

A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI 1.904/24

THE UNCONSTITUTIONALITY OF BILL 1,904/24

Francesco Vianna Colacino¹



Universidade Candido Mendes, UCAM, Brasília/DF
francescovianna.adv@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.13273044>

Resumo: O presente artigo tem como problemática a realização de uma análise acerca dos aspectos de constitucionalidade do Projeto de Lei 1.904/24, que pretende criminalizar o aborto realizado em decorrência da prática de estupro, após vinte e duas semanas de gestação. Para tanto, objetiva compreender a (in)constitucionalidade do referido projeto, através de uma análise sobre os axiomas constitucionais e os possíveis impactos do projeto na realidade brasileira. Sendo utilizada a metodologia descritiva para apresentar todos os aspectos relativos aos princípios constitucionais abordados, através do uso aprofundado doutrina constitucionalista, permitindo uma análise dogmática relativa ao projeto legislativo.

Palavras-chave: aborto; direito constitucional; ciências sociais aplicadas; direito penal; inovação legislativa.

Abstract: The problem of this article is to carry out an analysis of the constitutionality aspects of Bill 1,904/24, which intends to criminalize abortion carried out as a result of rape, after twenty-two weeks of pregnancy. To do so, objectively understand the (un)constitutionality of the aforementioned project, through an analysis of the constitutional principles and the possible impacts of the project on the Brazilian reality. A descriptive methodology was used to present all aspects relating to the constitutional principles involved, through the in-depth use of constitutionalist literature, allowing a dogmatic analysis regarding the legislative project.

Keywords: abortion; constitutional right; applied social sciences; criminal law; legislative innovation.

1. Introdução

A prática do aborto, no Brasil, é excepcionada em três hipóteses, dispostas no art. 128 do Código Penal (CP). A primeira hipótese, chamada pelo legislador de "aborto necessário", é aquela em que não há outro meio de resguardar a vida da gestante. A segunda, chamada pela doutrina de "aborto sentimental" (Cunha, 2023, p. 130), possibilita a interrupção da vida intrauterina em casos de estupro. A última hipótese, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, trata da possibilidade de aborto em caso de anencefalia do feto, sendo a vitalidade considerada inviável pela ciência contemporânea. Em 17 de maio de 2024, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) 1.904/24, de autoria de deputados conhecidamente conservadores, como Paulo Bilynskyj (PL-SP), Carla Zambelli (PL-SP), Coronel Fernanda (PL-MT), Eduardo Bolsonaro (PL-SP) e Nikolas Ferreira (PL-MG), objetivando modificar radicalmente a política de aborto no País.

O projeto define que, em caso de aborto, em qualquer uma de suas modalidades, presumida a viabilidade fetal em gestações acima de 22 semanas, dever-se-á aplicar as penas previstas no delito de homicídio simples, previstas no caput do art. 121 do CP.

O PL ainda prevê a inaplicabilidade da excludente de punibilidade prevista no art. 128, inciso II, do CP (leia-se: aborto no caso de

gravidez resultante de estupro), no caso de viabilidade fetal presumida em gestações superiores a 22 semanas. Portanto, eventual aborto realizado por médico seria punido nos termos do art. 126 do CP.

Dentre as justificativas apresentadas no presente PL, o principal argumento residiria na ausência de previsibilidade do legislador do CP de 1940 acerca da facilitação do procedimento abortivo, uma vez que "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" (Brasil, 2024, p. 4).

Embora a discussão apresentada pela grande mídia seja relativa ao mérito do projeto, é necessário analisar sua constitucionalidade, observando a axiologia exposta pela Carta Magna.

2. Dos critérios de análise da constitucionalidade

A constitucionalidade de uma norma tende à análise de sua conformidade com a axiologia da Constituição. O controle de constitucionalidade, por sua vez, está ligado à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e proteção dos direitos fundamentais (Moraes, 2024, p. 769).

Em síntese, existem dois critérios de análise para observar a conformidade de uma norma jurídica com a Constituição

¹ Especialista em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes – Centro; Especialista em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Bacharel em Direito Pela Universidade Candido Mendes – Ipanema. Membro da Comissão de Crimes Digitais da OAB/RJ; Membro da Comissão de Prerrogativas da OAB/RJ; Advogado. Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3832538530206415>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-3710-2291>. Instagram: https://www.instagram.com/francescovianna_adv/.

da República, denominadas inconstitucionalidade formal, ou nomodinâmica, e inconstitucionalidade material, ou nomoestática (Novelino, 2022, p. 196).

