



## INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

**Indicação nº 35/2024**

**Indicante: Márcia Dinis**

**Projeto de Lei nº 1904/2024**

**Autor: Deputado Federal Sóstenes Cavalcante (PL-RJ)**

**Relatores: Leonardo Isaac Yarochevsky e Vera Regina Pereira de Andrade**

### PARECER

Parecer conjunto das Comissões de Direito Penal e Criminologia sobre a Projeto de Lei (PL) nº 1904/2024 do Deputado Federal Sóstenes Cavalcante (PL-RJ) que “**acresce 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**”.

#### 1- Ementa:

PROJETO DE LEI Nº 1904/24 QUE “ACRESCE 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”. EQUIPARAÇÃO DAS PENAS PREVISTAS PARA OS CRIMES DE ABORTO (PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU CONSENTIMENTO E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO) REALIZADOS APÓS 22 SEMANAS DE GESTAÇÃO À PENA PREVISTA PARA O HOMICÍDIO SIMPLES (ART. 121, *CAPUT*, DO CP). NÃO APLICAÇÃO DA EXCLUDENTE DO ART. 128 DO CP SE A GRAVIDEZ RESULTA DE ESTUPRO E HOVER VIABILIDADE FETAL, PRESUMIDA EM GESTAÇÕES ACIMA DE 22 SEMANAS. PL INCOMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NOTADAMENTE EM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, INCISO III DA CONSTITUIÇÃO) E DA PROPORCIONALIDADE DAS PENAS. **PARECER PELA REJEIÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 1904/2024.**



## 2- Do Projeto:

O Projeto de Lei nº 1904/24 “acresce 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”, propondo as seguintes alterações:

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 lhe 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.”** (grifo nosso).

### 3- Justificativa do autor do Projeto:

Dentre as justificativas para o PL, o Deputado Sóstenes Cavalcante (PL-RJ) afirma que:

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.

O Código Penal estabelece no seu artigo 128 que "não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante". Não é difícil perceber que, quando o Código Penal foi promulgado, **se o legislador não colocou limites gestacionais ao aborto, não foi porque teria querido estender a prática até o nono mês da gestação.** (grifo nosso).

Ainda segundo a justificativa do autor do PL nº 1904/2024,

o Código pune o aborto até mesmo quando é praticado com o consentimento da própria gestante e, neste caso, não haveria sentido em se falar de delito contra a vida da gestante. É evidente, portanto, que a vida contra a qual o Código afirma que é cometido o crime de aborto é a vida do nascituro, e não a da gestante. Daí 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. (grifo nosso).

Para o autor do Projeto em análise, ***“Se o nascituro é uma pessoa, como foi reconhecido pelo legislador, jamais o legislador admitiria que houvesse um direito de matar uma pessoa inocente para resolver um problema de segunda pessoa, por mais grave que fosse, causado por uma terceira pessoa”*** (grifo nosso).

Argumenta, ainda, o Deputado, que

para conceder às mulheres o direito de interromperem a gestação, independentemente da idade gestacional, e qualquer que seja o peso do nascituro, foi preciso subverter os princípios básicos do Estado de Direito, os mesmos que deram origem à Independência Americana e à democracia moderna. Deste modo, supondo que cheguemos ao término deste processo, quando as mulheres tiverem conquistado este direito, já teremos iniciado outro novo processo que irá se estender para muito além da questão do aborto.

A exigência político-criminal para um projeto de tal magnitude punitiva, seria uma justificativa insofismável de sua necessidade; quanto mais não seja pela gravíssima crise de legitimidade que atravessa o sistema penal brasileiro<sup>1</sup>, notadamente a pena de prisão, vertida em hiperencarceramento cruel, desumano e infamante, autêntica pena de morte indireta, por isto declarada “estado de coisas inconstitucional” pelo STF no julgamento da ADPF 347. Quanto mais não seja pela humanista necessidade de “redução” da pena de prisão, em contexto de retrocesso político e punitivista, em que princípios de um Direito Penal mínimo assumem toda a sua potencialidade de guardiões da dignidade humana e da democracia ameaçadas. Simplesmente, não há mais vagas, nem legitimidade nas prisões.

