

§ 9.

Direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa

(Art. 2 II GG)

GRUNDGESETZ

*Artigo 2º (Livre Desenvolvimento da Personalidade, **direito à vida e à incolumidade física, liberdade da pessoa humana**)*

(1) ...

(2) ¹Todos têm o direito à vida e à incolumidade física. ²A liberdade da pessoa humana é inviolável. ³Nestes direitos só se pode intervir com base na lei.

NOTA INTRODUTÓRIA:

Neste capítulo serão apresentadas decisões que versam em sua maioria sobre o Art. 2 II 1 GG, ou seja: somente sobre os direitos à vida e à incolumidade física. O direito fundamental da liberdade (de locomoção) da pessoa do Art. 2 II 2 GG será tratado também no contexto dos direitos da liberdade relativo às garantias do preso: Art. 104 c.c. Art. 2 II 2 GG (cf. **decisão 132**).

Os direitos fundamentais à vida e à incolumidade física nasceram, sem precedentes na história constitucional alemã, sob o impacto das atrocidades nazistas. Seu caráter originário era notória e simplesmente de direito de resistência contra a intervenção estatal (*Abwehrrecht*). Mas o TCF, desde a primeira decisão sobre o aborto (BVerfGE 39, 1; abaixo: **decisão 23**) vem desenvolvendo um segundo caráter que deu azo a uma dogmática expandida a outros direitos fundamentais: o caráter de dever de tutela estatal (*staatliche Schutzpflicht*) em face de agressões provenientes de particulares.

Diz-se, na literatura especializada, que o teor de dignidade humana nessa outorga é muito grande, por isso, o fundamento do dever estatal de tutela seria o Art. 2 II 1 c.c. Art. 1 I 2 GG, com ênfase do verbo “proteger” (*schützen*) em contraposição ao verbo *achten* (observar), denotando o caráter positivo da proteção em relação ao caráter tradicional negativo.

As decisões sobre direito à vida e à incolumidade física abaixo reproduzidas, com exceção da **decisão 25**. (BVerfGE 16, 194 – *Liquorentnahme*), tratam de concretizações desse dever estatal de tutela. As duas últimas fazem parte do Art. 2 II 2 GG (liberdade da pessoa).

23. BVERFGE 39, 1

(SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH I)

Controle abstrato

25/02/1975

MATÉRIA:

Por meio da 5ª Lei de Reforma do Direito Penal (5. StrRG), de 18 de junho de 1974 (BGBl. I, p. 1297), a criminalização do aborto foi novamente regulamentada. Até então, a provocação da morte do nascituro era uma ação tipificada criminalmente, em termos genéricos. Exceções como causas excludentes da ilicitude só eram reconhecidas segundo os princípios do estado de necessidade (*supra* positivo). A nova redação do § 218 até 220 StGB pela 5ª lei de reforma trouxe principalmente as seguintes inovações: sujeito por princípio à pena passou a ser somente quem interrompeu a gravidez (aborto) depois do 13º dia após a concepção (§ 218 I). Todavia, o aborto praticado por um médico com a concordância da grávida não era punível segundo o § 218, desde que não tivessem passado doze semanas desde a concepção (§ 218a – Regra do prazo). Além disso, o aborto perpetrado por médico com a anuência da grávida depois de transcorrido o prazo de doze semana não seria punido segundo o § 218, quando ele fosse indicado, segundo os reconhecimentos das ciências medicinais, para se evitar um perigo para a vida da grávida ou um comprometimento sério do seu estado de saúde, desde que este não pudesse de forma exigível da mulher ser evitado de outra forma (§ 218b – indicação médica), ou porque houvesse sérias razões para crer que o filho, por causa de

um disposição genética ou de influências danosas antes do nascimento, sofreria de uma deficiência insanável de seu estado de saúde, que fossem tão graves, de tal sorte que não se pudesse mais exigir da mulher o prosseguimento da gravidez, desde que após a concepção não tivessem passado mais do que 22 semanas (§ 218, nº 2 – indicação eugênica). Aquele que praticava o aborto sem que a grávida tivesse se consultado antes junto à uma repartição pública de consultoria (ou aconselhamento) ou tivesse se consultado (aconselhado) social e medicinalmente junto a um médico, era punido com sanção penal (§ 218c). Igualmente sancionada criminalmente era a conduta de quem, depois de transcorridas 12 semanas desde a concepção, interrompesse uma gravidez sem que o órgão administrativo competente tivesse antes confirmado que os pressupostos da indicação médica ou eugênica estivessem presentes. A mulher mesma não era punida.

O controle normativo abstrato proposto por 193 membros da Câmara Federal e por alguns governos estaduais contra as assim chamada “solução do prazo” (*Fristenlösung*), levou o TCF a declarar o § 218a StGB em sua essência como nulo, ordenando, até o início da vigência de uma nova regulamentação legal, determinadas formas de uma regulamentação da indicação (em aplicação do § 35 BVerfGG).

1. A vida em desenvolvimento no ventre materno encontra-se sob a proteção da constituição como bem jurídico independente (Art. 2 II 1, Art. 1 I GG). O dever de proteção do Estado não só proíbe intervenções diretas estatais na vida em desenvolvimento no ventre materno, como também ordena que o Estado se posicione de forma protetora e fomentadora diante dessa vida.
2. O dever do Estado de dar proteção à vida em desenvolvimento existe também em face da mãe.
3. A proteção da vida do nascituro tem prevalência por princípio durante toda a gravidez sobre o direito de autodeterminação da gestante, não podendo ser relativizada por um prazo determinado [ou seja, a proteção não vale somente depois de passado um período de “carência”, via de regra, de três meses contados a partir da concepção].
4. O legislador também pode expressar de outra forma, diversa do meio da tipificação penal, a desaprovação do aborto, por princípio ordenada juridicamente. É decisivo saber se o conjunto das medidas que se aplicam à proteção da vida intra-uterina garante uma

proteção efetiva proporcional ao significado do bem jurídico a ser protegido. Em caso extremo, se a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a valer-se de instrumentos do direito penal para a garantia da vida em desenvolvimento.

5. O prosseguimento da gravidez é inexigível [da mulher], quando o aborto for necessário para evitar um perigo para a vida da gestante ou o perigo de dano grave ao seu estado de saúde. No mais, o legislador está livre para avaliar outros ônus extraordinários para a gestante, que sejam semelhantemente intensos e, nesses casos, isentar o aborto da pena [em geral prevista por princípio – causas excludentes da ilicitude].

6. A quinta Lei de Reforma do Direito Penal, de 18 de junho de 1974 (BGBl. - Diário Oficial da União - I, p. 1297) não é apta a cumprir o dever constitucional de proteger, na extensão ordenada [constitucionalmente], a vida em desenvolvimento.

**Decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado de 25 de fevereiro de 1975
com base na audiência de 18/19 de novembro de 1974
–1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74 –
(...)**

Dispositivo

O § 218a StGB, na redação da quinta Lei para a Reforma do Direito Penal (5ª. StrRG) de 18 de junho de 1974 (BGBl. I, p. 1297), é incompatível com o Art. 2 II 1 c.c. Art. 1 I GG e nulo, na extensão em que excluir punibilidade do aborto também quando não existirem motivos que – no sentido das razões de fundamentação da presente decisão – possam ser afirmados diante da ordem axiológica da *Grundgesetz*.

RAZÕES:

A. I. – IV., B. 1. – 4. (...)

C.

(...)

1. O Art. 2 II 1 GG protege também a vida em desenvolvimento no ventre materno como bem jurídico independente (...).

a) – e) (...).

2. Por isso, o dever do Estado, de proteger a vida humana, pode ser derivado já diretamente do Art. 2 II 1 GG. Ele também resulta da norma expressa do Art. 1 I 2 GG,

pois a vida em desenvolvimento desfruta também da proteção do Art. 1 I GG, que garante a dignidade humana. Onde houver vida humana, caberá a dignidade humana. Não importa se o titular desta dignidade tem [ou não] dela consciência, sabendo como preservá-la por si mesmo. As potenciais capacidades inerentes ao ser humano são suficientes para fundamentar a dignidade humana.

3. (...).

II.

1. O dever de proteção do Estado é abrangente. Ele não só proíbe - evidentemente - intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora diante dessa vida, isto é, antes de tudo, protegê-la de intervenções ilícitas provenientes de terceiros [particulares]. Cada ramo do ordenamento jurídico deve orientar-se por esse mandamento, conforme sua respectiva definição de tarefas. O cumprimento do dever de proteção do Estado deve ser tão mais conseqüentemente perseguido quanto mais elevado for o grau hierárquico do bem jurídico em questão dentro da ordem axiológica da *Grundgesetz*. Dispensando maiores fundamentações, a vida humana representa um valor supremo dentro da ordem da *Grundgesetz*, é a base vital da dignidade humana e o pressuposto de todos os demais direitos fundamentais.

2. O dever do Estado de proteger a vida em desenvolvimento existe também por princípio em face da mãe. Indubitavelmente, a ligação natural da vida intra-uterina com a vida da mãe fundamenta uma relação especialmente peculiar, inexistindo quaisquer paralelos em outras relações vitais. A gravidez pertence à esfera íntima da mulher, cuja proteção é constitucionalmente garantida pelo Art. 2 I c.c. Art. 1 I GG. Se o embrião fosse apenas uma parte do organismo materno, então também o aborto permaneceria na área privada da conformação da vida, na qual é proibida a penetração do legislador (BVerfGE 6, 32 [41]; 6, 389 [433]; 27, 344 [350]; 32, 373 [379]). Como, porém, o nascituro é um ser humano independente, que está sob proteção constitucional, o aborto passa a ter uma dimensão social, que o torna acessível para e carente da regulamentação pelo Estado.

O direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade, que tem como conteúdo a liberdade de ação em sentido abrangente, incluindo, assim, também a responsabilidade da mulher de decidir autonomamente contra uma maternidade e os deveres desta oriundos, pode, igualmente, buscar reconhecimento e proteção. Esse direito,

porém, não é ilimitadamente garantido – o direito dos outros, a ordem constitucional, e a lei moral [Art. 2 I, *in fine* GG] limitam-no. Ele jamais poderá por princípio abranger o poder de interferir na esfera protegida de outrem, sem uma causa que o justifique, ou até mesmo de, juntamente com a vida, destruí-la, muito menos quando, pela natureza do caso, estiver presente uma responsabilidade especial justamente para com essa vida.

Não é possível uma equalização que garanta a proteção da vida do nascituro e a liberdade da gestante de praticar o aborto, visto que este sempre significa a aniquilação da vida intra-uterina. Na ponderação, por isso mesmo necessária, “...os dois valores constitucionais devem ser vistos como ponto central do sistema de valores da constituição em sua relação com a dignidade humana” (BVerfGE 35, 202 [225]). Numa orientação pelo Art. 1 I GG, a decisão deve ser tomada em favor da prioridade da proteção à vida do nascituro contra o direito de livre escolha da gestante. Esta pode ser atingida pela gestação, parto e educação da criança em muitas possibilidades do desenvolvimento da sua personalidade. Em contrapartida, a vida do nascituro será aniquilada pelo aborto. Por isso, pelo princípio da harmonização mais poupadora das posições concorrentes [*sic*]²⁵¹ protegidas pela *Grundgesetz*, observando-se o pensamento básico do Art. 19 II GG, deve prevalecer a vida do nascituro. Essa prevalência vale por princípio durante toda a gravidez sobre o direito de autodeterminação da gestante, não podendo ser relativizada por um prazo determinado [ou seja, a proteção não vale somente depois de passado um período de “carência”, via de regra, de três meses contados a partir da concepção]. (...).

3. (...).

III.

O modo como o Estado cumpre seu dever de oferecer uma efetiva proteção ao nascituro deve ser escolhido, em primeira linha, pelo legislador. Ele decide sobre quais medidas de proteção ele considera como oportunas e indicadas para garantir uma eficiente proteção da vida (...).

²⁵¹ Aqui o TCF incorreu em um lapso: ao invés de falar em “Prinzip des schonendsten Ausgleichs *konkurrierender* grundgesetzlich geschützter Positionen” (BVerfGE 39, 43), deveria ter falado em “Prinzip des schonendsten Ausgleichs *kollidierender* grundgesetzlich geschützter Positionen” [destaques do Org.], pois se trata de uma colisão e não concorrência de direitos fundamentais. Sobre a distinção: **Cap. Introdução, II. 3. a).**

1. (...).

2. (...).

a) (...).

b) (...). Em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento. A norma penal representa, de certa forma, a “*ultima ratio*” do instrumentário do legislador. Pelo princípio da proporcionalidade, característico do Estado de direito, que rege o direito público em geral, inclusive o direito constitucional, o legislador só pode fazer uso desse meio de forma cautelosa e reservada. Entretanto, também essa última medida deve ser utilizada se não for conseguida de outra feita uma efetiva proteção à vida. Isso é o que exige o valor e o significado do bem a ser protegido. Não se trata, destarte, de um dever “absoluto” de penalizar, porém da obrigação “relativa” de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios.

De outro lado, não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas. Nisso, a situação jurídica na utilização de instrumentos do direito social [previdenciário] ou civil não é fundamentalmente diversa do que ocorre junto à promulgação de uma norma penal. As diferenças existem, quando muito, em relação à gravidade da intervenção necessária. (...).

3. (...). O direito à vida do nascituro pode causar um dano à mulher, que essencialmente extrapola a medida de intensidade normalmente ligada à gestação. Surge aqui a questão da exigibilidade; em outras palavras, a questão de se, nesses casos, o Estado também pode forçar, com o instrumentário do direito penal, o prosseguimento da gravidez. O respeito pela vida do nascituro e o direito da mulher de não ser forçada a sacrificar, além dos limites viáveis, seus próprios valores vitais em prol da observância desse bem jurídico, chocam-se. Em tal situação conflitante, que em geral também não permite qualquer avaliação moral inequívoca e na qual a decisão pelo aborto possa revelar a dignidade de uma madura decisão de consciência [da mulher], o legislador está obrigado

a ter um cuidado especial. Se, nesses casos, ele não considerar o comportamento da gestante como passível de ser tipificado criminalmente, desistindo do meio do sancionamento penal, então isso deverá ser, em todo caso, enquanto resultado de uma ponderação que cabe ao legislador, também constitucionalmente aceito [não poderá ser questionado constitucionalmente].

