



PARECER JURÍDICO

PROJETO DE LEI 1904/2024:
considerações sobre a (in)constitucionalidade, a
(in)convencionalidade, a violação ao devido processo legislativo, a
afronta aos princípios de direito penal mínimo e a ofensa ao Estado
Democrático de Direito

Dra. Soraia da Rosa Mendes, parecerista

Dr. Aldo Arantes, coordenador nacional da Associação Advogados e Advogadas pela Democracia, Justiça e Cidadania – ADJC, solicitante

1

Trata-se de parecer emitido por solicitação do Ilmo. Sr. Dr. Aldo Arantes, coordenador nacional da Associação das Advogadas e Advogados pela Democracia, Justiça e Cidadania – ADJC, no qual são analisados os aspectos constitucionais, convencionais, penais e processuais penais concernentes ao Projeto de Lei 1904/2024 de autoria do Exmo. Sr. Deputado Federal Sóstenes Cavalcante (PL/RJ) e outros/as cujo teor “[a]cresce dois parágrafos ao art. 124, um parágrafo único ao artigo 125, um segundo parágrafo ao artigo 126 e um parágrafo único ao artigo 128, todos do Código Penal Brasileiro, e dá outras providências” no intuito de, em linhas gerais, equiparar em penalização os tipos penais acima referidos



relativos à prática do aborto em gestações acima de 22 semanas, ao crime homicídio simples previsto no art. 121 deste Código.

A parecerista, jurista Soraia Mendes, é pós-doutora em Teorias Jurídicas Contemporâneas, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB; mestra em Ciência Política, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; e pós-graduada em Direitos Humanos pelo Instituto de Filosofia Berthier – IFIBE. Professora, pesquisadora e advogada com atuação e obras reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Autora de obras doutrinárias de referência, publicadas pelas mais importantes editoras jurídicas brasileiras e de artigos publicados e referidos em renomadas instituições do Chile, da Austrália, da Colômbia, da Espanha, de Portugal, da Argentina e da Itália. Perita em processo penal credenciada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para o Caso 12.263 Márcia Barbosa vs. Brasil, primeira condenação internacional do Brasil por feminicídio. Ex-coordenadora nacional do Comitê para América Latina e o Caribe de Defesa dos Direitos das Mulheres - CLADEM, organização proponente do Caso Maria da Penha perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O solicitante, Dr. Aldo Arantes, é advogado, foi Deputado Federal constituinte e atualmente é coordenador nacional da Associação Advogados e Advogadas pela Democracia, Justiça e Cidadania – ADJC, pessoa jurídica de direito privado, de caráter associativo, sem fins lucrativos, com duração por tempo indeterminado e sede em Brasília, Distrito Federal, cujos objetivos são, dentre outros, a promoção, a articulação e a defesa da Democracia, do Estado Democrático de Direito, da Constituição Federal e dos direitos políticos e sociais nela inscritos, de uma Justiça democrática, da cidadania plena, inclusão social, direitos humanos, da soberania e desenvolvimento nacionais; o combate pela eliminação das desigualdades e aos preconceitos de gênero, raça, etnia, sexo, cor, idade, orientação sexual e a promoção e estímulo às ações afirmativas visando a assegurar o protagonismo dos grupos vulneráveis a todo o tipo de preconceito, e pela liberdade de culto.



As considerações aqui tecidas encontram-se organizadas em seis partes, sendo elas: 1. sobre o Projeto de Lei n. 1904/2024: tramitação e principais razões de justificativa; 2. sobre a afronta à garantia do devido processo legislativo e do direito das minorias; 3. sobre as consequências perversas também para grávidas de fetos anencéfalos com a criação da “presunção de viabilidade fetal após a 22^a. semana de gestação”; 4. sobre a carência de conhecimento teórico penal (básico) quanto ao caráter normativo do aborto e sobre o erro grosseiro quanto às chamadas causas de exclusão da “punibilidade”, consoante acréscimo do parágrafo único ao art. 128, Código Penal; 5. sobre a inconstitucionalidade do PL 1904/2024 face à dignidade humana, o princípio da igualdade, da liberdade, dos direitos sexuais e reprodutivos, do direito à saúde e do direito à autodeterminação das mulheres; e, 6. sobre a inconveniência e a violação aos preceitos de direito penal mínimo, especialmente concernentes ao princípio da proporcionalidade, aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com o presente a Associação Advogados e Advogadas pela Democracia, Justiça e Cidadania – ADJC objetiva a um só tempo: contribuir jurídica e politicamente com o debate qualificado travado pela sociedade civil, em especial, pelos movimentos feministas pela garantia e efetividade dos direitos sexuais e reprodutivos de mulheres e meninas; subsidiar tecnicamente a atuação de parlamentares nas vindouras discussões a serem realizadas no Congresso Nacional; e, por fim, delinear a base argumentativa para eventuais ações que se façam necessárias perante o Poder Judiciário brasileiro, em particular, perante o Supremo Tribunal Federal.



PARTE 1

SOBRE O PROJETO DE LEI N. 1904/2024: TRAMITAÇÃO E PRINCIPAIS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA

Protocolado em 17/05/2024, o projeto de lei n. 1904/24, de autoria do Deputado Sóstenes Cavalcante (PL/RJ) e outros/as, tem a seguinte redação, *in verbis*:

“Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a fim de acrescentar dois parágrafos ao artigo 124, um parágrafo único ao artigo 125, acrescentar um segundo parágrafo ao artigo 126, e acrescentar um parágrafo único ao artigo 128 do mesmo diploma legal.

Art.2º O art.124 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

*“Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho
provoque:.....
.”*

“§ 1 Quando houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas, as penas serão aplicadas conforme o delito de homicídio simples previsto no art. 121 deste Código”.

“§ 2 O juiz poderá mitigar a pena, conforme o exigirem as circunstâncias individuais de cada caso, ou poderá até mesmo deixar de aplicá-la, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.”



Art. 3º O art.125 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

*"Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
....."*

Parágrafo único. Quando houver viabilidade fetal, presumida gestações acima de 22 semanas, as penas serão aplicadas conforme o delito de homicídio simples previsto no art. 121 deste Código".

Art. 4º Renumere-se o parágrafo único do art.126 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, como parágrafo primeiro e acrescente-se o seguinte parágrafo segundo:

"Art. 126..... "

"§ 1º....."

"§ 2º Quando houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas, as penas serão aplicadas conforme o delito de homicídio simples previsto no art. 121 deste Código".

Art. 5º O art.128 do Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

*"Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
....."*

"Parágrafo único. Se a gravidez resulta de estupro e houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas, não se aplicará a excludente de punibilidade prevista neste artigo."

