

Caso dos EUA revela desafios e limites da regulamentação do aborto



Thomaz Pereira

mestre em Direito
pela Yale Law School

Após 25 anos, mais uma vez o tema do aborto chega à Suprema Corte dos

Estados Unidos em um caso que poderá (re)estabelecer os parâmetros para sua regulação em todo o país. Em *Whole Woman's Health v. Cole*, o caso em questão, a Suprema Corte deverá olhar para sua própria jurisprudência e determinar qual a correta interpretação dos termos que ela própria estabeleceu em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* — o caso de 1992 que reviu parte de seu entendimento original em *Roe v. Wade* em que, em 1973, o tribunal estabeleceu a existência de um direito ao aborto.[\[1\]](#)

Para além de sua relevância para centenas de milhões de americanos, que necessariamente terão suas vidas diretamente impactadas por essa decisão e para todos aqueles que se preocupam com o tema da liberdade reprodutiva da mulher, esse caso levanta questões fundamentais sobre os limites do controle de constitucionalidade de leis pelo judiciário e traz implicações para o atual debate brasileiro sobre projetos de lei que pretendem restringir o acesso ao aborto nos poucos casos em que ele é permitido no Brasil.

Histórico

Os termos em que se dá o debate em *Whole Woman's Health* é consequência direta de duas decisões anteriores que estabeleceram e delimitaram o direito ao aborto e o termos para sua regulação pelos estados nos Estados Unidos.

Em *Roe v. Wade*[\[2\]](#) o caso em que se estabeleceu a existência de um direito constitucional ao aborto — fundado em um direito a privacidade — e que polariza o debate sobre o tema nos Estados Unidos, o tribunal reconheceu limites a esse direito fundados no interesse estatal em proteger a saúde da mulher e de proteger a potencial vida do feto.

Diante desse confronto, o caso estabeleceu o “modelo de trimestres”, segundo o qual: durante o primeiro trimestre, considerando que abortar traz menos riscos para a vida da mulher do que o próprio parto, o Estado não poderia interferir no seu direito de decidir — com o seu médico — terminar a gravidez; durante o segundo trimestre, o Estado poderia regulamentar o procedimento, mas apenas naquilo que



razoavelmente se conectasse com a preservação da saúde feminina; e, durante o terceiro trimestre, quando o feto passaria a ser viável fora do útero, o Estado poderia inclusive proibir o aborto.

Em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*,^[3] quase 20 anos depois, o tema voltou ao tribunal e encontrou (i) a realidade das práticas médicas significativamente alteradas por desenvolvimentos científicos e (ii) uma corte diferente, cuja composição foi profundamente afetada pela “era Reagan”, em que o tema do aborto se tornou um dos focos de polarização política nos Estados Unidos. O resultado, estabelecido por um tribunal dividido e fragmentado, foi a reafirmação da existência de um direito de acesso ao aborto, mas o fim do “modelo de trimestres” e a afirmação de diversas limitações específicas que estavam sendo questionadas no tribunal.

O modelo de trimestres se sustentava em duas afirmações médicas. A primeira era de que até o fim do primeiro trimestre abortar era menos perigoso para a vida da mulher do que continuar com a gravidez. A segunda era de que a partir do terceiro trimestre o feto se tornaria viável fora do útero. Tudo isso foi problematizado pelo fato de que 20 anos de evolução da medicina alteraram tudo isso. O procedimento de aborto se tornou mais seguro até mais tarde, a mortalidade no parto diminuiu e o feto se tornou viável mais cedo.

Com isso, em *Casey* o tribunal abandonou esses parâmetros e permitiu a regulação do aborto durante toda a gravidez, mas estabeleceu que “como em qualquer procedimento médico, o Estado pode estabelecer regulamentações para promover a saúde e segurança da mulher procurando um aborto, mas não pode impor regulamentações sanitárias desnecessárias que tragam um obstáculo substancial para a mulher procurando um aborto”.

No caso específico, aplicando esse parâmetro, o tribunal estabeleceu que a obrigação de a mulher notificar o marido antes de obter um aborto representava um “ônus indevido” e, portanto, seria inconstitucional. No entanto, a corte manteve outras exigências questionadas, como a necessidade de se submeter a um aconselhamento com informações sobre o feto e sobre os potenciais perigos para sua saúde, a necessidade de um período de espera de 24 horas e a necessidade de menores de idade obterem consentimento dos pais ou responsáveis (com a possibilidade de, alternativamente, procurar uma autorização judicial).