(...).

D. I. – IV., E. (...)

(ass.) Dr. *Benda*, *Ritterspach*, Dr. *Haager*, *Rupp-v. Brünneck*,
Dr. *Böhmer*, Dr. *Faller*, Dr. *Brox*, Dr. *Simon*

Opinião discordante da Juíza *Rupp. v. Brünneck* e do Juiz Dr. *Simon* sobre a decisão (*Urteil*) do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal de 25 de fevereiro de 1975 – 1 BvF, 1, 2, 3, 4, 5, 6/7

A vida de cada ser humano é obviamente um valor central do ordenamento jurídico. Irrefutável, abrange a obrigação constitucional de proteção da vida também seus pré-estágios antes do nascimento. (...).

A. – I.

O poder do Tribunal Constitucional Federal de anular decisões do legislador parlamentar exige um uso parcimonioso, se se quer evitar um deslocamento dos pesos entre os órgãos constitucionais. O mandamento de auto-limitação judicial (*judicial self-restraint*), que foi designado como o bálsamo da vida da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Leibholz*, VVDStRL 20 [1963], p. 119), vale sobretudo quando não se tratar da resistência contra ataques do poder estatal, mas quando se queira prescrever ao legislador, legitimado imediatamente pelo povo no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade, parâmetros para a conformação positiva da ordem social. (...).

1. – 2. (...).

II.

(...)

B.

Mesmo quando, ao contrário do nosso entendimento, se considera com a maioria [no Senado] uma obrigação constitucional de sancionar penalmente, não se pode constatar aqui uma inconstitucionalidade cometida pelo legislador. A fundamentação da maioria

[no Senado] depara-se – sem que seja necessário uma análise que aprecie todos os detalhes – com as seguintes objeções:

I. – III. (...)

IV.

Em síntese, ao legislador não restou, segundo a nossa visão, vedada a desistência de um sancionamento criminal em larga escala inútil, inadequado e até danoso, desistência essa que se deu em razão de sua concepção incontestada. Sua tentativa de tentar fomentar a proteção da vida nos estados contemporâneos de uma provavelmente crescente incapacidade do Estado e da sociedade por meio de meios socialmente mais adequados pode ser incompleta; todavia, ela corresponde mais ao espírito da Grundgesetz do que a exigência de pena penal e reprovação.

(ass.) *Rupp-v. Brünneck, Dr. Simon*

24. BVERFGE 88, 203

(SCHWANGERSCHAFTSABBRUCH II)

Controle abstrato

28/05/1993

MATÉRIA²⁵²:

Depois que o TCF, na primeira decisão (*Urteil*) sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, cf. supra, decisão 23) de 25 de fevereiro de 1975, declarou as novas regras sobre o aborto em parte como nulas, a Câmara Federal promulgou a 15ª Lei de Mudança do Direito Penal (15. StÄG), de 18 de maio de 1976, e com ela a assim chamada regra da indicação válida até 1992. Esta previa, entre outros, o não sancionamento penal de um aborto realizado dentro do prazo de doze semanas contados a partir da concepção também no caso de um estado geral de necessidade da mulher (§ 218a II, nº 3 StGB na redação da 15. StÄG). Por meio da Lei Complementar de Reforma do Direito Penal (StREG), de 18 de agosto de 1975, determinou-

²⁵² Extraído, com pequenas nuances, de GRIMM / KIRCHHOF, *op. cit.*, Tomo 2, p. 602 – 604.

se que o seguro legal obrigatório de saúde (sistema público de saúde) devia assumir os custos de um aborto lícito (§§ 200f, 200g, RVO na redação da StREG). Incluídos nesta regra estavam também os abortos indicados por estado geral de necessidade (financeira).

O governo da Baviera impugnou, no ano de 1990, pela via do controle abstrato de normas, os dispositivos mencionados, no ponto em que eles se referiam aos abortos baseados em uma indicação por estado geral de necessidade, principalmente quando previam o pagamento das despesas hospitalares para aqueles.

Depois da reunificação alemã ocorrida em 3 de outubro de 1990, o Contrato Estatal da Reunificação deixou, em um primeiro momento, até o final de 1992, valer duas disciplinas jurídicas em relação ao aborto, vigentes respectivamente em cada metade da Alemanha. No território da antiga RDA continuou primeiramente vigente a regra do prazo lá vigente desde 1972, segundo a qual um aborto praticado nas primeiras doze semanas da gestação em regra não era sancionado penalmente, equiparando-o para efeitos previdenciários até mesmo a um caso de doença.

De acordo com a prescrição do Contrato da Reunificação, de criar, até o final do prazo de transição, uma disciplina jurídica unificada para o direito de aborto, a Câmara Federal promulgou a Lei de Ajuda Familiar e à Gestante – SFHG de 27 de julho de 1992. Ao lado de um feixe de medidas normativas sobre aconselhamento, esclarecimento e apoio social-previdenciário, que deviam facilitar o prosseguimento da gravidez e prover as condições para o nascimento do filho, a SFHG previa também uma nova regulamentação do sancionamento penal do aborto. Segundo esta, um aborto realizado dentro das primeiras doze semanas da gestação não era antijurídico e com isso também não punível, se a grávida pudesse provar que tinha sido aconselhada por órgão criado para esse fim ou também legalmente reconhecido e autorizado para essa tarefa (§ 219 StGB na redação da SFHG – *aconselhamento em uma situação de conflito ou de necessidade*), e que a intervenção fora realizada por um médico. Uma indicação específica não era necessária neste caso. No § 24b SGB V foi criada uma regra que se coadunava substancialmente com a situação jurídica até então vigente

(§§ 200f, 200g RVO), que garantia um direito a benefícios do seguro estatal de saúde para abortos não antijurídicos.

249 membros da Câmara Federal e de novo o governo da Baviera propuseram o controle abstrato de normas contra as regras supra mencionadas da SFHG.

O TCF declarou nulo, entre outros, o § 218a I StGB na redação da SFHG, no ponto em que o dispositivo qualificava como não antijurídico o aborto não indicado por estado de necessidade depois de um aconselhamento segundo o § 219 StGB na redação da SFHG. O § 219 StGB foi igualmente declarado nulo, porque o aconselhamento lá previsto não perseguia suficientemente o objetivo de encorajar a mulher para o prosseguimento da gravidez. O TCF considerou a regulamentação anterior e a nova regulamentação do pagamento pelo sistema público de saúde de abortos constitucional tão somente dentro dos parâmetros da fundamentação da decisão que excluía por princípio a possibilidade do pagamento estatal de abortos antijurídicos. Ao mesmo tempo, o TCF fixou, segundo o § 35 BverfGG, uma série de ordens transitórias para o tempo até a entrada em vigor da nova regulamentação legal, principalmente em face da configuração do procedimento do aconselhamento e do reconhecimento de locais (*Beratungstellen*) onde ele se daria.

1. A *Grundgesetz* obriga o Estado a proteger a vida humana, também a intra-uterina. Esse dever de tutela (*Schutzpflicht*) tem seu fundamento no Art. 1 I GG; seu objeto e sua medida - a partir dele - são definidos mais pormenorizadamente no Art. 2 II GG. A dignidade humana cabe já ao nascituro. O ordenamento jurídico deve garantir os pressupostos jurídicos de seu desenvolvimento no sentido do direito à vida do próprio nascituro. Esse direito à vida não será fundamentado apenas pela [depois da] aceitação da mãe.
2. O dever de tutela para a vida intra-uterina é relativo a cada vida, não apenas à vida humana em geral.
3. Proteção jurídica assiste ao nascituro também perante sua mãe. Uma tal proteção somente é possível se o legislador por princípio proibir à mãe a interrupção da gestação, impondo-lhe, assim, o dever jurídico fundamental de gerar o filho até seu nascimento. A proibição por princípio de interrupção da gestação e o dever fundamental de levar a termo a gestação do filho são dois elementos inseparáveis da proteção devida constitucionalmente.

4. A interrupção da gestação deve ser considerada por princípio antijurídica em toda a sua duração, sendo, assim, proibida legalmente (confirmação de BVerfGE 39, 1 [44]). Mesmo que somente por um período limitado, o direito à vida do nascituro não pode ser entregue à livre decisão, não vinculada juridicamente, de um terceiro, ainda que se trate da mãe.
5. A extensão do dever de tutela da vida humana intra-uterina deve ser determinada visando, de um lado, o significado e a necessidade de proteção do bem a ser protegido, e, de outro lado, os bens jurídicos que com ele entrem em conflito. Como bens jurídicos atingidos pelo direito à vida do nascituro – partindo-se da pretensão jurídica da mulher gestante à proteção e observância de sua dignidade humana (Art. 1 I GG) – vêm à pauta, sobretudo, seu direito à vida e à incolumidade física (Art. 2 II GG), bem como seu direito da personalidade (Art. 2 I GG). Ao contrário, não pode a mulher gestante, que com o aborto mata o nascituro, valer-se da posição jurídica protegida pelo direito fundamental do Art. 4 I GG.
6. O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva.
7. Os direitos fundamentais da mulher não são tão amplos a ponto de suspender em geral – mesmo que apenas por um determinado prazo – o dever de levar a termo a gestação do filho. Contudo, as posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida - quando não ordenada - a não imposição de um tal dever jurídico. É tarefa do legislador determinar concretamente tais elementos típico-normativos de exceção [causas excludentes da ilicitude] segundo o critério da inexigibilidade (Unzumutbarkeit)²⁵³. Para tanto, devem estar presentes gravames que signifiquem um tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que isso não possa mais ser [racionalmente] esperado da mulher. (Confirmação de BVerfGE 39, 1 [48 et seq.]).
8. A proibição de insuficiência não permite a livre desistência da utilização, também, do direito penal e do efeito de proteção da vida humana dele decorrente.
9. O dever de tutela estatal abrange também a proteção da vida humana na fase intra-uterina contra perigos oriundos de influências dos círculos familiar ou social da gestante, ou das atuais e previsíveis condições de vida da mulher e da família, os quais agem contra a disposição de levar a termo a gestação do filho.

²⁵³ Uma das acepções do critério da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação *stricto sensu*.

10. A missão de proteger obriga o Estado, além disso, a conservar e fomentar, na consciência coletiva, a pretensão de proteção da vida em sua fase intra-uterina.
11. Ao legislador não é constitucionalmente vedada, por princípio, a transição para um plano de proteção (*Schutzkonzept*) da vida intra-uterina, que, no início da gestação e nos conflitos [a ela inerentes], dê ênfase ao aconselhamento à gestante para convencê-la a dar à luz um filho, desistindo, com isso, da cominação de pena determinada por indicação e da verificação dos elementos típicos da indicação praticados por um terceiro.
12. Um tal plano de aconselhamento carece da presença de condições preliminares que criem pressupostos positivos para uma ação da mulher em favor da vida intra-uterina. O Estado fica com a plena responsabilidade sobre a realização do procedimento do plano de aconselhamento.
13. O dever de tutela estatal exige que a participação do médico, necessária no interesse da mulher, proporcione, concomitantemente, a proteção da vida intra-uterina.
14. Uma qualificação jurídica da existência de uma criança como origem de dano não tem como subsistir constitucionalmente (Art. 1 I GG). Por isso, proíbe-se classificar como dano a obrigação de alimentos em face do filho.
15. Os abortos realizados sem verificação de uma indicação prevista na regulamentação do aconselhamento não podem ser declarados justificados (não antijurídicos). Corresponde a princípios de Estado de direito irrenunciáveis que o efeito de justificação somente poderá ser atribuído a um caso de exceção quando a verificação da presença de seus pressupostos ficarem necessariamente submetidos à responsabilidade estatal.
16. A *Grundgesetz* não permite a concessão de benefícios da Seguridade Social para a realização de um aborto cuja juridicidade não se verificou. A concessão de auxílio social em face de abortos não submetidos à sanção penal, segundo a disciplina jurídica do aconselhamento, em casos de necessidade econômica, não pode ser, tanto quanto ocorre com a continuidade dos pagamentos salariais, censurada [modificada] constitucionalmente.
17. (...).

Decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 28 de maio de 1993,
com base na audiência de 8 e 9 de dezembro de 1992
- 2 BvF 2/90 e 4, 5/92 -
(...)

RAZÕES

A. I. – III., B. I. – II., C. I. – V. (...).

D. - I.

1. A *Grundgesetz* obriga o Estado a proteger a vida humana. A vida na fase intra-uterina também faz parte da vida humana. Também a ela cabe a proteção do Estado. A Constituição não só proíbe intervenções estatais diretas na vida intra-uterina, mas determina que o Estado tenha uma postura de proteção e de incentivo perante essa vida, ou seja, sobretudo, protegendo-a também contra intervenções ilícitas de terceiros (cf. BVerfGE 39, 1 [42]). Esse *dever de tutela* tem seu fundamento no Art. 1 I GG, que expressamente obriga o Estado a observar e a proteger a dignidade humana; seu objeto e sua medida – a partir dele – são definidos mais pormenorizadamente no Art. 2 II GG.

a) A dignidade humana já cabe à vida em sua fase intra-uterina, não apenas à vida humana após o nascimento ou formação da personalidade (...).

(...).

b) O dever de tutela em face da vida intra-uterina é relativo a cada vida, não somente à vida humana em geral. Seu cumprimento é condição fundamental para o convívio ordenado no Estado. Tal cumprimento cabe a todo poder estatal (Art. 1 I 2 GG), isto é, ao Estado em todas as suas funções, também e justamente ao Poder Legislativo. O dever de tutela refere-se principalmente a iminentes perigos oriundos de terceiros. Ele abrange medidas de proteção com o objetivo de se evitar situações emergenciais como conseqüência de uma gravidez, ou de saná-las, assim como também exigências comportamentais legais; ambas se complementam.