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."



Para fins de registro convém referir que a proposta apresentada conta com a anuência dos seguintes deputados e das seguintes deputadas federais: Evair Vieira de Melo - PP/ES, Delegado Paulo Bilynskyj - PL/SP, Gilvan da Federal - PL/ES, Filipe Martins - PL/TO, Dr. Luiz Ovando - PP/MS, Bibó Nunes - PL/RS, Mario Frias - PL/SP, Delegado Palumbo - MDB/SP, Ely Santos - REPUBLIC/SP, Simone Marquette - MDB/SP, Cristiane Lopes - UNIÃO/RO, Renilce Nicodemos - MDB/PA, Abílio Brunini - PL/MT, Franciane Bayer - REPUBLIC/RS, Carla Zambelli - PL/SP, Dr. Frederico - PRD/MG, Greyce Elias - AVANTE/MG, Delegado Ramagem - PL/RJ, Bia Kicis - PL/DF, Dayany Bittencourt - UNIÃO/CE, Lêda Borges - PSDB/GO, Júnio Amaral - PL/MG, Coronel Fernanda - PL/MT, Pastor Eurico - PL/PE, Capitão Alden - PL/BA, Cezinha de Madureira - PSD/SP, Eduardo Bolsonaro - PL/SP, Pezenti - MDB/SC, Julia Zanatta - PL/SC, Nikolas Ferreira - PL/MG, Eli Borges - PL/TO e Fred Linhares - REPUBLIC/DF.

Como acima referido o projeto de lei tombado sob número 1904/2024 foi apresentado à Mesa da Câmara dos Deputados em 17/05/2024.

Ato contínuo, em 04/06/2024, nos termos do art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD, foi apresentado pelo Deputado Eli Borges (PL/TO) o requerimento n. 1861/2024, a ser analisado e votado em Plenário para os fins de conferir ao PL 1904/2024 regime de urgência sob justificativa de *“matéria de relevante e inadiável interesse nacional”*.

Poucos dias após, em 12/06/2024, referido REQ n. 1861/2024, foi apregoadado e submetido à votação simbólica pelo Presidente da Casa, Deputado Federal Arthur Lira, e, em apenas 23 segundos, aprovado pelo Plenário.

A tramitação em regime de urgência, como veremos, por si só, constitui um ponto fundamental de análise para os fins deste parecer (Parte II), dada a flagrante violação ao devido processo legislativo.



Acerca da justificativa, em apertada síntese, das 15 laudas apresentadas é possível extrair serem quatro as razões de propositura do PL 1904/2024, são elas:

Primeira: a existência de uma suposta lacuna no Código Penal brasileiro

De acordo com o grupo de deputados e deputadas propositor do PL 1904/2024 supostamente haveria um vácuo legislativo na medida em que não há determinação expressa no Código Penal brasileiro acerca dos limites máximos de tempo de gestação.

Nos exatos termos da justificativa, embora

“as Normas Técnicas do Ministério da Saúde estabeleçam que, nos casos de gravidez decorrente de estupro, o aborto somente deva ser realizado até a vigésima semana, tem sido divulgado nestes anos pós-pandemia que tais normas devem ser interpretadas de acordo com as leis e que, neste sentido, como o Código Penal não estabelece limites máximos de idade gestacional para a realização da interrupção da gestação, o aborto poderia ser praticado em qualquer idade gestacional, mesmo quando o nascituro já seja viável.”

7

Segunda: a crença de que todas as gestações a partir da 22^a. semana são presumidamente viáveis

De acordo com os termos da justificativa, consoante a Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento (Ministério da Saúde, 2005), o aborto legal somente seria possível até a 22^a semana de gestação vez que, a partir daí, haveria viabilidade fetal presumida.

“Abortamento é a interrupção da gravidez até a 20^a-22^a semana e com produto da concepção pesando menos que



500g. Aborto é o produto da concepção eliminado no abortamento.”¹

Terceira: o entendimento de que excludentes de punibilidade (sic) não se conformam como direitos

Consoante a justificativa as hipóteses legais da interrupção da gravidez, na medida em constituem, nos dizeres dos parlamentares e das parlamentares proponentes excludentes de “punibilidade” (sic), por si só não configurariam um direito de mulheres e meninas.

Diz o texto justificador, *ipsis litteris*:

“pode-se concluir que, se o aborto também está incluído debaixo do título “Dos Crimes contra a Pessoa”, o legislador de 1940 entendeu que o nascituro era uma pessoa, no sentido jurídico do termo. Só por este motivo já não seria possível entender o artigo 128 como atribuindo à gestante um direito ao aborto em caso de estupro. Somente poderia ser uma excludente de punibilidade, o mesmo que o Código Penal faz ao declarar, em seu artigo 121 §5º (...).”

8

E segue:

“Pode-se compreender a correção desta interpretação notando como, apesar do Código Penal datar de 1940, não existiram, até 1989, hospitais que oferecessem

¹ BRASIL. **Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento**. Série A. Normas e Manuais Técnicos. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno nº 4. Ministério da Saúde. Brasília, 2005. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf.



serviços de abortos em casos de estupro, assim como não houve, na doutrina jurídica, durante todo este tempo, uma única referência a uma suposta omissão da autoridade em fornecer este tipo de serviço, o que seria inimaginável se realmente o aborto em caso de estupro tivesse sido um direito e não uma excludente de punibilidade.”

Quarta: a afirmação de que há um direito absoluto e inalienável à vida intrauterina a ser protegido, ainda que sobre ele a Constituição não verse

Nos dizeres dos parlamentares e das parlamentares proponentes:

“Tanto é assim que a Constituição brasileira reconhece como titulares de direitos fundamentais os brasileiros e os residentes em território brasileiro, mas não menciona em momento algum os turistas e os cidadãos de outros países que estejam em trânsito pelo território nacional, os quais não são nem brasileiros, nem residentes no Brasil. No entanto, não lhes negaríamos o direito à vida apenas porque a Constituição não os menciona. Tais direitos são inerentes aos seres humanos e não uma concessão da Constituição. Não precisam ser mencionados para existirem. O dever das constituições é o de protegê-los, não o de dar-lhes a existência. Existiriam ainda que as constituições não existissem.”

Em resumo são estas as quatro razões fundamentais que dão sustentação ao PL 1904/2024, a partir das quais, considerados outros aspectos de natureza técnica, será possível tecer considerações de ordem legal, constitucional, convencional e atinentes ao desenvolvimento do processo democrático, como a seguir farei.