Acerca da inconstitucionalidade formal, o vício reside na formação do ato normativo, sem observar necessariamente seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei. A inconstitucionalidade material, por sua vez, tem relação com vícios de conteúdo, o aspecto substantivo do ato. Considerar-se-á materialmente inconstitucional uma norma que conflite com as regras ou princípios estabelecidos na Constituição (Mendes; Branco, 2024, p. 606-607).

3. Da análise do Projeto de Lei 1.904/2024

Com relação aos aspectos formais, não há qualquer óbice ao rito legislativo adotado, tendo em vista que a competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal (art. 22, I, CRBF) foi respeitada, assim como a competência legislativa dos próprios integrantes da Câmara dos Deputados (art. 24, CRBF).

Com relação aos aspectos materiais, existe uma nítida dificuldade axiológica em valorar todos os institutos de forma conjunta, tendo em vista se tratar de alterações em quatro arts. do CP (arts. 124, 125, 126 e 128), tornando necessária uma análise segregada.

A primeira alteração reside no art. 124 do CP, em que é tipificado o delito de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento: "Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque." Com a aprovação do projeto, o referido art. passará a ter um §1º, com a seguinte redação: "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" (Brasil, 1940).

O mesmo parágrafo seria replicado no art. 125 do CP, que prevê o aborto praticado sem o consentimento da gestante ("provocar aborto, sem o consentimento da gestante"), assim como no art. 126 do CP, em que é previsto o aborto realizado por terceiro sem o consentimento da gestante ("provocar o aborto com o consentimento da gestante") (Brasil, 1940).

A última alteração se daria no art. 128, que atualmente prevê a seguinte redação:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
 Aborto necessário
 I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
 Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
 II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (Brasil, 1940).

De acordo com o projeto, o referido artigo ganharia um parágrafo único, com a seguinte redação: "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" (Brasil, 2024).

Uma vez compreendidas as mudanças propostas, deve-se analisar a constitucionalidade material a partir de duas frentes. A primeira delas é relativa ao enfrentamento da aplicação das penas do delito de homicídio para o caso de abortos realizados após 22 semanas, com a segunda sendo a inaplicabilidade da excludente de ilicitude ao médico que realiza o aborto em gestações superiores a 22 semanas em caso de estupro.

Com relação à aplicação das penas do crime de homicídio em caso de abortos realizados após 22 semanas, no caso dos arts. 124, 125 e 126 do CP, residem três conflitos axiológicos com a Constituição da República de 1988, sendo estes: o princípio da proporcionalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proibição do retrocesso.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, deve-se ponderar a gravidade do crime praticado com a sanção a ser aplicada, tendo como um de seus destinatários o próprio Poder Legislativo (Bitencourt, 2020, p. 76). Tendo em vista que restariam as penas do art.121 do CP ao aborto cometido após 22 semanas, observa-se

que a pena máxima aplicada (de 20 anos) seria superior a pena máxima dos delitos de estupro (10 anos) e do estupro de vulnerável (15 anos), existindo um abismo entre o grau de reprovabilidade penal entre os crimes mencionados.

O aborto trata da interrupção da gravidez, enquanto o estupro é a realização coativa de um ato sexual sobre o corpo de outrem, cometido por meio de violência física e moral (Gilaberte, 2020, p. 15). Ter uma pena de tamanha envergadura (leia-se: vinte anos) culminada ao delito de aborto não guarda nenhuma proporcionalidade com as demais penas do CP, tendo em vista que o estupro guarda metade da pena proposta ao aborto pelo projeto (dez anos), mesmo sendo um crime mais reprovável.

Em termos similares, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 979.962, reconheceu a inconstitucionalidade das penas de 10 a 15 anos, cominadas ao delito de importação de medicamentos sem registro, art. 273 do CP, pelo legislador. Em comparação com as demais penas dispostas no ordenamento jurídico, a proporcionalidade se demonstrou desrespeitada, sendo o preceito secundário declarado inconstitucional.

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, disposta no art. 1º, III, CRBF, observa-se que o projeto obrigaria a mulher vítima de estupro à gestação e ao parto, caso superasse o prazo estipulado (Brasil, 1988). Acerca do tema, Hungria (1942, p. 273) dispõe que

[...] nada justifica que se obriga a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida.

Reforçam a tese da violação à dignidade da pessoa humana os dados de 2023 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023, p. 205), uma vez que aponta como principais vítimas de crimes sexuais os menores de idade: "a maioria das vítimas de estupro no Brasil não é mulher, é menina". De acordo com os dados estatísticos, 61,4% das vítimas de estupro têm até 13 anos de idade, sendo a residência o local mais perigoso, onde 72,2% dos casos ocorrem (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 206).