2. O Estado estabelece exigências comportamentais para a proteção da vida intra-uterina na medida em que ele expressa, por lei, ordens e proibições estabelecendo obrigações de fazer e não fazer. Isso vale igualmente para a proteção do nascituro em relação à sua mãe, não obstante a ligação que existe entre ambos e que leva, entre a mãe e seu filho, a uma relação de “dualidade na unidade”. Uma tal proteção somente é possível

se o legislador por princípio proibir à mãe a interrupção da gestação, impondo-lhe, assim, o dever jurídico fundamental de gerar o filho até o seu nascimento. A proibição fundamental de interrupção da gestação e o dever fundamental de prosseguir a gestação até o nascimento do filho, são dois elementos inseparáveis da proteção devida constitucionalmente.

Não menos obrigatória é a proteção contra influências oriundas de terceiros – não por último dos círculos familiar e social da mulher gestante. Tais influências podem ser diretamente dirigidas ao nascituro, mas também, indiretamente, quando à mulher gestante se nega a devida ajuda, quando se lhe inflige, por causa da gravidez, uma situação de desconforto psicológico, ou até mesmo quando se exerce pressão para que ela interrompa a gravidez.

a) Tais ordens comportamentais não podem ser limitadas a conclamações dirigidas à voluntariedade, devendo ser [pelo contrário] configuradas como mandamentos jurídicos. Estes precisam ser vinculantes e positivados com conseqüências jurídicas, consoante a peculiaridade do direito como um ordenamento normativo, que faz referência e objetiva a vigência no plano fático. Nesse contexto, a cominação de pena não é a única sanção possível. No entanto, ela pode fazer, de maneira especialmente duradoura, com que os submetidos ao ordenamento observem e cumpram os mandamentos legais.

Os mandamentos comportamentais legais devem promover a proteção em duas direções. De um lado, eles devem se desenvolver em efeitos de proteção preventivos e repressivos no caso particular, quando a violação do bem jurídico a ser protegido for iminente ou já se consumou. Por outro lado, eles devem fortalecer e apoiar, no povo, uma mentalidade viva de valores e concepções sobre o que seja o direito e o não-direito (*Unrecht*), formando por sua vez uma consciência jurídica (cf. BVerfGE 45, 187 [254, 256]) para que, com base em uma tal orientação normativa do comportamento, a violação de um bem jurídico não possa já de antemão ser cogitada.

b) A proteção da vida não é ordenada de forma absoluta de tal sorte que ela gozaria de prevalência sobre todos os demais bens jurídicos sem exceção; isso já mostra o Art. 2 II 3 GG. Por outro lado, o dever de tutela não restará atendido quando houverem sido, em geral, tomadas medidas de proteção de qualquer natureza. Seu alcance deve ser determinado, ao contrário, tendo em vista o significado e a necessidade de proteção do bem jurídico a ser protegido – no presente caso, a vida humana em sua fase intra-uterina - por um lado e os bens jurídicos que com ele colidem, por outro (cf. *G. Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987, p. 253 *et seq.*). Enquanto bens jurídicos atingidos pelo direito à vida do nascituro - partindo-se da pretensão da mulher

gestante à proteção e observância de *sua* dignidade humana (Art. 1 I GG) – vêm à pauta sobretudo o seu direito à vida e à incolumidade física (Art. 2 II GG), assim como o seu direito de personalidade (Art. 2 I GG).

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (cf., com relação ao termo *Isensee* in: *Handbuch des Staatsrechts*, volume V, 1992, § 111, nota à margem n.º. 165 s.); até aqui, ele está sujeito ao controle jurisdicional constitucional [pelo TCF]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis (vide abaixo 1. 4.). A medida de proteção ordenada constitucionalmente segundo o supra verificado independe do tempo de gestação. A *Grundgesetz* não contém escalonamentos do direito à vida e de sua proteção em face da vida intra-uterina, a serem fixados de acordo com determinados prazos e seguindo o processo de desenvolvimento da gravidez. Por isso, o ordenamento jurídico deve garantir esta medida de proteção também na fase inicial de uma gravidez.

c) Para que a proibição de insuficiência não seja violada, a conformação da proteção pelo ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas.

aa) Do rol de tais exigências mínimas faz parte enxergar o aborto por princípio como não-direito durante toda a gravidez e, conseqüentemente, proibi-lo na forma da lei (cf. BVerfGE 39, 1 [41]). Caso não exista uma tal proibição, estar-se-ia transferindo a disposição sobre o direito à vida do nascituro, ainda que por um período limitado, à livre decisão de terceiro, mesmo que esse terceiro seja a própria mãe; isso significaria que a proteção jurídica dessa vida, no sentido das exigências comportamentais supra mencionadas, não restaria mais garantida. Uma tal desistência da proteção da vida intra-uterina também não pode ser exigida sob a alegação de que a dignidade humana da mulher e sua capacidade de tomar uma decisão responsável estaria em jogo. A proteção constitucional requer que o próprio direito determine normativamente a abrangência e os limites da atuação permitida de um sobre o outro, não o transferindo ao bel prazer de um dos envolvidos.

Os direitos fundamentais da mulher não se impõem em face da proibição em geral do aborto. Esses direitos até existem também em face do direito à vida do nascituro,

devendo ser consequentemente protegidos. Todavia, eles não vão tão longe de modo a suspender em geral o dever jurídico de levar a gestação até o parto por causa do direito fundamental, ainda que seja só por um determinado período. As posições de direito fundamental da mulher têm por consequência que, em situações excepcionais, seja permitida, quando não ordenada, a não imposição de tal dever jurídico.

bb) Cabe ao legislador compor essas situações de exceção nos elementos típico-normativos de exceção. Para com isso não violar a proibição de insuficiência, ele deve, contudo, levar em consideração que os bens jurídicos colidentes entre si não poderão ser trazidos nesse caso a uma compensação proporcional, porque está em jogo, do lado da vida intra-uterina, em todos os casos, não um mais ou menos em direitos, a [mera] aceitação de desvantagens ou limitações, mas tudo, ou seja, a própria vida. Um equilíbrio que tanto garanta a proteção da vida do nascituro quanto reconheça à gestante um direito ao aborto não é possível, porque o aborto representa sempre a morte da vida intra-uterina (cf. BVerfGE 39, 1 [43]). Um equilíbrio também não pode ser alcançado – ao contrário do que se defende (cf. *Nelles*, in: “*Zur Sache, Themen parlamentarischer Beratung*”, Org. pela Câmara Federal, volume 1/92, p. 250) – por se considerar, por um determinado tempo de gravidez, que o direito à personalidade da mulher tenha prioridade e, somente depois de transcorrido esse tempo, teria então o direito do nascituro prevalência. Nesse caso, o direito à vida do nascituro só teria vigência se a mãe não tivesse optado pela sua morte na primeira fase da gestação.

Entretanto, isso não significa que uma situação de exceção que permita por força constitucional suspender o dever de prosseguir a gravidez só possa ser cogitada em caso de sério perigo à vida da mulher ou grave comprometimento de sua saúde. Há outras situações de exceção possíveis. O critério para seu reconhecimento é, como verificou o Tribunal Constitucional Federal, o da inexigibilidade (cf. BVerfGE 39, 1 [48 *et seq.*]). Esse critério - sem prejuízo da circunstância de que a participação da mulher no aborto não deva ser classificada penalmente como delito de omissão – encontra sua justificação porque a proibição do aborto em face da ligação peculiar havida entre mãe e filho não se esgota no dever da mulher de não ferir o campo de direito de outrem, mas contém ao mesmo tempo, no seu dever existencial de prosseguir com a gravidez e dar à luz o filho, e depois do nascimento, um dever que alcança a ação, assistência e responsabilidade pelo filho após o seu nascimento, o qual se prolonga por muitos anos (cf., nesse mister também, *M. von Renesee*, ZRP 1991, 321 [322] s.). A partir da previsibilidade dos encargos ligados ao nascimento, podem originar-se, no estado de espírito especial no qual se

encontra a futura mãe justamente no início da gestação, em alguns casos, situações conflitantes sérias, e, dadas certas circunstâncias, até ameaçadoras da vida, nas quais a proteção da gestante urge de tal forma que em todo caso o ordenamento jurídico estatal – a despeito, p. ex., de concepções de obrigações fundadas na religião ou na moral – não pode exigir que a mulher nesse caso dê, sob quaisquer circunstâncias, prioridade [absoluta] ao direito à vida do nascituro (cf. BVerfGE 39, 1 [50]).

Uma inexigibilidade não pode, entretanto, originar-se de circunstâncias que permanecem no âmbito de uma situação normal gestação. Pelo contrário, devem estar presentes gravames que signifiquem um tal grau de sacrifício de valores vitais próprios, que o prosseguimento da gravidez não possa mais ser mais [racionalmente] esperado da mulher.

Disso resulta, em face do dever de dar à luz o filho, que, ao lado da tradicional recomendação médica de interrupção da gestação, também a indicação criminal e a embriopática – pressupondo-se sua delimitação suficientemente precisa – pode valer como elemento típico-normativo de exceção perante a Constituição. Isso só valerá para outras situações de necessidade quando, em sua descrição, a gravidade do conflito social, psicológico ou de personalidade a ser aqui pressuposto, for claramente reconhecível, de modo que – observando-se sob o ponto de vista da inexigibilidade – a congruência com outros casos de indicação de aborto seja preservada (cf. BVerfGE 39, 1 [50]).

cc) Se até aqui, de um lado a inexigibilidade limita o dever da mulher de dar à luz o filho, isso não significa que o dever do Estado, que existe em relação a *toda* vida humana intra-uterina, seja suspenso. Esse dever faz com que o Estado tenha que apoiar a mulher através de aconselhamentos e ajuda, procurando, se possível, convencê-la a dar à luz o filho: disto parte também a regra do § 218 a, III StGB n. F. [*neue Fassung* = nova redação]

dd) Por ser a proteção da vida humana de sua morte uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do meio direito penal e do efeito de proteção que dele parte.

Cabe à lei penal, desde os primórdios e também atualmente, proteger os fundamentos de um convívio social ordenado. Isso abrange a observância e a inviolabilidade por princípio da vida humana. Conseqüentemente, o homicídio é largamente sancionado criminalmente.

O direito penal não é, certamente, o meio primário da proteção jurídica, principalmente por causa de seu caráter de intervenção máxima. Por isso, a sua utilização

submete-se ao princípio da proporcionalidade (BVerfGE 6, 389 [433 s.]); 39, 1 [4]; 57, 250 [270]; 73, 206 [253]). Porém, ele é utilizado como “*ultima ratio*” desta proteção, quando uma determinada conduta, ultrapassando sua proibição, for especialmente danosa para a sociedade e insuportável para o convívio das pessoas, sendo por isso sua prevenção especialmente urgente.

Assim, o direito penal é normalmente o local de fixação da proibição por princípio do aborto e do dever por princípio nele contido da mulher dar à luz o filho. Entretanto, quando se puder, em virtude de medidas de proteção suficientes constitucionalmente de outro tipo, dispensar em extensão limitada o sancionamento penal de abortos não justificados, pode também ser suficiente expressar claramente a proibição para esse grupo de casos de uma outra forma no ordenamento jurídico infra-constitucional (cf. BVerfGE 39, 1 [44, 46]).

3. O Estado cumpre seu dever de tutela da vida humana intra-uterina não somente quando ele obsta ataques provenientes de outras pessoas que a ameacem. Ele também deve enfrentar aqueles perigos atuais e previsíveis que se apresentarem para essa vida, encontrados nas condições de vida da mulher e da família, que agem contra a predisposição de dar à luz um filho. Nesse ponto, o dever de tutela tangencia o mandamento de proteção [da família e da maternidade] derivado do Art. 6 I e IV GG (para o Art. 6 I, cf. BVerfGE 76, 1 [44 s., 49 s.]; para o Art. 6 IV, cf., por último, BVerfGE 84, 133 [155 s.]). Ele obriga o poder estatal a ocupar-se de problemas e dificuldades que podem surgir para a mãe durante e após a gestação. O Art. 6 IV GG contém o mandamento vinculante de proteção para todo o âmbito do direito privado e do direito público, estendendo-se à gestante. Corresponde a esse mandamento considerar a maternidade e o cuidar de filhos como ações que também ocorrem no interesse da coletividade, exigindo seu reconhecimento.

(...).

a) A assistência da coletividade devida à mãe abrange a obrigação do Estado de atuar para que uma gestação não seja interrompida por causa de uma situação de necessidade material atual ou que se instale após o nascimento do filho. Da mesma forma, devem ser excluídas, na medida do possível, as desvantagens que possam surgir para a mulher a partir da gravidez nos âmbitos da formação e da profissão (...).

(...).

b) A proteção da vida intra-uterina, o mandamento [dirigido ao Estado] da proteção do casamento e da família (Art. 6 da GG) e a equiparação do homem e da

mulher na participação na vida profissional (cf. ao Art. 3 II GG, bem como ao Art. 3, 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966 [BGBl., 1973 II, p. 1570]) obriga o Estado e, especialmente o legislador, a criar condições para que a atuação familiar e a atuação profissional possam ser harmonizadas entre si, e que a execução da tarefa familiar de educação não leve a desvantagens profissionais. Disto fazem parte também medidas jurídicas e fáticas que possibilitem, para ambos os cônjuges, uma concomitância das atividades de educação e de exercício profissional, assim como também o retorno à atividade profissional e ascensão profissional após o período da educação dos filhos. (...).

c) (...).

d) Finalmente, o mandamento de proteção também obriga o Estado a manter e a ativar na mentalidade coletiva a necessidade da proteção constitucional da vida intra-uterina. Por isso, os órgãos estatais devem engajar-se de maneira reconhecível na União e nos Estados em favor da proteção da vida. Isso inclui também, e principalmente, os currículos escolares. As instituições públicas responsáveis pelo esclarecimento em questões de saúde, pelo aconselhamento familiar e pela educação sexual devem reforçar a vontade de proteger a vida intra-uterina [junto à população]: Isso vale principalmente para o dever de informação previsto no Art. 1, § 1, da SFHG²⁵⁴. Tanto as emissoras de rádio de direito público quanto as particulares estão obrigadas à [observância da] dignidade humana no exercício de sua liberdade de radiodifusão (Art. 5 I GG), (para emissoras de rádio privadas, cf. ao Art. 1, § 23 I 1 e 2 do Tratado Federal sobre Emissoras de Rádio na Alemanha unificada, de 31 de agosto de 1991): sua programação faz, destarte, parte da tarefa de proteção da vida intra-uterina.

