



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

WOMEN ON WAVES: O ABORTO EM ALTO MAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Débora Nascimento Silva Frazão

Rio de Janeiro
2017

DÉBORA NASCIMENTO SILVA FRAZÃO

WOMEN ON WAVES: O ABORTO EM ALTO MAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

WOMEN ON WAVES: O ABORTO EM ALTO MAR E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Débora Nascimento Silva Frazão

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós Graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o aborto se apresenta como um dos principais temas discutidos na sociedade brasileira. Com o passar dos anos, ocorreu sua descriminalização em alguns países, mas o legislativo brasileiro somente prevê a atipicidade da conduta em casos específicos e demonstra-se resistente para aumentar tais hipóteses. Surge então uma ONG holandesa com o objetivo de realizar abortos em alto mar sem consequências para a gestante. A essência do trabalho é abordar a realização do aborto pela ONG diante da ausência de criminalização, verificar que é uma alternativa legal e demonstrar como o judiciário, legitimamente, busca adequar o tipo penal à realidade brasileira.

Palavras-chaves – Direito Penal. Territorialidade. Aborto. Legalização.

Sumário – Introdução. 1. A lacuna legislativa do crime de aborto em alto mar em âmbito nacional e internacional. 2. evolução do crime de aborto, o surgimento da ONG *Womens on Waves* como alternativa ou burla. 3. O contraponto entre o legislativo e o judiciário na busca de adequar o ordenamento jurídico à realidade brasileira. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a abordar o tema do aborto do alto-mar em um contraponto entre a alternativa para uma interrupção segura da gestação e uma possível burla à legislação penal brasileira. A análise não se restringe somente à questão legislativa, mas busca esclarecer a evolução no ordenamento e na jurisprudência brasileira de uma futura e possível legalização.

O crime de aborto tem sua criminalização cada vez mais discutida não só no Brasil mas em todo o mundo. Enquanto para alguns trata-se de um problema de saúde pública, para outros, mais religiosos, seria um homicídio, o que é confirmado pela lei brasileira ao considerá-lo crime doloso contra a vida de competência do Tribunal do Júri.

Diante dos atuais e recorrentes questionamentos sobre o corpo da mulher, as consequências do aborto clandestino e as situações nas quais o aborto é a única alternativa, entrou em no cenário global uma ONG, *Women on Waves*, criada em 1999 destinada a realizar abortos em alto-mar. A razão de ser da instituição é permitir que sejam interrompidas gestações de forma segura e sem qualquer penalidade.

No território brasileiro, não há qualquer dúvida quanto à criminalização da conduta e a busca frequente do legislativo em impedir qualquer alteração na lei. Em sentido contrário, o judiciário, aliado a hipóteses legais que tornam atuação da mulher legítima, empenha-se em mitigar a rigorosidade legal e apontar situações em que a ação abortiva não é penalizada.

Dessa forma, o tema do aborto é ao mesmo tempo antigo e atual, ou seja, ainda que perdure durante anos, não foi objeto de solução no Brasil, o que o torna objeto de frequente e recorrente polêmica.

Para melhor explanação do tema, busca-se discutir a criminalização do aborto com um viés despenalizador. Em outras palavras, demonstrar como que uma ONG pode realizar uma conduta considerada crime, com pessoas nacionais, sem qualquer consequência e como essa postura é somente um dos desdobramentos presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho, em seu primeiro capítulo, aborda os critérios para a incidência da legislação penal brasileira em seu território ou fora dele e o que permite a não penalização do aborto em alto-mar pela jurisdição brasileira e pelo Tribunal Penal Internacional.

Em seguida, no segundo capítulo, aponta quais os motivos que justificam a criação de uma ONG com o objetivo de realizar abortos em alto-mar com mulheres que vivem em países nos quais a conduta é criminalizada e se isso seria uma burla a lei ou uma alternativa ao aborto clandestino.

