

O ABORTO SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL-PENAL DA PROPORCIONALIDADE E DO BEM JURÍDICO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA COM A POSIÇÃO ALEMÃ E AS NOVAS PROPOSTAS NO BRASIL

ABORTION UNDER THE BIAS CONSTITUTIONAL-CRIMINAL OF PROPORTIONALITY AND LEGAL INTEREST: A COMPARATIVE ANALYSIS WITH GERMAN POSITION AND NEW PROPOSALS IN BRAZIL

Fábio Freitas Dias¹

Professor do Centro Universitário Franciscano (Unifra)

Felipe da Veiga Dias²

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc)

RESUMO: A presente pesquisa trata do aborto no Brasil, sustentando uma necessária ligação entre o direito constitucional e o direito penal que deve nortear a interpretação de todo o sistema punitivo. Para tanto, o estudo de alguns princípios, como ofensividade, intervenção mínima e proporcionalidade, é indispensável. Tal combinação permite a defesa de uma

exclusiva proteção de bens jurídicos, ao mesmo tempo em que possibilita a retração do sistema penal e a averiguação da necessidade/obrigação de proteção penal. Além disso, o comparativo com o Direito alemão subsidia a crítica à atual legislação pátria. Entre erros e acertos que se pretende apontar, afirma-se a necessidade de debater criticamente o tema, para que o tratamento do aborto

¹ Mestre e Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal, Advogado (Santa Maria/RS). *E-mail:* fabiofd33@yahoo.com.br.

² Bolsista CAPES (nº 12333/13-1) – Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha), Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS, Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria/RS (FAMES), Integrante dos Grupos de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Núcleo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (Grupeca/UNISC), Advogado. *E-mail:* felipevdias@gmail.com.

no Brasil possa observar a proteção da vida humana e modelo de direito penal realmente garantista.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios constitucionais-penais; proporcionalidade; aborto; bem jurídico.

ABSTRACT: *The present research concerns about the abortion in Brazil supporting a necessary link between constitutional law and criminal law should govern the interpretation of any punitive system. Therefore, is essential the study of some principles such offensiveness, minimal intervention and proportionality. This combination allows the defense of an exclusive protection of legal interests, while allowing the retraction of the criminal system and the investigation of necessity/obligation to criminal protection. Moreover, the comparison with German law subsidizes the criticism of the current homeland legislation. Between right and wrong that is intended to point, it is affirmed the need to discuss critically the subject, so that adjustments are made and the next steps may be taken in the treatment of abortion in Brazil following not only the protection of human life, but a model of criminal law really "guarantist".*

KEYWORDS: *Criminal-constitutional principles; proportionality; abortion; legal interest.*

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Conexão constitucional-penal e os princípios de sustentação; 2 O princípio da proporcionalidade: panorama entre a proibição de excesso e de proteção deficiente; 3 A imperiosa compreensão do bem jurídico-penal e a obrigatoriedade de restrição penal; 4 O aborto sob o viés alemão e as contextualizações constitucionais penais com o caso brasileiro; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Initial considerations; 1 Constitutional-criminal connection and the principles of sustainability; 2 The proportionality principle: overview between the prohibition of excess and deficient protection; 3 The overriding understanding of well legal-penal and obligation of criminal restraint; 4 Abortion under german bias and the contextualization constitutional criminal with the brazilian case; Final considerations; References.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pesquisa ora proposta tem por escopo debater o tema da interrupção da gravidez sob a via de observação constitucional-penal, defendendo esta conexão como inerente a qualquer processo reflexivo acerca das intervenções punitivas do Estado no atual modelo Democrático de Direito, de modo que o desvio dos rumos deste caminho leva, conseqüentemente, à deslegitimação do sistema criminal.

Desta maneira, far-se-á a exposição da umbilical ligação entre os ramos do direito constitucional e do direito penal, com especial atenção ao uso dos princípios constitucionais-penais e a noção de bem jurídico. O primeiro destes itens traz consigo não somente a compreensão hermenêutica da esfera penal hodierna, mas também dispõe fundamentos para reflexão fenomenológica das questões atinentes ao aborto, como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, o qual serve ao propósito de indagação dos interesses jurídicos em pauta e, igualmente, oferta ao intérprete a possibilidade de estabelecimento de parâmetros justificantes ao processo decisório, conforme exige o Texto Constitucional pátrio.

Ademais, juntamente à compreensão da adoção adequada da proporcionalidade (aliada aos demais princípios – sustentação do sistema), nas suas modalidades de proibição de excesso e de proteção deficiente, adiciona-se o estudo do bem jurídico, já que o seu uso como conteúdo formal e material insere ao ilícito penal um componente de justificação das ações estatais. Isso aponta para que a leitura correta do que seria um bem jurídico penal determina não somente a regularidade normativa do ilícito, mas traz consigo um componente axiológico de fundamentação ou em alguns casos de contestação (inconstitucionalidade da norma penal por inadequação ou inexistência do bem jurídico).

Destarte, a combinação dos elementos da proporcionalidade e do bem jurídico indica a existência de possíveis dúvidas sobre a incriminação do aborto no Brasil; portanto, tentar-se-á aqui expor algumas destas incongruências e, por conseguinte, a necessidade de debater a matéria, haja vista as novas propostas que tomam forma no projeto de reforma do Código Penal. Utilizar-se-á conjuntamente, a fim de traçar um comparativo teórico-prático, os rumos adotados na Alemanha sobre este caso, tendo em vista a sua estimada relevância nos debates constitucionais (em especial da sua Corte Constitucional), bem como a sua linha de raciocínio garantista de proteção dos direitos fundamentais.

Clarificados os aspectos principais do artigo, tentar-se-á aqui expor uma discussão coerente e pluralizada, para, assim, escapar dos discursos vazios e pouco contributivos neste assunto, ao mesmo tempo em que não se pretende esgotar a matéria, e sim fomentar críticas e contestações ao panorama esquizofrênico do campo penal no Brasil, pois a percepção de que a doutrina, legislação e política criminal não falam muitas vezes a mesma linguagem conduz a forçosos questionamentos, como o ora aludido acerca da interrupção da gravidez.

1 CONEXÃO CONSTITUCIONAL-PENAL E OS PRINCÍPIOS DE SUSTENTAÇÃO

A apreciação de qualquer temática na seara penal contemporânea implica no entendimento coerente dos certames constitucionais, sob pena não somente de uma incongruência formal, no sentido de coesão sistêmica do Direito pátrio, mas também de uma corrosão nuclear de sua matriz axiológica. O prezar por este centro indica a sua importância e, ao mesmo tempo, denota a sua contribuição ao pensamento jurídico pós-moderno, recebendo de autores a alcunha de pós-positivista (em clara acepção à superação do paradigma do período positivista, seja em sua rigidez ou na discricionariedade excessiva).

