

Samuel Sales Fonteles

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Teoria Geral dos Direitos Fundamentais e comentários ao artigo
5º da CF, inciso por inciso, à luz da jurisprudência do STF e do STJ

8ª | revista
edição | atualizada
ampliada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO II

DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

1. DIREITOS INDIVIDUAIS

1.1. Noções gerais e localização topográfica

Nas exatas palavras de Ronald Dworkin, “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm” (2010, p. 15). De fato, direitos individuais atuam como um anteparo que protege as partes em face do todo. Em outras palavras, blindam indivíduos da ação corrosiva das maiorias.

Com isto, tem-se um bom começo.

Se, no entanto, quisermos compreender os direitos individuais, *tais como previstos na Constituição Brasileira de 1988*, essas ideias podem soar um tanto misteriosas. A razão é simples: a conceituação de Dworkin é uma peça da sua vasta Filosofia Política, não tendo sido idealizada para o ordenamento brasileiro. Logo, embora valiosa se tomada de maneira introdutória, o encaixe nunca será perfeito entre nós, porque designante e designado são alheios à realidade normativa brasileira.

O trabalho precisa ser feito artesanalmente.

No Direito Positivo Brasileiro, **consideram-se direitos individuais os direitos constitucionais que, gravados em cláusulas de pedra e usualmente alocados no quinto artigo, atuam como um escudo protetivo, salvaguardando o indivíduo e limitando o poder do Estado por meio de abstenções.** Encerram, portanto, obrigações de não fazer (*non facere*). Basta analisar o teor do artigo 5º para concluir que o comando proibitivo, traduzido na palavra “não”, estará implícita ou explicitamente contido nos direitos nele previstos. Veja-se:

O Estado *não* privará o indivíduo dos seus bens ou da sua liberdade sem o devido processo legal (art. 5º, LV); *não* considerará o indivíduo culpado, até o trânsito em julgado de decisão condenatória (art. 5º, LXVII); *não* processará ou sentenciará alguém, senão por meio da autoridade competente (art. 5º, LIII); *não* condenará a pena de morte, exceto na hipótese de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”); *não* violará o sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo estas últimas, na forma da lei, mediante ordem judicial e para instruir processo penal ou subsidiar investigação criminal (art. 5º, XII); *não* submeterá alguém a tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); *não* criará obrigações que não estejam

previstas democraticamente em lei (art. 5º, II); *não* discriminará homens e mulheres (art. 5º, I) etc.

É importante perceber o *caráter negativo* dos direitos individuais, porque isso tem importantes consequências. A doutrina clássica do Direito Constitucional diria que, enquanto os direitos individuais são *respeitados*, os direitos sociais são *concretizados*. Ainda na concepção tradicional, a fruição de direitos individuais apenas dependeria de uma omissão do Estado. Em um tom didático, seria possível dizer que *“não atrapalhando, o Estado já está ajudando”*. Como assegurar o direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV)? Quase sempre, não censurando, não tipificando delitos de opinião etc. Um dos poucos obstáculos à fruição dos direitos individuais é a existência de normas de eficácia limitada e a consequente mora do Congresso em legislar. Todavia, **a doutrina mais moderna tem entendido que todos os direitos, inclusive os individuais, possuem um custo financeiro (HOLMES & SUNSTEIN, 1999, p. 99). Ilustrativamente, Cass Sunstein e Stephen Holmes apontam, com razão, que o direito à propriedade privada significa muito pouco quando não há recursos para proteger os próprios bens e a polícia está indisponível (1999, p. 20). Em suma, a corrente contemporânea compreende o custo social e financeiro de todos os direitos constitucionais, não apenas aqueles de “1ª dimensão”.**

Topograficamente, os direitos individuais estão, *sobretudo*, no art. 5º, mas é possível encontrar partículas desses direitos em toda a Constituição. Conforme já estudado, **o STF reconheceu natureza de direito individual ao princípio da anualidade eleitoral (art. 16)**, pois nele há uma obrigação de que o Estado não surpreenda o cidadão eleitor, promovendo alterações no processo eleitoral nas vésperas das eleições (ADI 3685). **O mesmo foi decidido no que diz respeito ao princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, “b”)**, eis que a Administração Fazendária não poderá surpreender o indivíduo contribuinte, majorando e cobrando a carga tributária no mesmo exercício financeiro, ressalvadas as hipóteses constitucionais (ADI 9397).