No terceiro capítulo, em um contexto brasileiro, analisa as recentes declarações de membros do Congresso sobre a impossibilitar de discutir o aborto, o Projeto de Lei 882/2015 e como a jurisprudência brasileira busca adequar essa conduta feminina com a realidade social brasileira.

A pesquisa terá seu desenvolvimento com base no mérito hipotético-dedutivo, tendo em vista que a pesquisadora objetiva eleger premissas a serem comprovadas ou rejeitadas de forma argumentativa ao longo do trabalho científico.

Desse modo, a abordagem desse artigo será qualitativa, tendo em vista a utilização de bibliografia penal, processualista penal e excepcionalmente internacional, incluída além da doutrina, a jurisprudência e a legislação, para defender sua tese.

1. A LACUNA LEGISLATIVA DO CRIME DE ABORTO EM ALTO-MAR EM ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL

A Lei Penal tem a sua aplicação delimitada tanto pelo tempo quanto pelo espaço, sendo esse também chamado de âmbito espacial da lei penal, que como expõe Luiz Regis Prado¹, diz respeito ao “conjunto de normas de Direito interno referente aos limites de aplicação da lei penal no espaço.”

Acrescido às normas positivas, há princípios que gerem o poder punitivo estatal no território, como princípio da territorialidade, princípio real, de defesa ou da proteção dos interesses, princípio da nacionalidade ou da personalidade, princípio da universalidade ou da justiça mundial e princípio da representação, bandeira ou pavilhão.

A lei brasileira tem aplicação no território nacional, conforme o art. 5º do Código Penal², consagrando o princípio da territorialidade. De acordo com essa norma, independe a nacionalidade do agente, do ofendido e do bem jurídico, sendo suficiente para a aplicação da lei brasileira que delito ocorra dentro do território nacional.

Nesse sentido, faz-se necessário apontar o que seria território para então entender a sua limitação. O território, ao lado da soberania e do povo, é um dos elementos que formam o Estado, que em sentido amplo pode ser conceituado, nas palavras de Hans Kelsen³; “A unidade do território de Estado e, portanto, a unidade territorial do Estado, é uma unidade jurídica, não geográfica ou territorial. Porque o território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamado Estado.”

Em outras palavras, o território é a esfera territorial, em sentido estrito abrange o solo, subsolo, plataforma continental, águas interiores, mar territorial e espaço aéreo, de validade da legislação penal, o que possibilita enquadrar o fato ao preceito primário e penalizar conforme determina o preceito secundário.

A própria legislação, em consonância com o conceito de Hans Kelsen, apontou a abrangência da aplicação da norma e confirmou que a delimitação não é geográfica, mas sim

¹PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 166.

²BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2017.

³KELSEN, Hans, *Teoria Geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 300.

jurídica. O artigo 5º, parágrafo primeiro, do Código Penal, trouxe o que Mirabete chamou de território por extensão ou por ficção⁴, que dispõe sobre as embarcações e as aeronaves brasileiras.

Em seguida, a legislação punitiva trata especificamente sobre o caso das embarcações estrangeiras. Conforme o dispositivo, o poder punitivo do Estado brasileiro estende-se as embarcações estrangeiras privadas em porto ou mar territorial brasileiro. O mar territorial é formado pela extensão da faixa ao longo da costa, o leito e o subsolo. A extensão dessa faixa não deve ultrapassar doze mil milhas marítima, medidas conforme o art. 3º da referida Convenção.

Em consonância e complementariedade à legislação pátria, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (Convenção de Montego Bay – 1982), que foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 1.530/1995⁵. Tal legislação trata de forma exaustiva sobre o mar territorial e também alto-mar, de grande relevância para o estudo.

Harmônico com o disposto na Constituição, alto mar é conceituado por eliminação, de forma residual. Diz-se então que alto mar é o que não está incluída na zona econômica exclusiva, arguas interiores e no mar territorial de um determinado Estado. Em se tratando de uma embarcação privada em alto-mar, a norma será a da bandeira embarcação, pelo território por ficção.