Neste norte, a clara combinação de componentes ético-valorativos e jurídicos parece ser uma marca do constitucionalismo moderno, juntamente ao qual se encontra o próprio modelo estatal, nomeado de Democrático de Direito, que é visto como possuidor de grande força ideológica, ofertando maior número de artefatos modificativos da realidade social. Aponta-se que a vertente estatal em comento utiliza-se das bases anteriormente galgadas, como a separação dos poderes, associando a novas leituras de princípios como a legalidade, igualdade e a segurança jurídica³, bem como de novos direitos, buscando um novo patamar de efetivação de direitos e garantias ao ser humano.

Portanto, a adoção de um prisma constitucional de observação jurídica passa a ser impositiva à realidade nacional. No que tange ao direito penal, tal assertiva já estaria corroborada pela proteção constitucional de determinados direitos e garantias, de modo expresso e diretamente ligado ao campo penal, tanto de natureza material quanto processual; no entanto, este elemento é reforçado por um elo mais intrínseco, mais precisamente com os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.

A força contida no elo constitucional-penal é inegável e ao mesmo tempo inerente à coerência do sistema punitivo, sendo cabível a formação, nas palavras de Luciano Feldens⁴, de uma Constituição Penal:

[...] concebida como o conjunto de diretrizes normativas estabelecidas à organização e ao funcionamento do sistema jurídico-penal requerido pela Constituição,

³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 98-99.

⁴ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 23-24.

as quais compreendem os princípios e regras gerais respeitantes à matéria criminal (penal e processual penal) positivados na ordem constitucional; ademais, uma vez assentada a missão precípua do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, o conceito de Constituição Penal assumirá uma perspectiva material para abranger, em seu núcleo de problematização, as categorias que, produto do desenvolvimento dogmático dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela, sejam, por essa razão mesma, diretamente referíveis à Constituição, ainda que nela não ostentem uma consagração explícita.

Assim, a conexão entre o direito constitucional e o penal é fruto do próprio Estado Democrático de Direito, porquanto não se poderia aceitar um poder punitivo que estivesse em constante conflito com a Constituição ou cerceasse direitos protegidos em um Estado de modelo constitucionalista. Dentro dessa equação jurídica, de maneira a respeitar a ligação entre a Constituição e o direito penal, devem ser respeitados os fundamentos constitucionais, mais precisamente os princípios, seja por seu papel frente a um raciocínio hermenêutico ou por seu caráter orientador. O importante é que dentro da espécie penal estes alicerces têm grande valia.

Ademais, nunca é demais frisar que os princípios funcionam de modo a conter os agentes do sistema penal; em outras palavras, tais componentes restringem o plano de atuação do legislador ou do julgador⁵, para, com isso, manter a higidez constitucional da esfera penal.

Dito isso, ao debruçar-se sobre os alicerces do pensamento constitucional-penal, faz-se forçosa a menção à dignidade da pessoa humana, a qual se encontra prevista como pedra angular do ordenamento jurídico, servindo como fundamento hermenêutico e como norma positivada. Integra a dignidade humana a base da República⁶, ao mesmo tempo em que traça o desenho ético-jurídico da Constituição, de maneira a refutar qualquer tratamento redutor da

⁵ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 17.

⁶ Adiciona-se aqui o posicionamento acerca da relação entre República e dignidade humana, nas palavras de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 225.

condição existencial de ser humano; em outras palavras, afasta condutas que imponham ao indivíduo a condição de objeto/coisa (matriz kantiana)⁷.

Quando se aduz à relevância da dignidade humana, não se está somente a elevar sua contribuição reflexiva, diante de toda sua carga valorativa (fato este comprovado pela sua definição abstrata ou até mesmo pelo caráter volátil de termos como “dignidade”), e sim se tem em mente que ela se perfectibiliza em diversos mandamentos constitucionais diferentes (como, por exemplo, na proibição de tortura e tratamento desumano ou na pena de morte)⁸, bem como em outros princípios, para, desta forma, auferir uma maior concretude. Isso significa que o seu uso não deve ser inconsequente, nomeando atos gerais ou ofensas à dignidade humana, a fim de evitar o seu esvaziamento, porque as suas ramificações têm exatamente a pretensão de conceder uma maior materialização ao seu conteúdo, e uma lesão a estes princípios acarreta, por conseguinte, ofensa à dignidade humana.

Essa constatação não impede uma violação direta ao princípio supra-mencionado; todavia, priorizam-se aqui os ataques secundários a este fundamento, mais precisamente por meio dos princípios constitucionais-penais, já que tais danos infringem rupturas nos muros de legitimação⁹ do sistema punitivo (incongruência entre as normas penais e a base constitucional).

Neste sentido, alguns princípios podem ser considerados como sustentação imprescindível à presente pesquisa, ou até mesmo ao pensamento criminal contemporâneo, e entre estes apontam-se aos princípios da ofensividade e da intervenção mínima. Contudo, antes de adentrar ao comentário do primeiro desses axiomas, não se pode furtar em afirmar a importância da legalidade (e conexão) para contemplação dos princípios aludidos, visto que, seguindo as linhas de Luigi Ferrajoli, em seus dez mandamentos do garantismo penal, o destaque de

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 37. Em igual sentido a posição de RODRIGUEZ, Javier Llobet. *Derechos humanos y justicia penal*. Heredia: Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas, 2007. p. 45-46.

⁸ As exemplificações mencionadas podem ser vislumbradas no art. 5º do Texto Constitucional brasileiro (1988), nos incisos III e XLVII. Igualmente colaciona-se passagem de CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 287.

⁹ Defende a posição acerca da deslegitimação por ausência de racionalidade o autor ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

tal princípio se dá nem tanto pela mera previsão no texto legal (acepção *lata*), e sim pelas combinações resultantes; em outras palavras, a legalidade estrita (diferente da simples previsão – sentido *lato* – como condição) traz consigo todas as demais garantias (como, por exemplo, a ofensividade)¹⁰.

Com fulcro na visão garantista da legalidade, juntamente ao parâmetro máximo da dignidade humana – da qual se deduz o mandamento subsequente –, passa-se a debruçar-se sobre o princípio da ofensividade/lesividade, vislumbrado na punição de condutas que efetivamente lesionem (ou coloquem em perigo) um interesse jurídico relevante¹¹. Resumidamente, aduz-se que “somente os ataques mais insuportáveis (mais graves), os que podem gerar repercussões visíveis (palpáveis) e muito preocupantes para terceiros (para a convivência social), é que devem ser castigados penalmente”¹².

Diante dessa concepção adefere-se a dificuldade inicial: quais seriam os interesses relevantes e merecedores da proteção penal? A resposta deste questionamento irá carecer da conjugação deste item com os próximos dois pontos, pois a compreensão da proporcionalidade e do bem jurídico são inafastáveis à elaboração de uma sentença adequada.