4. Conforme o exposto sob 2. e 3., o Estado deve, para cumprir seu dever de proteção da vida intra-uterina, tomar medidas normativas e fáticas que levem a uma proteção adequada e, como tal, eficiente, observando-se bens jurídicos antagônicos. Para tanto, é necessário um plano de proteção que combine entre si elementos de proteção preventiva e repressiva. A elaboração e a normatização deste plano de proteção é tarefa do legislador. Conforme as exigências constitucionais vigentes, ele não é livre, nesse contexto, para considerar o aborto [praticado] fora dos elementos típico-normativos de exceção irrefutáveis constitucionalmente como antijurídico, ou seja, como permitido. Porém, o

²⁵⁴ Essa lei se compõe, de Artigos e §§, diferentemente das demais leis ordinárias, tal qual aqui traduzido

legislador pode estabelecer, segundo critérios que ainda serão aqui desenvolvidos [a seguir, no texto], de que forma ele efetivará a proibição por princípio do aborto nas diferentes áreas do ordenamento jurídico. No geral, o plano de proteção deve ser configurado de tal forma que ele seja adequado a desenvolver a proteção obrigatória, não se transformando em liberação legal do aborto - limitada a um período - ou atuando como tal.

O legislador deve submeter a seleção e a conformação de seu plano de proteção a uma avaliação constitucionalmente sustentável, de tal sorte que com ele a proteção à vida intra-uterina seja tão protegida quanto o exige a proibição de insuficiência. Na medida em que suas decisões e, simultaneamente, os prognósticos sobre os desenvolvimentos reais, se firmem, principalmente nos efeitos de suas regulamentações, tais prognósticos devem ser confiáveis; o Tribunal Constitucional Federal averigua se eles correspondem à medida dos seguintes critérios:

a) Cabe ao legislador uma margem [discricionária] para a avaliação, valoração e conformação também quando ele - como aqui - é constitucionalmente obrigado a tomar medidas eficazes e suficientes para a proteção de um bem jurídico. A extensão dessa margem de ação depende de fatores de diversos tipos, especialmente da particularidade do assunto em questão, das possibilidades - principalmente sobre o futuro desenvolvimento e as conseqüências de uma norma - de formar para si uma convicção suficientemente segura e do significado dos bens jurídicos em questão (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]; 76, 1 [51 s.]; 77, 170 [214 s.]). Se a partir disso se derivam três parâmetros de controle constitucional distintos entre si (cf. BVerfGE 50, 290 [333]) não precisa ser [aqui] esclarecido; o exame constitucional estende-se, em todo caso, à questão de se o legislador considerou suficientemente os fatores mencionados e de se ele se valeu de sua margem de avaliação “de maneira sustentável”. As considerações sobre a admissibilidade de uma Reclamação Constitucional movida contra a omissão estatal, contidas na decisão (*Beschluss*) do Senado de 29 de outubro de 1987 (cf. BVerfGE 77, 170 [214 s.]), não devem ser entendidas como se para o cumprimento do dever de tutela do Estado em relação à vida humana fossem suficientes medidas que “não sejam totalmente inadequadas ou totalmente inúteis”.

b) (...).

II.

Segundo o supra exposto, não é vedado por princípio ao legislador, do ponto de vista constitucional, voltar-se para um plano de proteção da vida intra-uterina que, no

início da gravidez e nos conflitos desta, enfatize o aconselhamento à gestante, tendo por fim convencê-la a dar à luz o filho e, com isso, tendo em vista a necessária clareza e o efeito do aconselhamento, desista da punibilidade criminal determinada por indicação ou da verificação de elementos típico-normativos praticados por um terceiro.

(...).

1. – 2. (...).

3. Por isso, é uma avaliação do legislador que não merece ser constitucionalmente censurada, se ele, para cumprir o seu encargo de proteção, se reportar a um plano de proteção que parte do princípio de que, pelo menos na fase inicial da gestação, uma proteção eficaz da vida intra-uterina só será possível com a [colaboração, convencimento da] mãe, mas não contra ela. Ela somente, e só com o seu conhecimento da nova vida nesse estágio da gestação, que ainda pertence totalmente à mãe, dela sendo dependente em tudo. Essa condição de estar oculto, desamparado, dependente e ligado à mãe de forma singular própria, do nascituro torna plausível a avaliação de que o Estado tem uma chance melhor para a sua proteção quando atua em parceria com a mãe.

(...).

4. (...).

5. Se o legislador deixa para as mulheres que se submetem ao aconselhamento a última palavra (responsabilidade) sobre o aborto, possibilitando-lhes, em caso de necessidade, o direito de requerer um médico para o aborto, então ele pode de maneira plausível esperar que gestantes, em casos de conflito, aceitem o aconselhamento e exponham a sua situação.

a) – c) (...).

III.

Se o legislador, no cumprimento de seu dever de tutela, adotar um plano de aconselhamento, isso significa que o efeito de proteção - preventiva - para a vida intra-uterina há de ser decisivamente alcançado por meio de uma tomada de influência por aconselhamento à mulher que cogita a realização do aborto. O plano de aconselhamento está direcionado ao reforço da consciência de responsabilidade da mulher, que – não obstante as responsabilidades familiares e do círculo social [onde a grávida está inserida], bem como a do médico (cf., abaixo, V. e VI.) – em última instância determina de fato o

aborto e assim deve por ele ser responsável (responsabilidade final). Isso requer condições básicas que criem pressupostos positivos para uma ação da mulher em favor da vida intra-uterina. Só então, apesar da desistência de uma verificação de elementos típico-normativos de indicação enquanto pressuposto para um aborto, outrossim pode-se partir, de um efeito de proteção do plano de aconselhamento para a vida intra-uterina (1.). Entretanto, não é permitido declarar como justificados (não antijurídicos) abortos não indicados cuja execução as mulheres, após o aconselhamento, exigirem de um médico durante as primeiras doze semanas (2.). No mais, o legislador não é obrigado a tirar todas as conclusões [tomando as respectivas providências] que em si se apresentem a partir da proibição por princípio do aborto, em todas as suas perspectivas, se o plano de aconselhamento exigir determinadas exceções, tendo em vista a sua eficácia (3.).

1. a) Pertencem às necessárias condições básicas de um plano de aconselhamento, em primeiro lugar: que o aconselhamento se torne obrigatório para a mulher; e que, por sua vez, tenha como objetivo encorajá-la a dar à luz o filho. Nesse caso, o aconselhamento deve ser adequado - no seu conteúdo, execução e organização - a transmitir à mulher os conhecimentos e as informações de que ela precisa para tomar uma decisão responsável sobre o prosseguimento ou a interrupção da gestação (vide abaixo, em IV.).

b) No plano de proteção devem ser incluídas as pessoas que, quer positiva, quer negativamente, possam influenciar a vontade da mulher num conflito de gestação. Isso vale especialmente para o médico. (...). No plano de proteção, também devem ser incluídas pessoas do círculo familiar e dos demais âmbitos sociais da mulher gestante (...).

c) A regulamentação do aconselhamento, pelos motivos citados em **D II 5. a) e b)**, deve excluir, enquanto causa de justificação, uma indicação de dificuldade generalizada. Ela iria contra o plano. A regulamentação de aconselhamento pretende alcançar proteção eficaz, na medida em que preserva a mulher em prol de sua abertura [sinceridade] da *obrigação* [destaque do org.] de expor uma situação de necessidade, submetendo-se à verificação da mesma [essa exposição há de ser feita, portanto, espontaneamente e não “arrancada” quase como em uma inquisição]. (...).

(...).

d) (...).

2. O objetivo ligado ao plano de aconselhamento de não cominar com sanção penal os abortos efetuados por um médico, a pedido da gestante, nas primeiras doze semanas

de gestação, após o aconselhamento, - sem a verificação de [causas] de indicações - só será alcançado pelo legislador se ele retirar estes abortos do tipo penal do § 218 StGB; eles não podem ser declarados como justificados (não antijurídicos).

a) Se o aborto, segundo a Constituição, só pode ser permitido na presença de determinados elementos típico-normativos de exceção, então ele não pode ser considerado, simultaneamente, no direito penal, sob outros pressupostos mais abrangentes, como permitido. O ordenamento jurídico deve confirmar e esclarecer a proibição constitucional do aborto. A esse propósito serve principalmente o direito penal, o qual protege bens jurídicos de especial dignidade [grau hierárquico] e que se encontrem em especial situação de risco e que cunham a consciência coletiva sobre o certo e o errado [sobre o que seja o direito e o que seja o seu oposto, o não direito]. Se o direito penal prevê uma causa excludente da ilicitude, isso passa a ser entendido pela consciência jurídica geral como se o comportamento caracterizado no tipo normativo de exceção fosse permitido. Também o ordenamento jurídico, no mais, junto às respectivas regulamentações sobre o lícito e o ilícito em seus diversos ramos, partiria do dado de que a proteção desta vida restaria revogada pelas causas excludentes da ilicitude penal. Com isso, o dever constitucional de tutela não seria atendido. A força impactante de uma causa excludente da ilicitude penal sobre todo o ordenamento jurídico, presente em todo caso quando se tratar da proteção de bens jurídicos elementares, torna inviável limitar seus efeitos somente ao direito penal. O aborto só pode, por conseguinte, ser declarado como justificado no âmbito penal se e na [exata] medida em que as causas de justificação forem limitadas normativa-típicamente às exceções da proibição do aborto permitidas constitucionalmente.

Se, pelo contrário, os abortos, sob determinados pressupostos, tiverem excluída sua tipificação penal, isso significa tão somente que eles não são sancionados criminalmente. Resta em aberto a decisão do legislador sobre se o aborto deve ser tratado como lícito ou ilícito em outros ramos do ordenamento jurídico (cf. *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 24^a. edição, 1991, nota preliminar sobre os §§ 13 *et seq.*, nota à margem n.º. 18; *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, 4^a. edição, 1992, n.º 9, nota à margem n.º. 41). Em outras áreas do ordenamento jurídico poderão, então, ser firmadas regulamentações próprias, que lá coloquem o aborto como ilícito. Entretanto, se isso não ocorrer, então age a desconstituição do tipo penal como uma causa excludente de ilicitude, com o qual as exigências mínimas do dever de tutela não seriam mais cumpridas.

Enquanto a exclusão do tipo penal mantém a possibilidade de corresponder a tais exigências em outras partes do ordenamento jurídico, uma causa excludente de ilicitude introduzida na lei penal desiste, desde o início, da proibição por princípio do aborto exigida constitucionalmente em uma larga escala. Nesse sentido, são impostos limites à margem de conformação do legislador.

b) Corresponde a princípios de Estado de direito irrenunciáveis que o efeito de justificação somente poderá ser atribuído a um caso de exceção quando a verificação da presença de seus pressupostos ficarem necessariamente submetidos à responsabilidade estatal, seja por intermédio dos tribunais, seja por intermédio de terceiros, aos quais o Estado pode confiá-los por força de sua responsabilidade [constitucional] especial, e cuja decisão não está isenta de controles estatais. Se o plano de proteção de aconselhamento escolhido pelo legislador, em se tratando de situações gerais de necessidade tais quais alegadas na maioria das vezes, não permitir essa regra de indicação porque a verificação de seus pressupostos impediria a eficácia do aconselhamento, então o legislador deverá nesse mister desistir de declarar o aborto como justificado.

aa) – cc) (...).

3. A retirada do aborto do tipo penal deixa espaço - como exposto - para que a proibição por princípio do aborto, junto ao qual não foram verificados causas de exceção justificadoras, seja trazida aos demais ramos do ordenamento jurídico. Nesse contexto, as particularidades do plano de aconselhamento exigem, também no caso de um aborto posterior, a criação de condições que não se contraponham antecipadamente à predisposição da mulher a confiar no aconselhamento que serve à proteção da vida, a expor o seu conflito e a cooperar responsabilmente com a sua solução. Por isso, a situação jurídica em seu todo deve ser conformada de tal forma a não induzir a mulher a primeiramente nem procurar o aconselhamento, evadindo-se para a ilegalidade. Além da revogação do tipo penal do aborto, deve restar assegurado que contra a ação da mulher e do médico não se pode por terceiros prestar ajuda emergencial em favor do nascituro. A mulher também deve poder deixar que o aborto seja executado por um médico, com base em um contrato válido em face do direito privado (cf., para tanto abaixo **V. 6.**, abaixo). Da mesma forma ela deve ser protegida de ter que expor a outrem o aborto e seus motivos, comprometendo seu direito da personalidade (cf., abaixo, **E. V. 3. b)** e **4. b)**. Para concretizar tais condições, deve ser possível deixar, nas respectivas áreas jurídicas relevantes, de tratar como incorreto (não-direito) o aborto praticado após o aconselhamento, apesar de ele não ter sido justificado.

(...).

4. (...).

IV.

O dever de tutela para a vida humana intra-uterina cria para o legislador, se ele se decidir por um plano de aconselhamento, também vínculos quando da conformação normativa do procedimento do aconselhamento (vide acima, III. 1. a). Esse passa a ter, com o deslocamento da ênfase da outorga de proteção para a proteção preventiva por meio do aconselhamento, um significado central para a proteção da vida. O legislador deve, por isso, no momento da fixação do conteúdo de um aconselhamento (1.), da regulamentação de sua execução (2.) e da organização do aconselhamento, incluindo a seleção das pessoas que nele atuarão (3.) sob o vínculo à proibição de insuficiência, criar regras que sejam eficazes e suficientes para convencer uma mulher que pensa em realizar aborto, a dar à luz o filho. Só então será sustentável a avaliação do legislador, segundo a qual com o aconselhamento se poderia alcançar o objetivo de uma eficiente proteção da vida. (...).

1. – 3. (...).

V.

O plano de proteção da regulamentação do aconselhamento encontra no médico um outro participante que deve, agora sob o ponto de vista medicinal, aconselhamento e auxílio à mulher. O médico não pode simplesmente realizar um aborto solicitado, tendo também que se responsabilizar pelos seus atos de médico. Ele é comprometido com a vida e a saúde, e não pode, assim, descuidadamente, atuar na realização do aborto.