Os crimes praticados em navios estrangeiros sofrem diferentes incidências, que variam de acordo com a natureza do navio e do local do crime. Os navios públicos entendidos de um modo genérico a serviço de um Estado estrangeiro serão regidos pela legislação de seu país, enquanto os navios privados sofrem as penalidades brasileiras caso estejam dentro do mar territorial.

No Código Penal, em seu art. 7º, traz o chamado princípio da extraterritorialidade, que permite a aplicação da lei brasileira, ainda que no estrangeiro. Pelo princípio da defesa ou da personalidade passiva, como determina Rogério Greco⁶, é possível a aplicação da legislação pátria desde que haja concurso de qualquer condição prevista no dispositivo. Todavia, o crime de aborto não se enquadra em nenhuma das hipóteses estipuladas pelo incisos do art. 7º do Código.

Desse modo, uma embarcação estrangeira em alto-mar, não se sujeita a legislação penal brasileira, ainda que haja a prática de fato tipificado como crime. No caso da ONG, *Women on*

⁴MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte geral*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014 p. 58

⁵BRASIL. *Decreto nº 1530*, de 22 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1530.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁶GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Niteroi: Impetus, 2015, p. 181.

Waves, e diante das normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro, não é possível aplicar a sanção penal prevista no art. 124 do Código Penal, por estar fora do âmbito espacial da lei penal.

Além das normas pátrias dos Estados e diante da grande globalização e interação entre países, criou-se o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil é signatário, incorporado ao direito Brasileiro pelo Decreto 4.388⁷.

Trata-se de um órgão independente ligado à Organização das Nações Unidas que diante de um caso concreto, aplica o Direito Penal Internacional, conceituado de acordo com Alicia Gil Gil⁸, como “disposições emanadas da comunidade internacional, cuja missão é a proteção dos bens jurídicos mais importantes – entre os que constituem bens vitais da ordem internacional –, diante das formas mais graves de agressão”.

Um crime para ser julgado perante o Tribunal Penal Internacional deve, primeiramente, não estar no âmbito espacial da lei penal de outro país, porque essa sempre se sobrepõe a jurisdição do Tribunal Internacional. A razão disso é o princípio da subsidiariedade, consagrado no artigo 17 do Decreto 4.388 de 2002⁹.

Além dessa barreira, o crime deve ser incriminado pelo referido Decreto. Atualmente, somente são considerados delitos internacionais os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, os crimes de agressão e o genocídio. Tais delitos são crimes graves que afetam a comunidade internacional.

Ainda que no Brasil o crime de aborto seja criminalizado e visto como uma atrocidade por muitos, em um cenário mundial não pode ser considerado um crime que afete a comunidade internacional, até porque há países que já descriminalizaram tal conduta. Um exemplo é a Holanda, bandeira ou pavilhão do navio em que a ONG atua.

⁷BRASIL. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 30 mar. 2017.

⁸Gil, apud. PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 167

⁹BRASIL. op. cit., nota 07.

2. EVOLUÇÃO DO CRIME DE ABORTO E O SURGIMENTO DA ONG *WOMEN ON WAVES* COMO ALTERNATIVA OU BURLA

A questão do aborto é controvertida e engloba diferentes campos de conhecimento como direito, medicina, religião, ética, filosofia. As primeiras notícias sobre a prática abortiva datam do século XXVIII antes de Cristo e as considerações e opiniões sobre o tema eram de cunho eminentemente moral. Os primeiros povos não previam o aborto como crime, inclusive apontavam a conduta como medida de controle para o crescimento populacional.

Em um segundo momento, com o Código de Hamurabi¹⁰, um dos diplomas jurídicos mais antigos, a prática do aborto tinha consequências, que variavam desde indenizações até a morte. O aborto provocado em escravas gerava tão somente reflexo patrimonial, enquanto em uma mulher livre, a reparação do dano era maior, sendo um dos possíveis desdobramentos a morte da filha do provocador. Nessa época, vigorava a auto tutela, a conhecida metáfora, olho por olho, dente por dente.