Entretanto, nada impede em denotar o potencial modificador deste princípio constitucional-penal, já que o seu uso é capaz de alterar o próprio conceito de ilícito (modelo de crime como ofensa a bens jurídicos), conforme preleciona os ensinamentos de Fabio Roberto D’Avila¹³:

[...] uma tal concepção onto-antropológica do direito penal, percebida e recepcionada juridicamente através do *modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais*, não só, vale reiterar, atribui ao ilícito uma *posição privilegiada* na estrutura dogmática do crime, eis que portador, por excelência, do juízo de desvalor da infração enquanto elemento capaz de traduzir para

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91-93.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 130.

¹² GOMES, Luiz Flávio. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

¹³ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 50-51.

além da intencionalidade normativa, também a própria função do direito penal, como propõe a noção de *ofensa a bens jurídicos*, a noção de *resultado jurídico* como a pedra angular do ilícito-típico. De forma sintética: *não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal*. Proposição que pretende, para além de expressar um inequívoco ideário político-ideológico, assumir-se como formulação principalmente constitucional.

Diante disso, encontra-se a ofensividade como um ditame basilar na interpretação constitucionalizada do direito penal, seja por sua alteração na noção de crime ou por servir como baluarte interpretativo, ambos os sentidos da ofensividade conduzem a um sistema garantista dos direitos fundamentais, juntamente com a noção de proteção dos bens jurídicos mais relevantes.

O princípio da lesividade funciona de forma dúbia¹⁴, exercendo influência sob o aspecto do poder do legislador e do juiz, ambos encarregados de funções relacionadas à verificação da ofensividade no direito penal, diferenciando-se em relação ao momento de seus atos. Porém, independentemente de um momento de cunho político-criminal (legislador) na delimitação do *ius puniendi*, ou um segundo de índole interpretativa/aplicativa (magistrado)¹⁵, o mais relevante é que a adoção da lesividade não pode ser meramente um requisito formal, esta deve estar casada com sua característica material para uma adequada interpretação/aplicação do princípio.

Destarte, seja no momento anterior à elaboração do delito ou na sua interpretação/aplicação, a necessidade de consideração da ofensividade é inestimável. Posto isto, o sistema principiológico não funciona de modo segmentado, até mesmo porque a interpretação é una, o que gera a tarefa de avaliação dos demais princípios; todavia, a explanação acerca da totalidade destes demandaria mais do que algumas páginas, gerando, assim, a obrigatoriedade da

¹⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para legitimação do direito penal secundário. In: *Direito penal secundário*. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 91. Compactua desta leitura do duplo funcionamento da ofensividade CALLEGARI, André Luís. Os princípios da proporcionalidade e da ofensividade no direito penal como legitimadores da sanção penal. Análise crítica em relação às penas nos crimes contra os costumes. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, ano 33, v. 33, n. 102, p. 47, 2006.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 99.

opção por apenas mais um, o qual faz jus por indicar os rumos do sistema, mais precisamente o princípio da intervenção mínima.

A combinação da ofensividade com a mínima intervenção fica explícita na noção material de crime, a qual se origina da função do direito penal e vem a ser afirmada pela “tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de ‘bens jurídico-penais’); ou, o que é dizer o mesmo, de bens jurídicos cuja lesão se revela digna de pena”¹⁶. Novamente, as ligações entre os princípios tomam forma e conectam-se ao tema do bem jurídico, demonstrando que a linha traçada pelo debate constitui-se em coluna vertebral do pensamento jurídico-penal hodierno.

Enfatiza-se que os caminhos traçados pela intervenção mínima encontram-se na linha de um Estado de Direito, bem como de uma perspectiva garantista do direito penal¹⁷. Não obstante a sua análise anterior à da ofensividade, haja vista que as vias punitivas são (ou ao menos deveriam ser) as últimas a serem utilizadas na defesa dos interesses sociais, devendo restar claro que, segundo este princípio, uma intervenção penal somente tem legitimidade quando ineficazes outros meios jurídicos de proteção¹⁸.

Objetivando alcançar os fins a que se propõe, esse princípio costuma ser subdividido, conforme aduz Nilo Batista¹⁹, “se relacionam duas características do direito penal: a fragmentariedade e a subsidiariedade”. Inicia-se a abordagem pela fragmentariedade. O próprio termo já é capaz de expor uma noção preliminar de sua definição, uma vez que um conceito deste seria que ele não deve sancionar toda e qualquer conduta lesiva a um bem jurídico, somente estaria apto a intervir naquelas com maior capacidade de ofenderem o interesse protegido pela norma. Justificando porque cabe ao direito penal, se alinhado com este princípio, o dever de proteger apenas os bens mais importantes e sancionar somente as condutas tidas como graves dentro do âmbito social.

¹⁶ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2007. p. 114.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 101. Complementa o autor seguinte apresentando a conexão da intervenção mínima com a dignidade humana e com outras normas contidas no Texto Constitucional brasileiro. LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70-71.

¹⁸ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 471.

¹⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 85.

Quanto à parcela subsequente da intervenção mínima, depara-se com o princípio da subsidiariedade, o qual pode ser resumido (segundo muitos doutrinadores) com a expressão *ultima ratio*. No momento em que findarem as alternativas de coibir uma conduta por parte do Estado, após utilizarem-se os demais ramos do Direito e, ainda assim, incorrer-se em fracasso, restará habilitada a utilização do direito penal como instrumento coercitivo social, com o resguardo da especialidade contida na espécie, evitando (em tese) um tratamento banalizado, ao prazer de oportunistas políticos ou manipuladores da opinião pública.

Entretanto, a respeito da última parte mencionada, é obrigatório referir que, apesar de toda esta construção doutrinária de respeito aos parâmetros constitucionais, o que vem se concretizando no âmbito Legislativo e em parte do Judiciário (isso sem mencionar a opinião pública, meios de comunicação, etc.) é um comportamento apartado do pensamento jurídico-penal, de modo a ignorar elementos como a ofensividade e a intervenção mínima, especialmente em seu conteúdo de subsidiariedade, em prol de uma visão punitivista, em clara adoção de uma expansão penal²⁰ (com requintes, por vezes, de noções do direito penal do inimigo explanado por Jakobs)²¹, utilizando os instrumentos punitivos como *prima ratio* ou meramente como forma de simbolismo.