Portanto, para que um direito constitucional seja qualificado como individual, é irrelevante que não esteja no artigo 5º. Os direitos individuais não estão aprisionados nas fronteiras do quinto artigo da Constituição, pelo contrário. Dada a cláusula de abertura prevista no § 2º, os aludidos direitos podem ser livremente encontrados ao longo de todo o texto constitucional, bem como nos tratados, nos princípios e no regime adotado pela República. Em razão disso, haverá cláusulas pétreas *implícitas* no nosso sistema constitucional.

Passemos, então, ao estudo casuístico dos direitos individuais em espécie.

TÍTULO II
Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Uma leitura apressada da cabeça do artigo 5º poderia sugerir ao intérprete que a inviolabilidade dos direitos individuais só seria assegurada aos brasileiros e estrangeiros *que residam no país*. Contudo, a velha hermenêutica é informada pela máxima de que *“a interpretação que conduz ao absurdo deve ser descartada”*. Ora, adotando-se esta absurda interpretação literal, turistas poderiam ser assas-sinados, escravizados ou discriminados. Afinal, porque não residem no Brasil, turistas não teriam, respectivamente, o direito à vida, à liberdade e à igualdade. Evidentemente, isso não se compadece com o princípio fundante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), razão pela qual o dispositivo precisa ser melhor estudado.

Entende-se que o Constituinte se expressou aquém do que desejava (*dixit minus quam voluit*). Nas hipóteses em que o legislador diz menos do que queria dizer, deve o intérprete se valer da interpretação extensiva. Com base nisso, a expressão “... residentes no país...” deve ser entendida como “... em território nacional...”. Em suma, estrangeiros e brasileiros que vivem no exterior também encontram agasalho na Constituição, motivo pelo qual terão assegurados os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, bastando que se encontrem no território brasileiro.

As considerações tecidas acima autorizam a conclusão de que **os estrangeiros possuem todos os direitos previstos no artigo 5º**? Não. Alguns direitos individuais possuem uma feição universal, como o direito à assistência jurídica gratuita. Por exemplo, a Defensoria Pública da União desempenha um relevante papel na assistência de haitianos. Noutra ponta, há direitos individuais que somente são franqueados aos nacionais, a exemplo do que ocorre com o direito à propositura da ação popular (ressalvada a hipótese extraordinária do português equiparado). Conclui-se que **nem todos os direitos previstos no artigo 5º são extensíveis aos estrangeiros**.

Superada essa etapa, resta examinar os direitos previstos no *caput*: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

1.2. Direito à vida

Uma constituição que escolheu maternidades, não cemitérios: tal é a Constituição de 1988. Ao proclamar a inviolabilidade do direito à vida, tem-se um

documento avesso à extinção da vida humana. Daí por que, nela, a guerra até pode ser *declarada*, mas a paz é *celebrada*.

O direito à vida é condição para o desfrute de todos os demais, o que revela a sua indiscutível *posição preferencial*. Em se tratando de um *pressuposto* lógico para o *direito de ter direitos*, seu afastamento exige, por óbvio, um ônus argumentativo mais robusto. Segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (art. 4º, 1).

Entretanto, nem mesmo o direito à vida se reveste de caráter absoluto. Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, é possível ceifar a vida de outrem, *licitamente*, mediante legítima defesa, estado de necessidade, abortamento sentimental (quando a gestante é vítima de violência sexual) ou abortamento terapêutico (quando a mãe corre risco de morte). O Supremo Tribunal Federal também proferiu decisões relevantes sobre o tema do aborto, que serão examinadas a tempo e a modo.

Ainda na temática do direito à vida em sentido amplo, é importante conhecer que, **segundo o STF, pesquisas científicas com células tronco-embrionárias não vulneram o direito à vida**, tampouco a dignidade humana, pelo que a Lei de Biossegurança foi havida como constitucional (ADI 3510).