---

<sup>1</sup> A situação atual é de crise do sistema, uma vez que tanto é incapaz de cumprir suas funções legitimadoras declaradas de proteção de bens jurídicos e defesa social, quanto cumpre outras funções latentes e inversas às declaradas: constrói seletivamente a criminalidade, expressando e reproduzindo as desigualdades sociais e a impunidade das elites ; viola incontáveis direitos humanos, inclusive o direito à vida, produzindo sofrimentos desnecessários, danos e mortes; não resolve conflitos, pois não dá atenção às vítimas; dentre outros fatores; cf. ANDRADE, Vera Pereira Regina. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Seqüência**, Florianópolis, Vol. 27, Nº. 52, 2006, p. 170-172.



Consequentemente, e agora, nas palavras das relatoras Valéria Sant'Anna e Rita Cortez, em parecer exarado no âmbito da Comissão dos Direitos da Mulher do IAB, “que demanda estaria a justificar projeto de norma que consiste em apenar a vítima, a partir de definição de um prazo, com pena equivalente ao dobro daquela prevista para seu algoz?”

A resposta para uma tal teratologia só poderia ser igualmente teratológica e se esgota em dois esforços do legislador. O primeiro esforço é centrado no conceito (ontológico) de vida, para sustentar o argumento de que o feto equivale à pessoa, de que é uma vida equivalente a vida de uma pessoa, argumento escavado nas entranhas do jusnaturalismo, em oposição ao conhecimento científico acumulado e às próprias argumentações do STF. O segundo argumento é centrado no conceito de tempo, para argumentar que o legislador quis dizer (quando expressamente não o disse), que a temporalidade para um aborto não homicida é até 22 semanas, marco da viabilidade fetal.

A justificativa resulta de um esforço sistêmico, autorreferente, completamente alheio a qualquer incursão na realidade social das mulheres cuja criminalização agrava ou das prisões a que as destina, ou das possíveis funções a cumprir com a pena. O projeto simplesmente silencia sobre qualquer fundamentação político-criminal.

A justificativa vem de um mundo alheio à sociedade para a qual legisla, habitado unicamente pelo fundamentalismo moral e religioso compartilhado pelas elites político-partidárias que têm o poder seletivo da criminalização primária e a instrumentalizam para seus próprios interesses: eis a fonte da abjeta proposta.

Esta fonte é nominada, é uma aliança do PL, notadamente da bancada evangélica, com outros líderes partidários e a presidência da Câmara dos Deputados, ao ponto de acordado ter sido o expediente da tramitação de “urgência” e da votação “simbólica”,



abortando-se o debate nas respectivas Câmaras temáticas. Este método privatista que solapa a representação política também pode ser nominado: golpe legislativo.

Em definitivo, lembrando ao legislador, a presente proposta é que configura, como se argumentará, autêntica subversão dos princípios do Estado de Direito e não a prática abortiva de mulheres, notadamente quando crianças, em situação de sofrimento extremo decorrente de violência sexual, muitas vezes, familiar.

#### **4- Contextualização no IAB:**

Embora o IAB já tenha se posicionado a favor da descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação, através de substancioso parecer da lavra de Kátia Rubinstein Tavares, membra das Comissões de Direito Penal e Criminologia, emitido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) perante o Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal, necessário destacar que as matérias - apesar de umbilicalmente interligadas, (daí a intersecção dos argumentos favoráveis à descriminalização com os aqui sustentados) - são distintas, posto que o PL em análise trata, em sentido inverso à descriminalização do aborto, à equiparação das suas penas às penas do homicídio simples, conforme descrito.

A ADPF 442 fundamenta-se na seguinte argumentação: a vigente criminalização do aborto não tem bases de sustentação, porque viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da não discriminação, da inviolabilidade, da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art.3º, inciso IV; art.5º, caput e incisos I, III; art.6º, caput; art. 196, ; art. 226, § 7º).<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>. TAVARES, Kátia.Parecer da Comissão de Direito Penal do IAB. 25 de julho de 2018



Quando do início do julgamento da ADPF 442, em 22 de setembro de 2023, a então presidente do STF, ministra Rosa Weber, sua Relatora, votou pela descriminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto), nas primeiras 12 semanas de gestação. A ministra considerou que os artigos 124 e 126 do Código Penal não estão de acordo com a atual Constituição da República.