PARTE 2

SOBRE A AFRONTA À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E DO DIREITO DAS MINORIAS

No campo ideal, uma das soluções para a inflação legislativa assistemática flagrante no parlamento brasileiro seria, como propõe o professor Luigi Ferrajoli a chamada *reserva de código*² decorrente de um princípio constitucional, de acordo com o qual nenhuma lei poderia ser introduzida em matéria de crimes, sanções e direitos e garantias processuais penais a não ser por meio de um procedimento qualificado de alteração do Código Penal e/ou do Código de Processo Penal. Uma exigência de tal monta.

Se sob o aspecto formal, a exigência de quórum qualificado para a aprovação de projetos de lei que trate de matéria criminal (em tese à vista das maiorias do parlamento brasileiro) seria um freio ao arbítrio legislativo; de outro lado, sob a perspectiva material a legislação com esse teor, obrigatoriamente deve(ria) primar pela coerência interna e sistematização das normas penais e processuais penal em estrita obediência ao que se encontra previsto em nossa Carta Constitucional.

Enfim, embora o próprio professor Ferrajoli admita que a realização completa do Sistema de Garantias – SG esteja no campo do “dever ser”, o que lhe dá o tom de algo nunca integralmente realizável, o mínimo de respeito às normas que regulam o processo legislativo haveria de ser respeitado, sob pena de afronta ao próprio Estado Democrático de Direito.

² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. Pp. 225-226.



Toda lei, em particularíssimo caso a penal, tem de estar condicionada aos princípios constitucionais. E se assim, não está, acaba por enfraquecer o primado da sujeição do Poder Judiciário à lei abrindo um espaço ilimitado à discricionariedade judicial, como adiante demonstrarei na análise sobre os riscos de incidência do PL 1904/2024 em relação às gestações de fetos anencéfalos (Parte III, a seguir).

Vale lembrar o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.297.884³, em 14/06/2021, fixou a tese segundo a qual:

"Em respeito ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, quando não caracterizado o desrespeito às normas constitucionais pertinentes ao processo legislativo, é defeso ao Poder Judiciário exercer o controle jurisdicional em relação à interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais das casas legislativas, por se tratar de matéria interna corporis".

Contudo, as normas constantes do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, acima referidas, considerado o caráter constitucional e convencional da matéria tratada, entretanto, jamais podem ser consideradas como meramente regimentais.

Aprendemos com o professor Aury Lopes Jr. que, no processo penal, forma é garantia vez que

"Quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das regras do jogo (devido processo penal) é o fator legitimante da atuação estatal. Nessa linha, os princípios constitucionais devem

³ STF, Pleno, RE 1.297.884, relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 14/6/2021, p. 20.



efetivamente constituir o processo penal. Esse sistema de garantias está sustentado – a nosso juízo – por cinco princípios básicos que configuram, antes de mais nada, um esquema epistemológico que conduz à identificação dos desvios e (ab)usos de poder.”⁴

Mutatis mutandis, e quiçá com ainda maior sustentação constitucional, também no processo legislativo forma é garantia. Neste caso, garantia de que somente proposições legislativas amadurecidas serão admissíveis e de que minorias (não só parlamentares) não terão suas vozes sufocadas por maiores de conveniência.

Ao menos em três oportunidades, todas elas na exata linha de raciocínio aqui defendida, o Supremo também já se manifestou no sentido de conferir dignidade constitucional ao devido processo legislativo.

A Corte, por exemplo, já proferiu decisão no sentido de que o devido processo legislativo é um direito constitucional subjetivo dos parlamentares de modo a “*preservar a própria regularidade e legitimidade do processo de válida formação dos atos emanados do Poder Legislativo*”⁵. Mas, nos julgamentos da ADI 4.425 e da ADI-MC 4.885⁶, também firmou entendimento, no sentido de que:

“haverá inconstitucionalidade formal por violação ao devido processo legislativo também quando for afetado o núcleo essencial do princípio da moralidade. Assim, a inconstitucionalidade por violação ao devido processo legislativo também pode decorrer da prática de atos

⁴ LOPES Junior, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Pp.31-32.

⁵ STF, Pleno, MS 22.503, relator para Ac. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 8/5/1996, voto do ministro Celso de Mello, p. 80.

⁶ STF, Pleno ADI-MC 4.885, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 27/6/2018.



ilícitos que ocasionem vício na manifestação de vontade dos representantes do povo”.

Assim como, também nos autos da ADI 5.127⁷, o STF já havia entendido também que o devido processo legislativo se trata em sua natureza de um direito fundamental difuso, ou seja:

*“o direito que têm todos os cidadãos de não sofrer interferência, na sua esfera privada de interesses, senão mediante normas jurídicas produzidas em conformidade com o procedimento constitucionalmente determinado”.*⁸

Nessa mesma toada, como eu já tive oportunidade de escrever e publicar desde a primeira edição da obra *Criminologia Feminista: novos paradigmas*⁹, o direito à autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito que é, ao mesmo tempo, fundamental e exclusivo das mulheres porque forma um todo com a liberdade pessoal (autodeterminação) da mulher em optar em se tornar mãe ou não. Trata-se, portanto, de uma liberdade negativa, de uma alternativa de ação.

Segundo Ferrajoli o direito à autodeterminação em relação à maternidade constitui o único direito fundamental exclusivo das mulheres. Para o autor:

“el derecho a la maternidad voluntaria como autodeterminación de la mujer sobre el propio cuerpo le

⁷ STF, Pleno, ADI 5.127, Redator para o acórdão Ministro Edson Fachin, julgado em 15/10/2015, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 32.

⁸ STF, Pleno, ADI 5.127, Redator para o acórdão Ministro Edson Fachin, julgado em 15/10/2015, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 32.

⁹ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.



pertenece de manera exclusiva porque en materia de gestación los varones no son iguales a las mujeres, y es sólo desvalorizando a éstas como personas y reduciéndolas a instrumentos de procreación como los varones han podido expropiarlas de esa su personal potencia sometiéndola al control penal. No puede, por tanto, configurarse un 'derecho a la paternidad voluntaria' análogo y simétrico al 'derecho a la maternidad voluntaria', por la simple razón de que la gestación y el parto no pertenecen a la identidad masculina sino sólo a la femenina. Allí donde la decisión de traer o no al mundo a través de un cuerpo femenino estuviera subordinada también al acuerdo con los potenciales padres, la decisión de éstos sería sobre el cuerpo de otra persona y equivaldría, pues, al ejercicio de un poder del hombre sobre la mujer que violaría al mismo tiempo la libertad de las mujeres y el igual valor de las personas".¹⁰

Assim compreendido, qualquer decisão heterônoma, justificada a partir de interesses estranhos aos da mulher, equivale a uma lesão do segundo imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio ou instrumento (neste caso, de procriação) para fins não próprios. Pois, enfim, diferente de outras proibições, a do aborto equivale a uma obrigação que é de tornar-se mãe, suportar a gravidez, dar à luz, criar um filho. E isso contrasta com todos os princípios liberais do direito penal.