Grande polêmica reside na possibilidade de **abate de aeronaves**, previsto no **art. 303, § 2º do Código Brasileiro de Aeronáutica**. O dispositivo assevera que, esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, poderá ser promovida a destruição de aeronaves classificadas como *hostis*, desde que autorize o presidente da República ou pessoa por ele delegada. Afigura-se, pois, como verdadeira pena de morte em estado de paz, o que tem suscitado debates em torno da constitucionalidade da aludida previsão.

Suponhamos que, cumprindo ordens do presidente da República, lastreadas no art. 303, § 2º do Código Brasileiro de Aeronáutica, agentes das Forças Armadas destruam aeronaves classificadas como *hostis*. No futuro, com a superveniência de um novo ordenamento jurídico, seria possível responsabilizar estes agentes? A questão nos remete ao **Caso das Sentinelas do Muro de Berlim (Mauerschützen)**, extraído do Direito Constitucional alemão.

Em pouco mais de uma década, milhões de pessoas fugiram da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental e Socialista) para a República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental). Por razões intuitivas, o fluxo contrário não costumava ocorrer. Para estancar esse movimento migratório, no ano de 1961, a Alemanha Oriental construiu o Muro de Berlim. Aquele que cruzasse o referido muro seria executado por soldados que cumpriam ordens dos seus superiores. A propósito, ordens *legais*. Isso porque a Lei de Fronteiras da República Democrática Alemã permitia o disparo de armas de fogo para impedir a prática ou

a continuidade de *crimes*. Por sua vez, o Código Penal da República Democrática Alemã tipificava a conduta de *tentativa de fuga*. Logo, uma interpretação sistêmica dos dois diplomas autorizava o uso de força letal para impedir que cruzassem o Muro de Berlim, evidentemente, se isto se afigurasse como absolutamente indispensável. Primeiro, os guardas deveriam proferir ordens de parada, disparar tiros de advertência e, somente em último caso, atirar nos alvos, preferencialmente, elegendo áreas não letais (pernas etc.).

Até 1989, ano da queda da referida edificação, inúmeras pessoas foram executadas, na tentativa de fugir da Alemanha Oriental. Alguns soldados também foram assassinados nesses conflitos. Saliente-se que, para cada fuga exitosa, os soldados eram severamente punidos, às vezes, com prisões. Por outro lado, para cada tentativa de fuga impedida pelos guardas, estes eram premiados com dinheiro e outros benefícios.

No caso das Sentinelas do Muro de Berlim (*Mauerschützen*), com arrimo em uma gama de argumentos, dentre eles, a Fórmula de Radbruch (*grosso modo*, o Direito extremamente injusto perde a qualidade e o *status* de Direito) e reflexões acerca do Direito e da Moral, a **Corte Federal de Justiça da Alemanha (*Bundesgerichtshof*)** decidiu que os soldados do Muro deveriam ser punidos. Esta jurisprudência punitiva foi mantida pela **Corte Constitucional alemã**, que pacificou a possibilidade de condenar também outros agentes de governo.

Seria possível, à luz das considerações tecidas, dizer que o Código Brasileiro de Aeronáutica não sobreviveria à fórmula de Radbruch? Ou ainda que é dever dos agentes públicos desobedecer a uma ordem do presidente da República e tolerar a invasão de uma aeronave hostil?