Segundo a ex-presidente do STF, é desproporcional atribuir pena de detenção de um a três anos para a gestante, caso provoque o aborto por conta própria ou autorize alguém a fazê-lo, e também para a pessoa que ajudar ou realizar o procedimento. A ministra observou que o debate jurídico sobre aborto é *“sensível e de extrema delicadeza”*, pois suscita *“convicções de ordem moral, ética, religiosa e jurídica”*. Ainda de acordo com a Ministra, a criminalização do aborto voluntário, com sanção penal à mulher e ao profissional a medicina, *“versa questão de direitos, do direito à vida e sua correlação com o direito à saúde e os direitos das mulheres”*.

Embora, conforme dito, não seja o momento para se discutir a descriminalização do aborto, é preciso reafirmar que, ademais da inconstitucionalidade, a criminalização do aborto, notadamente quando decorrente de estupro, provoca impactos extremamente negativos na vida das mulheres, principalmente das mais vulneráveis (crianças, adolescentes, negras, indígenas, pobres, nordestinas). São elas expostas a riscos clínicos — inclusive de morte —, à marginalização e à estigmatização que, conforme destacado em respeitáveis pesquisas, tem *“empurrado a mulher para fora dos serviços de saúde”* (Fiocruz), onde elas poderiam e deveriam receber atendimento adequado<sup>3</sup>. Ademais, elas enfrentam sucessivas humilhações e sofrimentos psicológicos (revitimizações) por meio dos diversos filtros (polícia, ministério público, justiça, prisão), sempre seletivos, do sistema penal (assim como da clandestinidade), visto que atravessados, regularmente, por marcadores classistas, raciais, etários, regionais e locais, entre outros.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Cf. <https://www.conjur.com.br/2024-mar-19/descriminalizar-o-aborto-e-salvar-vidas/>.

<sup>4</sup> . ANDRADE, Vera. **Pelas mãos da Criminologia**: o sistema penal para além da desilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.



Em outras palavras, o aparato punitivo estatal sempre atua sob o viés da seletividade de forma a acentuar a discriminação que pesa sobre determinados grupos. Nesse diapasão, desde a segunda metade do século XX, “a criminologia enfrenta questões que demandam uma perspectiva de gênero e inclui a mulher no discurso criminológico ao denunciar a inadequação do sistema carcerário às necessidades femininas e a violência do poder punitivo público e privado sobre as mulheres”<sup>5</sup>. Assim, quando o Direito Penal se insere no âmbito dos direitos das mulheres acaba por revitimizá-las, razão pela qual não deve ser usado para tutelar questões de gênero.

Importante ressaltar que no Brasil mais de 87% das vítimas de estupro e de estupro de vulnerável são meninas e mulheres. E mais de 60% das vítimas têm até 13 anos (Anuário de Segurança Pública, 2022). No ano de 2023, segundo dados do SUS, 12 mil meninas de 8 a 14 anos estiveram grávidas, ou seja, foram vítimas do chamado estupro de vulnerável.

A médica Maria de Fátima Marinho, do Ministério da Saúde, reafirmou a origem socioeconômica das mulheres que morrem em decorrência de aborto: “**são negras, jovens, solteiras**”. Qualquer semelhança com as encarceradas não é mera coincidência. Já o médico José Gomes Temporão avaliou que, negar o aborto a uma mulher que dele necessita não é usar critérios médicos, mas, sim, “exercer um juízo estritamente moral”<sup>6</sup>.

A criminalização e a repressão não apenas não evitam o abortamento, como produzem problemas de extrema gravidade para as mulheres, revelando-se totalmente inadequadas, impróprias e desnecessárias. Não é demais martelar que o direito penal e a pena criminal – em razão do princípio da intervenção mínima e de seu caráter fragmentário e subsidiário – somente deve ser utilizado como um “remédio sancionador

---

<sup>5</sup> DINIS, Marcia. Mulheres de Atenas em Tempos Sombrios: impactos do discurso punitivista nas demandas por criminalização em setores do movimento feminista. In: PEDRINHA, Roberta Duboc; DORNELLES, João Ricardo W.; e GRAZIANO SOBRINHO; Sérgio Francisco Carlos (Org.). **Política Criminal em Tempos Sombrios**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, pp. 441-452.