O princípio da proibição do retrocesso determina que é vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos (Ramos, 2024, p. 59). Tendo em vista que a permissibilidade do aborto, principalmente nos casos de uma gravidez resultante de violência sexual, possibilita da realização da manobra abortiva é uma proteção conferida no âmbito dos direitos humanos, sendo inviável seu retrocesso.

No Brasil, conforme ensina Ramos (2024), a proibição do retrocesso está disposta nos seguintes dispositivos constitucionais: 1) Estado democrático de Direito (art. 1º, *caput*); 2) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º); 4) proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, *caput*, e ainda art. 5º, XXXVI — a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada); e 5) cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV (vide item 2.4 da Parte III).

Com relação à inaplicabilidade da excludente de ilicitude do aborto humanitário, realizado por médico em gestações superiores a 22 semanas, o projeto também se encontra em desconformidade com os valores dispostos na Carta Magna.

Inicialmente, a doutrina sempre discutiu a natureza jurídica da excludente disposta no inciso II do art. 128 do CP. Embora exista o entendimento majoritário da doutrina apontando uma causa de exclusão da ilicitude, Greco (2024, p. 116) aponta o legislador teria cuidado de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa:

Entendemos, com a devida vênia das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.

Tal modalidade abortiva não pode ser realizada de forma livre, necessitando preencher determinados requisitos, sendo estes: a) gravidez resultante de estupro; b) prévio consentimento da gestante ou, sendo incapaz, de seu representante legal. A prova tanto da ocorrência do estupro quanto do consentimento da gestante deve ser cabal (**Bitencourt**, 2024, p. 137).

É importante recordar que, no âmbito do Direito Internacional, em caso de ataques contra a população civil, a manutenção forçada de uma gravidez é considerada crime contra a humanidade, nos termos do art. 7º, 1, alínea g, do Estatuto de Roma (**Japiassú**, 2020, p. 154). Conforme exposto anteriormente, o disposto no presente projeto, relativo à inaplicabilidade da excludente de ilicitude ao médico que realiza o aborto humanitário em uma vítima com gestação superior a 22 semanas, é nítida a ofensa ao princípio da proporcionalidade, ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da proibição do retrocesso.

4. Conclusão

Muito embora os autores do PL 1.904/2024 tenham tentado fundamentar seu intento sob o argumento de que o legislador do CP de 1940 não teria ciência da facilidade na execução das manobras abortivas, tal afirmação não se demonstra versável.

Ao analisar a parte histórica do delito de aborto, em edição publicada no ano de 1942, **Hungria** (1942, p. 233-234), um dos revisores do anteprojeto que deu origem ao referido CP, faz o seguinte apontamento:

A prática do aborto é de todos os tempos, mas nem sempre foi objeto de incriminação: ficava, de regra, impune, quando não

acarretasse dano à saúde ou morte da gestante. [...] Em Roma, não cuidavam do aborto as XII tábuas e as leis da República. Considerava-se o produto da concepção como parte do corpo da gestante, e não como um ser autônomo. Ensinava a escola estoica que *partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum*, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia do que dispor de seu próprio corpo, no exercício de irrecusável *ius in se ipsa*. Tornou-se o aborto, por isso mesmo, comuníssimo.

Com relação à constitucionalidade dos dispositivos propostos pelos Deputados Federais, em seus aspectos formais e materiais, a análise se mostrou de grande complexidade.

Com relação aos aspectos formais, não houve, até então, óbice ao rito legislativo adotado, nem vício de competência, sendo respeitados o art. 22, inciso I, e o art. 24, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com relação aos aspectos materiais, encontramos antagonismos entre o disposto no referido projeto e os valores constitucionalmente protegidos.

Em síntese, a valoração do delito de aborto, realizado após 22 semanas, como se homicídio fosse, viola os princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso.

No que tange à impossibilidade de aplicação da excludente de ilicitude ao aborto humanitário, resultante de um estupro, tal análise não pode concluir algo diverso à inconstitucionalidade, pelos mesmos fundamentos já elencados.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: somente o pesquisador que cumpre o requisito de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:**

o autor garante que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

MAZLOUM, N. Justiça consensual: o suicídio do direito de defesa transformado em virtude. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 32, n. 382, p. 32-34, 2024. <https://doi.org/10.5281/zenodo.12709883>. Disponível em: <https://>

publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1240. Acesso em: 1 set. 2024.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial*. v. 2. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. Rio de Janeiro, Saraiva, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 jul. 2024.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 maio 2024.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: FBSP, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2024.

GILABERTE, Bruno. *Crimes contra a dignidade sexual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. v. 2. Rio de Janeiro: GEN, 2024.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 5. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal Internacional*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: GEN, 2024.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2024.

Recebido em: 15 06 2024. Aprovado em: 03 07 2024. Última versão do autor: 16 07 2024.