Cumprir fazer uma distinção. Se o agente é destinatário de uma ordem manifestamente em desacordo com a lei, o próprio Direito Penal já cuidou de solucionar a controvérsia, responsabilizando a ambos: superior hierárquico e subordinado que executou a ordem. Noutra ponta, em se tratando de ordem *amparada na lei*, em um raciocínio conglobado acerca do ordenamento, não há como, a um só tempo, exigir que agentes públicos cumpram a lei (princípio da legalidade) e também exigir deles que, em uma *pretensão de correção do Direito*, efetuem um *controle de moralidade* desse mesmo ordenamento que devem fielmente observar. Mormente, porque milita em favor das leis uma presunção de constitucionalidade, afinal, elas sobreviveram aos filtros da Comissão de Constituição e Justiça e do veto (jurídico) presidencial. Se a recusa do presidente da República em cumprir leis inconstitucionais já desperta uma sensível controvérsia na doutrina, o que se dirá franquear esta possibilidade de recusa por parte de agentes públicos subalternos. Exigir de soldados, policiais, auditores fiscais ou agentes de fiscalização uma insubordinação quanto às leis moralmente incorretas equivaleria a sacramentar um estado de anomia, onde cada um só faz aquilo que lhe apraz. Por derradeiro, o hermeneuta deve ter

muito cuidado com as chamadas *falsas analogias*. Comparar aeronaves *invasoras* com cidadãos *fugitivos* é uma falsa analogia, que assemelha comportamentos antípodos. Aeronaves hostis podem ser utilizadas em atentados terroristas que matariam milhares de pessoas (v.g. os aviões utilizados para destruir as Torres Gêmeas em Nova Iorque, no atentado conhecido como 11 de Setembro), não havendo paralelismo de periculosidade com um único cidadão que deseja cruzar uma fronteira. A rigor, o dispositivo do código aeronáutico traduz, ontologicamente, em sua natureza jurídica, uma iminente legítima defesa de terceiro. Por tudo isso, nesta obra, entende-se que o Caso das Sentinelas do Muro de Berlim não tem uma *força doutrinária persuasiva* para ser empregado quanto ao abate de aeronaves, o que seria, nos domínios da lógica e da retórica, uma falsa analogia.

1.2.1. Aborto

A Constituição de 1988 não permite o abortamento, assim como não o proíbe. Não existe direito fundamental ao aborto, tampouco proibição constitucional para que, um dia, venha a ser implementado. Trata-se de uma opção do Constituinte brasileiro, ao contrário do que sucedeu em outros países. Por exemplo, a Constituição da Irlanda não apenas reconheceu o direito à vida intrauterina, como o fez “com a mesma consideração ao igual direito à vida da mãe”, equiparando os direitos à vida do nascituro e da gestante (art. 40, seção 3, subseção 3). A proibição estabelecida na carta irlandesa pela Oitava Emenda foi removida após um referendo ocorrido no ano de 2018.

Entre nós, repita-se: a Carta Outubrina não se posicionou sobre o aborto. Nenhuma posição que afirme a visão do Constituinte sobre o tema, qualquer que seja ela, resiste à *verdade histórica*. Convém analisar a questão de maneira honesta e detalhada, vale dizer, da Assembleia Nacional Constituinte aos dias atuais.

Primeiramente, o aborto foi alvo de um mandado de criminalização no anteprojeto da Constituição de 1988 (Fase A da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais), quando se dizia que “...será punido como crime o aborto diretamente provocado”.

Ainda na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, o mandado de criminalização do aborto foi suprimido. Porém, embora não mais se ordenasse a criminalização, na Fase C, o texto protegeu: “[a] vida, desde a sua concepção até a morte natural, nos termos da lei”. Como se vê, até então, a ideia da Subcomissão era tornar esta decisão indisponível ao Congresso Nacional, antecipando constitucionalmente a proibição.

Contudo, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, mais especificamente na Fase “E”, o anteprojeto sofre emendas. Nesta etapa intermediária do processo constituinte, o texto passa a proteger

apenas “a vida”. Portanto, o tema do aborto deixa de ser respondido na fase da Comissão Temática, mas não por muito tempo.

Na fase seguinte (Comissão de Sistematização), há registros históricos de emendas populares favoráveis e desfavoráveis ao aborto. Noutras palavras, ambas as posições foram propostas. Mais uma vez, o Constituinte brasileiro repudiou o tema, rejeitando tanto as emendas que permitiam quanto aquelas que proibiam a prática do abortamento. Com isto, **o desacordo foi definitivamente remetido para o compartimento infraconstitucional: o Parlamento.** Qualquer interpretação constitucional que afirme a existência de um direito “fundamental” ao aborto carece de verdade histórica, porque todos os direitos fundamentais são necessariamente constitucionais (ou de envergadura constitucional). Porém, como se viu, em uma abordagem originalista, o Constituinte não se posicionou sobre o aborto, deixando o tema para o *locus* infraconstitucional (Congresso Nacional).