Portanto, apresentadas as bases iniciais de conexão constitucional-penal, bem como de alguns princípios de sustentação do sistema punitivo, sem, contudo, furtar-se às críticas forçosas ao comportamento antagônico apresentado pela doutrina e trágica realidade da aplicação penal no Brasil, caberá, na etapa posterior, elucidar as nuances do princípio da proporcionalidade, o qual detém elo incontestante com os mandamentos da ofensividade e intervenção mínima, além de levantar outras indagações, seguindo rumo à conjugação destes componentes às noções de bem jurídico e, por conseguinte, ao debate do aborto.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PANORAMA ENTRE A PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

O princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado no mundo jurídico de forma crescente nos últimos tempos, muito em decorrência do

²⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²¹ JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

perfil constitucionalista de quase todas as nações democráticas, embora não esteja previsto de modo expresso em todos os textos constitucionais, tal como no Brasil (princípio implícito)²². Na essência, a proporcionalidade orienta que as ações adotadas (pelo Estado) devem ser adequadas e necessárias ao fim perseguido, “bem como deve ser garantida uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade estatal e aquele que, para ela, é atingido ou sacrificado”²³.

Essa noção inicial traz à tona duas características: a primeira delas liga o princípio em tela a sua área de atuação mais renomada, os direitos fundamentais, visto que é neste local que são estabelecidos os limites da intervenção estatal (dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito); o segundo aspecto, já apontando ao âmbito penal, pode ser vislumbrado nas entrelinhas anteriores, pois, quando se atém ao estabelecimento de restrições/limitações da atuação estatal na proteção dos bens jurídicos, estar-se-á evitando conjuntamente os abusos de poder²⁴.

A partir desta última acepção, torna-se visível a vertente mais conhecida do mandamento em questão, a chamada proibição de excesso – função limitadora do poder punitivo do Estado. Nessa faceta da proporcionalidade, a norma deveria preencher os requisitos contidos no princípio, mais precisamente os chamados subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²⁵ – popularizados na obra de Robert Alexy²⁶, com o intuito de não incidir em uma desproporção entre os meios e os fins pretendidos (proporcionalidade associada ao critério da ofensividade), visando, desse modo, a impedir ações abusivas, funcionando como um limite superior, ao qual os operadores do Direito estão diretamente vinculados.

No entanto, apesar da massiva filiação com a óptica dos subprincípios e uma resolução analítica ao manejo da proporcionalidade, aqui se terá uma

²² LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 424. Apresenta posição idêntica à defendida de que a ofensa à proporcionalidade indiretamente ofenderia a dignidade da pessoa humana.

²³ BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39-40.

²⁴ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65.

²⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 77.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 116-118.

posição discordante deste pensamento, por razões pragmáticas, tendo em vista que inexistente aplicação correta da teoria analítica e dos subprincípios, ou especialmente pela postura hermenêutica adotada, de conteúdo filosófico, sendo impossível compreender o corte interpretativo, quando na realidade a interpretação e aplicação são uma ação una. Complementa o antagonismo da postura crítica tomada aqui o fato de que Alexy recorre à discricionariedade decisória ao final de sua proposta, reincidindo no erro positivista²⁷.

Asseveram essa linha de pensamento, bem como complementam a visão da proporcionalidade de maneira a pautar as suas duas vertentes (proibição de excesso e de proteção deficiente), as palavras de Maria Luiza Schäfer Streck²⁸:

A proporcionalidade como a equanimidade de que fala Dworkin – assim admitida por Habermas – recoloca o instituto no paradigma da intersubjetividade, por retirar-lhe a característica da discricionariedade. Também lhe retira a dependência do sujeito da modernidade. Em outras palavras, proporcionalidade não pode significar “livre escolha” ou “escolhas discricionárias”, porque isso pode proporcionar até mesmo o solapamento do texto constitucional (lembramos, como exemplo, a utilização do princípio da proporcionalidade para garantir que um aluno de biologia não necessite lidar com animais ou o seu uso para, sopesando fins e meios, procurar legitimar a utilização de prova ilícita em interceptações telefônicas). O uso adequado da proporcionalidade deve ter o propósito de “recolocar” a integridade eventualmente violada pela legislação ou pela decisão judicial. Observe-se que a proporcionalidade está ligada a diversos princípios, especialmente aos do devido processo legal, o contraditório e a igualdade. Uma lei ou decisão deixa de ser proporcional quando viola esses princípios. E, ressalte-se: ou a violação se dá

²⁷ Idem, p. 611. Neste sentido encontram-se as críticas prolatadas por STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92; STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69-71.

²⁸ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86-87.

porque a lei (ou a decisão) foi além, ou porque ficou aquém da Constituição. Ora, se isso é correto, toda a proporcionalidade ou será pela via da proibição de excesso, ou pela proibição de proteção deficiente.

Com fulcro na assertiva supramencionada, entende-se que os parâmetros interpretativos do abuso ou da omissão são os mais adequados quando se toca no tema da proporcionalidade. Por óbvio que a amplitude e os efeitos da aplicação deste princípio não são restringidos pela abordagem ora realizada, poder-se-ia aludir aplicações fenomenológicas simples, como o estabelecimento de penas mínimas e máximas, sendo estas uma exigência da proporcionalidade, combinada com outros fundamentos constitucionais-penais²⁹.

Ademais, ainda sobre a combinação de princípios e a face da proibição de excesso, o autor Luciano Feldens bem explica como sendo a aplicação mais clara da proporcionalidade quando aplica o princípio da insignificância, de modo que a insignificância “jurídico-penal de uma conduta determinada não é senão a realização de um juízo *concreto* de desproporcionalidade que se realiza acerca da potencial incidência de uma medida legalmente prevista [...] a uma situação de fato”³⁰.

Assim, a proibição de excesso mostra-se em diversos momentos da aplicação da proporcionalidade no direito penal, seja na apreciação legislativa, ocasião em que se projeta o sacrifício do direito à liberdade (ou de outros direitos fundamentais – restrição de direitos) em prol da proteção de um bem jurídico, ou, ainda, na aplicação *in concreto* pelas mãos do juiz, o qual deve levar em consideração a totalidade dos princípios constitucionais penais, como a ofensividade e intervenção mínima, a fim de alcançar uma interpretação adequada e garantidora dos fundamentos da Constituição.

Por isso a variante em comento – feição negativa de proteção contra invasões do Estado – deve ser considerada antiga, já que se encontrava desde o pensamento iluminista, permeando um campo de guarda dos direitos fundamentais opostos ao poder punitivo estatal³¹. Porém, o princípio da

²⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 161-164.

³⁰ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 191.

³¹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 91.

proporcionalidade, bem como o próprio direito penal, não poderia ficar restrito a uma atuação negativa, meramente de defesa, ou seja, é imperiosa uma postura positiva para concretização dos direitos fundamentais em um modelo de Estado Democrático de Direito.