Com isso, a Suprema Corte — e o judiciário americano como um todo — entraram definitivamente do debate sobre a regulamentação do aborto pelo Estado e, ao mesmo tempo, opositores ao aborto por motivos morais, passaram a usar regulamentações médicas para dificultar o acesso ao aborto.

Regular para restringir

O caso *Whole Woman’s Health v. Cole* trata exatamente disso. Uma lei do estado do Texas — o mesmo cuja ampla proibição ao aborto foi declarada inconstitucional em *Roe v. Wade* — exige que médicos que realizem abortos sejam afiliados a um hospital a pelo menos 48 km da clínica em que o procedimento seja realizado, e que tais clínicas devem ter tudo aquilo que é exigido de um centro cirúrgico.

O problema é que, devido a baixo índice de complicações muitos médicos não atendem os requisitos para se afiliarem a um hospital — que em geral exige admitir um número mínimo de pacientes por ano — e que a exigência de estabelecer um centro cirúrgico faz pouco sentido em clínicas que oferecem aborto não-cirúrgico, isto é, apenas por meio de medicamentos. Ou seja, as dificuldades práticas e o



custo financeiro de atender estes parâmetros poderiam fazer com que uma grande parte — segundo alguns, quase a totalidade — das clínicas que oferecem aborto no Texas (um estado maior do que a França) fechassem suas portas.[\[4\]](#)

Independentemente da posição política a favor ou contrária a existência de um direito de acesso ao aborto, a questão jurídica diante da Suprema Corte é a seguinte: tais regulamentações são necessárias para promover a saúde e segurança das mulheres, ou representam um “ônus indevido” frente ao seu direito de privacidade? Ou seja, o debate político se moldou aos parâmetros estabelecidos pelo tribunal em *Casey*, e agora retorna à corte em vestes jurídicas.

Mas qual o papel do judiciário diante desse tipo de questão?

Proporcional ou razoável

Para além do debate sobre os direitos reprodutivos das mulheres, tais regulamentações exigem que o tribunal se posicione sobre o grau de deferência ao legislador devido pelo judiciário ao analisar leis que tem por objetivo expresso promover objetivos constitucionais.

Mais especificamente, no caso, diante da constitucionalidade de o Estado regulamentar o aborto para promover a saúde e segurança da mulher, até que ponto cabe ao judiciário escrutinar se as medidas são efetivas para atingir os seus objetivos? Um tema que se apresenta em toda situação em que o judiciário é chamado a discutir regulamentações de qualquer tipo.

Assim, uma discussão aparentemente formal, sobre qual o parâmetro adequado para o exercício do controle judicial pode ser fundamental para determinar o resultado deste e de muitos outros casos.

Caso o tribunal se limite a verificar a “razoabilidade” das medidas em questão é provável que aceite qualquer tipo de regulamentação que seja minimamente relacionada ao objetivo. Esse critério, na prática, significa adotar um alto grau de deferência para com o legislador, aceitando que não cabe ao judiciário decidir especificamente quais são as medidas mais adequadas para atingir um determinado fim. Uma vez estabelecido um objetivo que seja constitucional, apenas medidas “irrazoáveis”, ou seja, que não tenham qualquer ligação com o objetivo afirmado, seriam proibidas.

Tal postura considera que o ambiente apropriado para se discutir o desenho de políticas públicas é o legislativo e o executivo, e que, tendo sido essa uma escolha razoável dos administradores, não caberia aos juízes questioná-las. Além disso, nesse processo, os objetivos ocultos dos legisladores são irrelevantes. Afinal, se a lei tem um objetivo constitucional, e as medidas adotadas são razoavelmente conectadas a esse objetivo, sua capacidade de promover outros objetivos ocultos seria indiferente para a sua constitucionalidade.

Mas esse não é o único modelo para o controle de constitucionalidade pelo judiciário.

Caso o tribunal – usando ou não essa nomenclatura – entre em uma análise da proporcionalidade das medidas adotadas, a questão muda substancialmente.