Os renomados Aristóteles e Platão¹¹ apontavam o aborto como medida eficaz para conter o avanço populacional, aquele sugeria a prática antes que o feto tivesse sentidos e vida. Contudo, o filósofo não aponta o momento exato, assunto esse que é discutido e problemático até hoje. Sócrates, no mesmo sentido, permitia o aborto pela simples escolha em interromper a gravidez, como uma liberalidade da mulher.

A mudança de visão sobre a conduta ocorreu com o surgimento do cristianismo. De acordo com esse entendimento religioso, o homem é detentor de uma alma, imortal. Dentro dessa doutrina surgiu uma divergência, que tem reflexo até os dias atuais, principalmente no âmbito civil.

Uma primeira corrente afirmava que o surgimento da alma somente ocorria com o nascimento, a completa separação com o corpo materno, hoje denominada pelos civilistas de teoria natalista. Em sentido contrário, a segunda que determinava a concepção como determinante, chamada de teoria concepcionalista. A conclusão foi no sentido que o embrião merece proteção desde a concepção, pois desde esse momento ele já teria alma.

¹⁰ O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas, em torno do século XVIII antes de Cristo, na Mesopotâmia pelo rei Hamurabi.

¹¹ MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e o Direito Penal*. 3. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores, 1996, p. 14

No final do século XIX e início do século XX, os movimentos feministas surgiram com mais força, apontando a autonomia da mulher sobre seu corpo como um direito fundamental, o que iria de contraponto ao aborto. Na década de 30, países como Suécia e a Dinamarca editaram leis sobre o tema¹², ainda que com algumas restrições. Ainda que de forma limitada, surgiram assim, as primeiras legislações com o viés descriminalizador da prática abortiva, que com o tempo ensejaram verdadeiras legalizações.

Na legislação brasileira, assim como em âmbito mundial, a criminalização do aborto foi gradativa, até a consolidação como consta hoje nos artigos 124 a 128 do Código Penal¹³. O Código Criminal do Império de 1830¹⁴, em seu artigo 199, não criminalizava o auto aborto, praticado pela própria gestante, mas somente a conduta praticada por terceiro, independente do consentimento desta.

Além do aborto consentido e sofrido, o Código Imperial também criminalizava no art. 200, o fornecimento de meios abortivos, independente da utilização e consequente resultado. Diante desse cenário, Cezar Roberto Bitencourt¹⁵ apontou que seria “uma espécie, digamos, de criminalização, de atos preparatórios”.

Posteriormente, o Código Penal da República de 1890¹⁶ incluiu no rol de crimes o auto aborto, com consequências distintas no caso de expulsão do feto e morte. Nesse diploma legal, já surgiu a primeira exceção, qual seja, o aborto para salvar a vida da gestante. Diante do contexto histórico da época, o diploma legal trazia uma atenuante na hipótese de ocultação de desonra própria.

Hoje, o ordenamento pátrio, criminaliza todas as formas de interrupção da gravidez, seja ela consentida, auto executada ou sofrida. A própria lei penal¹⁷ prevê exceções, que contudo, não são suficientes para impedir o crescente número de abortos clandestinos no país e suas consequências mórbidas.

Diante desse cenário, não só no Brasil, mas na maioria dos países que ainda criminalizam a conduta, foi criada a ONG holandesa *Woman on Waves*. A organização foi

¹²DE BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo. *Em defesa da vida humana*. 15. ed. São Paulo: Loyola, 1999, p. 17.

¹³BRASIL. op. cit., nota 02.

¹⁴Id. *Código Criminal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 07 set. 2017.

¹⁵BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*. v. 2. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162.

¹⁶BRASIL. *Decreto nº 847*, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

¹⁷Id. op. cit., nota 02.

fundada em 1999 pela médica Rebecca Gomperts¹⁸, que teve como inspiração o modelo e atuação do Greenpeace¹⁹.