Com fulcro nessa segunda possibilidade, chega-se a outra face desse princípio (tendo como origem decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito da interrupção da gravidez), não tão conhecida como a anterior, mas nem por isso de menor significância, denominando-se de proporcionalidade como limite da proteção insuficiente (defesa do núcleo essencial³² dos direitos fundamentais). Esse funcionando como um limite inferior, ou seja, garantiria uma mínima proteção, a partir da concepção de que os direitos fundamentais contêm imperativos de tutela, obrigando a uma ação positiva por parte do Estado, impedindo que certos bens jurídicos sejam jogados ao descaso. Asseveram este posicionamento os ensinamentos de Luciano Feldens³³ acerca do assunto, ao aduzir que

a proibição de proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção. Sob essa perspectiva, opera como ferramenta dogmática extraída do mandado de proporcionalidade e que nessa condição predispõe-se a exercer um controle (de constitucionalidade) sobre determinados atos legislativos, sendo, portanto, irrecusável sua dignidade constitucional.

Percebe-se com isso a valiosa contribuição dada pela proibição da proteção deficiente, exigindo múltiplos movimentos no combate às violações dos interesses fundamentais dos seres humanos, não restando a sua compreensão ou aplicação prejudicada pela ausência de uma construção dogmática elaborada,

³² A autora seguinte explora a conexão entre o princípio da proporcionalidade e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, apesar de não fazer alusão a vertente da proibição da proteção deficiente: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 100-104.

³³ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 92.

como ocorreu com a proibição de excesso e seus subprincípios³⁴. Em síntese, o pensamento garantista contemporâneo da proporcionalidade não se contém ao perfil clássico de simples defesa, mas permeia um caminho pró-ativo na senda conjunta de um novo modelo de Estado e no resguardo dos direitos fundamentais.

Ademais, seguindo a linha de reflexão garantista, que combina os parâmetros dos princípios de sustentação, acrescidos das facetas da proibição de excesso e de proteção deficiente, não se encontram pertinentes propostas extremadas, tanto na direção do abolicionismo (retirada completa da esfera penal – sendo inconstitucional pelos mandatos de criminalização expressos e implícitos) quanto na hipertrofia excessiva do sistema punitivo, rumo a uma expansão penal desenfreada.

Posto isso, relevante mencionar que a proporcionalidade, no que tange à proibição de proteção deficiente, já vem sendo alegada em sede jurisprudencial no Brasil, como no caso da alteração do art. 112 da Lei de Execuções Penais pela Lei nº 10.792/2003, desprezando a obrigatoriedade do exame criminológico, alterando-o por um simples laudo³⁵.

Dispostas as explanações teóricas e práticas do princípio da proporcionalidade (em suas duas acepções), devidamente combinado com as conexões iniciais, impõe-se a clarificação de um elemento, premente a sua evidente ligação com o tema, já tendo sido aludido diversas vezes; mais precisamente, necessitasse tratar da temática do bem jurídico, para somente assim apreciar um breve comparativo entre a visão alemã e as recentes propostas nacionais.

3 A IMPERIOSA COMPREENSÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL E A OBRIGATORIEDADE DE RESTRIÇÃO PENAL

Durante a construção realizada, tornou-se evidente a relevância do bem³⁶ jurídico no pensamento jurídico-penal contemporâneo, sendo importante frisar que este tema toma a atenção do direito penal desde o período do Iluminismo

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47, p. 103, 2004.

³⁵ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 202.

³⁶ Apenas a critério elucidativo, acrescenta-se a diferenciação entre “bem” e “coisa” feita na obra de FERRAJOLI, Luigi. *Por um teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50-53.

(século XVIII), tendo perpassado por diversos marcos teóricos na sua construção, tais como o positivismo e neokantismo³⁷.

Nesse norte, a preocupação com o bem jurídico justifica-se pela leitura feita por autores como Fabio Roberto D’Avila³⁸ e Luiz Flávio Gomes³⁹, de que toda intervenção penal resulta no sacrifício da liberdade, e esta como bem jurídico e direito fundamental é sempre ponderada com outro interesse relevante que tenha sido ofendido (ou posto em perigo) (combinação dos princípios da proporcionalidade e ofensividade); portanto, somente estará justificada a ação restritiva se estiver alinhada aos panoramas constitucionais e analisados os bens jurídicos envolvidos.

A partir desse primeiro traçar, notam-se algumas características que vão formatar a noção de bem jurídico-penal, já que a “revelação” (a qual deveria ser óbvia) do forçoso vínculo constitucional o aponta como alicerce principal na estrutura punitiva, bem como ao mesmo tempo não confunde conceitos como bem jurídico e direito fundamental. Quando se afirma a Constituição⁴⁰, em todo seu suporte axiológico como base, esta serve de bússola orientadora na definição dos bens jurídico-penais, ou seja, ela aduz uma série de conteúdos de estimada importância e que merecem guarda do direito, mas somente nos casos mais gravosos o legislador deve utilizar as sanções penais.

Essa perspectiva inicial visa a não enclausurar a noção do bem jurídico, conforme os moldes positivistas, ao mesmo tempo em que, caso os bens jurídicos somente fossem previstos pelo Texto Constitucional, estar-se-ia a ceifar a realidade social como fonte de definição destes interesses fundamentais⁴¹.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28 et seq.

³⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

⁴⁰ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 98, 2004.

⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97.

Assevera essas compreensões a conceituação de Claus Roxin⁴² sobre o que seria o bem jurídico-penal:

Sobre a base das reflexões anteriores, podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.

A amplitude e flexibilidade conceitual ofertada *supra* não se confundem com o padrão ético excessivo criticado nas noções iluministas, as quais eram demasiadamente vagas, e tampouco pode sucumbir à sedução restritiva do positivismo, enclausurando em uma definição por demais limitada⁴³. Não obstante o alinhamento da definição aos paradigmas pós-positivistas e hermenêuticos, é inegável às funções desempenhadas pelo bem jurídico-penal, em especial àquelas que apontam para a limitação do poder punitivo (ou limites político-criminais), juntamente com a função interpretativa, e ainda para sua contribuição sistemática⁴⁴.

Ademais, com fulcro nos princípios constitucionais do campo criminal explanados, combinados com a função de exclusiva proteção dos bens jurídico-penais, posta ao próprio direito penal, uma série de contenções à atividade legislativa (e judicial) acaba por ser convalidada. Um impedimento dos mais

⁴² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18-19. Soma-se aqui também a definição de DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal - Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2007. p. 114.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 432.

⁴⁴ Neste sentido PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 60-61; GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 64.

relevantes é a proibição de incriminações morais, religiosas ou ideológicas, pois, enquanto tais condutas “não diminuem a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico”⁴⁵.

A afirmação desta restrição não retroage à separação do direito e da moral (marca do período positivista), tão somente preserva componentes de individualidade e influência de cada ramo do conhecimento humano, visto que, ao se deparar com questões deste tipo, deve-se ter a visão de que “a justiça, como a moral, não é questão de maiorias”⁴⁶, de maneira que o Estado não deve conduzir moralmente seus cidadãos, quanto mais por meio dos instrumentos coercitivos⁴⁷.

