima, já no caso de Brandes e Meiwes, a motivação é intrínseca à alma, não sendo palpável a intenção dos dois, apenas investigada de modo psicológico, mas há o consentimento da vítima. Portanto questiona-se: Qual caso está mais próximo do senso de justiça? Por que o direito teve de interferir em ambos? O que legitima o Estado a interferir na liberdade de Meiwes e Brandes? É isso que se buscará responder adiante.

3.3 Autonomia de vontades, ou crime?

Justiça é uma palavra cujo significado a mente humana ambiciona tornar científica e precisa, há milhares de anos, entretanto, a cada vez que se tenta encontrar a resposta para o que é justiça, os múltiplos significados da expressão acabam ultrapassando as fronteiras do que é popularmente imaginado, pois há situações em que o homem se desfaz de todos os conceitos que a sociedade a ele impõe como certos e errados e age de forma livre e insubordinada dos ditames da lógica e do Direito.

A lei universal abrange os comportamentos gerais dos cidadãos. O legislador não tem condições de prever todos os casos particulares e a variedade das circunstâncias que acompanham os atos dos cidadãos. Que atitude tomar nestes casos? Aristóteles responde: 'Quando um caso escapa a lei geral, assiste-nos o direito de corrigir a omissão e fazer-nos intérpretes da intenção do legislador' (PEGORARO, 2005, p. 37).

Ou seja, como a justiça não é algo palpável e com significado único, mas sim, depende da subjetividade de cada grupo que deseje estudá-la, torna-se importante a presença do Direito para conceder caráter de efetiva estabilidade à sociedade. A lei entra, então, no âmbito comunitário para trazer à tona um modelo e expressão do que deve ou não ser seguido pelas pessoas dentro de uma sociedade.

É claro, porém, que o legislador não tem como fazer saber todas as situações passíveis de acontecerem no mundo, e isso acarreta uma grande confusão àqueles que buscam sem cessar um ideal de legalidade. Dessa forma, Aristóteles esclarece que quando um caso não estiver abrangido pela lei geral, há a possibilidade e a necessidade de que a intenção do legislador seja interpretada, o que não é nada fácil, pois não há modo conhecido de entrar-se no pensamento de alguém, entretanto, no caso das leis, a hermenêutica – “surgida no séc. XVII por meio dos intérpretes da Bíblia” (MAZOTTI, 2010, p. 46) - questiona o motivo pelo qual algumas delas foram criadas, e o que elas visavam proteger. Isso dá ao intérprete da legislação uma luz sobre aquilo que busca interpretar.

Com isso, é possível traçar uma espécie de rota acerca da história da civilização ocidental, e também, investigar os motivos que levaram os homens - primeiro a fazer uma espécie de contrato social, e depois -, a criarem leis que protegeriam o que são os chamados:

bens jurídicos tutelados, além de descobrir porque houve a eleição por esses bens em detrimento de outros. No caso em voga, é importante retratar a intenção do legislador a cerca de tornar bens jurídicos tutelados: a vida e a liberdade, e também, o motivo pelo qual a vida geralmente prevalece sobre o ideal de liberdade.

Baseando-se no caso aqui demonstrado, o que leva um desses bens jurídicos a valer mais do que o outro em nossa sociedade talvez seja, propriamente, o ideal de justiça, pois é considerado justo que primeiro se tenha uma vida, para somente depois, poder-se ter liberdade sobre ela, além é claro, de ser considerado injusto que uma pessoa possa retirar o sopro vital de alguém como se isso não tivesse a menor importância, mesmo quando a própria vítima demonstra querer o fim de sua existência, ainda assim, parece aos olhos do legislador, e da sociedade em geral, que ninguém tem a propriedade de abrir mão, e nem o outro de tomar posse, da existência de algum ser humano.

A justiça aristotélica, (que muito tem a ver com o que o senso comum acredita ainda hoje),

[...] não é uma lei que transcende até nós, vinda do além, mas uma força ou princípio de ação que está em nós, um modo particular de ser e de agir que pode nos levar a viver bem. Este “dentro de nós” seria a nossa alma ou psique. O sentido não só aristotélico, mas comum em grego para alma seria algo como “aquilo que faz mover e pensar”. Em latim, fica um pouco mais claro: *anima*, da qual derivam animação e desenho animado. Dizer que a justiça é algo que está em nossa alma é afirmar que há em nós um princípio de ação e pensamento que pode nos levar à vida justa. Mas se temos em nós tal princípio, se a justiça de alguma forma emana de nós, então por que não vivemos todos de forma justa? Por que nem todos somos homens justos? Porque justiça não é a única disposição de nossa alma (FILHO, 2013, p.178 e 179).