O objetivo inicial da ONG era permitir um aborto seguro para mulheres em países onde a interrupção é vetada sem nenhuma consequência jurídica. A bandeira do navio voluntário é holandesa, país no qual o pratica não é crime, consequentemente uma vez feito em alto mar, é regido pela Lei de sua bandeira. Todavia, atualmente, o propósito não é somente esse. Organismo busca também conscientizar a população sobre as consequências negativas da prática insegura e incentivar um debate para alguma mudança futura.

O contraponto entre a lei incriminadora e a alternativa legal permite uma discussão sobre a natureza desses abortos praticados em solo holandês. A retirada de uma nacional de solo brasileiro para um navio em alto mar com essa única finalidade poderia ser vista como uma forma de burlar a legislação brasileira e até mesmo a soberania nacional, mas não deve ser essa a interpretação correta.

A própria fundadora do *Women on Waves* em entrevista concedida a um site norte americano em 2015, defendeu, corretamente, que seria uma possibilidade legal. Segundo ela²⁰, a lei não é uma linguagem estática, de modo que é propensa a interpretações. O que é ilegal gera uma enorme auto censura, o que causa medo de se aproximar das exceções ou das possibilidade dentro da lei. Nesse sentido, busca-se redefinir o que essa prática realmente é e o que significa.

De um modo lícito, a ONG permite que mulheres, por diversos motivos, tenham acesso a um meio seguro de interromper a gravidez. A discussão da criminalização não diz respeito exclusivamente se o feto é uma pessoa, se é uma afronta a vontade divina, mas deve ser vista como uma maneira de evitar o aborto clandestino.

A prática fora dos padrões de higiene, saúde e com finalidade lucrativa traz consequências severas para a saúde da mulher, como redução da produtividade, infertilidade, problemas de saúde e até mesmo a morte. Mas, além da repercussão na esfera individual, também tem efeitos coletivos, como o vultuoso custo para a saúde pública, no Brasil, Sistema Único de Saúde.

¹⁸Rebecca Gomperts é uma médica holandesa fundadora da ONG *Women on Waves*.

¹⁹O Greenpeace é uma organização não governamental, sem fins lucrativos, em defesa do meio ambiente.

²⁰Notícia fornecida por Rebecca Gomperts em entrevista concedida à revista Salon em Janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.salon.com/2015/01/06/the_political_landscape_is_not_ready_meet_the_woman_leading_a_d_i_y_a_bortion_revolution/>. Acesso em: 09 set. 2017.

Sendo assim, a organização não visa uma burla, mas uma alternativa para que haja uma democracia e uma dignidade para mulheres que desejam abortar sem ter que condicionar sua própria vida. Como ressalta Rulian Emmerick²¹ em sua obra; “o fenômeno do aborto clandestino seja considerado um paradoxo dentro do paradigma dos direitos humanos e da democracia”.

3. O CONTRAPONTO ENTRE O LEGISLATIVO E O JUDICIÁRIO NA BUSCA DE ADEQUAR O ORDENAMENTO JURÍDICO À REALIDADE BRASILEIRA

Ao longo da evolução legislativo brasileira, foram criadas exceções à criminalização do aborto, hoje, previstas no art. 128 do Código Penal²². O diploma legal afasta a ilicitude do crime no que classificou de aborto necessário e o que a doutrina denominou aborto humanitário, ambos quando praticados por médico.

A primeira exceção, também chamada de aborto terapêutico, visa preservar a vida da gestante diante do iminente perigo de vida no caso de gravidez e constitui um legítimo estado de necessidade. Diante de risco imediato de vida, Cezar Roberto Bitencourt²³ afirma que tal conduta independe da concordância da gestante e pode ser praticada, inclusive, contra a sua vontade. Nesse caso, há um claro confronto entre o maior bem, o da vida, de modo que preserva-se a da gestante.