Conforme Ferrajoli¹¹:

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2010. P. 86.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2010. P. 85.



“En efecto, no sólo se trata de una fundamental libertad negativa (de no convertirse en madre y, por tanto, de abortar), sino de una inmunidad de construcciones y de servidumbres personales que es complementaria de una fundamental libertad positiva: el derecho poder de generar, traer personas al mundo, que es un poder por así decir constituyente, de tipo pre- o meta-jurídico, puesto que es el reflejo de una potencia natural inherente de manera exclusiva a la diferencia femenina. No se trata sólo de un derecho de libertad, sino también de un derecho pretensión al que deben corresponder obligaciones públicas, concretamente exigibles, de asistencia y de cuidado, tanto en el momento de la maternidad como en el del aborto”.

Uma *injustiça*, como ensina J. Habermas¹² define-se a partir da exata medida em que a liberdade é limitada e a dignidade humana é atingida por restrições que retira das pessoas “oprimidas” e “submetidas” a possibilidade de exercer sua autonomia privada e pública.

15

Significa, ao fim, que os direitos fundamentais, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado à revelia das próprias envolvidas. Sem que estas articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Ou seja, que a autodeterminação seja elaborada a partir do que ela significa para as próprias mulheres.

¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.



Por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança 37.760 / MC-Ref, de 14/04/ 2021¹³ dizia o Ministro Roberto Barroso que

Em quase todo o mundo, o guardião dessas premissas é a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional, por sua capacidade de ser um fórum de princípios, em que se discutem valores constitucionais e não preferências políticas. E, também, um fórum de razão pública, em que se colocam lisamente argumentos racionais que possam ser aceitos por todas as pessoas.

Ainda que, diferentemente da Corte Constitucional, seja o parlamento um fórum de preferências políticas, à maioria que o comanda não é dado furtar-se aos procedimentos que permitem às minorias debater matérias (em especial de fundo constitucional).

Dentre outras atribuições, regimentalmente, às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, e às demais Comissões, no que lhes for aplicável, cabe, além de discutir e votar as proposições sujeitas à deliberação do Plenário que lhes forem distribuídas (art. 24, I, RICD), também a missão de dialogar com a sociedade civil mediante *audiências públicas* (art. 24, III, RICD); *estudar qualquer assunto compreendido no respectivo campo temático ou área de atividade, podendo promover, em seu âmbito, conferências, exposições, palestras ou seminários* (art. 24, XIII, RICD); *ou solicitar audiência ou colaboração de órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta ou fundacional, e da sociedade civil, para elucidação de matéria sujeita a seu pronunciamento* (art. 24, XIV, RICD).

Em tramitação sob o regime de urgência mediante acordo de lideranças (art. 155, RICD) o PL 1904/2024 nem mesmo à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (art. 32, IV, RICD) foi submetido,

¹³ MS 37760 MC-Ref. Relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 14-04-2021.



restando prejudicada a análise de seus *aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa* (art. 32, IV, “a”, RICD).

O sufocamento do debate sobre tema de pública e notória natureza constitucional em qualquer parte do mundo democrático no interior do parlamento é, por si só, ato de flagrante inconstitucionalidade.

O presidente da Casa Legislativa pode muito, mas não pode tudo. Nem ele, nem as maiorias que o sustentam.

Ainda que os deputados e deputadas do grupo propositor do PL 1904/2024 e o presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Arthur Lira, entendam possuir esmagadora maioria para aprovar tal proposição legislativa é absolutamente inconstitucional a quebra das regras do jogo para fazê-lo.



PARTE 3

SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS PERVERSAS TAMBÉM PARA GRÁVIDAS DE FETOS ANENCÉFALOS COM A CRIAÇÃO DA “PRESUNÇÃO DE VIABILIDADE FETAL APÓS A 22ª. SEMANA DE GESTAÇÃO”

Ainda que tenha restado conhecido popularmente como o “PL do Estupro”, cuja chamada nas redes sociais tomou visibilidade pela hashtag “CRIANÇA NÃO É MÃE”, o projeto de lei 1904/2024 é ainda mais gravoso em relação às mulheres e meninas na medida em que modifica integralmente todo o sistema de criminalização da interrupção da gravidez a partir da criação de uma figura jurídica concernente na presunção de viabilidade da gravidez a partir da 22ª. semana de gestação.

No intuito de facilitar a compreensão acerca dos riscos provenientes da criação de uma presunção de viabilidade fetal a partir da 22ª. semana de gestação, entendemos por bem estabelecer o seguinte quadro comparativo entre o hoje existente na Codificação Penal e o que propõe o PL 1904/2024.

18

QUADRO COMPARATIVO

CÓDIGO PENAL EM VIGOR	PROJETO DE LEI 1904/2024
<i>Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento</i>	<i>Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento</i>



<p><i>Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:</i></p> <p><i>Pena - detenção, de um a três anos.</i></p>	<p><i>Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (...)</i></p> <p><i>§ 1 Quando houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas, as penas serão aplicadas conforme o delito de homicídio simples previsto no art. 121 deste Código”.</i></p> <p><i>§ 2 O juiz poderá mitigar a pena, conforme o exigirem as circunstâncias individuais de cada caso, ou poderá até mesmo deixar de aplicá-la, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.</i></p>
<p><i>Aborto provocado por terceiro</i></p> <p><i>Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:</i></p> <p><i>Pena - reclusão, de três a dez anos.</i></p>	<p><i>Aborto provocado por terceiro</i></p> <p><i>Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: (...)</i></p> <p><i>Parágrafo único. Quando houver viabilidade fetal, presumida gestações acima de 22 semanas, as penas serão aplicadas conforme o delito de homicídio simples previsto no art. 121 deste Código”.</i></p>
<p><i>Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:</i></p>	<p><i>Art.</i></p> <p><i>126.....</i></p>



<p><i>Pena - reclusão, de um a quatro anos.</i></p> <p><i>Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência</i></p>	<p>§ 1º</p> <p>§ 2º Quando houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas, as penas serão aplicadas conforme o delito de homicídio simples previsto no art. 121 deste Código.</p>
<p><i>Forma qualificada</i></p> <p><i>Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.</i></p>	<p><i>Sem correspondência.</i></p>
<p><i>Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:</i></p> <p><i>Aborto necessário</i></p> <p><i>I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;</i></p> <p><i>Aborto no caso de gravidez resultante de estupro</i></p> <p><i>II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento</i></p>	<p><i>Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (...)</i></p> <p><i>Parágrafo único. Se a gravidez resulta de estupro e houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas, não se aplicará a excludente de punibilidade prevista neste artigo.</i></p>



<i>da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.</i> <i>* Vide ADPF 54.</i>	
--	--

Grifei.