Se a justiça não é a única disposição de nossa alma, então é necessário que se avaliem as demais disposições, para que se possa entender o que leva determinadas pessoas a agirem de modo tão diverso do que é esperado, e muitas vezes, aceito, pela massa de cidadãos de uma sociedade. Entre essas disposições que estão além da justiça, pode-se dizer, com propriedade, que estão: a paixão, os costumes, a ganância, o rancor e a fragilidade da alma humana, a qual está propensa a medos e angústias, trazendo para a superfície do homem um olhar frio e direcionado apenas àquilo que pode lhe garantir satisfação pessoal, ou um ideal de soberania sobre os demais.

A maior parte das sociedades é formada pelo medo que os governantes têm, transformado em frieza e animosidade, o que ocorre porque o homem encontra brutalidade

através do medo, quanto mais o indivíduo se intimida e se fecha em si mesmo, mais explosivas são as reações adversas que pode tomar em situações que lhe causem medo. É crença comum que a maior parte dos governantes tenha medo da justiça.

Isso porque a justiça é algo que não tem a soberania como resultado, mas sim a igualdade, ao menos esse é o ideal de justiça em que a maioria das pessoas acredita, um ideal utópico como o de Thomas More, onde a governança não é concentrada nas mãos de uma única pessoa, mas vai passando para aqueles que demonstram capacidades intelectuais e sociais, sendo os melhores para o povo, e não somente para si mesmos.

A justiça em Kant é definida de modo que este distingue o que considera justiça do que considera direito, sendo que ambas apresentam diferenças por se tratarem de ideais diferentes.

O problema de Kant é, numa só palavra, o problema da *justiça*, ou seja, do critério com base no qual seja possível distinguir o que é justo do que é injusto. Quando ele diz que o direito é ‘o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal de liberdade’, não entende estabelecer aquilo que é o direito na realidade histórica, mas aquilo que deveria ser o direito para corresponder ao ideal de justiça. Não está dito, com efeito, que o direito seja, na realidade, aquilo que Kant indica na sua definição. Ao que Kant visa é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se para poder ser considerada como justa. Ainda que nenhuma legislação existente corresponda plenamente àquele ideal, a definição de Kant não seria menos verdadeira, uma vez que indica somente o ideal-limite ao qual o legislador deveria adequar-se, e não uma generalização derivada da experiência. (BOBBIO, 2000, p. 115).

Ou seja, a justiça, apesar de ser um ideal humano em sentido intrínseco, é difícil de definir em termos sociais, pois as condições de determinada civilização são diferentes das demais, e isso leva a crer que um ideal de justiça que possa ser compartilhado por todos os seres humanos e todos os povos é algo difícil de se conseguir, desse modo, existe a importância de que haja o direito, para prevenir que determinadas situações sejam consideradas normais, como situações de discriminação, assassinatos, assaltos, estelionatos, entre outras tantas.

Nesse sentido, entra a ideia de que o caso de Meiwes e Brandes não pode ser definido apenas com base no que diz respeito ao direito, mas também com base nos ideais de justiça que estão ligados a eles, além, é claro, da hermenêutica, entretanto esta, juridicamente, difere da filosófica:

[...] a hermenêutica jurídica não atua livremente na tarefa de investigação de sentido da norma. Está sempre condicionada e limitada. O que não ocorre na hermenêutica filosófica, a qual é livre na investigação de sentidos e somente está restrita pelos próprios pressupostos em que se assenta. Ao lado dessa questão está o *ideal do justo* que é a razão primeira das aglomerações sociais em torno do Estado (ainda que isso não se repita sempre). Como lecionava Aristóteles, não é apenas para *viver junto* que o homem criou o Estado, mas para *bem viver juntos* (MAZOTTI, 2010, p. 47).

Assim, no caso em questão, deve-se levar em conta que o ato de cometer canibalismo desestrutura a ideia de bem viver, pois, se fosse possível que todos adotassem tal postura, a vida humana estaria em sério perigo de extinguir-se. Não se pode entender o caso isoladamente, sem dar importância nenhuma ao contexto onde o mesmo ocorre.

Se houvesse a perspectiva de que todos os povos fossem canibais, e não somente se alimentassem da carne de oferendas, ou de inimigos, mas também de todos aqueles por quem sentissem afeto, estaria o homem em condições de perder-se em meio ao caos.