A segunda hipótese é o que se convencionou chamar de aborto humanitário, ético ou sentimental. A interrupção da gravidez é autorizada quando essa é consequência de crime de estupro e depende do consentimento da gestante, não há o chamado estado de necessidade, sendo o consentimento da gestante um requisito. Rogério Sanches²⁴ aponta que seria possível, a depender do caso, uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, qual seja a inexigibilidade de conduta diversa.

²¹EMMERICK, Rulian. *Aborto, (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 37.

²²BRASIL. op. cit., nota 02.

²³BITENCOURT, op. cit., p. 172.

²⁴CUNHA, Rogério Sanches, *Manual de Direito Penal*. v.2. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 112.

Entretanto, não é pacífico na doutrina a legalidade do aborto sentimental. Para Rogério Greco²⁵, há um confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante, de modo que não é razoável optar por esta. Ainda que se trate de um renomado autor, com diversas obras, seu posicionamento é minoritário e isolado. O principal fundamento do autor é a concepção da vida por Deus, o que não é suficiente no Brasil pela laicidade do país prevista no art. 19, I, da Constituição Federal²⁶.

O ordenamento jurídico permite a gestante não conviver com as consequências de um crime do qual foi vítima. A Constituição Federal²⁷, em seu art. 5º, XLVII, b, veda a pena de caráter perpétuo, por uma aplicação extensiva, sujeitar a mulher a criar um filho fruto de violência sexual seria penaliza-la permanentemente, por um crime do qual não foi sujeito ativo. Acrescido a isso, ainda possibilita que ela seja autora de outros crimes, sendo o bebê vítima, como por exemplo, abandono de incapaz, previsto no art. 133, do Código Penal²⁸.

Na tentativa de atualizar o Código Penal, o qual é datado de 1940, à realidade brasileira, há dois projetos de Lei no Congresso Nacional, um no sentido de permitir o aborto, mas não de forma irrestrita outro que prevê uma outra exceção à criminalização. O primeiro, de autoria do Deputado Jean Wyllys²⁹, além de prevê um apoio no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, permite a interrupção voluntária da gravidez até a 12 semana de gestação.

Se o essa PL fosse aprovada, o que se mostra inviável diante da forte banca religiosa no Congresso, o aborto no Brasil teria seu tratamento adequado, como um caso de saúde pública, sendo submetido ao Sistema Único de Saúde e ampla informação. De forma prudente, o projeto permite ainda a negativa por partes do médicas, desde que seja feita de forma fundamentada, o que garante tanto o direito da gestante quanto do médico, por sua crença e religião.

O Código Penal, em sua parte geral, foi reformado principalmente pela Lei nº 7209³⁰. Contudo, sua parte especial é objeto de um Anteprojeto de Reforma, Projeto de Lei do Senado nº 236³¹, que está em tramite no Congresso desde 2012 e tem uma redação com nova norma

²⁵ GRECO, Rogério. *Curso e Direito Penal*. v. 2. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 146.

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 set. 2017

²⁷ Ibid.

²⁸ Id., op. cit., nota 02.

²⁹ Id. *Projeto de Lei nº 882/2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158> Acesso em: 21 set. 2017.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 7.209*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm> Acesso em 21 set. 2017.

³¹ Id. *Projeto de Lei nº 236/2012*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/n>

permissiva, a tornar legal o aborto praticado diante da fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais³².

Diante dessa possível mudança, o aborto eugênico, conceituado por Cleber Masson³³ em sua obra como “casos em que a criança nascerá com graves deformidades físicas ou psíquicas”, seria permitido. Em uma cenário atual, os casos de fetos diagnosticados com microcefalia, doença decorrente do contágio pelo vírus da zika seriam considerados aborto eugenésico.

Os projetos de lei apresentados visam um progresso na legislação pátria, mas como expostos, nenhum deles até hoje foi convertido em lei. Nessa esteira, o judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, atua de forma expressiva a compatibilizar à realidade brasileira ao direito, permitindo os aborto em situações diversas da prevista em lei em uma interpretação conforme a Constituição Federal. Malgrado haja diversas críticas ao posicionamento da Corte Suprema, certo é que diante da inércia do poder legislativo, não pode o direito ser conflitante com os anseios da sociedade.