O alerta, no sentido supramencionado, feito por Claus Roxin⁴⁸ se dá nas vias de que o socorro a fundamentos somente ético-morais já serviu de substrato a supostos “bens jurídicos”, como no período da criminalização do homossexualismo, e atualmente é resgatado em temas como a tecnologia genética. Somam-se às deturpações dos bens jurídico-penais outras exemplificações, como a punição das autolesões, a invocação generalizada da ofensa à dignidade humana (especialmente sob um viés coletivo) ou, ainda, as normas penais puramente simbólicas⁴⁹.

Diante disso, percebe-se que as oposições à noção de bem jurídico, sob a alegação de sua “abstração” ou “definição aberta”, além de guardarem as máculas positivistas, trazem em seu âmago o desconhecimento da gama de elementos que devem ser observados para o impedimento de abusos do poder punitivo estatal, já que a sua correta utilização, auxiliada pelo substrato principiológico até o momento externado (ofensividade, proporcionalidade e intervenção mínima), garante uma elevada dose de complexidade na proposição de uma criminalização.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 423.

⁴⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 36.

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 37-39.

⁴⁹ Idem, p. 39-50.

Contudo, a indagação que surge nesse emaranhado conceitual é: Existe uma obrigatoriedade de tipificação penal para determinados bens jurídicos? A dúvida posta suscita ao menos duas possibilidades: a) inexistente uma obrigação criminalizadora, tão somente há “uma indicação do valor do bem jurídico referido”, tendo em vista que “elevado ‘merecimento de pena’ não significa automaticamente ‘necessidade de pena’”⁵⁰; b) determinados interesses jurídicos impõem uma restrição penal, já que “a criminalização de uma conduta sempre será necessária quando a conduta a ser omitida põe em perigo um bem jurídico considerado digno de proteção penal”, e, para tanto, deve-se levar em conta, “principalmente, os constitucionalmente assegurados, sobretudo os direitos fundamentais”⁵¹.

Apesar desses dois posicionamentos, prefere-se aqui uma postura intermediária, no sentido de que há, em tese, uma obrigação de criminalização para os casos expressos no Texto Constitucional; todavia, nas demais situações (mandatos implícitos), determinadas condutas podem encontrar-se protegidas tanto na esfera penal como em outras ramificações do Direito (ou na sua combinação). Assim, justifica-se, também, uma imposição de proteção penal quando houver uma ofensa (ou perigo) ao núcleo essencial de um bem jurídico-penal (proporcionalidade na vertente da vedação da proteção deficiente), devidamente alinhado à linha axiológica da Constituição.

Essa óptica é essencial ao debate do aborto, haja vista que não se está a discutir o início da vida ou os valores morais/religiosos envolvidos na questão, mas sim se tenta buscar a solução mais adequada e eficaz à proteção do bem jurídico, bem como quais elementos podem ser avaliados na consideração do melhor rumo na defesa deste interesse fundamental.

Portanto, faz jus à noção de bem jurídico associada ao estudo em tela (juntamente aos princípios constitucionais-penais) manter uma conexão com a realidade social, de modo a possibilitar a avaliação real da proteção de determinados bens jurídicos; neste caso, será abordada a vida intrauterina e, por conseguinte, ofertadas novas soluções às demandas sociais, contrariando as vias costumeiras de simples recrudescimento dos instrumentos punitivos.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 106.

⁵¹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105.

4 O ABORTO SOB O VIÉS ALEMÃO E AS CONTEXTUALIZAÇÕES CONSTITUCIONAIS PENAIS COM O CASO BRASILEIRO

A temática da interrupção da gravidez, seguindo os parâmetros estabelecidos, encontra no direito penal a proteção da vida humana, mesmo que esta se encontre em formação, ou seja, a vida intrauterina é considerada um bem jurídico-penal relevante. Embora, neste caso, seja ainda uma possibilidade diferenciada de um ser humano completo e constituído, distinção verificável na própria legislação penal brasileira, a qual pune com maior rigor um homicídio do que um aborto⁵².

Convalida esse posicionamento o autor Claus Roxin⁵³, ao enfatizar a diferenciação entre uma forma de vida em desenvolvimento e um ser humano consolidado, ao mesmo tempo em que conclui que um embrião não é disponível (bem jurídico relevante), mas pode ser ponderado (uso da proporcionalidade) com outros interesses jurídicos de relevante valor.

Dessa forma, percebe-se que o pensamento supramencionado na doutrina (e legislação) alemã encontra-se compatível com uma interpretação nacional, visto que o uso da combinação de princípios constitucionais-penais, como a proporcionalidade, juntamente à noção de bem jurídico, é capaz de fornecer uma gama de componentes hermenêuticos à situação do aborto.

Outro fator que contribui à discussão em tela é a apreciação da última decisão sobre o tema pelo Tribunal Constitucional alemão, embora seja importante ressaltar que, na primeira decisão sobre a interrupção da gravidez, conhecida como caso Aborto I (1975)⁵⁴, a nova legislação penal alemã tenha sido declarada inconstitucional (contando também com a origem dos mandados implícitos de criminalização)⁵⁵, com fulcro especialmente na visão da vedação de proteção deficiente e no raciocínio de que a vida (inclusive a intrauterina)

⁵² As penas previstas aos crimes em questão são, respectivamente: homicídio – seis a vinte anos; e aborto – um a três anos, quando provocado pela gestante, e chegando as penas de três a dez anos quando provocado por terceiro sem o consentimento da gestante.

⁵³ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 168-169.

⁵⁴ A íntegra da decisão pode ser consultada na obra de SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 266 et seq.

⁵⁵ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 95.

seria um “valor fundamental”, encontrando-se “determinantemente protegido pela Lei Fundamental”⁵⁶.

Na segunda e última decisão sobre o aborto, datada de 1992, o Tribunal Constitucional alemão foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade dos novos regramentos; tendo em vista o processo de unificação da Alemanha, a legislação carecia de uma mesma estrutura no tocante ao assunto, tendo à época sido declaradas inconstitucionais as normas § 218a e § 219. A primeira delas tinha como problema a declaração de que não seria antijurídico o “aborto não indicado por estado de necessidade depois de um aconselhamento”, e o artigo subsequente por não perseguir “suficientemente o objetivo de encorajar a mulher para o prosseguimento da gravidez”⁵⁷.

No entanto, apesar das correções e dos erros apontados pela eminente Corte Constitucional, esta não obistou a postura do legislador em abrir mão, mesmo por um lapso curto e no período inicial de gestação (primeiras doze semanas), da punição criminal, observando que o seu entendimento foi de que a cooperação com as gestantes poderia trazer melhores resultados na proteção da vida intrauterina⁵⁸.