O Congresso Nacional, por sua vez, não se omitiu. Já no artigo 2º do Código Civil de 2002, estabeleceu que a “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. No Brasil, goste-se ou não, a legislação reconheceu o nascituro como sujeito de direitos. E a vida, naturalmente, é pressuposto para a fruição de todos os demais.

O Código Penal também é de clareza meridiana ao criminalizar o abortamento, nos artigos 124 a 126, asseverando não ser punível quando a gestação fizer a gestante correr risco de morte ou quando proveniente de violência sexual. Ora, *a contrario sensu*, todas as demais modalidades são consideradas pelo Parlamento como formas criminosas, não havendo, portanto, inércia de quem de direito. No campo da Lógica, se noivos estabelecem que seus convidados só poderão ser recebidos trajando roupas verdes, implicitamente, o comando vedou o ingresso de pessoas com trajes vermelhos. Não há lacuna. Abster-se de alterar o que fora decidido também é uma decisão. Isso porque há duas maneiras básicas de o Legislativo decidir: a) alterando o *status quo*; b) conservando o *status quo*. Na inovação, o aspecto extrínseco da decisão legislativa é manifesto (edita-se uma lei), mas, na conservação, a decisão não é percebida no mundo fenomênico, porquanto ela consiste exatamente em nada (mais) ser feito. E é exatamente esse nada (mais) fazer que traduz a decisão de conservar o *status quo*, razão pela qual não é dado ao Judiciário, ante o seu compromisso com a verdade, justificar sua atuação na alegação contrafactual de que o Congresso Nacional não tem se posicionado sobre assuntos controversos.

A posição foi claramente adotada. Inclusive, pela adesão ao Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), que se dota de força normativa. No artigo 4.1, a Convenção estatui que o direito à vida deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.

Uma análise técnica e sóbria revela, com muita facilidade, que o ordenamento jurídico brasileiro já forneceu resposta para essa indagação em diferentes momentos e em diferentes lugares. E a resposta é:

- o abortamento é proibido como regra;
- excepcionalmente, o abortamento é permitido quando a gravidez submeter a gestante a um risco de morte;
- ainda excepcionalmente, o abortamento é permitido quando a gravidez for oriunda de violência sexual.

Já no âmbito da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal acrescentou a possibilidade da “*antecipação terapêutica do parto*” de fetos anencefálicos (ADPF 54). Anos depois, a Primeira Turma do STF sinalizou que não seria crime o abortamento no primeiro trimestre da gravidez (HC 124.306/RJ), numa tentativa de mimetizar o caso **Roe v. Wade (1973)**. Atualmente, o tema está pendente de julgamento na ADPF 442. De início, após ser proferido o voto da Ministra Rosa Weber, **o feito foi destacado do Plenário Virtual para o Plenário Físico pelo Ministro Luís Roberto Barroso**. Um dia antes da produção de efeitos da sua aposentadoria, em 17/10/2025, o destaque foi por ele cancelado, tendo o Ministro Luís Roberto Barroso solicitado à Presidência a convocação de sessão virtual extraordinária do Plenário para continuidade do julgamento. Com isto, em menos de duas páginas e meia, Barroso conseguiu, “em linguagem simples e objetiva”, diz o voto, expor sua “visão e sentimento” a respeito do tema (ADPF 442).