A emblemática decisão na ADPF n° 54³⁴ apontou a inexistência de crime no caso do aborto do feto anencefálico. Os principais motivos apontados foram os princípios da dignidade da pessoa humana, Estado laico, direito à vida, proteção a autonomia privada e o direito a saúde. Mas, em verdade, a atipicidade reside na ausência do bem jurídico tutelado, a vida. Como bem ressaltou o Relator Ministro Marco Aurélio³⁵, em seu voto:

o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral.

A interrupção da gravidez de um feto que, sem margem à incerteza, está destinado a morrer, não configura crime. A chancela do judiciário para permitir tal conduta protege não só a mulher mas todos os envolvidos na relação afetiva, tendo em vista que com o nascimento há um desdobramento doloroso, o enterro do natimorto.

icceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf> Acesso em: 21 set. 2017.

³²Ibid.

³³MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 511.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n° 54*. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>> Acesso em: 23 de set. 2017.

³⁵Ibid.

O Superior Tribunal de Justiça³⁶, em 2016, aplicou o posicionamento do Supremo na esfera cível, de modo a atribuir efeitos patrimoniais dos pais. No caso, um padre que requereu a suspensão da interrupção da gravidez de um feto diagnosticado com síndrome de Body Stalk, foi condenado a indenizar os autores a título de danos morais. Tal doença, assim como a anencefalia, inviabiliza a vida extrauterina.

Com o fim de demonstrar uma evolução jurisprudencial tendente a descriminalização do tipo penal, o STF³⁷, em controle incidental de constitucional, decidiu pela inconstitucionalidade do aborto no caso de interrupção voluntária da gravidez no primeiro trimestre. O julgamento, criticado por seu ativismo judicial, protege direitos fundamentais da mulher e o princípio da proporcionalidade.

O Ministro Luís Roberto Barroso³⁸, redator do acórdão, trouxe apontamos que condizem com a mentalidade da ONG, *Women on Waves*, qual seja, o aborto é um caso de saúde pública, em suas palavras:

a tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro;

Assim sendo, a legislação brasileira não reflete as necessidades da coletividade, razão pela qual cabe a jurisprudência conferir legitimidade às normas com uma interpretação baseada principalmente em princípios. A Suprema Corte somente aplica os diplomas legais com uma visão moderna, a mesma que a ONG tem há quase 20 anos.

³⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1467888*. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1467888&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR> Acesso em: 23 set. 2017.

³⁷Id. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 124306*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>> Acesso em: 23 set. 2017.

³⁸Ibid.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou um conflito entre a legislação pátria e os anseios da sociedade brasileira no tocante ao aborto. O embate materializa-se com a proposta da ONG *Women on Waves* e a resistência marcante pela maioria do Congresso, que em última análise contrapõe o direito à vida da gestante e o mesmo direito do feto.

De um lado, a organização *Women on Waves* assim como a jurisprudência atual deseja adequar a legislação aos problemas sociais, de modo que não seria o aborto o homicídio do feto, mas uma questão de saúde pública e liberdade da mulher sobre o seu corpo. Do outro lado, o Congresso Nacional, principalmente a banca religiosa, tende a inviabilizar a aprovação de leis que aumentam as hipóteses de excludentes de tipicidade do crime.

Diante das reflexões devidamente fundamentadas ao longo da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que a ONG *Women on Waves* é uma alternativa legal para o aborto, sem consequências jurídicas. Além disso, a jurisprudência busca meios de descriminalizar a conduta abortiva, seja por interpretações legais ou até mesmo ativismo judicial.

Ao longo do primeiro capítulo, a pesquisa justificou a ausência das consequências para um aborto realizado em um navio holandês em alto mar. Mesmo que seja uma conduta praticada por um nacional brasileiro, por ausência de criminalização no país da bandeira da embarcação, não é possível penalizar o agente. O crime do aborto também não é de competência do Tribunal Penal Internacional, de modo que somente incide a lei holandesa.