O dever de tutela estatal exige, nesse contexto, que a necessária participação do médico no interesse da mulher efetive ao mesmo tempo a proteção da vida intra-uterina. (...).

(...).

1. – 5. (...).

6. O dever de tutela estatal para com a vida intra-uterina não torna obrigatório que contratos com médicos e hospitais sobre a realização de abortos, que não sejam segundo o plano de aconselhamento sancionados penalmente, sejam considerados juridicamente

inválidos. Pelo contrário, o plano exige que o intercâmbio de prestações entre o médico e a mulher seja conformado como relação jurídica e, portanto, que as prestações sejam protegidas com a causa jurídica [negocial]. Por isso, não obstante a avaliação particularizada de conseqüências jurídicas do contrato, os §§ 134 e 138 BGB não são aplicáveis. O médico e os responsáveis pelo hospital devem atuar no aborto somente com base num contrato válido que assegure seus direitos, principalmente a pretensão jurídica de remuneração, mas, igualmente, que também regulamente os seus deveres. Sobretudo, a proteção da vida intra-uterina e a saúde da mulher a serem garantidas pelo médico necessitam de segurança jurídico-contratual. O mal cumprimento das obrigações de aconselhamento e de tratamento tem que ensejar, por isso, sanções do direito civil das obrigações contratuais e das obrigações decorrentes do delito [civil].

Do ponto de vista constitucional, isto requer, entretanto, uma análise diferenciada. Uma sanção civil pelo mal cumprimento do contrato e por prejuízo delituoso da incolumidade física da mulher é necessária por princípio: Isso não se refere somente a uma obrigação de restituição de pagamentos inutilmente efetuados, como também à indenização por danos, incluindo – com base nos §§ 823, 847 BGB – uma indenização adequada para a mulher pelos ônus imateriais que sofreu devido ao aborto malgrado ou pelo nascimento de uma criança deficiente. Ao contrário, uma qualificação jurídica da existência de uma criança como dano não vem à pauta por razões constitucionais (Art. 1 I GG). A obrigação de todo o poder público de respeitar cada pessoa em sua existência e em razão dela mesma (cf. acima, I. 1. a)) proíbe que o dever de prestar alimentos a um filho seja classificado como dano. A jurisprudência dos tribunais cíveis sobre a responsabilidade por erros de aconselhamento médico ou por abortos malogrados merece, em face disso, uma revisão (sobre o aborto, cf. BGHZ 86, p. 240 *et seq.*; 89, 95 *et seq.*; 95, 199 *et seq.*; BGH NJW 1985, p. 671; VersR 1985, p. 1068 *et seq.*; VersR, 1986, p. 869 s.; VersR, 1988, p. 155 s.; NJW 1992, p. 155 s.; no que tange à esterilização, cf. BGHZ 76, 259 *et seq.*; NJW 1984, p. 2656 s.). Intocada permanece aqui a obrigação do médico de reparação, em relação à criança, pelos danos que lhe foram causados por um aborto malgrado e não realizado com a devida perícia (cf. BGHZ 58, 48 [49 *et seq.*]; NJW 1989, p. 1538 [1539]).

VI.

1. – 2. (...).

E.

Examinando-se as normas impugnadas da Lei da Gestante e da Ajuda Familiar segundo esses parâmetros, conclui-se que a lei, junto à em si permitida transição para um plano de aconselhamento nas primeiras doze semanas de gestação, não correspondeu, na extensão requerida, à obrigação derivada do Art. 1 I c.c. Art. 2 II GG, de proteger eficazmente a vida intra-uterina. (...).

(...).

I. – IV. (...)

V.

(...)

1. (...).

2. a) (...).

b) O dever constitucional de tutela da vida impede uma interpretação do § 24 b Código Social, no sentido de que prestações do seguro social possam ser outorgadas da mesma forma como nas interrupções de gestações não ilícitas, quando a licitude do aborto não puder ser comprovada. O Estado de direito só pode fazer da ação de matar um objeto de seu financiamento se a ação for lícita e ele, Estado, tiver se certificado dessa licitude com a confiabilidade própria do [da concretização do princípio] Estado de direito (...).

aa) (...).

Se, sob as condições de uma regulamentação de aconselhamento, nos abortos realizados no estágio inicial da gestação, não tiver podido ficar comprovado que eles poderiam ser considerados permitidos devido à existência de estado geral de necessidade, então não pode por princípio o Estado de direito envolver-se com os mesmos - nem financeiramente, nem por obrigações de terceiros, como as das sociedades solidárias de direito previdenciário. Por meio de uma tal participação, o Estado assumiria a co-responsabilidade por procedimentos cuja juridicidade ele, por um lado, já por razões constitucionais não pode reconhecer, e por outro está impedido de verificar em face de seu plano de proteção.

bb) (...).

cc) (...).

(1) (...).

(2) Também o princípio do Estado social (Art. 20 I GG) não permite que o Estado,

no âmbito da regulamentação do aconselhamento, trate os abortos que, realizados no âmbito da regulamentação do aconselhamento, não são sancionados, observando-se que não ocorre uma avaliação de sua juridicidade no caso particular, como se fossem todos eles permitidos. O Estado social somente pode ser concretizado, em face da *Grundgesetz*, com os meios do Estado de direito. O princípio do Estado de direito (*Rechtsstaatlichkeit*) não seria apenas levemente atingido, mas, pelo contrário, ferido em sua essência, caso o Estado assumisse em geral – portanto sem a diferenciação característica da idéia do Estado social – direta ou indiretamente a co-responsabilidade por acontecimentos de cuja juridicidade ele não pode ser convencido.

dd) (...).

c) (...).

3. a) (...).

b) É da competência do legislador regulamentar de que maneira e sob quais pressupostos, nos casos onde o plano de aconselhamento o exigir, uma vez presente a situação de mulher carente de recursos financeiros, devam as despesas serem assumidas pelo Estado. Resta claro que para tanto a regulamentação atual do § 37a BSHG será adaptada às conseqüências das premissas constitucionais da regulamentação do aconselhamento. Com a garantia *dessa* prestação social, o Estado não se coloca em contradição em face das exigências de seu dever de tutela. Ele impede com isso, de antemão, que mulheres recorram à ilegalidade e com isso fiquem sujeitas, não apenas a sofrer danos à própria saúde, como também a negar ao nascituro a chance de salvação por intermédio de um aconselhamento médico.

(...).

4. Também no caso do direito de continuidade do recebimento salarial, não se mostra como obrigatório, tendo em vista sua especial concepção de direito trabalhista e as exigências do plano de proteção em correspondência aos princípios acima expostos (D. III. 3.), excluírem do dever [do Estado] de prestação de assistência os abortos que tão somente foram retirados do tipo penal do § 218 StGB *n.F.*

a) – b) (...).

5. (...).

VI.

(...)

F. – G. (...)

(ass.) *Mahrenholz, Böckenförde, Klein, Grasshof, Kruis, Kirchhof, Winter, Sommer*

Opinião discordante dos juízes Vice-presidente *Mahrenholz* e *Sommer*
sobre a decisão (*Urteil*) do Segundo Senado de 28 de maio de 1993 – 2 BvF
2/90 e 4, 5/92 –

(...)

I. – IV. (...)

(ass.) *Mahrenholz, Sommer*

Opinião discordante do juiz *Böckenförde* sobre a decisão (*Urteil*)
do Segundo Senado de 28 de maio de 1993 – 2 BvF 2/90 e 4, 5/92 – (...)

1. – 4. (...).

(ass.) *Böckenförde*

25. BVERFG 16, 194

(LIQUORENTNAHME)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 10/06/1963

MATÉRIA:

O reclamante era um pequeno empresário processado criminalmente por não preencher corretamente formulários oficiais, delito para o qual era prevista pena pecuniária. Ele voltou-se contra uma decisão (*Beschluss*) de primeira instância que o obrigava a se submeter a uma intervenção cirúrgica de **retirada do líquido – líquido** – (*Liquorentnahme*) cefalorraquiano e medular para provar sua imputabilidade.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, vislumbrando uma violação por parte do juízo de primeira instância do direito fundamental à incolumidade física (Art. 2 II GG) do reclamante.

Na ordem para a retirada de líquido segundo o § 81 StPO, o direito fundamental de incolumidade física exige que a intervenção intencionada esteja em relação adequada também com a gravidade do delito.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de junho de 1963
– 1 BvR 790/58 –
(...)

RAZÕES

A.

1. (...).

Na audiência principal, o juiz de direito de primeira instância ordenou o exame médico do acusado para verificação de sua imputabilidade. Após consulta ambulatorial, o médico perito constatou uma suspeita de enfermidade do sistema nervoso central; para [seu] esclarecimento, considerou necessário determinar um exame de sangue e o exame do líquido cefalorraquiano e medular). Para tanto, necessária se faz a penetração, com uma agulha comprida e oca, no canal vertebral na região lombar superior (punção lombar) ou na nuca, entre o crânio e a vértebra superior do pescoço (punção occipital). Como o reclamante se recusou a realizar tal exame, o juízo de primeira instância ordenou, com fulcro no § 81 ZtPO, por decisão de 11 de setembro de 1958, sua realização na Clínica Neurológica da Universidade de Munique.

(...).

2. – 4. (...).

B.

(...)

1. A retirada de líquido cefalorraquiano e medular com uma agulha comprida e oca não é uma intervenção cirúrgica insignificante e uma intervenção na incolumidade física protegida pelo Art. 2 II GG. Ainda que tal intervenção normalmente não traga perigo, se realizada conforme os preceitos da medicina, segundo o parecer do perito podem ocorrer alterações no estado de saúde, como dores e náuseas e, no caso da punção lombar, em até 10% dos casos. Em casos especiais, a retirada de líquido pode levar a sérias complicações (...).

2. (...).

a) – b) (...).

c) Assim, também na decisão sobre a retirada de líquido, como em todas as intervenções estatais na esfera da liberdade, o juiz deve observar o preceito da proporcionalidade entre meio e propósito. Mesmo que o interesse público no esclarecimento de crimes esteja ancorado no princípio da legalidade (§ 152 II StPO), tão

caro ao Estado de direito, justificando, em geral, intervenções na liberdade do acusado, tão menos bastará um tal interesse generalizado [à justificação constitucional] quanto mais gravemente se intervier na esfera de liberdade. Para a aferição da proporcionalidade entre medida e [seu] propósito, necessário se faz considerar também que gravidade tem o delito a ser apenado. É o que vale principalmente para aquelas medidas rigorosas adotadas para a constatação da imputabilidade do acusado admitidas pelos §§ 81 e 81 a StPO. Aqui uma aplicação da lei que leve em conta os direitos fundamentais requer que a intervenção pretendida esteja em relação adequada com a gravidade do delito, para que as conseqüências do esclarecimento da delito não onerem o acusado mais do que a pena esperada. O juiz é, por isso, constitucionalmente obrigado a medir, no caso particular, uma medida legalmente em si permitida também com base [no parâmetro da] na proibição de excesso (...).

3. (...). No presente caso, (...) trata-se de um caso de bagatela, em face do qual poderia ser aventada somente uma pena ínfima, dependendo das circunstâncias até mesmo [somente] um arquivamento do processo por exigüidade da causa. Do outro lado, a retirada do líquido em suas duas formas é uma intervenção física não destituída de importância; não se justifica, por causa de um crime-bagatela, submeter o acusado, contra a sua vontade, a uma tal intervenção.

Como os tribunais deixaram de lado o princípio da proporcionalidade ao ignorarem o alcance do direito fundamental do Art. 2 II GG, as decisões impugnadas tiveram que ser revogadas. Devolva-se a matéria [os autos do processo originário] ao juízo de direito de primeira instância [para nova decisão] (§ 95 II BVerfGG).

26. BVERFG 52, 214 (VOLLSTRECKUNGSSCHUTZ)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 03/10/1979

MATÉRIA:

O reclamante figurava no pólo passivo de um processo de execução de uma decisão de despejo. Com sua Reclamação Constitucional, atacou a constitucionalidade do procedimento de execução movido junto ao juízo de primeira instância e depois prosseguido junto ao Tribunal Estadual de

Köln [Colônia] em face de seus direitos fundamentais à vida e à incolumidade física. Como fundamento de sua pretensão, o reclamante alegou uma doença psíquica que o levara algumas vezes a tentar o suicídio. A execução forçada do despejo naquele momento significaria, portanto, uma grave ameaça dos seus direitos fundamentais mencionados.

O TCF vislumbrou no caso o efeito horizontal do direito fundamental à vida e à incolumidade física do executado, então reclamante, na conformação do direito processual, sobretudo junto à interpretação e aplicação do § 765a ZPO. Na ponderação entre os bens jurídicos da **proteção ou garantia da execução** (*Vollstreckungsschutz*) e dos direitos fundamentais do reclamante, o TCF reconheceu a primazia destes últimos, julgando admitida e procedente a presente Reclamação Constitucional.

Do efeito dos direitos fundamentais (no presente caso: do art. 2 GG) sobre o processo de proteção à execução segundo o § 765a ZPO.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 3 de outubro de 1979

(...)

RAZÕES

I.

O reclamante volta-se contra seu iminente despejo, ao cabo da via judicial da execução forçada.

1. (...).

2. (...). Desde 1975, recebera repetidamente tratamento ambulatorial, entre outros, após três sérias tentativas de suicídio. O estado de depressão perdura sem acusar melhoras, apesar do tratamento em curso. Perdendo a moradia, sobretudo pela via da execução forçada do despejo, devem ocorrer graves reações psíquicas no reclamante e um intenso perigo de vida (...).

(...).

3. – 5.(...).

II.

(...)

III.

A Reclamação Constitucional é admitida e procedente. As decisões impugnadas violam os direitos fundamentais do reclamante derivados dos Art. 2 II 1, e Art. 2 I GG c.c. o princípio do Estado de direito.