<sup>6</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-19/descriminalizar-o-aborto-e-salvar-vidas/>.





extremo”, como *ultima ratio*, e quando não há outras formas menos danosas para proteção do bem jurídico.

## 5- O projeto de Lei

No que diz respeito ao Projeto objeto de análise deste parecer, percebe-se nitidamente que equipara a pena do aborto - tanto na hipótese do “aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento” (art. 124 do CP) quanto nas hipóteses do “aborto provocado por terceiro” (arts. 125 e 126 do CP) – a pena cominada ao homicídio simples (art. 121 “caput” do CP) **“quando houver viabilidade fetal, presumida gestações acima de 22 semanas”**.

A interrupção voluntária da gravidez (aborto) é crime de acordo com o Código Penal Brasileiro (CP) com penas que podem variar de detenção, de 1 a 3 anos (aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento) até reclusão, de 3 a 10 anos (aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante).

Contudo, segundo a Lei Penal (artigo 128 do CP) não se pune o aborto praticado por médico: I- se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário) e, II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (aborto sentimental).

Em abril de 2012, ao julgar a ADPF nº 54 — proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde — o STF declarou inconstitucional a interpretação dada aos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal para considerar crime a antecipação do parto em casos de fetos anencéfalos.

Entendeu-se, entre outros fundamentos, que no caso dos anencéfalos não há bem jurídico a ser tutelado nessas hipóteses, já que, nesses casos, o feto não tem potencialidade de vida. Devendo em tais situações ser preservado o direito a saúde física



e psicológica da mulher, principalmente diante da ausência de outro direito fundamental a ser ponderado, posto que o feto anencéfalo terá no máximo sobrevivência vegetativa.

De acordo com o PL 1904/2024, em todos os casos (arts. 124, 125 e 126 do Código Penal) que **“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”**.

O PL, ainda, determina a **não aplicação da excludente prevista no art. 128, II do CP** (aborto praticado por médico) **se a gravidez resulta de estupro e houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas**.

Caso seja aprovado, em definitivo, o referido Projeto - a Câmara aprovou, na quarta-feira (12/6), a sua urgência - meninas e mulheres serão obrigadas a gestar filhos dos esturpadores.

Como bem observou o Ministro dos Direitos Humanos e da Cidadania, Silvio Almeida, o Projeto de Lei **“é uma imoralidade, uma inversão dos valores civilizatórios mais básicos”**. Trata-se de um incomensurável retrocesso e de volta a barbárie.

Assim, enquanto a tendência contemporânea, por força de diversas lutas (feministas e de mulheres, abolicionistas, restaurativas e de vítimas) é a descriminalização do aborto - já descriminalizado em vários países e em debate no Brasil (o que não implica necessariamente, como muitos imaginam, em ser favorável à sua prática) - somos compulsados a discutir o abominável Projeto de Lei 1904/24 de autoria do deputado Sóstenes Cavalcante (PL-RJ) que, como já referido, equipara a pena do aborto de gestação acima de 22 semanas a do homicídio simples (reclusão de 6 a 20 anos).



Se a criminalização originária do aborto pelo Código Penal de 1940 já violava centralmente a dignidade da pessoa humana, conforme acertadamente se argumentou na supracitada ADPF 442, no voto da ministra Rosa Weber e no parecer da colega Kátia Tavares, é indubitável que a abjeta equiparação e aumento de pena a viola com redobrada razão.

#### **6- Violação da Dignidade da Pessoa Humana (Humanidade):**

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido no art. 1º, III, da Constituição de 1988.

O princípio da humanidade trata-se de um verdadeiro coroamento dos demais princípios fundamentais e constitucionais. A Constituição da República ao instituir um Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III da CR), bem como a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, inc. II da CR) e ao mesmo tempo vedar a cominação de *pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e penas cruéis* (art. 5º, inc. XLVII da CR) está consagrando o princípio da humanidade.

O valor da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, no dizer de Flávia Piovesan,

impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 349.