Portanto, de acordo com a decisão anteriormente aludida, a interrupção da gravidez foi apreciada juntamente aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e intervenção mínima, tendo os dois últimos um papel de destaque, seja pela ponderação de interesses ou pela adoção de uma via alternativa na busca da mais adequada guarida do bem jurídico. Não obstante, além da percepção da esfera decisória do legislador, foi posta sob apreciação a ausência de efeitos positivos com a incriminação – não desencorajava a conduta e ainda gerava uma série de danos negativos sobre o bem jurídico (além dos efeitos criminógenos)⁵⁹.

Assim, verifica-se no prisma constitucional-penal alemão uma postura ao mesmo tempo alinhada aos ditames jurídicos e à realidade social, em prol da defesa da dignidade e da vida humana. Ademais, as explicações, novamente

⁵⁶ Idem, p. 96.

⁵⁷ SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 275.

⁵⁸ Idem, p. 285-286.

⁵⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 145.

dadas por Claus Roxin⁶⁰, acerca da atual legislação alemã (1995), a qual combina dois modelos (solução de prazo e de indicações), podem auxiliar no comparativo nacional.

Segundo esta regulamentação, é impune o aborto realizado por médico, a pedido da gestante, nas primeiras 12 semanas desde a concepção, se a gestante, pelo menos três dias antes da cirurgia, tiver se submetido à orientação da “repartição de aconselhamento em casos de conflitos na gravidez” (§§ 218, I, 219, StGB). Como dispõe a lei, a orientação deve servir “à proteção da vida não nascida”. “Esta orientação deve guiar-se no sentido de encorajar a gestante a prosseguir em sua gravidez e a lhe abrir perspectivas para uma vida com a criança; ela deve ajudá-la a tomar uma decisão responsável e consciente”. É certo que a decisão final incumbe à mulher, de maneira que o aborto nos primeiros três meses permanece impune, mesmo quando inexistente qualquer indicação específica. Neste aspecto, o modelo de aconselhamento fica mais próximo da solução de prazo. Ele se aproxima, por outro lado, da solução de indicações, uma vez que, em primeiro lugar, a orientação dada à mulher deve esclarecer-lhe, como diz a lei (§ 219, I, 3, StGB), que “a interrupção da gravidez só pode ser considerada em situações excepcionais”, e porque, em segundo lugar, um aborto sem indicações, ocorrido nos primeiros três meses, sem a orientação, preza o Tribunal Constitucional, é antijurídico. Até o fim da gravidez, só há aborto justificado se presente uma indicação médico-social (§ 218a, II, StGB); também há justificação nas primeiras 12 semanas, se a gravidez decorrer de um delito sexual (§ 218a, III, StGB).

Com fulcro na postura alemã, sustenta-se que esta (ou ao menos a sua observação) seria adequada ao contexto nacional, o qual igualmente à situação estrangeira acaba com a criminalização total, e praticamente inflexível⁶¹, por gerar uma infinidade de prejuízos à saúde da gestante e a possibilidades de vida de um futuro ser humano. Corroboram essa afirmativa as diversas pesquisas⁶²

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 172-173.

⁶¹ O autor seguinte aponta em seu texto como uma característica da restrição penal sobre o aborto seu caráter duro, ofertando poucas possibilidades: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173.

⁶² Neste sentido SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALVANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 4-5. Igualmente colaciona-se o estudo de DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência Saúde Coletiva*, v. 15 (Suppl. 1), p. 959-966, 2010.

que dispõem a amplitude da questão do aborto no Brasil, com um número alarmante de mortes, tratamento desumano, condições precárias, ausência de temor punitivo, combinado a uma quantidade pífia de condenações, de modo que auffer tão somente a periclitção do bem jurídico que se pretende proteger; em outras palavras, a postura excessivamente restritiva vulnera ainda mais a gestante e a vida intrauterina⁶³.

Não obstante a adequação do ponto de vista fenomenológico, somam-se ainda os parâmetros constitucionais-penais estabelecidos no presente estudo, os quais estariam enquadrados em uma modificação semelhante à alemã, pois a retração punitiva (intervenção mínima), juntamente com as medidas de acompanhamento e orientação, podem ofertar melhores condições de defesa ao bem jurídico, não significando a contenção penal uma desproteção da vida; ao contrário, estar-se-ia aumentando as suas barricadas (respeito à proibição de proteção deficiente).

Destarte, tais argumentos oriundos de um comparativo germânico-brasileiro já bastariam para por em xeque a atual normativa penal brasileira, tendo em vista sua ineficácia e a periculosidade que gera a cada dia de sua manutenção. Todavia, o raiar de um novo projeto de codificação penal nacional pode(rá) trazer algum alento, haja vista que entre as possibilidades acenadas estão avanços, como a inclusão da excludente em caso de anencefalia⁶⁴ e outras graves doenças que inviabilizem a vida extrauterina ou a interrupção da gestação no prazo de doze semanas⁶⁵.

Apesar de ambas as possibilidades, aparentemente, seguirem o posicionamento alemão⁶⁶, apenas a primeira encontra-se alinhada ao comparativo estabelecido e as bases jurídicas dispostas, pois na segunda faceta há uma clara discordância e distinção da posição estrangeira. Quando se veicula a possibilidade da interrupção da gravidez no caso germânico, inexistente a exigência de uma

⁶³ Colaciona-se, ainda, os recentes dados da UNB acerca do tema, adicionando novos elementos ao perfil da gestante que realiza o aborto no Brasil. UNB. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=3404>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

⁶⁴ Colaciona-se sobre o tema o artigo de BARROSO, Luís Roberto. Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 255-288.

⁶⁵ Brasil. Projeto de Lei nº 236, de 2012. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 30 maio 2013.

⁶⁶ O autor comenta a primeira possibilidade aventada ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 173.

“incapacidade materna”, já que esta foi a redação posta no projeto nacional, ou seja, permite-se o aborto nas primeiras doze semanas, “quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”⁶⁷, segundo a redação elaborada no art. 128 do projeto do novo Código Penal brasileiro.

Dessa maneira, a alteração, em tese, comparada ao paradigma ora exposto, consegue avançar e ao mesmo tempo retroceder, pois progride no sentido alternativo na melhoria da proteção do bem jurídico da vida intrauterina, mas regride ao praticamente exigir a ausência do “espírito materno” como pressuposto para permissão, retirando da esfera da gestante a decisão (a qual poderia ser orientada e acompanhada) e, ao mesmo tempo, negando seu papel de parceria na proteção da vida humana (conforme o próprio entendimento da Corte Constitucional alemã).