Na doutrina, é amplamente dominante a corrente pela qual não existe direito fundamental ao aborto. Dentre inúmeros outros professores, Ingo Sarlet, Marinoni e Mitidiero manifestam: “[...] entendemos ser difícil sustentar, no caso brasileiro, a existência de um direito fundamental ao aborto [...]” (2015, p. 413). **O fundamento dessa inexistência, porém, não encontra consenso doutrinário.**

Alexandre de Moraes sustenta que não existe direito fundamental ao aborto porque a Constituição “protege a vida de forma geral, inclusive uterina” (2004, p. 66). Moraes perfilha o entendimento pelo qual o *conceito jurídico de vida*, para fins de incidência da proteção constitucional, corresponde à fecundação (2004, p. 66). A opinião é compartilhada por Gilmar Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gonet, para quem “[o] direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final” (2010, p. 446). Os referidos autores também ressaltam que “o nascituro é um ser humano. Trata-se, indisputavelmente, de um ser vivo, distinto da mãe que o gerou, pertencente à espécie biológica do *homo sapiens*” (MENDES et al., 2010, p. 445). Em comum, esta corrente se assenta na premissa de que, quando o Constituinte empregou a palavra “vida”, o vocábulo *incluiria a vida intrauterina*, afinal, a vida teria início na fecundação. Logo, ainda que o legislador viesse a descriminalizar o aborto, a medida encontraria óbice no texto constitucional.

Não se concorda com esse ponto de vista.

De fato, não há direito fundamental ao aborto. As razões para essa conclusão, entretanto, não são as de que o Constituinte pretendeu vedar ou efetivamente vedou essa prática. Na interpretação literal, “vida” inclui a “vida uterina”. Porém, na abordagem originalista, viu-se que o Constituinte rejeitou opinar sobre esse impasse, remetendo-o para que seja dirimido pelo próprio povo brasileiro. Em suma, a Constituição de 1988 não permite o abortamento, assim como não o proíbe.

Com a palavra, o legislador.

Embora se trate de conclusão respaldada pelas fontes originais, esta abordagem também se acha, a propósito, em relevantes precedentes estrangeiros. No ano de 2010, o **Tribunal Europeu de Direitos Humanos** reconheceu que os estados nacionais têm discricionariedade para decidir sobre a temática, sendo legítimo proibir abortamentos com fundamento na saúde ou no bem-estar da gestante. Portanto, na visão da Corte de Estrasburgo, restringir a autonomia individual é medida consentânea com os *standards* de direitos humanos.

Em 2022, no caso **Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization**, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que o Poder Legislativo dos estados-membros se reveste de autoridade para permitir ou proibir essa prática, devolvendo ao próprio povo a autodeterminação que lhe cabe.

Por fim, há uma compreensão intermediária que exige, sim, a proteção da vida humana intrauterina, mas admite que essa defesa venha a ocorrer por diferentes maneiras, se e quando eficientes, nem sempre por meio do Direito Penal. A importância da tutela penal continua a ser ressaltada, mas não de forma exclusiva, tampouco invariavelmente necessária.

O exame do Direito Constitucional Comparado indica uma pluralidade de ingerências estatais legitimamente admitidas quando se trata de dissuadir o abortamento, em uma perspectiva de **proteção suficiente** da vida humana. Neste caso, o legislador tem ampla, embora não irrestrita, liberdade de conformação.

Quando o Estado alemão cogitou renunciar à tutela criminal dos abortamentos praticados nos primeiros três meses de gravidez, o **Tribunal Constitucional Federal da Alemanha** considerou a iniciativa como demasiadamente debilitadora do bem jurídico (PIEROTH & SCHLINK, 2019. p. 204). Por outro lado, o Tribunal já admitiu que o legislador, no firme propósito de proteger o nascituro, estabelecesse um plano de proteção que *“ponha o acento tônico no aconselhamento da grávida, para a convencer a levar a gravidez até o fim...”* (PIEROTH & SCHLINK, 2019. p. 204). No Brasil, isso tem sido feito por meio de leis estaduais que exigem “Campanhas de Conscientização”. Conforme decidido pela Corte Constitucional alemã, *“A missão de proteger obriga o Estado, além disso, a conservar e fomentar, na consciência coletiva, a pretensão de proteção da vida em sua fase intra-uterina.”* (SCHWABE, 2005. pp. 273-277).