Nesse caso, para além de verificar a mera conexão razoável entre meios e fins, o tribunal passaria a verificar se as limitações estabelecidas pela lei são efetivamente “necessárias” e “proporcionais” em



relação aos objetivos estabelecidos. No caso, a promoção da saúde e da segurança da mulher.

Assim, nesse tipo de análise, uma questão central é se há outros meios menos limitadores que sejam capazes de promover o objetivo em questão de maneira igual. Ou seja, se a saúde e segurança femininas não poderiam ser protegidas em igual medida por regulamentações diferentes da exigência de afiliação do médico com um hospital a 48km da clínica e da exigência de que toda clínica que realize procedimentos abortivos tenha os mesmos padrões que um centro cirúrgico.

Além disso, mesmo que a resposta seja positiva – e não está de maneira nenhuma claro que seria – ainda seria necessário verificar se o grau de promoção de um objetivo constitucional (saúde e segurança) justifica o grau de restrição de um direito fundamental (privacidade).

É exatamente porque passar pelo exame da proporcionalidade é muito mais oneroso do que o da razoabilidade que a discussão moral entre aqueles são contrários ao aborto e aqueles que acreditam na existência de um direito fundamental de mulheres fazerem suas próprias escolhas reprodutivas por vezes se transforma em um debate técnico sobre qual o parâmetro adequado para o controle constitucional de decisões legislativas.

Esse foi um dos temas centrais em *Casey*, em que, de um lado defendia-se a adoção do “*strict scrutiny*” (na prática, técnica similar ao exame de proporcionalidade), e de outro defendia-se a adoção do parâmetro da “razoabilidade”. Na prática *Casey* foi um meio termo entre estes dois campos, adotando-se o termo vago “*undue burden*” (ônus indevido) como o parâmetro para se controlar leis que regulassem o direito de aborto. O problema então, previsivelmente, passou a ser como diferenciar um “ônus indevido” de um “ônus devido” para além de ser simplesmente aquilo que pelo menos 5 dentre 9 ministros da Suprema Corte achem que o seja.[\[5\]](#)

Regulação do Aborto no Brasil

A regulação do aborto no Brasil está muito distante dos termos em que esse debate se dá nos Estados Unidos. Afinal, aqui, aborto ainda é um crime, a não ser quando a gravidez ofereça risco de vida para a mãe, produza um feto que seja inviável fora do útero (caso dos fetos anencéfalos),[\[6\]](#) ou seja o resultado de um estupro.

No entanto, mesmo nos excepcionais em que o aborto é permitido no Brasil a disputa em torno de sua regulamentação parece começar a tomar os mesmos tons do debate nos Estados Unidos.

Qual seja, em nome de objetivos potencialmente constitucionais – evitar a fraude e garantir o direito de objeção de consciência – propõem-se regulamentações que, na prática, tornariam muito mais difícil o acesso de mulheres ao aborto, bem como a métodos contraceptivos cujo status “abortivo” é parte do debate político.



Nesse contexto, compreender como a discussão técnica sobre a regulação do aborto e os parâmetros para o seu controle de constitucionalidade nos Estados Unidos se tornaram pontos importantes do debate sobre o direito ao aborto é fundamental para todos aqueles preocupados com as atuais iniciativas de sua regulação restritiva no Brasil. A lição americana pode ser extremamente útil para se pensar quais as melhores estratégias jurídicas para se questionar e para defender tais regulamentações, bem como para antever potenciais consequências de eventuais decisões judiciais sobre esse tema.

- [1] Amy Howe, *Justices enter the fray with grant in Texas abortion case: in plain English* (<http://www.scotusblog.com/2015/11/justices-enter-the-fray-with-grants-in-texas-abortion-case-in-plain-english/>).
- [2] 410 U.S. 113 (1973).
- [3] 505 U.S. 833 (1992).
- [4] Linda Greenhouse, *Abortion at the Supreme Court's doors* (<http://www.nytimes.com/2015/10/15/opinion/abortion-at-the-supreme-courts-door.html>).
- [5] Cf. Linda Greenhouse; Reva B. Siegel, *Casey and the Clinic Closings: When "Protecting Health" Obstructs Choice* 125 Yale L.J (2016) (no prelo).
- [6] ADPF 54

Date Created

21/11/2015