Embora o texto legislativo proposto refira-se, ao final, no artigo 128, parágrafo único, à não aplicação da “excludente de punibilidade” somente à hipótese de gravidez resultante de estupro, fato é que todo o sistema de criminalização da conduta consistente na interrupção da gravidez foi alterado conforme uma presunção de VIABILIDADE FETAL EM GESTAÇÕES ACIMA DA 22ª SEMANA. E isso tem consequências de ordem jurídica que podem, sim, atingir casos em que haja diagnóstico de anencefalia – de acordo com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54).

21

“Viabilidade fetal” é o que reconhece no Direito Penal como um conceito normativo. Ou seja, um elemento que precisa ser analisado, contextualizado, valorado pelo julgador ou pela julgadora no momento de aplicação da norma.

Sabidamente o diagnóstico de anencefalia é realizado a partir da 12ª semana de gestação. Imaginemos, contudo, a hipótese em que, pela mais completa falta de recursos, uma mulher cujo acompanhamento ao pré-natal tenha se dado de forma precária vindo ela a saber somente após a 22ª semana de gestação que está a gerar um feto anencéfalo.

Poderia ela interromper gestação com base no decidido em 2012 pelo STF nos autos da ADPF 54?

Não tenho dúvidas de responder afirmativamente que sim.



Entretanto, não tenho dúvidas também de que haverá quem sustente que o acórdão proferido pela Corte tratou de questão envolvendo possibilidades de interrupção da gravidez sob as quais não pesavam a “presunção de viabilidade fetal acima de 22 semanas” como, *ad argumentandum*, a partir da aprovação do PL 1904/2024 passará a constar nos artigos 124 e 126 do Código Penal.

À vista da cultura patriarcal brasileira que impera entre a classe médica¹⁴ não haveria fundadas razões para acreditar que estaria aberta a possibilidade de negativa de realização do aborto legal em hipóteses de anencefalia após a 22ª sob a alegação de presunção de viabilidade fetal?

Por óbvio que a “presunção” criada em lei admitirá prova em contrário. Ou seja, trata-se de uma presunção *juris tantum* ou, literalmente, “apenas de direito”, admitindo prova em contrário, vez que não é definitiva.

Por outro lado, imagine-se que toda essa complexa discussão poderá, ao fim, desembocar no Judiciário, cujo tempo nem sempre é o mesmo dos meses de uma gestação nessas condições.

A possibilidade de interrupção da gravidez em casos de anencefalia é uma questão juridicamente, não culturalmente, pacificada.

¹⁴ Consoante matéria publicada no jornal Folha de São Paulo (17/06/2024) o presidente do CFM (Conselho Federal de Medicina), José Hiran Gallo, afirmou durante sessão de debates no plenário do Senado sobre o procedimento de assistolia fetal que há limites para a “autonomia da mulher”.

“Até que ponto a prática da assistolia fetal em gestação acima de 22 semanas traz benefício e não causa malefício? Esta é a pergunta. Só causa malefício. Nesse campo, o direito à autonomia da mulher esbarra, sem dúvida, no dever constitucional imposto a todos nós de proteger a vida de qualquer um, mesmo um ser humano formado com 22 semanas”, disse.

Vide: [https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2024/06/presidente-do-cfm-diz-que-ha-limites-para-autonomia-da-mulher.shtml#:~:text=O%20presidente%20do%20CFM%20\(Conselho,a%20"autonomia%20da%20mulher"](https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2024/06/presidente-do-cfm-diz-que-ha-limites-para-autonomia-da-mulher.shtml#:~:text=O%20presidente%20do%20CFM%20(Conselho,a%20).



E o que se esconde nas entrelinhas do PL 1904/2024 alimentará a fogueira conservadora também nestes casos.



PARTE 4

SOBRE A CARÊNCIA DE CONHECIMENTO TEÓRICO PENAL (BÁSICO) QUANTO AO CARÁTER NORMATIVO DO ABORTO E SOBRE O ERRO GROSSEIRO QUANTO ÀS CHAMADAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA “PUNIBILIDADE”, CONSOANTE ACRÉSCIMO DO PARÁGRAFO ÚNICO AO ART. 128, CÓDIGO PENAL

Os dispositivos legais atinentes ao aborto localizam-se entre os artigos 124 e 128 do Código Penal, onde encontram-se tipificadas as condutas do autoaborto (art. 124), bem como o aborto realizado por terceiros com o consentimento da gestante (art. 126) sem consentimento dela (art. 125).

Acerca do suposto vácuo legal quanto à idade gestacional descrito na justificativa do PL 1904/2024, é preciso entender que a definição do que é o “abortamento” não é uma propriamente jurídica vez que para sua compreensão o direito penal precisa socorrer-se de outros saberes, notadamente os que estão no campo da medicina e bioética, e da integração destes frente a princípios constitucionais relativos aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia como gestante, bem como sua integridade física e psíquica.

Daí porque, justamente nesse sentido que se deu a interpretação constitucional da qual resultou a decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 124.306¹⁵, em que foi afastada a prisão preventiva de dois réus, denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante (artigo 126 do Código Penal).

¹⁵ STF, Primeira Turma, HC 124.306, Redator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 09/08/2016.



De acordo com o Relator, o Ministro Luís Roberto Barroso, em posição que alcançou a maioria, além de não estarem presentes no caso os requisitos que autorizavam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

Como disse o Ministro Barroso, em seu voto:

“A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir.” (...)

“A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.” (...)

“A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem



discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva.”

Por seu turno, o art. 128 do Código Penal, traz as excludentes de ilicitude, como sustenta a doutrina majoritária, consequentemente não se está diante de conduta atípica, seja no aborto terapêutico (em que a gestação apresenta riscos à mulher), seja no aborto humanitário (decorrente de estupro) ou seja no caso de aborto por anencefalia (consoante decisão da Corte Constitucional brasileira, ADPF n. 54).