1. Se estão presentes os pressupostos do indeferimento ou suspensão de longo prazo da execução forçada, conforme ao § 765a ZPO, é, com efeito, primordialmente uma questão do direito comum [não do assim chamado “direito constitucional específico”], cabendo, em primeira linha, à decisão dos tribunais da jurisdição não constitucional [da jurisdição comum e especial não constitucional]. Entretanto, estes devem observar o direito constitucional e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; se tal dever foi cumprido ou não, cabe ao Tribunal Constitucional Federal examinar.

A garantia constitucional dos direitos fundamentais e os princípios constitucionais derivados do princípio do Estado de direito impõem sua [própria] vigência também no respectivo direito processual, principalmente no âmbito do processo da execução forçada (cf. BVerfGE 42, 64 [73]; 46, 325 [333]; 49, 220 [225 s.]); é que vale sobretudo também em face do princípio constitucional da proporcionalidade (cf. BVerfGE 26, 215 [222]; 31, 275 [290]; 42, 263 [295]) (...).

Se uma ponderação entre os interesses antagônicos do devedor e do credor levar à conclusão de que os interesses do devedor que servem diretamente à manutenção da sua vida e saúde - interesses esses opostos à execução forçada - no caso concreto pesam notória e substancialmente mais do que aqueles interesses cuja proteção a medida estatal de execução forçada deve servir, então pode, a apesar disto, ocorrida intervenção estatal, estar ferindo o princípio da proporcionalidade e o direito fundamental do devedor derivado do Art. 2 II 1 GG (cf. BVerfGE 44, 353 [373]; BVerfGE 51, 324).

Acima de tudo, os órgãos jurisdicionais de execução devem tomar as medidas necessárias, em sua conformação do feito, para que sejam excluídas violações constitucionais por medidas de execução forçada. Isso pode tornar indispensável que as produções de provas do devedor devam ser - em face de sua alegação, segundo a qual seus direitos fundamentais corram risco de serem seriamente atingidos - enfrentadas com especial cuidado. Nesse contexto, há de se considerar que também uma ameaça a direitos fundamentais, cujos graves danos provocados por uma intervenção estatal devem ser seriamente receados, em casos especiais pode ser equiparada a uma violação de direito

fundamental (cf. BVerfGE 49, 89 [141 e s.]; BVerfGE 51, 324). - É tarefa dos órgãos estatais reduzir, o quanto possível, o perigo de violações de direito fundamental. O procedimento perpetrado pelos órgãos jurisdicionais de execução deve ser, sob este ponto de vista, realizado de tal forma que se atenda a esse dever constitucional de tutela.

2. No presente caso, tanto o juízo de primeira instância quanto o tribunal estadual não observaram do modo necessário [prescrito constitucionalmente], em suas [respectivas] administrações do feito, o princípio da proporcionalidade derivado do princípio do Estado de direito e o mandamento constitucional da proteção da vida e da incolumidade física contido no Art. 2 I 1 GG.

(...).

(ass.) Dr. *Benda*, Dr. *Böhmer*, Dr. *Simon*, Dr. *Faller*,
Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heussner*

27. BVERFGE 53, 30 (MÜLHEIM-KÄRLICH)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 20/12/1979 MATÉRIA:

Em janeiro de 1975 foi dada, depois de transcorrido o devido processo administrativo, incluindo a necessária participação da sociedade civil, a “primeira autorização parcial” para a usina nuclear (*Kernkraftwerk - KKW*) *Mülheim-Kärlich*, que permitiu a construção de algumas unidades da usina. O funcionamento da KKW ainda ficou sujeito a uma autorização posterior final. Os supervenientes comunicados de liberação que seguiam pareceres da TÜV tinham como base um alvará para a construção, alvará este modificado em comparação com a primeira autorização parcial, tendo por fim aumentar a segurança da construção. O sétimo comunicado de liberação, de junho de 1976, cuja imediata execução fora autorizada, foi impugnado pela reclamante, que morava a cerca de sete quilômetros de distância do local da KKW. Seu pedido de restabelecimento do efeito suspensivo de sua ação contra o sétimo comunicado de liberação foi indeferido pelo superior tribunal administrativo. Este considerou incertas as chances de êxito da ação principal com o fundamento de que a reclamante não poderia derivar sua legitimidade processual e seu

interesse processual de agir (*Klagebefugnis*) do fato de que o alvará modificado só poderia produzir efeitos depois de nova publicação e interpretação dos documentos em um outro comunicado de autorização. As condições processuais do pedido não estariam, pois, presentes, porque, como terceiro atingido pela autorização prevista nos dispositivos legais sobre a energia nuclear, ela só poderia questionar a violação de dispositivos de direito material. Entretanto, uma violação de direito material não estaria clara, segundo o superior tribunal administrativo. Assim, a obrigatória ponderação entre os interesses em conflito tinha que resultar em desfavor da reclamante, pois ela poderia ter seus direitos dignos de proteção atingidos no máximo somente com o funcionamento, mas ainda não com a construção da KKW.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional ajuizada contra esta decisão admitida (cf. sob B.), contrariando em parte a concepção do superior tribunal administrativo, mas, no mérito, julgou-a improcedente por não verificar uma violação do Art. 2 II GG pela autorização da construção.

1. Quando decisões de última instância prolatadas em sede de reclamações sobre a imediata execução de licenças para construções nucleares forem impugnadas por meio da Reclamação Constitucional tendo em vista uma [alegada] violação do direito fundamental derivado do Art. 2 II GG, o prejuízo presente e imediato do titular do direito fundamental [pressupostos que fazem parte do interesse processual de agir na Reclamação Constitucional] não pode ser negado, porque os perigos para a vida e a saúde somente podem advir depois do início das operações de uma usina nuclear, mas não já a partir das medidas anteriores de construção.
2. (...).
3. O uso pacífico da energia nuclear é compatível com a *Grundgesetz*. O legislador é chamado à tomada da decisão fundamental em prol deste uso ou contra ele.
4. O Estado cumpriu sua obrigação derivada do Art. 2 II GG, qual seja: estabelecer medidas de proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear por meio da promulgação de dispositivos de direito material e processual para [a outorga de] licença para usinas nucleares.
5. Da avaliação constitucional dos dispositivos de direito material e processual para a outorga de licenças para usinas nucleares e para modificações essenciais de tais construções.

6. Também pode ser considerada uma violação de direito fundamental o fato de o órgão da Administração responsável pela licença desconsiderar aqueles dispositivos processuais de direito nuclear promulgados pelo Estado em cumprimento do seu dever de tutela derivado do Art. 2 II GG.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 20 de dezembro de 1979

– 1 BvR 385/77 –

(...)

RAZÕES

A.

A Reclamação Constitucional é relativa a uma parte do processo de licença para a usina nuclear *Mülheim-Kärlich* que está sendo construída em *Neuwieder Becken*, próxima à residência da reclamante. Seu objeto é a imediata execução do sétimo comunicado de liberação, confirmado pelo Superior Tribunal Administrativo, que o ministério estadual [secretaria] competente decretou no âmbito da primeira licença parcial e que se refere à construção de várias partes da edificação.

I. – II. (...)

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

I.

(...)

1. – 2. (...).

3. Contrariamente ao ponto de vista do Ministro [Federal] do Interior, do órgão competente para a licença e da RWE AG, a reclamante também é direta e presentemente atingida [em seu direito fundamental]. Principalmente não se pode concordar com a opinião segundo a qual reclamações constitucionais devam ser tratadas como por princípio não admitidas durante a fase de construção de uma usina nuclear porque o perigo imediato e presente da vida e da saúde sempre adviriam somente da operação de tal usina, mas não de sua construção. (...). No direito à vida e à incolumidade física, protegido pelo Art. 2 II GG (...) não se (intervém) somente quando ocorrer uma lesão fática dos bens jurídicos protegidos; ele deve pelo contrário prevenir uma tal violação fática, podendo, por isso,

também intervir naqueles casos onde, na construção de usinas nucleares, as medidas preventivas contra futuros perigos operacionais não forem [devidamente] consideradas. É o que mostra justamente o presente litígio, no qual se sustenta que a proteção contra interferências externas [na usina] por quedas de avião e ondas de pressão explosivas exigiria uma determinada ordenação das edificações. Além disso, não se pode aqui questionar a presença de prejuízo direto e presente, necessários para a admissibilidade da Reclamação Constitucional, porque se trata de verificar se foram suficientemente observadas as exigências processuais decorrentes do Art. 2 II GG específicas para a outorga de licenças de direito nuclear, bem como o mandamento de efetiva proteção de direito na decisão sobre a imediata efetivação desta licença. Por isso, não se faz necessário um exame mais minucioso sobre se de resto bastaria, para a admissibilidade de reclamações constitucionais, que se temesse uma ameaça a direitos fundamentais por meio de uma futura provável violação (cf. sobre o assunto: BVerfGE 24, 289 [294]; 49, 89 [141]; 52, 214 [220]).

II.

(...)

1. – 2. (...).

C.

A Reclamação Constitucional, como visto, admitida, não é, porém, procedente.
(...).

I.

1. Em alguns pareceres sugeriu-se o exame de se o uso econômico da cisão atômica não seria atualmente e em geral inconstitucional, devido à extensão dos perigos presumíveis e de algumas dificuldades até agora não suficientemente solucionadas. Esse questionamento é, em última instância, fundamentado com a dúvida de se uma técnica não sujeita a erros, sem que surjam riscos extraordinários para gerações futuras, pode, em geral, ser garantida e se ela pode ser aplicada a despeito do protesto de potenciais atingidos enquanto todas as outras possibilidades de abastecimento de energia não tenham sido esgotadas.

Responder a esta questão não cabe, porém, ao Tribunal Constitucional Federal. Este deve partir do fato de a própria Constituição ter aceito como permitido fundamentalmente o “uso de energia nuclear para fins pacíficos”, por meio da norma

de competência do Art. 74, nº. 11a GG. Mesmo que esse dispositivo tenha sido introduzido na Constituição já no ano de 1959, ou seja, numa época em que a problemática do uso pacífico da energia nuclear era pouco discutida, sendo colocado [perante a opinião pública] muito mais de forma por princípio positiva em contraposição ao uso militar, especialmente polêmico à época. Isso, porém, não altera em nada que também de dispositivos de competência da Constituição decorra um reconhecimento, por princípio, e a aprovação do objeto neles tratado, da própria Constituição, e que sua constitucionalidade não poderia ser posta em dúvida com base em outros dispositivos da Constituição. Por força desta delegação de competência - como já decidiu o Segundo Senado do Tribunal Constitucional Federal na Decisão *Kalkar*, em outro contexto (cf. BVerfGE 49, 89 [127 *et seq.*]) - somente o legislador é chamado à tomada da decisão fundamental em prol ou contra o uso pacífico da energia nuclear; também numa situação necessariamente marcada por incertezas faria parte, acima de tudo, da responsabilidade política do legislador e do governo, no âmbito de suas respectivas competências, tomar decisões por eles consideradas obrigatórias. Tanto quanto observável, também na jurisprudência e na literatura jurídica [doutrina] a constitucionalidade do uso econômico da cisão atômica não é por princípio posta em dúvida (cf. *Robnagel*, Grundrechte und Kernkraftwerke. Heidelberg, 1979, p. 37 *et seq.*). O controle a *posteriori* de constitucionalidade limita-se, por isso, desde o início, à questão de se a regulamentação normativa que fundamentou as decisões impugnadas é constitucional e, principalmente, se esta regulamentação foi aplicada do modo prescrito constitucionalmente.

2. Enquanto parâmetro para o controle de constitucionalidade, vem à pauta o direito fundamental à vida e à incolumidade física, garantida pelo Art. 2 II GG c.c. a pretensão à efetiva proteção jurídica [direito ao devido processo legal com seus sub-princípios como acesso à prestação jurisdicional, ampla defesa, etc.].

Segundo a jurisprudência reconhecida, esse direito fundamental não protege somente enquanto direito subjetivo de resistência contra intervenções estatais. Pelo contrário, além disso deriva-se, do seu conteúdo objetivo jurídico-objetivo, o dever dos órgãos estatais de proteger e promover os bens jurídicos na norma [do Art. 2 II GG] citados, protegendo-os principalmente de intervenções ilícitas advindas de particulares. Essa jurisprudência primeiramente desenvolvida na decisão (*Urteil*) sobre Solução dos

Prazos²⁵⁵ (BVerfGE 39, 1 [41]; cf. no mais: BVerfGE 46, 160 [164] - *Schleyer*) foi, também na mencionada decisão Kalkar, trazida para a avaliação constitucional de normas de direito nuclear e, com isso, ampliada no sentido de que, em face do tipo e da gravidade de possíveis perigos no uso pacífico da energia nuclear, já uma remota probabilidade de sua concretização precisaria bastar para fundamentar concretamente o dever de tutela do legislador (BVerfGE 49, 89 [141 s.]).

O Estado cumpriu esse dever de tutela na medida em que fez depender o uso econômico da energia nuclear de uma licença estatal prévia, e a outorga de tal licença, de pressupostos de direito material e processual mais precisamente regulamentados. Essa regulamentação da licença é - como também não é questionado nem pela reclamante, nem nos pareceres colhidos - certamente um meio adequado à proteção de terceiros ameaçados [por eventual acidente nuclear]. Ao mesmo tempo, o Estado pode cumprir sua tarefa, antes de mais nada, na medida em que, considerando os interesses gerais, promover uma compensação entre as posições de direito fundamental dos cidadãos em situação de risco, de um lado, e do empresário [responsável pela usina], de outro. Se uma usina nuclear, apesar do extraordinário potencial de periculosidade nela incorporado, é autorizada no interesse geral do abastecimento de energia, isso significa que a integridade física de terceiros pode ser exposta a riscos sobre os quais estes não exercem [nenhuma] influência e dos quais não podem se proteger quase completamente. Com isto, o Estado assume, por sua vez, uma co-responsabilidade própria em face de tais riscos. Destarte, parece apresentar-se como obrigatório, na avaliação constitucional das normas materiais e processuais para a concessão de licença para usinas nucleares, não se basear em parâmetros menos rígidos do que junto à avaliação de leis interventoras [na liberdade individual] estatais. Também na aplicação de tais parâmetros inexistem contra as normas de licença, conquanto sejam relevantes para o processo originário, dúvidas quanto à sua constitucionalidade, desde que sejam interpretadas conforme a jurisprudência dos tribunais supremos [superiores]²⁵⁶ até aqui desenvolvida.