Além da carga de fundamentação e legitimação, a dignidade humana é, no dizer de Helena Regina Lobo da Costa, *“norma jurídica, sendo essencial ressaltar que ela não se restringe a uma declaração ou postulado filosófico possuindo força normativa concreta”*. Mais adiante, assevera a autora, que *“o postulado normativo da dignidade humana opera como metanorma, indicando como devem ser interpretadas e aplicadas outras normas. O principal âmbito de aplicação da dignidade como postulado normativo são os direitos fundamentais, não se excluindo, todavia, as demais normas constitucionais e infraconstitucionais”*.<sup>8</sup>

Como princípio aplicável ao direito penal, a dignidade humana, segundo a pesquisadora e professora Helena Regina Lobo da Costa,

determina, diretamente, a adoção de certos comportamentos, tais como a absoluta proibição da tortura pelo sistema penal, além de constituir princípios de maior concretude, que intermedeiam sua aplicação. Entre eles, os de maior importância para o direito penal são o princípio da culpabilidade e da humanidade das penas.<sup>9</sup>

Em artigo publicado no número especial de lançamento da Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) Juarez Tavares afirma que:

Como a premissa da proteção à dignidade é a de que a ordem jurídica não pode tomar o cidadão como simples meio, mas como fim, emerge a consideração de que, por isso, são inconstitucionais as leis que impliquem maior sofrimento, miséria, marginalização ou desigualdades, o que passa a constituir um absoluto impedimento à restauração da pena de morte, ou a assumir nas penas privativas de liberdade exclusiva pretensão de prevenção geral ou especial, inobstante o comprovado insucesso de sua execução.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.34 e 38.

<sup>9</sup> Idem, op. cit. p. 62.

<sup>10</sup> TAVARES, Juarez. Critério de seleção de crimes e cominação de penas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Número especial de lançamento. São Paulo, Revista dos Tribunais. Dezembro de 1992. (p.75-87)



Com a aprovação do PL, meninas e mulheres vítimas de estupro terão duas opções: manter a gravidez e viverem com a lembrança constante da violência em suas vidas, ou interromperem e serem punidas com pena maior que seus agressores. Em ambas as situações, são revitimizadas e impostas a condição degradante. A sanção prevista acentua o caráter infamante da pena, que busca simplesmente punir a dignidade da própria vítima de estupro, e não promove qualquer tipo de reparação, ou prevenção.

De igual forma, a hipótese de correrem risco de vida e serem obrigadas a manter a gestação, sob pena de prisão de até vinte anos, evidencia que a vida dessas mulheres e meninas não importa, não são dignas e podem ser descartadas.

Assim, não resta a menor dúvida de que o abjeto Projeto é inconstitucional posto que fere a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da Constituição), pois, além de ser discriminatório, implica em maior sofrimento das mulheres.

### **7- Violação ao Princípio da Proporcionalidade das Penas:**

Cesare Beccaria, em sua pequena grande obra “Dos Delitos e das Penas”<sup>11</sup> (escrito em 1763 e publicado em 1764) referia-se à limitação do poder punitivo do Estado e a necessidade de humanizar as penas. Beccaria, já no século XVIII, sustentava a necessidade de haver uma proporção entre os delitos e as penas<sup>12</sup>. Deste modo, o

---

<sup>11</sup> BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>12</sup> “Não só é interesse comum que não sejam cometidos delitos, mas também que eles sejam tanto mais raros quanto maior o mal que causam à sociedade. Portanto, devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que estes são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as penas.” (Beccaria, ob. cit. p. 50). Ao concluir sua obra, Beccaria afirma que “a grandeza das penas deve ser relativa ao estado da nação mesma. Mais fortes e sensíveis devem ser as impressões sobre os espíritos endurecidos de um povo apenas emergido do estado selvagem. É preciso o raio para abater um leão feroz que não se abala com o disparo do fuzil. Mas à medida que os espíritos se abrandam nos estados de sociedade, cresce a sensibilidade e, com ela, deve decrescer a força da pena, se houver que se manter constante a relação entre o objeto e a sensação. De quando se viu até agora pode tirar-se um teorema geral muito útil, mas pouco conforme ao uso, esse legislador ordinário das nações, a saber: para que cada



castigo (a pena) deveria, sempre, guardar uma proporcionalidade com o mal (dano) causado pelo delito.

A **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão** de 1789 determina que *“A lei não deve estabelecer mais do que penas estritamente e evidentemente necessárias”* (art. 8º).

Paulo Queiroz<sup>13</sup>, entre outros autores, refere-se ao princípio da proporcionalidade sobre três aspectos: 1º) proporcionalidade abstrata (ou legislativa); 2º) proporcionalidade concreta ou judicial (ou individualização) e o 3º) proporcionalidade executória.