Dessa forma, há que haver limitações acerca de até onde o homem pode ir em busca de seus desejos pessoais, não basta apenas que duas pessoas decidam fazer algo que aparentemente afeta a elas mesmas apenas, para que isso seja considerado justo. Há que se pensar na coletividade, porque não se trata somente do ser que está atuando, mas também de todos os seres ao seu redor. Kant diz:

Age apenas segundo uma máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal. [...] Age como os princípios da tua ação devessem ser erigidos pela tua vontade em lei universal da natureza. [...] Age de tal modo que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na do outro, sempre como um fim e nunca como um meio. [...] No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 1995a, p. 59-77).

O Imperativo Categórico de Kant entra aqui como chave para resolução da divergência entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica, isto porque, como no caso em voga não há tipificação, é necessária uma interpretação acerca dos fatos, e esta deve ser, em termos de sociedade, jurídica e não filosófica, pois caso fosse a segunda, vários modos diferentes de resolver a questão seriam apresentados, e eles não seriam punitivos ou restritivos quanto ao que ocorreu.

Assim, seria possível que toda e qualquer pessoa cometesse canibalismo, desde que, a parte que fosse vir a ser consumida aceitasse sem ser coagida a isso. Entretanto, se fosse assim, cometer canibalismo com o consentimento da outra parte tornar-se-ia um imperativo e qualquer pessoa poderia utilizar-se dessa lei universal para consumir os demais, e isso levaria ao fato de que a espécie humana entraria em colapso, pois assim como existem aqueles que gostariam de consumir carne humana, também haveria pessoas com tendências suicidas que gostariam de tornarem-se vítimas de um canibal, como forma de aniquilar sua existência definitivamente.

E não só no tocante ao canibalismo, mas também no que diz respeito a qualquer outra situação complexa e prejudicial à dignidade humana que viesse a ser aceita na sociedade, como: tortura, assaltos, assassinatos; se essas condutas fossem aceitas de modo normal, sem sanção nenhuma, tornar-se-iam imperativos categóricos, e abririam precedentes para que qualquer um pudesse cometer os mesmos atos sem sofrer nenhuma penalidade.

Ocorre que, como o próprio Kant esclarece acerca de seu imperativo, o ideal é que o ser humano sempre trate a humanidade como um fim, e nunca como um meio. Ou seja, mesmo que determinada pessoa aceite ser vítima de condutas hoje consideradas criminosas, isso não deixa de fazer dessa vítima um meio para atingir uma satisfação pessoal do executor do ato, pois no momento em que essa pessoa tem uma conduta imoral ou ilegal, ela não está pensando na humanidade como um fim, tampouco a vítima o está fazendo, pois está esquecendo-se de seus deveres para com o restante das pessoas e do universo ao seu redor, agindo como se não possuísse obrigação nenhuma, ou vínculo nenhum com o mundo que habita.

Os caminhos da História, evidentemente, não delinearão as sociedades uniformemente. No entanto, a convergência dos paradigmas filosóficos e sociológicos clássicos, consubstanciados na ideia da busca do *bem comum*, sempre foi utilizada como fonte principal de justificação da organização e do exercício do poder político. De fato, a organicidade sempre foi concebida como *natural* ou inerente a qualquer forma de coesão social representada pelos Estados forjados, historicamente, em áreas de confluência de poderes institucionalizados pela *razão*. Os países atrelados à política europeia do Ocidente inauguraram o Direito moderno baseado em princípios e em leis positivadas e, portanto, na administração especializada da justiça. Esta calcada em enunciados político-jurídicos universais, na busca pela unidade em um contexto de forte fragmentação do poder, porquanto as normas promulgadas obedeciam a princípios estabelecidos por acordos racionais, sob o manto pragmático-utilitário, alheias às interpretações permeadas por tradições religiosas, estamentais ou particularistas (GERSON, 2014, p. 11).

Ou seja, a busca pelo bem comum é historicamente um ideal social que serviu para dar ensejo à organização estatal e política, colocando-se de lado os ideais pessoais, tradicionais ou religiosos, em prol de uma identidade social universal, capaz de abarcar as principais necessidades dos seres humanos enquanto comunidade.

Ocorre que não só enquanto sociedade os seres humanos têm valor, eles o têm intrinsecamente, e é isso que Kant demonstrou acima, quando disse que: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, 1995a, p. 59-77).

Portanto, aquilo que pode ser trocado ou valorado não é digno em si, mas aquilo que está além de valores econômicos ou objetificados é, de fato, digno por si mesmo, intrinsecamente, e por isso não pode ser substituído, nem menosprezado, o que é o caso do ser humano. Dessa forma, é importante que o direito tome frente em certas situações sociais ligadas à vida humana, que ponham em risco a dignidade das pessoas e também sua própria vida.