Quiçá, portanto, a partir de mais uma leitura apressada e totalmente distanciada do mínimo conhecimento jurídico penal expliquem a limitação cognitiva que fez com que o grupo parlamentar propositor não compreendesse donde derivam os direitos humanos fundamentais das mulheres e meninas. E, quem sabe também, venha daí o erro grosseiro cometido na redação do parágrafo único do artigo 128 previsto na proposição, que restou assim redigido, *in verbis*:

*Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
(...)*

*Parágrafo único. Se a gravidez resulta de estupro e houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas, não se aplicará a **excludente de punibilidade prevista neste artigo.***

Ao que parece faltou ao enorme grupo de legisladores e legisladoras alguma sorte de conhecimento jurídico penal básico a ponto de distinguir o que sejam causas excludentes da ilicitude e extintivas da punibilidade. Algo que no meio jurídico não encontra outra designação senão a de se tratar de um “erro grosseiro”.



Como didaticamente explica o Professor José Henrique Pierangeli (Manual de direito penal brasileiro: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005):

"Não obstante possa parecer que se trata de exclusão de culpabilidade, pela falta de possibilidade de fazer recair um juízo de censura sobre a conduta da gestante, ou do médico, ou até mesmo de exclusão de punibilidade, a doutrina entende existir uma causa de exclusão de antijuridicidade ou ilicitude, pois a razão de ser da impunidade reside numa situação que, em alguns pontos, se assemelha ao estado de necessidade justificante. Por tais razões o nome de aborto necessário (do próprio Código) ou terapêutico é que lhe concede uma situação de necessidade (em que o perigo se apresenta para o futuro)."

Ainda que, em doutrina, possa haver alguma discussão acerca da natureza jurídica das causas de exclusão definidas na Codificação Penal para as hipóteses de abortamento, essa centra-se fortemente se aquelas estariam no campo da antijuridicidade ou culpabilidade, e não sobre a punibilidade como referido no projeto.

Em majoritária voz, a doutrina proclama que a prática do aborto nas duas circunstâncias descritas no texto legal encontra-se entre as causas excludentes da ilicitude, sendo, portanto, lícita a conduta daquele ou daquela que o pratica neste contexto. Neste sentido estão Cezar Roberto Bitencourt (Tratado de direito penal: parte especial, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003); Júlio Fabbrini Mirabete (Manual de direito penal, volume 2, 25ª ed. São Paulo: 2007, Atlas); Fernando Capez (Código penal comentado/ Fernando Capez, Stela Prado. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007); dentre outros e outras.

Somente uma interpretação gramatical poderia conduzir a um resultado diferente do que o art. 128, CP indica ao utilizar a expressão



“não se pune o aborto” para tratar das hipóteses de aborto necessário e de aborto humanitário.

Uma leitura rápida e desavisada poderia dar a entender que sob a perspectiva analítica de crime se estaria diante de um fato típico e antijurídico ao qual não seria aplicável a pena. Mas, assim não é.

Há décadas que, também didaticamente, Damásio E. De Jesus, já ensinava que neste caso a lei penal não diz “não se pune o médico” e, sim, “não se pune o aborto”. Isto é, não há crime vez que não há ilicitude. A conduta é aceita pelo ordenamento jurídico nas circunstâncias prescritas em lei.

Por suposto que não se há de exigir de um parlamentar e de uma parlamentar conhecimentos jurídicos aprofundados. Embora, o saber básico há de ser assegurado, no limite, pelo auxílio de alguma assessoria de qualidade.

Contudo, uma proposição legislativa que visa alterar substancialmente o sistema de criminalização de condutas concernentes à interrupção da gravidez, de modo a afetar mulheres e meninas vítimas de estupro e, como adiante veremos, colocar em discussão também as hipóteses de aborto legal em casos de gestações em que se verifica anencefalia, o mínimo que se espera é acuidade legislativa. O que infelizmente não é o que se depreende da leitura do projeto, pelo contrário.



PARTE 5

SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DO PL 1904/2024 FACE À DIGNIDADE HUMANA, O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, DA LIBERDADE, DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS, DO DIREITO À SAÚDE E DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO DAS MULHERES

Como venho defendendo há mais de década¹⁶, entendo que, nos marcos de um Estado (Laico) Democrático de Direito, em que está garantida a liberdade, como direito à autodeterminação, a criminalização do aborto, tal como hoje prevista no Código de 1940, sequer foi recepcionada pela Constituição de 1988.

Como já dizia eu, à luz da Constituição Federal, a manutenção do aborto como crime é juridicamente insustentável, em qualquer caso.

No julgamento da ADPF n. 54¹⁷ (caso da anencefalia), pelo Supremo Tribunal Federal, alguns Ministros e as Ministras, a começar pelo Relator, Min. Marco Aurélio, enfatizaram que ali não estavam decidindo de forma genérica sobre a *descriminalização* do aborto. De fato, nas palavras dos julgadores e das julgadoras tratava-se ali somente das situações a envolver fetos anencéfalos.

Contudo, vale sempre recordar que o Relator também disse, em seu voto, que o assunto envolvia a *dignidade humana, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais*,

¹⁶ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista**: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2012b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.



especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. Ou seja, falou de todos os direitos fundamentais das mulheres, cujo respeito é necessário para que se conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.

Observemos bem que o Ministro poderia ter dito que a discussão envolvia somente o direito à saúde. Em princípio bastaria. Mas, foi além. Falou em liberdade, em autodeterminação, em direitos reprodutivos, em direitos fundamentais das mulheres.

Sim, as mulheres têm direitos fundamentais. E um deles é o de livremente decidir sobre seu próprio corpo. Trata-se de um direito fundamental e exclusivo das mulheres. Um direito que expressa aquilo que Stuart Mill chamava de “a soberania” de cada um para decidir sobre a própria mente e o próprio corpo”.

Por outro lado, também está no voto que as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa impedem que o Estado *endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las*. E que a conciliação entre a liberdade religiosa e o Estado laico significa que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

Ou seja, não é juridicamente possível que num Estado laico uma lei tenha como conteúdo uma concepção moral e religiosa. Muito menos é possível obrigar alguém a obedecer a uma lei que parta daí.

A Constituição não diz quando começa a vida. Esta é uma construção moral/religiosa de cada um e cada uma. E, como tal, deve ser respeitada.

De outro lado, diferente de qualquer outra proibição penal, como já disse Ferrajoli, a que se refere ao aborto equivale a uma obrigação. A obrigação de tornar-se mãe, de dar à luz, de criar um filho.



O Código Penal não pode ser um repositório de condutas morais e religiosas. A legislação penal tem por fim tutelar bens jurídicos definidos nos marcos de um Estado laico. Um Estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, na seara criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático.

Uma pessoa só é livre na medida em que não lhe estejam vedadas possibilidades de escolha.