A postura supracitada oportuniza demonstrar a falha na leitura comparada, aderindo parcialmente a um novo paradigma constitucional-penal, em toda a gama já exposta (incluindo-se aqui tanto a sistemática dos princípios quanto as noções de bem jurídico), mas deixando evidente a não inclusão da mulher como indivíduo a decidir pela realização ou não da interrupção da gravidez (dentro dos prazos estipulados na nova legislação). Não obstante, poder-se-ia ainda aludir que tal perspectiva guarda vínculos com leituras conservadoras e excludentes das mulheres pelos instrumentos punitivos do Estado, perpetuando ideais ultrapassados na conexão entre a seara penal e cooperação da sociedade civil⁶⁸.

Contudo, cabe frisar que ausentes aqui os radicalismos, busca-se a proteção da vida humana e a modificação da visão punitivista em relação ao aborto, já que os equívocos do novo projeto são evidentes (como bem demonstram os pedidos de emendas)⁶⁹, porém algo deve ser tentado, para que, com os devidos ajustes, forçosos no projeto brasileiro de Código Penal, faça-se uma efetiva melhoria na defesa de bens jurídicos importantes, como é o caso da vida em

⁶⁷ Brasil. Projeto de Lei nº 236, de 2012. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 30 maio 2013.

⁶⁸ Neste sentido, colaciona-se estudo acerca da intervenção punitiva oposta contra as mulheres, utilizando-se de fundamentações paternalistas ou autoritárias, a fim de restringir questões morais, religiosas ou meros interesses disfarçados de falsos bens jurídicos. DIAS, Felipe da Veiga; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Sistema punitivo e gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁶⁹ Neste sentido segue artigo do *site* Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-23/projeto-codigo-penal-recebe-10-projetos-lei-anexos>>. Acesso em: 2 jan. 2013.

formação e, igualmente, consiga-se a aplicação hermeneuticamente correta dos princípios constitucionais-penais (convergindo na retração do sistema punitivo), permeando sempre um modelo garantista de direito penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate inflamado nas páginas anteriores cumpre seu dever inicial, no sentido de explicar os parâmetros basilares a sustentarem o sistema punitivo, visto que a conexão entre o direito constitucional e penal é imprescindível no atual momento jurídico, sendo que a ausência do primeiro destes acaba por alijar parte do raciocínio e da correta interpretação penal no próprio modelo de Estado Democrático de Direito.

No prosseguimento dos fundamentos reflexivos necessários à abordagem do tema do aborto, foram explanados alguns princípios inestimáveis, os quais funcionam como sustentação da abordagem, mais precisamente a ofensividade e intervenção mínima. Esses componentes da equação ofertam o entendimento de um sistema criminal voltado à lesão (ou perigo) de bens jurídicos, vedando-se inserções desnecessárias ao ser humano, por vezes de cunho moral ou ideológico, bem como a visão da intervenção mínima propicia o estabelecimento de uma esfera penal reduzida, atuando somente quando necessário e nos casos mais graves, a fim de impedir abusos do poder punitivo.

Ainda nesta senda, adicionou-se o princípio da proporcionalidade, adotando-se uma postura hermenêutica e que afasta a aplicação segmentada, levando a análise a não utilizar os subprincípios da proporcionalidade. A proporcionalidade foi aplacada nas vertentes da proibição de excesso e vedação de proteção deficiente, as quais servem de parâmetro interpretativo nos conflitos da seara penal, ao mesmo tempo em que convergem na defesa dos direitos fundamentais e dos bens jurídicos mais relevantes.

Durante o processo de clarificação dos elementos supracitados, foi visto que as vias da proporcionalidade auxiliam na determinação dos abusos e das omissões contra importantes interesses jurídicos, observados, inclusive, junto a componentes como o núcleo essencial ou os mandados de criminalização. Todavia, toda essa perspectiva principiológica carecia do delinear do conceito de bem jurídico-penal, de modo que, assim como os primeiros, este deve guardar vínculos com o suporte axiológico constitucional, ao mesmo tempo em que se mantém aberto à realidade social.

Assim, juntamente à postura intermediária adotada a respeito da obrigatoriedade de criminalização, entendendo que devem ser avaliados os fatores jurídicos, mas também a realidade social na propositura de defesa aos bens jurídicos, chegou-se ao tema central do aborto. No entanto, esse foi abordado em um comparativo com o posicionamento alemão, a fim de elucidar os fundamentos e a linha de pensamento utilizados, de modo que tal verificação demonstrou um alinhamento da visão germânica aos ditames constitucionais brasileiros e defendidos no presente artigo, na direção de um modelo garantista de direito penal.

Desse modo as opções alemãs apontaram para a redução da abrangência penal no caso da interrupção da gravidez, mas não no sentido de desproteger a vida intrauterina (violando a proibição de proteção deficiente); ao contrário, a sua modificação de abordagem (combinando aspectos penais e de outras esferas) visou a incrementar o âmbito de guarda do bem jurídico, auferindo melhores respostas. Dito isso, os argumentos já seriam suficientes para opor-se à atual legislação; contudo, partiu-se para a averiguação do projeto de codificação penal, para, com isso, tentar traçar alguns dos passos futuros no debate do aborto no Brasil.

Diante do exposto verificou-se a progressão no sentido do projeto brasileiro, ajustando-se ao pensamento alemão, porém de forma equivocada no processo ao não compartilhar da óptica estrangeira de parceria com as gestantes na defesa da vida humana, apartando-as em sua redação, onde estas somente poderiam realizar o procedimento por sua “incapacidade materna”. Contudo, mesmo diante dos erros apontados, é imperiosa a ação contundente de debate crítico em relação ao aborto, conforme foi proposto nesta pesquisa, para que os próximos passos desta caminhada levem ao incremento da proteção da vida humana, contrariando o punitivismo e rumando a um modelo realmente constitucionalizado/garantista de direito penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Pesquisas com células-tronco embrionárias e interrupção da gestação de fetos anencefálicos: vida, dignidade e direito de escolha. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. *A proporcionalidade como princípio de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. Projeto de Lei nº 236, de 2012. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 30 maio 2013.

CALLEGARI, André Luís. Os princípios da proporcionalidade e da ofensividade no direito penal como legitimadores da sanção penal. Análise crítica em relação às penas nos crimes contra os costumes. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, ano 33, v. 33, n. 102, p. 39-50, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, João Paulo Gavazza de Mello. Princípio constitucional penal da dignidade da pessoa humana. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). *Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal*. Salvador: JusPodivm, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para legitimação do direito penal secundário. In: *Direito penal secundário*. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Felipe da Veiga; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Sistema punitivo e gênero: uma abordagem alternativa a partir dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 2007.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência Saúde Coletiva*, v. 15 (Suppl. 1), p. 959-966, 2010.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Por um teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.

_____. *Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002b.

_____. *Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 49, p. 89-147, 2004.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUEZ, Javier Llobet. *Derechos humanos y justicia penal*. Heredia: Poder Judicial, Depto. de Artes Gráficas, 2007.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALVANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2006.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - Decido conforme minha consciência*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