Para romper com essa *tradição inautêntica*, no interior do qual os textos jurídicos constitucionais são hierarquizados e tornados ineficazes, torna-se necessário compreender o sentido de Constituição. Mais do que isto, trata-se de compreender que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente, entendê-lo *como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade*. No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como *algo que constitui a sociedade, é dizer, a constituição de um país é a sua Constituição* (STRECK, 2004. p. 218).

Não só no Brasil, mas também nos demais países é importante que a Constituição seja vista como aquilo que sustenta uma sociedade dando a ela as bases de que necessita para que seja respeitada e organizada, não podendo abrir precedentes para que certas situações sejam consideradas comuns e não recebam sanção, como é o caso aqui discutido, pois aceitar um ato de canibalismo em pleno século XXI infligiria gravemente à dignidade humana, não só para a vítima, seus conhecidos e familiares, mas também para a humanidade como um todo.

4 Conclusão

No trabalho em voga tem-se um esboço da evolução do direito através das grandes religiões da antiguidade, seguindo pelas veredas da Idade Média e do nascimento do absolutismo monárquico, o qual ainda era regido pela religião, mas passando por autores como Beccaria, que mesmo em épocas tão obscuras foi capaz de formular pensamentos extremamente modernos e dignos.

A evolução segue perpassando os caminhos do surgimento dos direitos humanos e confrontando os paralelos encontrados no direito atual entre vida e liberdade, dois importantes direitos fundamentais que por vezes chocam-se no que diz respeito a qual deve ser suplantado em detrimento do outro para que se alcance maior concepção de justiça, pois por vezes, como no estudo de caso acima apresentado, esses dois direitos acabam tornando-se incompatíveis.

A religiosidade então encontra grande influência sobre o direito atual, pois mesmo que nos dias de hoje o direito brasileiro, por exemplo, seja laico, os ideais de moralidade, ética e boa-fé que nele se encontram foram mundialmente difundidos através das religiões. A filosofia, que por sua vez estuda a ética, também encontra em seus caminhos esboços de moralidade baseados em ideais religiosos, e por isso torna-se tão difícil separar a religião das demais áreas humanas, mas isso não significa que esta seja regente da atualidade, apenas precursora em determinados campos ligados ao bem comum e à moralidade.

Um dos muitos campos onde traços da moralidade religiosa influencia é no que tange aos direitos humanos sendo que por mais que os mesmos tenham surgido com afinco após as Grandes Guerras Mundiais, os traços relacionados ao valor da vida, da liberdade e da dignidade de cada ser humano provém de ilações religiosas muito antigas acerca dos ideias de que a vida é dada por Deus, o livre-arbítrio é respeitado por Ele e cada ser humano seria equivalente a um filho Seu.

Assim, nota-se que mesmo em um caso que ocorreu em pleno século XXI, as concepções religiosas, mais precisamente cristãs (já que em religiões primitivas o canibalismo já foi aceito e até mesmo tido como ritual sagrado, além de a Igreja Católica, por exemplo, ainda possuir um ritual de comunhão do que os fiéis acreditam ser o corpo de Cristo) são extremamente contra retirar a vida de outro ser, seja ele qual for, sendo que neste caso a ideia

de livre arbítrio torna-se até mesmo suplantada pelo mandamento judaico-cristão: não matarás.

E nessa mesma linha de pensamento encontra-se o direito no que tange ao paralelo: vida-liberdade, pois embora o direito atual não se utilize das concepções propriamente religiosas sobre um Deus Soberano que tudo criou e tudo observa, há a perspectiva de que cada vida valha por si mesma e que a ninguém é dado o direito de retirá-la de outro, e nem a um ser humano em si mesmo seria dada a opção de abrir mão da sua própria.

Compreende-se, então, que o caso de Armin e Brandes é de grande importância para a discussão jurídica acerca da necessidade das leis penais e da importância dos bens jurídicos tutelados, e é nesse sentido que a hermenêutica jurídica ganha grande enfoque no que diz respeito à interpretação das leis.

Viu-se ainda que os traumas e hostilidades sofridos na infância ou adolescência podem ser causadores de inúmeros abalos emocionais e psicológicos que podem levar as pessoas a atitudes extremas como o canibalismo, sendo que neste caso, o fato de o mesmo ter sido consentido pela pessoa consumida tornou muito difícil a missão do direito alemão em punir Armin Meiwes, pois o crime cometido por ele não estava propriamente tipificado no direito alemão, de modo que Armin não respondeu pela ingestão de Brandes em si, mas sim por homicídio para a satisfação sexual e uma forma de vilipêndio a cadáver.