²⁵⁵ *Fristenlösungsurteil*, mais conhecida, no entanto, como *Schwangerschaftsabbruchurteil I*. Cf. supra, **Decisão 23**.

²⁵⁶ Aqui o TCF até fala em "*höchstrichterlichen Rechtsprechung*", que poderia significar a jurisprudência suprema em cada ramo da jurisdição infraconstitucional (BGH, BAG, BVerwG etc.). Colocada nesta decisão, a expressão só pode estar fazendo menção à jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo. Se o TCF se referisse à própria jurisprudência como "suprema" ou mesmo "superior", haver-se-ia de notar uma inconsistência: A despeito da insistente asserção (correspondendo, inclusive, ao seu auto-entendimento), segundo a qual o TCF não seria um tribunal de "super-revisão", o que lhe justificaria a alcunha de "supremo" tribunal, o TCF estaria se referindo, nesse momento da decisão, à sua jurisprudência como "suprema". Para fazer menção específica à sua jurisprudência, o TCF vale-se, portanto, da expressão "*verfassungsgerichtliche Rechtsprechung*". Como no parágrafo seguinte, o TCF enfrenta a jurisprudência do Tribunal Fede-

A Lei Atômica objetiva expressamente – e com efeito segundo a jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal com prevalência em relação ao fomento do uso da energia atômica (DVBl. 1972, p. 678 [680]) - proteger a vida, a saúde e os bens materiais dos perigos da energia nuclear (...).

A regulamentação normativa não se contenta em vincular o órgão competente para a outorga de licenças a rigorosos pressupostos de direito material. Antes, ele atende ao dever estatal de tutela à sua co-responsabilidade também em sede de direito processual, na medida em que torna a outorga de uma licença dependente de um processo formal, no qual os pressupostos da licença devem ser examinados de ofício e no qual devem participar, entre outros, todas as autoridades da União, dos Estados-membros e dos municípios, cujo campo de competência for atingido. Por outro lado, o direito processual prevê a participação, no processo, do próprio cidadão posto em risco (cf. o § 7 IV AtomG c.c. os dispositivos lá citados da Lei Federal de Proteção contra Emissões, bem como o Decreto Processual do Direito Nuclear que nele se fundamenta e o Decreto das Instalações Nucleares, anteriormente vigente). O cidadão não está apenas legitimado [processualmente, tendo interesse de agir] a ensejar o controle judicial de comunicações de licenças e os correspondentes atos administrativos pela via da ação de impugnação (§ 42 VwGO) e requerer liminarmente proteção judicial cautelar (§ 80 VwGO). Antes, o direito processual possibilita uma antecipação da proteção jurídica, na medida em que se pode, já processo administrativo extra-judicial, levantar objeções contra o projeto (...).

3. (...).

II.

(...)

1. (...).

2. (...).

a) (...).

(...).

Junto à avaliação constitucional desta questão deve-se partir, da jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, que proteção de direito fundamental em grande parte também pode ser efetivada por meio da conformação de processos

ral Administrativo, restam extirpadas quaisquer ambigüidades da citada passagem. Cf., sobre isso, supra **Cap. Introdução, I. e II. 1.**

e que os direitos fundamentais destarte influenciam, não apenas todo o direito material, mas, também o direito processual, toda vez que este último for relevante para uma efetiva proteção dos direitos fundamentais. Essa jurisprudência foi desenvolvida, em um primeiro momento, para a proteção do direito fundamental do Art. 14 I GG (cf. BVerfGE 37, 132 [141, 148]; 46, 325 [334]; 49, 220 [225]) e do Art. 12 I GG (cf. BVerfGE 39, 276 [294]; 44, 105 [119 *et seq.*]; 45, 422 [430 *et seq.*]). Entrementes, ambos os Senados do Tribunal Constitucional Federal já decidiram, expressamente, que o Art. 2 II GG igualmente determina uma conformação processual que observe esse direito fundamental (BVerfGE 51, 324 – *Verhandlungsfähigkeit* -; 52, 214 [219] – *Räumungsschutz*).

O direito fundamental do Art. 2 II GG influencia também a aplicação dos dispositivos sobre o processo administrativo e judicial junto à autorização de funcionamento (licença) de usinas nucleares, cuja tarefa primordial consiste justamente em proteger a vida e a saúde dos perigos da energia nuclear. Isso não significa que qualquer erro processual em um processo de massa de direito da energia atômica devesse ser considerado uma violação do direito fundamental. Tal violação vem, todavia, à pauta quando o órgão da Administração competente para a outorga da licença não observar tais dispositivos processuais, que o Estado promulgou tendo em vista o cumprimento de seu dever de tutela dos bens jurídicos elencados no Art. 2 II GG. Por isso, de forma alguma podem os tribunais, junto ao exame de licenças nucleares, sem mais partir da premissa de que um terceiro, com interesse processual de agir, não seja parte legítima na alegação de violações processuais (...).

b) (...).

3. (...).

(ass.) Dr. *Benda*, o juiz Dr. *Böhmer* está impossibilitado de assinar (por ele) *Benda*, Dr.

Simon, Dr. *Faller*, Dr. *Hesse*, Dr. *Katzenstein*, Dr. *Niemeyer*, Dr. *Heußner*

Opinião discordante do juiz Dr. *Simon* e do Prof. Dr. *Heußner* sobre a decisão

(*Beschluss*) do Primeiro Senado de 20 de dezembro de 1979

- 1BvR 385/77 -

I. – III. (...)

(ass.) Dr. *Simon*, Dr. *Heußner*

28. BVERFGE 77, 170

(LAGERUNG CHEMISCHER WAFFEN)

**Reclamação Constitucional contra ato normativo
(administrativo)²⁵⁷**

29/10/1987

MATÉRIA:

Durante quase todo o período da segunda metade do séc. XX, conhecido como “Guerra Fria”, era um “segredo aberto” que os Estados Unidos da América mantinham depósitos de armas no território da República Federal da Alemanha, realizando a **armazenagem de armas químicas** (*Lagerung chemischer Waffen*) em locais obviamente mantidos no mais estrito sigilo (segredo militar). Qualquer cidadão alemão e qualquer pessoa residente na Alemanha nessa época poderia, no entanto, ser vizinho de tais depósitos sem saber, correndo sua vida sérios riscos em caso de acidente, sabotagem etc.

As Reclamações Constitucionais voltavam-se contra decisões do Governo Federal de anuência às armazenagens de armas químicas em locais próximos às suas residências, omitindo-se na tomada de medidas de proteção contra eventuais acidentes etc. e contra omissões do legislador, no caso, da Câmara Federal Alemã (*Deutscher Bundestag*) relativas à não promulgação de lei (embora devida), que disciplinasse a armazenagem, com a tomada de medidas preventivas de proteção.

O TCF não admitiu ao julgamento do mérito as Reclamações Constitucionais em relação às alegadas omissões do Governo Federal, mas de maneira não unânime (7:1 votos), admitiu-as em relação à omissão da Câmara Federal Alemã para julgá-las, aqui, improcedentes. Para o juiz *Mahrenholz*, autor do voto discordante, as Reclamações Constitucionais eram admitidas e procedentes em face da violação do Art. 2 II 1 GG, consubstanciada nas referidas omissões do governo e legislativo federais.

²⁵⁷ Na verdade, a Reclamação Constitucional volta-se em grande parte contra omissões normativas do Governo Federal e do Parlamento Alemão ou Câmara Federal Alemã (*Deutscher Bundestag*), razão pela qual, pelo menos no tange às alegadas omissões do Governo Federal, não foi admitida (conhecida). Cf. a seguir a síntese sob “matéria”.

1. a) – c) (...).

2. a) Para o cumprimento dos deveres de tutela (*Schutzpflichten*) derivados do Art. 2 II 1 GG, cabe ao Legislativo, assim como ao Executivo, uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação [poder discricionário], que também deixa espaço para, por exemplo, dar atenção a interesses públicos e privados concorrentes.

b) Essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais tão somente de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo (cf. BVerfGE 50, 290 [332 s.]).

c) Para atender aos pressupostos de admissibilidade de uma Reclamação Constitucional que se baseie na violação do dever de tutela derivado do Art. 2 II 1 GG, o reclamante precisa apresentar de maneira concludente que o Poder Público não adotou quaisquer medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção.

3. a) As medidas estatais de defesa contra um ataque armado externo podem até implicar em perigos para a própria população civil. Todavia, evitar [totalmente] tais perigos e os eventuais danos deles decorrentes vai além das possibilidades estatais, quando se deve manter garantida uma defesa efetiva do país, que serve justamente à proteção da ordem de liberdade, [incluindo nessa ordem especialmente] também os direitos fundamentais outorgados [aos cidadãos].

b) Com a decisão sobre a defesa militar do país (Art. 24 II, Art. 87 a, Art. 115a *et seq.* GG), a *Grundgesetz* deu a entender que a área de proteção do Art. 2 II 1 GG não compreende conseqüências regressivas sobre a população, no caso do emprego de armas em conformidade com o direito internacional público contra um adversário militar, no caso de defesa.

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 29 de outubro de 1987
 — 2 BvR 624, 1080, 2029/83 —
 (...)

RAZÕES

A.

I.

As Reclamações Constitucionais conexas para decisão comum referem-se ao armazenamento de armas químicas (armas “Q” – *C-Waffen*) no território da República Federal da Alemanha.

II. – VI. (...)

B. I. – II. (...)

C. I – III. (...)

D.

A presente decisão foi tomada em sede de conclusão com 7 votos a 1.

(ass.) *Zeidler*, Dr. Dr. h.c. *Niebler*, *Steinberger*, *Träger*,
Mahrenholz, *Böckenförde*, *Klein*, *Graßhof*

Opinião discordante do juiz *Mahrenholz* sobre a decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de — 2 BvR 624/83 e outro —

I. – II. (...)

(ass.) *Mahrenholz*

29. BVERFGE 19, 342

(WENCKER)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 15/12/1965

MATÉRIA:

Um almirante (*Wencker*) volta-se, em sua Reclamação Constitucional movida, contra uma ordem de prisão preventiva prolatada pelo Tribunal Estadual de *Hamburg* e confirmada pelo Superior Tribunal Estadual de *Hamburg*, alegando violação de seu direito fundamental à liberdade do Art. 2 II GG, consubstanciada nas ordens impugnadas. A ordem de prisão

preventiva baseava-se no antigo § 112 IV StPO, que prescrevia que, se a acusação fosse de homicídio qualificado, a prisão poderia ser decretada, independentemente da presença dos rígidos pressupostos dos dois parágrafos anteriores do § 112 StPO (§ 112 II e III StPO), como perigo de fuga ou de destruição de provas. O reclamante estava sendo acusado por um tal delito, praticado durante a Segunda Guerra mundial.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, revogando a decisão de última instância e devolvendo os autos para nova decisão. O TCF verificou a inconstitucionalidade da interpretação do § 112 StPO, feita pelos tribunais instanciais. Uma interpretação orientada pelos direitos fundamentais (eficácia horizontal) acarretaria uma leitura sistemática dos dispositivos, leitura esta que traria à pauta o critério da proporcionalidade. O TCF considerou, em suma, o meio de intervenção infligido ao reclamante como sendo desnecessário e, portanto, desproporcional em relação ao propósito legislativo processual penal, de esclarecer a prática do delito, garantindo-se a execução posterior da sanção prevista pela lei penal material.

Segundo o princípio constitucional da proporcionalidade, é possível, também numa ordem de prisão com fulcro no § 112 IV StPO, a dispensa da prisão com aplicação correspondente do § 116 StPO.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 15 de dezembro de 1965

– 1 BvR 513/65 –

(...)

RAZÕES

I.

1. (...) no § 112 IV StPO²⁵⁸ determina-se o seguinte:

“Contra o acusado, eminentemente suspeito de ter cometido um crime contra a vida, previsto nos §§ 211, 212 ou § 220a I, nº 1 StGB, a prisão preventiva também pode ser decretada, [mesmo] quando não estiver presente um fundamento previsto nos § 112 II e III.”

²⁵⁸ Nota de JÜRGEN SCHWABE (*op. cit.*): “Hoje segundo seu teor no § 112 III StPO”.

Os casos da assim chamada dispensa de prisão foram ampliados com o § 116 StPO em relação à regulamentação anterior. Não somente quando há o perigo de fuga, como também quando houver perigo de destruição ou falseamento de provas [*Verdunklungsgefahr* – “perigo de obscurecimento”, inclui também o influenciamento ou intimidação de testemunhas] e de reincidência, a suspensão do cumprimento da ordem de prisão é possível se o propósito da prisão preventiva puder ser alcançado com medidas menos drásticas. O § 112 IV StPO não é referido no § 116 StPO.

2. É polêmica na literatura jurídica [doutrina] e principalmente também na jurisprudência dos superiores tribunais estaduais a questão sobre se, mesmo quando a ordem de prisão está fundada apenas no § 112 IV StPO, se pode dar a suspensão do cumprimento segundo o § 116 StPO. (...).

II.

1. O reclamante, um almirante aposentado de 76 anos de idade é acusado de homicídio doloso qualificado (*Mord*). Pesa-lhe a acusação de, em 1944, como adido naval da embaixada alemã em Tóquio, ter dado a ordem de, no caso de auto-afundamento do navio, deixar afundar com o navio os presos que respondiam a inquérito e que, capturados após rompimento de bloqueio, haviam sido embarcados para a Alemanha. Com base em uma ordem de prisão do Tribunal Estadual de *Hamburg*, com fulcro no § 112 IV StPO de 9 de agosto de 1965, o reclamante foi preso em 11 de agosto de 1965 (...).

(...). O reclamante alega saber das investigações sobre sua pessoa há cinco anos; ele sempre se colocara à disposição para a realização do processo. Ele gozaria de toda parte alta consideração e sempre se conduziria [no caso da dispensa da prisão] seguindo certas diretivas que o tribunal estabeleceria para a dispensa da prisão.

2. (...).

III.