O entendimento firmado pela pesquisadora no segundo capítulo consubstancia-se na ideia de que não se trata de uma burla à lei, mas sim uma alternativa para que sejam realizados abortos de forma segura e assim seja preservada a dignidade da gestante. No mais, o objetivo da ONG não é somente a interrupção da gravidez, mas também a ampla informação sobre os desdobramentos negativos de um aborto clandestino.

O último capítulo demonstra como a produção de leis não reflete a realidade dos brasileiro, mas a ideologia dos parlamentares. Ainda que haja projetos de leis que incluam uma nova hipótese de aborto a ser permitido ou até mesmo a sua legalização até a 12^a segunda semana de gestação, a maioria, mais conversadora, do Congresso Nacional inviabiliza qualquer inovação legislativa, de modo que as consequências são sofridas pelas mulheres, que sem democracia violam seus corpos e até mesmo morrem.

Na prática, a jurisprudência em decisões criticáveis e por meio ativismo judicial tenta minimizar os efeitos da inércia legislativa. Em duas decisões emblemáticas, permitiu o aborto do feto anencefálico e entendeu pela inconstitucionalidade do tipo penal até o terceiro mês que gravidez, diante do princípio da proporcionalidade.

A primeira decisão, em controle concentrado, é pacífica e amplamente adotada pelos juízes e Tribunais brasileiros. A segunda, em sede de habeas corpus, é considerada isolada e demonstrar a evidente resistência em descriminalizar o aborto no começo da gestação, por ser enraizado que trata-se de um homicídio.

Dessa forma, esta pesquisa pretende sustentar que que não há outro caminho para tratar o aborto, senão como uma questão de saúde pública. A ausência de norma permissiva não impede a prática pelas gestantes, mas somente torna a conduta perigosa, com possíveis consequências fatais para a gestante.

Por todas essas razões, restou claro que a proposta da autora consiste na tese de que a conduta da ONG *Women on Waves* não é uma falácia, mas uma possibilidade legalmente permitida de um aborto com os devidos padrões de higiene e segurança que preservem a vida da gestante. Acrescido a isso, a conclusão da pesquisa é pela legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista que a população não pode ser vítima das convicções religiosas do legislativo.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*. v.2. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Criminal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 07 set. 2017.

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 set. 2017

_____. *Decreto nº 847*, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 07 set. 2017

_____. *Decreto nº 1530*, de 22 de junho de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1530.htm> . Acesso em: 30 mar. 2017.

_____. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm> . Acesso em: 30 mar. 2017

_____. *Lei nº 7.209*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm> Acesso em: 21 set. 2017.

_____. *Projeto de Lei nº 236/2012*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf> Acesso em: 21 set. 2017.

_____. *Projeto de Lei nº 882/2015*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313158> Acesso em: 21 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1467888*. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1467888&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR> Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54*. Relator Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf54.pdf>> Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 124306*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>> Acesso em: 23 set. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches, *Manual de Direito Penal*. v.2. 9. ed, rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

DE BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo. *Em defesa da vida humana*. 15. ed. São Paulo: Editora Loyola, 1999.

EMMERICK, Rulian. *Aborto, (Des)criminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Niteroi: Impetus, 2015.

_____. Rogério. *Curso e Direito Penal*. v. 2. 13. ed. Niterói: Impetus, 2016.

KELSEN, Hans, *Teoria Geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Aborto e o Direito Penal*. 3. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini; MIRABETE, Renato N. Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte geral*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014

PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

REVISTA SALON. “*The policial landscape is not ready*”: *Meet the woman leading a D.I.Y. abortion revolutin*. Disponível em: <https://www.salon.com/2015/01/06/the_political_landscape_is_not_ready_meet_the_woman_leading_a_d_i_y_abortion_revolution/>. Acesso em: 09 set. 2017