Entende-se, portanto, que o posicionamento da Suprema Corte Alemã é de extrema relevância para prevenir que o direito à liberdade escancare as portas do direito à vida e à dignidade humana, pois se a decisão da Suprema Corte não abrangesse tal caso como homicídio doloso qualificado - dentro de suas tipificações específicas -, é provável que tal ato viesse a ser considerado parâmetro para a liberdade de cometerem-se outros casos de canibalismo em tal sociedade.

O ato cometido por Armin e Brandes foi sim uma questão de escolhas particulares, entretanto não é possível que sejam abertas exceções para tal teor de escolhas no direito penal, seja ele alemão ou brasileiro, para que não seja ferido o ideal do próprio direito, que é proteger a sociedade e seus cidadãos, visto que caso o canibalismo se tornasse uma prática livre, a humanidade seguiria sério risco de acabar extinguindo a si própria, se não pelo consumo de uns aos outros, mas através da perda do próprio sentido de humanidade em si mesmo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. FLICKINGER, Hans-Georg. ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica Filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- AURÉLIO, Dicionário. Disponível em: <http://www.dicionariodoaurelio.com/> < Acesso em: 06/01/2016.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CHALITA, Gabriel. **O poder: reflexões sobre Maquiavel e Ettiéne de La Boétie**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ONU. [Recurso eletrônico]: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://secure.upf.br/pdf/PDF%20de%20Livro/Declaracao_Universal_dos_Direitos_Humanos.pdf > Acesso em: 04/09/2015.
- DE JESUS, Damásio E. **Novíssimas questões criminais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DE OLIVEIRA, Miguel Tassinari. **Bem jurídico-penal e Constituição**. PUCSP: São Paulo, 2010.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Elegancia Juris: Porto Alegre, 2015. p. 450.

FILARDI LUIZ, Antônio. **Curso de direito romano**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FILHO, Clóvis de Barros. POMPEU, Júlio. **A Filosofia Explica as Grandes Questões da Humanidade**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Casa do Saber, 2013.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GERSON, Fernando. **A legitimação social do direito**. Recurso eletrônico. Caxias do Sul, RS: Educs, 2014.

GOZZO, Débora. LIGIERA, Wilson Ricardo. et. al. **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1974.

JONES, Louis. **Cannibal: The true story behind the maneater of Rotenburg**. New York: Berkley Books, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. De Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1995.

KETZER, Patrícia. HAHN, Alexandre José. **O caso da coroa contra Dudley e Stephens e o utilitarismo**. Anais do Simpósio de Filosofia e Direito, vol. 1, Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo/RS, 2015.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. **História geral do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância; segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano** (Os Pensadores). Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1988.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª ed. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 26 ed. Revisada e atualizada por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martin Fontes, 2001.

MAZOTTI, Marcelo. **As Escolas Hermenêuticas e os Métodos de Interpretação da Lei**. Barueri, SP: Minha Editora, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do Bem e do Mal: Prelúdio de uma Filosofia do Futuro**. Coleção: O Essencial de Nietzsche. Tradução de Antonio Carlos Braga. Prólogo de Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2013.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é Justiça**. 9ª edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Fellipe Guerra David. **O Canibal de Rothenburg: um ensaio sobre a liberdade**. Revista Ética e Filosofia Política – Nº 13 – Volume 1 – p. 139 a 162 - Janeiro de 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes** (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 2000.

_____. **Do Contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas** (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1999.

_____. **Emílio ou Da educação**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SÁ, Alvinho Augusto de. **Homicidas Seriais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 27/1999 - p. 217 – 229. Jul - Set / 1999.

SANCHES, Vladia Maria de Moura Soares. **O testamento vital e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 87/2014 | p. 287 | Abr / 2014. p. 15.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito: Perspectivas histórico-constitucionais da relação entre estado e religião.** São Paulo: Atlas, 2013.

SIGNIFICADOS. Disponível em: <http://www.significados.com.br/deep-web/> < Acesso em: 09/03/2016 – às 09:32h.

SOLON, Ari Marcelo. **Direito e tradição: o legado grego, romano e bíblico.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THE GUARDIAN. Luke Harding. **Victim of cannibal agreed to be eaten.** Berlim. Publicado em: 04 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2003/dec/04/germany.lukeharding> <Acesso em: 22/08/2015 – às 09:47h.

THE NEW YORK TIMES. **Kassel Journal.** Eating People Is Wrong! But Is It Homicide? Court to Rule. Mark Landler. Publicado em: 26 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2003/12/26/world/kassel-journal-eating-people-is-wrong-but-is-it-homicide-court-to-rule.html> <Acesso em: 22/08/2015 – às 10:00h.