Em relação à proporcionalidade abstrata<sup>14</sup>, é necessário destacar que o legislador não está livre, ou melhor, desvinculado dos princípios limitadores do poder de punir, bem como dos princípios constitucionais e garantistas, para ao seu bel prazer estabelecer a pena que lhe convier. Quando da cominação da pena o legislador deve verificar e ponderar a relação entre a gravidade da ofensa ao bem jurídico e a pena que deverá ser imposta ao infrator.

O princípio da proporcionalidade é composto por três dimensões fundamentais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação exige que qualquer medida tomada seja apropriada para alcançar o objetivo pretendido, garantindo que a ação contribua efetivamente para a finalidade desejada. A necessidade, por sua vez, determina que entre todas as medidas possíveis, seja escolhida a menos restritiva ou prejudicial, evitando excessos. A proporcionalidade em

---

pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, mínima possível nas circunstâncias dadas proporcional aos delitos e ditadas pela lei.” (Beccaria, ob. cit. p. 138-139).

<sup>13</sup> QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

<sup>14</sup> Para Hassemer os limites do marco penal determinados legalmente nada têm a ver com o princípio da proporcionalidade. Estes limites, segundo ele, são contrários ao conceito de ressocialização. Não se dão em interesse do condenado, mas em interesse da comunidade. “Es en el marco penal y, especialmente em los limites mínimos de ese marco, donde se puede ver el valor que el legislador penal concede al bien jurídico.” (HASSEMER, Winfried. Fundamentos del derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Bosch, 1984, p. 361).



sentido estrito implica um equilíbrio entre os benefícios da medida e os danos que ela pode causar, assegurando que os efeitos positivos superem os negativos.

Ainda que se argumente que a proposta atende ao objetivo pretendido de proteger a vida do nascituro – o que depende da discussão do início da vida –, deixa de satisfazer as outras duas dimensões da proporcionalidade, uma vez que, ao criminalizar meninas e mulheres com penas extremamente altas e superiores aos dos agressores, configura medida excessiva, com maiores danos, do que benefícios.

Portanto, ao equiparar, como já dito, a pena do aborto legal e ilegal, após 22 semanas de gestação, a do homicídio, o PL em comento, acarreta mais uma inconstitucionalidade, afrontando o princípio da proporcionalidade das penas.

#### **8- Violações aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos:**

O artigo 7º da Convenção de Belém do Pará determina uma série de deveres aos Estados Partes, entre os quais destacam-se:

- e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

O artigo 8º, “f”, ainda, determina que cabe ao Estado adotar medidas específicas, inclusive programas destinados a “proporcionar à mulher sujeita a violência acesso a programas eficazes de recuperação e treinamento que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social”.



O Projeto sob comento, ao contrário de garantir reparação e formas de integração social às vítimas de violência sexual, as retiram da sociedade, com imposição de pena privativa de liberdade de até vinte anos nos casos de interrupção da gravidez.

Conforme a Opinião Consultiva nº 06 da Corte IDH, somente é possível restringir direitos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos desde que por meio de lei geral que respeite à proporcionalidade e não viole as finalidades da democracia e do sistema regional de proteção<sup>15</sup>. O PL, ao atribuir a prática de aborto penas equiparáveis às de homicídio simples não é proporcional. Especialmente nos casos de violência sexual, como explicitado acima, a desproporção é nitidamente visível quando a vítima pode receber penalidade mais grave que o agressor e, portanto, contrário às normas internacionais.

No âmbito do sistema global, o Comitê dos Direitos da Criança da ONU inclusive recomenda que os Estados Partes propiciem o acesso ao aborto seguro às meninas, quando não for proibido por lei<sup>16</sup>.

Para além de um controle de inconstitucionalidade, é necessário o controle de convencionalidade das normas, razão pela qual o Projeto não deve ser aprovado.

### **9- Vedação ao Retrocesso:**

Ademais, a aprovação do Projeto de Lei em análise representaria violação frontal ao princípio da vedação ao retrocesso social, que limita a reversibilidade dos direitos sociais já adquiridos. Nas palavras de Canotilho<sup>17</sup>:

(...) os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um

<sup>15</sup> Cf. <https://doi.org/10.5380/rinc.v9i1.85017>.