Liberdade, assim compreendida, adquire um relevo ainda maior na perspectiva feminina, pois configura direito de autodeterminação e autorrealização que consubstanciam o direito de decidir dado a cada uma, sem imposições morais ou religiosas distanciadas da realidade vivida particularmente.

A autodeterminação, especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe, é um direito fundamental e exclusivo das mulheres, que se configura em um primeiro momento como uma liberdade negativa, ou seja, uma alternativa de ação. E, indo além da liberdade negativa é de ver-se que, diferente de outras proibições penais, a criminalização do aborto equivale a uma obrigação que é de tornar-se mãe, suportar a gravidez, dar à luz, criar um filho. E que isso contrasta com todos os princípios liberais do direito penal.

A liberdade é elemento fundamental de limitação da atuação penal em relação às mulheres, posto que se define no contexto de vidas concretas, e na exata medida destas mesmas vidas em suas alternativas de escolha. Sendo este o contexto em que se deve colocar a discussão, no campo do direito penal, sobre qualquer proposta relativa ao aborto enquanto conduta penal.

A compatibilidade entre a legislação penal e a Constituição, de modo que as leis não sejam veículos para realizar desejos de imposição de condutas morais e religiosas responsáveis pela morte de milhares de mulheres negras e pobres que, sem alternativa, submetem-se a abortos clandestinos em nosso país.



A legislação penal tem por fim tutelar subsidiária e fragmentariamente bens jurídicos definidos nos marcos de um Estado laico. Um Estado que precisa observar os direitos fundamentais, em particular, na seara criminal, para justamente poder afirmar-se como democrático.



PARTE 6

SOBRE A INCONVENCIONALIDADE E A VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS DE DIREITO PENAL MÍNIMO, ESPECIALMENTE CONCERNENTES AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, AOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E ÀS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como também escrevo de longa data¹⁸, o modelo teórico minimalista se caracteriza por dez restrições ao arbítrio legislativo, ou ao erro judicial. Conforme este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que um fato (1), previsto legalmente como crime (2), tenha sido cometido, sem que seja necessária a proibição e punição (3), sem que este tenha gerado efeitos danosos a terceiros (4), caracterizado pela exterioridade e materialidade da ação criminosa (5), pela imputabilidade e culpabilidade do autor (6) e, além disso, tenha sido empiricamente comprovado (7) mediante uma acusação deduzida perante um juiz imparcial (8), em um processo público e contraditório em face da defesa (9) e através de procedimentos legalmente preestabelecidos (10).

É a presença e prevalência das citadas condicionantes que identificam o modelo de direito penal mínimo como o modelo do Estado de Direito, compreendido, assim, como um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e, particularmente, o poder penal, estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes), e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes).

¹⁸ MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista**: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.



Os modelos de direito penal máximo, caracterizados pela debilidade ou ausência de algum ou alguns dos limites acima traçados, convergem na direção de um Estado totalitário.

Logicamente, entre um direito penal mínimo, e um direito penal máximo, existe uma zona gris na qual se estruturam diversos modelos intermediários, de modo que, segundo o professor Luigi Ferrajoli, se poderá falar mais apropriadamente, no que se refere às instituições e aos ordenamentos concretos, de uma tendência ao direito penal mínimo ou de uma tendência ao direito penal máximo. Tendências estas que, nos ordenamentos dos modernos Estados de Direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, convivem entre si.

A primeira tendência caracteriza os níveis normativos superiores, e a segunda tendência os níveis normativos inferiores. O que dá lugar, com sua separação, a uma ineficiência tendencial dos primeiros e a uma ilegitimidade tendencial dos segundos. Isso explica o contraste entre os princípios garantistas previstos de maneira mais ou menos rigorosa no Texto Constitucional, e as práticas judiciais e policiais que admitem de fato figuras de responsabilidade penal consentânea com as garantias citadas.

34

Voltando aos extremos, o modelo de direito penal máximo é incondicionado e ilimitado, sendo caracterizado, para além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas. Trata-se de um sistema de poder não controlável racionalmente, em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.

O direito penal mínimo, por outro lado, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades cidadãs frente ao poder punitivo, mas a um ideal de racionalidade e de certeza. Segundo Ferrajoli¹⁹:

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 102.



“Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexó profundo entre garantismo e racionalismo. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do favor rei, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou e atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do in dubio pro reo, a absolvição e, caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia in bonam partem, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica. Em todos estes casos teremos certamente discricionariedade, mas se trata de uma discricionariedade dirigida não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros.

O garantismo toma como única justificativa do direito penal a sua função de lei do mais fraco, em contraposição à lei do mais forte, que vigora na sua ausência. De modo que, o monopólio do poder estatal do poder punitivo é tanto mais justificado quanto mais baixos forem os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva.²⁰

Ferrajoli define o direito penal como uma técnica de definição, de individualização e de repressão da desviação. Técnica esta que se

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 312.



manifesta através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aos suspeitos de sê-lo, ou, ainda, aos condenados enquanto tais. As restrições são três, e correspondem, em igual número, aos momentos da técnica punitiva, ou seja, ao delito, ao processo e à pena (2006, p. 195).

O primeiro momento, do delito, consiste na definição ou proibição dos comportamentos legalmente classificados como desviantes e, assim, a uma limitação da liberdade de ação de todas as pessoas. O segundo momento, do processo, é o momento da sujeição coercitiva ao juízo penal de todos os suspeitos de haver violado as proibições penais. E o terceiro momento, o da punição, dos julgados culpados. Em síntese, trata-se de saber quando e como proibir, quando e como julgar, e quando e como punir.

Incontestavelmente a mulher é o “mais fraco”, no momento em que é parte ofendida, ré ou condenada. De outra banda, se os direitos fundamentais adquirem o papel de limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Ainda sob uma perspectiva de um direito penal adequado é importante lembrar que, como ensinava o saudoso professor Luiz Flávio Gomes (que, por sinal, também exerceu a função parlamentar):

“O princípio da proporcionalidade, que obriga em primeiro lugar o legislador, exige a concretização de um juízo de adequada ponderação entre o bem ou interesse que se lesa ou se coloca em perigo (gravidade do delito) e o bem que se restringe ou que se priva por meio da pena. De modo que a medida da proporcionalidade, num Estado democrático não pode levar a cabo tal avaliação em prejuízo da realidade social a gravidade das penas, em consequência deve se ajustar à nocividade social das condutas incriminadas.”²¹

²¹ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. Volume 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



A pena proposta no PL 1904 para o aborto após a 22^a. semana de gestação (06 a 20 anos), ultrapassará a sanção prevista para o próprio estuprador, atualmente fixada abstratamente em até 10 anos, em flagrante desproporcionalidade entre as condutas. O que, contudo, em uma leitura apressada e autoritária (como acima explicado) pode conduzir ao simplório raciocínio de que o problema estaria resolvido com o aumento da privação de liberdade ao crime do art. 213, CP para patamares idênticos ou maiores que os propostos para o aborto.