A Reclamação Constitucional é procedente.

1. No instituto jurídico da prisão preventiva resta nitidamente clara a relação de tensão entre o direito do indivíduo à liberdade pessoal, garantido pelo Art. 2 II e Art. 104 GG, e as inegáveis necessidades de uma efetiva persecução penal. A penalização rápida e justa de crimes graves não seria possível em muitos casos se, sem exceção, fosse

defeso às autoridades criminais prender o suspeito da prática de crime já antes da [final] condenação, mantendo-o preso até o julgamento. Por outro lado, a total privação da liberdade pessoal pelo trancamento numa instituição prisional é um mal que, no Estado de direito, só é oponível àquele que, em razão de uma ação para a qual há previsão legal de pena, foi condenado em última instância [depois do trânsito em julgado, portanto, da decisão condenatória]. A aplicação desta medida a alguém meramente suspeito da prática de delito criminal só é permitida em casos excepcionais, assaz delimitados. Isso é o que decorre também da presunção por princípio da inocência, que exclui, mesmo diante de uma grave suspeita, infligir ao acusado, antes da pena, regras que em seu efeito se equiparam à privação da liberdade. Ainda que a presunção de inocência não esteja expressamente estatuída na *Grundgesetz*, ela corresponde à convicção geral própria do Estado de direito e foi introduzida pelo Art. 6 II da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no direito positivo da República Federal [da Alemanha].

Uma solução razoável desse conflito entre dois princípios de igual importância para o Estado de direito somente pode ser encontrada se, do ponto de vista da persecução penal, se opuser sempre às limitações de liberdade que pareçam necessárias e adequadas, como corretivo, a pretensão à liberdade do acusado ainda não condenado. Isto significa que: a prisão preventiva deve ser dirigida pelo princípio da relatividade, tanto no momento da ordem quanto no momento de seu cumprimento; a intervenção na liberdade somente pode ser aceita se e na [exata] medida em que, por um lado, existirem dúvidas sérias e fundamentadas quanto à inocência do suspeito, apoiadas em indícios concretos, e por outro, se a reivindicação legítima da comunidade estatal de um esclarecimento total do delito e de rápida punição do infrator não puder ser assegurada de outra forma senão pela privação provisória da liberdade do [suposto] infrator. Em todo caso, a perseguição de outros fins com a prisão preventiva está excluída por princípio; particularmente, ela não deve, [aproximando-se] à natureza de uma pena, antecipar uma proteção do bem jurídico, à qual o direito penal material deve servir.

2. (...).

Na República Federal da Alemanha, o princípio da proporcionalidade tem grau hierárquico de direito constitucional. Ele é derivado do princípio do Estado de direito - na verdade da essência dos próprios direitos fundamentais, os quais, enquanto expressão da pretensão geral de liberdade do cidadão em relação ao Estado, só poderão ser restringidos pelo poder público quando a restrição for imprescindível para a proteção de interesses

públicos. Para o direito fundamental da liberdade pessoal, isto decorre também do especial significado que justamente esse direito fundamental recebe como base da posição jurídica geral e possibilidade de desenvolvimento do cidadão, significado este que a *Grundgesetz* reconhece, uma vez que em seu Art. 2 II classifica a liberdade da pessoa como “inviolável”. (...).

3. Na ponderação que cabe ao juiz fazer, ele deverá sempre ter em mente que o precípuo propósito e a verdadeira razão justificadora da prisão preventiva são garantir a realização de um processo penal ordenado e assegurar a posterior execução penal; se a prisão não for mais necessária em relação a um destes propósitos, então ela é desproporcional, não sendo, por isso, por princípio permitido ordená-la, mantê-la ou executá-la. Os fundamentos de prisão por perigo de fuga e da destruição ou falseamento de provas (§ 112 II StPO) servem nitidamente ao propósito supra mencionado. O fundamento de prisão por perigo de reincidência previsto no § 112 III StPO ultrapassa, em verdade, tal propósito [pretende fomentar um propósito mais abrangente], na medida em que tal fundamento é o bastante, tendo em vista um aspecto policial-preventivo, para o propósito de atender à proteção da coletividade contra outros delitos pelo meio da aplicação da prisão preventiva. Esse fundamento pode, contudo, ser [ainda] justificado pelo fato de que se está diante da proteção de uma parcela da população especialmente necessitada de proteção contra a ameaça de graves delitos com forte probabilidade de ocorrência. Também parece ser [um meio de intervenção] mais adequado confiar essa proteção às autoridades responsáveis pela persecução penal, já ocupadas com o esclarecimento do delito cometido e, com isso, confiá-la antes ao juiz do que à polícia.

O recém introduzido § 112 IV StPO despertaria, pelo contrário, suspeitas relativas ao atendimento do princípio do Estado de direito se ele tivesse que ser interpretado, no caso de clara suspeita de um crime contra a vida, [tal qual] aqui apontado, no sentido de autorizar que a prisão preventiva pudesse ser aplicada sem maiores problematizações, ou seja, sem o exame de outros pressupostos. Uma tal interpretação não seria compatível com a *Grundgesetz*. O princípio da proporcionalidade exige que o juiz, também na aplicação do § 112 IV StPO, nunca perca de vista o propósito da prisão preventiva. Nem a gravidade do crime contra a vida, tampouco a gravidade da (ainda não comprovada) culpa justificam por si só a prisão do acusado; menos ainda é suficiente a consideração da comoção da população, mais ou menos identificável, que acharia insuportável que um “assassino” se locomova livremente. Antes, também neste caso, devem sempre estar

presentes circunstâncias que fundamentem o perigo de que, sem a prisão do acusado, o rápido esclarecimento e a punição pelo crime possam estar em risco de [definitiva] não realização. O perigo de fuga ou destruição ou falseamento de provas, ainda que não acompanhado por “determinados fatos”, mas que, devido às circunstâncias do caso, não pode ser excluído, pode já ser eventualmente suficiente. Da mesma maneira, o sério temor de que o acusado venha a cometer novos delitos de natureza semelhante poderia bastar para uma ordem de prisão. O § 112 IV StPO deve ser lido em estreita ligação com o § 112 II StPO; a ordem de prisão poderá portanto ser justificada com o fato de que, considerando-se a gravidade dos delitos aqui mencionados, os rígidos pressupostos da prisão prescritos no § 112 IV StPO devem ser afrouxados para que o perigo [comum] de que, justamente, os criminosos bastante perigosos fujam da punição seja excluído.

4. O § 116 StPO representa um especial produto derivado do princípio da proporcionalidade. Ele atribui ao juiz o dever de verificar, junto a toda prisão por perigo de fuga, destruição ou falseamento de provas ou reincidência, se o propósito da prisão preventiva não poderia ser alcançado mediante restrições de liberdade menos incisivas. Se este for o caso, então o cumprimento do mandado de prisão deve ser revogado. As explicações acima sobre o significado geral do princípio da proporcionalidade no direito prisional levam à conclusão de que a não detenção também deve ser possível se o mandado de prisão estiver fundamentado no § 112 IV StPO. Nem o teor, nem o sentido do § 12 StPO proibem, mesmo em se tratando de crimes contra a vida, de apoiar o mandado de prisão no § 112 II StPO, eventualmente no § 112 III StPO. Seria uma conclusão improcedente e contrariaria claramente o princípio da proporcionalidade se, em caso de perigo de fuga ou de destruição ou falseamento de provas na aceção do § 112 II StPO, desconsiderando-se a gravidade do delito, o acusado pudesse ser sempre poupado da prisão, segundo o § 116 StPO; mas, por outro lado, no caso de menor perigo de fuga ou destruição ou falseamento de provas, o acusado fosse excluído [da possibilidade de sofrer] qualquer medida mais amena [em substituição à mais severa] que [igualmente] servisse ao propósito do processo penal. Se a revogação da ordem de prisão pudesse comprometer a realização do processo penal, mas uma suspensão com determinadas obrigações [alternativas a serem impostas ao acusado] for bastante, então o juiz não pode ser obrigado a permitir a continuidade da prisão. (...).

(...).

5. – 6.(...).

30. BVERFGE 20, 45
(KOMMANDO 1005)

Reclamação Constitucional contra decisão judicial 03/05/1966

MATÉRIA:

O reclamante é oficial aposentado da polícia criminal alemã. Foi acusado de ter praticado homicídio em massa de judeus, durante o ano de 1943, quando foi oficial da Gestapo em *Lemberg* e participou do assim chamado **Comando 1005** (*Kommando 1005*), responsável por muitos homicídios qualificados (*Mord*), cujas vítimas eram, sobretudo, judeus. Como os pressupostos da prisão preventiva estavam presentes (perigo de fuga, destruição de provas etc.), sua prisão preventiva foi decretada, em 24 de março de 1961, pelo juízo de primeira instância do foro de *Waldshut* (*Amtsgericht Waldshut*), decisão posteriormente corroborada pelo Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart*, em 27 de dezembro de 1965.

O reclamante voltou-se, em sua Reclamação Constitucional, movida no início de 1966, contra a duração exagerada de sua prisão preventiva, que estaria representando, segundo ele, a violação, entre outros, de seu direito fundamental à liberdade, previsto no Art. 2 II GG.

O TCF julgou a Reclamação Constitucional procedente, vislumbrando, portanto, a alegada violação na demora exagerada da prisão preventiva. O TCF revogou a decisão impugnada (*Beschluss*) do Superior Tribunal Estadual de *Stuttgart*, determinando a devolução dos autos àquele tribunal para nova decisão (§ 95 II BVerfGG).

Uma prisão preventiva de mais de cinco anos é em todo caso inconstitucional, quando ela decorrer de demoras evitáveis dos [praticadas pelos] órgãos da Administração da Justiça criminal.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 3 de maio de 1966

– 1 BvR 58/66 –

(...)

RAZÕES

I. – III. (...)

IV.

A Reclamação Constitucional é procedente.

1. No instituto jurídico da prisão preventiva fica nitidamente visível a relação de tensão entre o direito individual da liberdade pessoal (Art. 2 II e Art. 104 GG) e as necessidades de combater a criminalidade de forma eficaz. Uma compensação adequada dessa tensão pode ser encontrada se, do ponto de vista da persecução penal, se opuser sempre às limitações de liberdade que parecerem necessárias e adequadas como corretivo, a pretensão garantida por direito fundamental à liberdade do acusado ainda não condenado e por isso ainda considerado inocente. Isso significa que a intervenção na liberdade só terá que ser tolerada se e na medida em que a legítima pretensão da comunidade estatal no esclarecimento completo do fato criminoso e na rápida penalização do [então] condenado não puder ser assegurada de outra forma, senão por meio do encarceramento do suspeito (BVerfGE 19, 342 [347 s.]).

2. Esse princípio constitucional da proporcionalidade é relevante não somente para a decretação, como também para a duração da prisão preventiva. Especialmente, a prisão preventiva não poderá, no aspecto de sua duração, ser desproporcional à pena preliminarmente esperada. Contudo, independentemente da pena esperada, o princípio da proporcionalidade impõe limites à duração da prisão preventiva. O § 121 StPO leva isso em consideração, quando determina que a execução da prisão preventiva antes da prolação da sentença (...) somente poderá ser mantida por mais de seis meses quando a dificuldade especial ou o volume vultoso das investigações ou uma outra razão importante não permitirem [a prolação de] uma decisão judicial [terminativa – *Urteil* –, como a sentença no Brasil], justificando a continuidade da prisão. Esse dispositivo permite, portanto, exceções só limitadamente; os elementos do tipo de exceção do § 121 I StPO devem, como resta claro a partir de seu próprio teor, o que se corrobora com a história de seu gênese, ser interpretados restritivamente. Que significado o legislador atribuiu à decisão que prolonga a prisão preventiva além de seis meses resulta do fato de que ele transferiu

essa decisão ao Superior Tribunal Estadual [e não aos juízos de primeira instância ou tribunais estaduais] (cf. BGH NJW1966 p. 924).

No presente caso, não há necessidade de se julgar se a *Grundgesetz*, consoante a afirmação do reclamante, exige um limite absoluto para a prisão preventiva que proíba por excelência um prosseguimento da prisão depois de decorrido um certo prazo, contado em dias do calendário. De qualquer forma, a continuação da execução da prisão preventiva que ultrapasse de maneira tão extraordinária o prazo determinado pelo § 121 I StPO, viola o Art. 2 II GG quando essa quebra de prazo for decorrente do fato de que as autoridades da persecução penal e dos tribunais não tenham tomado todas as medidas possíveis e deles exigíveis no sentido de concluírem as investigações necessárias com a devida rapidez. De fato, para a realização de um processo criminal ordenado e para o asseguramento da futura execução penal, nos termos da mencionada decisão (Beschluss) do Tribunal Constitucional Federal, a prisão preventiva não poderá ser mais considerada necessária, se sua duração for causada por atraso evitável das investigações.

As investigações contra o reclamante não foram realizadas sem tal atraso. (...).
(...).

Seleção de 5 indicações bibliográficas sobre o Art. 2 II GG:

- DENNINGER, Erhard. “Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt”. *KritV*86 (2003), p. 191 – 209
- DREIER, Horst. “Stufungen der vorgeburtlichen Lebensschutzes”. *ZRP*2002, p. 377 – 383.
- HERMES, Georg. *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987
- HOFMANN, Hasso. “Biotechnik, Gentherapie, Genmanipulation – Wissenschaft im rechtsfreien Raum?” *JZ* 1986, p. 253 – 260.
- SCHLINK, Bernhard. *Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes*, 2002

Mais jurisprudência do TCF sobre o Art. 2 II GG:

- Além das aqui reproduzidas, cf. também as seguintes decisões:
BVerfGE 46, 160 (164 s.) – *Schleyer*; 49, 89 (140 *et seq.*) – *Kalkar I*; 51, 324 (343 *et seq.*) – *Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten*; 56, 54 (73 *et seq.*) – *Fluglärm*, 79, 174 (201 s.) – *Straßenverkehrslärm*, 85, 191 (212 s.) – *Nacharbeitsverbot*; 91, 1 (26 *et seq.*) – *Entziehungsanstalt*; 105, 239 (247 *et seq.*) – *Richtervorbehalt*.