<sup>16</sup> Cf. Comentário Geral nº 04, item 31. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4959/5.pdf>.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338/340





determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas **o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (...).**

**O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.**

Na prática, significa impor, como limite à liberdade do legislador, o núcleo essencial de direitos já garantidos, “sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”<sup>18</sup>. Segundo leciona Sarlet<sup>19</sup>:

Em linhas gerais, o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.

No Brasil, tal princípio foi incorporado como implícito à Constituição da República de 1988 e, segundo a doutrina, resulta que “se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos

---

<sup>18</sup> Idem, p. 340.

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl.; 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 445.



fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”<sup>20</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu sua vigência em diversas oportunidades, sendo referência o julgamento do ARE 639.337<sup>21</sup>, em 2011, cuja ementa consignou que “o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado”.

Desde então, a jurisprudência vem sendo confirmada no sentido de ser vedado o retrocesso social, conforme precedentes que julgaram, a título de exemplo: a inconstitucionalidade de Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social que deixou de contemplar indicadores para acompanhamento de feminicídios e mortes causadas por agentes da segurança pública<sup>22</sup>; a constitucionalidade de Emenda Constitucional que vedou o trabalho a menores de dezesseis anos<sup>23</sup>; a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros<sup>24</sup>; entre outros.

Segundo o entendimento da Corte, o Princípio é acolhido no constitucionalismo contemporâneo como marco impeditivo de recuo a momentos anteriores às conquistas

---

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista Interesse Público. n. 19, v. 5, p. 51-80, 2003.

<sup>21</sup> STF, ARE 639337 AgR, Relator Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23.08.2011, DJe-177, Divulg. 14.09.2011, Public. 15.09.2011

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> STF, ADI 2096, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 13.10.2020

<sup>24</sup> STF, RE 646721, Relator o Ministro Marco Aurélio, Redator p/ Acórdão o Ministro Roberto barroso, Tribunal Pleno, Dje 11.9.2017



civilizatórias, em especial aquelas que respeitem os direitos humanos, ao impedir que o núcleo de direitos sociais já realizados sejam aniquilados, diminuídos ou dificultados por medidas estatais que recuem nos avanços humanitários<sup>25</sup>.

Dessa forma, se o princípio da proibição do retrocesso social se traduz no dever do legislador de “ampliar, progressivamente o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui”<sup>26</sup>, o Projeto de Lei em análise representa violação frontal de tal princípio.

Em especial o artigo 128 do Código Penal, ao prever que não serão punidos o aborto necessário e o aborto em caso de gravidez resultante de estupro, constitui verdadeira norma de garantia ao direito das mulheres à vida e à dignidade humana, que inexoravelmente se traduz na autonomia e liberdade de dar fim a gestações que possam lhe causar risco de morte ou que resultem de violência cometida contra sua dignidade sexual. Punir com pena de homicídio abortos realizados nas referidas condições significaria, inegavelmente, aniquilar direitos fundamentais conquistados pelas mulheres e realizados por meio da legislação infraconstitucional.

#### **10- Conclusão:**

Por tudo e diante do exposto, o parecer é pela rejeição integral das alterações propostas ao Código Penal (arts. 124, 125, 126 e 128) que equipara a pena dos crimes de aborto realizados após 22 semanas de gestação – com ou sem consentimento da gestante – a do homicídio, bem como a não aplicação da excludente prevista no art. 128, II do CP (aborto praticado por médico) se a gravidez resulta de estupro e houver viabilidade fetal, presumida em gestações acima de 22 semanas.

---

<sup>25</sup> STF, ADI 7013, Relatora Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 03.07.2023, DJe s/n, Divulg. 04.09.2023, Public. 05.09.2023.

<sup>26</sup> DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 202.



**IAB** INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS  
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843

Recomenda-se, por oportuno, seja o presente parecer encaminhado ao Presidente da Câmara dos Deputados, ao Presidente do Senado Federal e a todos os parlamentares que integram ambas as Casas legislativas, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e ao Presidente da República.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2024.

Leonardo Isaac Yarochevsky

Membro das Comissões de Direito Penal e de Criminologia

Vera Regina Pereira de Andrade

Membra da Comissão de Criminologia