Uma solução como esta constituiria mais uma teratologia jurídica.

Proporcionalidade, em sentido principiológico fundamental, não se resume uma equação matemática. Pelo contrário, demanda, mais uma vez um exercício interpretativo que se dá à luz, por suposto, do Texto Constitucional, bem como dos documentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e, também, das decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Constituição brasileira traz em si um conjunto completo de princípios de igualdade e liberdade e de direitos à saúde, à vida privada e à autodeterminação que garantem não somente o arquivamento do PL 1904/2024, como a própria descriminalização da conduta. O que, portanto, não coloca qualquer penalização já prevista ou *de lege ferenda* ao crime de aborto como parâmetro interpretativo para fins de proporcionalidade com qualquer outra conduta.

No campo dos tratados e convenções internacionais, como esclarece a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), nos termos da Recomendação n. 19 (1992), a violência é a expressão máxima da discriminação contra as mulheres. Entendendo-se por violência contra as mulheres todo e *“qualquer ato de violência de gênero que resulte ou possa resultar em danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais para as mulheres, inclusive ameaças de tais atos, coação ou privação arbitrária de liberdade, seja em vida pública ou privada”*.



A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher também preconiza a obrigação dos Estados Parte de eliminar a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, garantindo-lhe igualdade de acesso aos serviços de saúde, incluindo aqueles relacionados à saúde reprodutiva (CEDAW, art. 12). E também diz que toda mulher tem direito ao respeito à sua integridade física, mental e moral (CEDAW, art. 4, “b”).

Constitui obrigação dos Estados-membros adotar as medidas adequadas para modificar ou abolir leis e regulamentos que respaldem a tolerância da violência contra a mulher (CEDAW, art. 7, “e”). E o que o PL 1904/2024, faz é justamente o contrário: ele potencializa a violência misógina contra mulheres e meninas.

Especialmente quanto aos direitos das meninas, de acordo com o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas, no Comentário Geral n. 0433, há previsão de que os Estados-Partes devem adotar medidas para diminuir a mortalidade materna das meninas e adolescentes, decorrente, em particular, de casos de gravidez precoce e de práticas de abortamento inseguro (item 31).

O Comitê também recomenda que os Estados Partes elaborem e executem programas que proporcionem acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo o aborto seguro, quando este não for proibido por lei (item 31, a).

De sua parte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem reiterado que as restrições aos direitos reprodutivos das mulheres devem ser interpretadas de maneira a respeitar sua dignidade, autonomia e saúde, conforme previsto na Convenção Americana.

Neste sentido, *mutatis mutandis*, no Caso Manuela vs. El Salvador (2021), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entendeu como desproporcional a pena de 30 anos aplicada à ré pelo crime de infanticídio visto que o Estado salvadorenho não considerou o período puerperal da agente, o que contraria a Convenção Americana de Direitos Humanos.



Também neste caso, a Corte IDH assentou o entendimento de que uma pena desproporcional pode se configurar como pena cruel. Assim como determinou à El Salvador que retificasse a privação de liberdade prevista nesses casos e que, enquanto isso não ocorresse, caberia ao poder judiciário realizar o devido controle de convencionalidade não aplicando leis deste teor.

De outro lado, ainda no campo dos documentos internacionais, é importante destacar que o Brasil também firmou Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991, mediante o qual se depreende com clareza que o PL 1904/2024 busca institucionalizar a tortura contra mulheres e meninas.

A propósito, como muito bem já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Venezuela Ávila vs. Guatemala que:

“a violação do direito à integridade física e mental das pessoas tem conotações de vários graus e abrange desde a tortura até outros tipos de abuso ou tratamento cruel, desumano ou degradante, cujas consequências físicas e psicológicas variam de intensidade conforme a fatores endógenos e exógenos da pessoa (duração do tratamento, idade, sexo, saúde, contexto, vulnerabilidade, entre outros) que devem ser analisados em cada situação específica. Em outras palavras, as características pessoais de uma suposta vítima de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante devem ser levadas em consideração ao determinar se a integridade pessoal foi violada, pois tais características podem alterar a percepção do indivíduo sobre a realidade e, portanto, aumentar o sofrimento e o sentimento de humilhação quando são submetidos a certos tratamentos.”²²

²² Corte IDH. **Caso Venezuela Ávila vs. Guatemala**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 11-10-2019.



Nesta toada, a Observação Geral n. 36 sobre o artigo 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, relativo ao direito à vida (2017), diz que os Estados devem adotar medidas destinadas a regulamentar a interrupção da gestação, que não resultem em violação ao direito à vida das mulheres, assim como não consubstancie em tratamento desumano, degradante e cruel, de modo que as restrições jurídicas que limitem o aborto não podem colocar a vida das mulheres em risco, tampouco as expor a dores ou sofrimento físicos ou psíquicos, violadores do previsto no artigo 7º do Pacto.

Por fim, é muito importante ressaltar que a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece que a imposição de restrições legais ao aborto não diminui a sua incidência, pelo contrário, corroboram para o incremento dos riscos associados aos procedimentos clandestinos e inseguros, colocando em perigo a vida e a saúde das mulheres e meninas.



EM CONCLUSÃO,

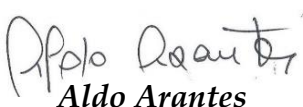
À vista de todas as considerações acima é inegável que o PL 19/04/2024 afronta a garantia do devido processo legislativo e do direito das minorias; gera consequências perversas também para grávidas de fetos anencéfalos com a criação da “presunção de viabilidade fetal após a 22ª. semana de gestação”; demonstra carência de conhecimento teórico penal básico quanto ao caráter normativo do aborto, incorrendo em erro grosseiro quanto às chamadas causas de exclusão da “punibilidade”, consoante acréscimo do parágrafo único ao art. 128, Código Penal; é inconstitucional face à dignidade humana, o princípio da igualdade, da liberdade, dos direitos sexuais e reprodutivos, do direito à saúde e do direito à autodeterminação das mulheres; e é inconvenção, posto que violador dos preceitos de direito penal mínimo, especialmente concernentes ao princípio da proporcionalidade, aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Recomendamos, pois, o arquivamento do Projeto de Lei n. 1904/2024.

41

Brasília, 28 de junho de 2024


Soraia da Rosa Mendes
Parecerista


Aldo Arantes
Coordenador Nacional da ADJC