No caso **Aborto I** (*BVerfGE* 39, 1 - Schwangerschaftsabbruch I), a Corte constitucional alemã assentou que o legislador pode expressar de outras maneiras, para além da tutela penal, a desaprovação do abortamento. Reclama-se, contudo, efetividade no conjunto de medidas preventivas e repressivas a serem implementadas: não logrando êxito em proteger a vida intrauterina de forma efetiva, restará, sim, socorrer-se do Direito Penal.

De maneira semelhante, no caso **Aborto II** (*BVerfGE* 88, 203 - Schwangerschaftsabbruch II), o Tribunal Constitucional alemão asseverou que o dever de proteção suficiente da vida humana não permite a livre desistência de utilização do Direito Penal, mas também ponderou, na mesma decisão, ser possível ao legislador a transição para um plano de proteção da vida intrauterina que, no início da gestação, enfatize aconselhar e persuadir a gestante a levar sua gestação adiante, sem cominação de pena.

Bem analisados os precedentes mais notáveis do constitucionalismo alemão, conclui-se que a tutela penal do aborto não é tida como ubíqua e invariavelmente imprescindível, mas também não é considerada como de todo disponível.

No Brasil, medidas concorrentes à tutela penal começam a florescer, mas nem sempre são assimiladas pela opinião pública. Uma delas é analisada no tópico a seguir.

1.2.1.1. Fetal *heartbeat bills*

Uma observação descritiva demonstra que muitas ordens jurídicas têm escolhido a proibição do abortamento após a verificação daquilo que denominam de “batimentos cardíacos” do feto, categoria legislativa que tecnicamente é referida como *fetal heartbeat bill*. Como esses diplomas proíbem o abortamento após aproximadamente 6 (seis) semanas, tem-se uma imprecisão: rigorosamente, inexistente batimento cardíaco propriamente dito neste momento prematuro. O som auscultado não é produzido pela abertura e fechamento das válvulas cardíacas, na medida em que ainda não haveria um coração inteiramente desenvolvido. Mas já existem contrações, cujos ruídos são produzidos pela vida humana e detectados pelo ultrassom, razão pela qual o estágio protetivo vem recebendo atenção legislativa.

Nos Estados Unidos, operou-se uma disseminação das chamadas *fetal heartbeat bills*. Ilustrativamente, o estado do Texas chegou a editar leis que utilizaram o advento de batimentos cardíacos como marco a partir do qual o abortamento estaria proscrito. Ohio, Alabama, Missouri, Georgia, Louisiana, Kentucky e South Carolina também editaram normas protetivas que impuseram limitações com base neste recorte temporal.

Em 2022, o ordenamento húngaro exigiu, mediante decreto, que mulheres ouvissem os batimentos cardíacos do feto antes da tomada de decisão sobre o abortamento. Trata-se de uma exigência, e não de uma oportunidade colocada

à disposição da gestante para que dela faça uso se lhe aprouver. No Brasil, leis estaduais têm ofertado esse exame (ultrassom) como mais um elemento de auxílio na escolha de uma decisão refletida e informada. Ainda que a intenção seja sensibilizar a paciente, desde que se trate de uma faculdade ao seu dispor, o Poder Legislativo estará circunscrito à moldura de conformação constitucional – no interior da qual lhe é dado efetuar escolhas legítimas, mesmo que imperfeitas. A propósito, **o STF foi chamado a se pronunciar sobre o tema na ADI 7597/GO**, cujos autos foram conclusos ao Relator em 29/09/2025.

1.3. Direito à liberdade

A liberdade é uma preocupação onipresente em todos os quadrantes do texto constitucional. Como já pontuou Ronald Reagan, *“a liberdade nunca está a mais de uma geração da extinção. Ela precisa ser conquistada e defendida por cada geração”* (06 de julho de 1987). Com efeito, o direito à liberdade é mesmo como uma vela exposta ao vento, vulnerável a um sopro autoritário que lhe apague a chama. Consciente da vulnerabilidade de um direito tão caro à humanidade, o Constituinte brasileiro foi generoso em proclamar as mais variadas tipologias de liberdade, dispositivos que atuam como um anteparo protetivo perante o Leviatã.

O direito à liberdade, em todas as suas formas de expressão, foi amplamente albergado pelo artigo 5º. Tem-se, por exemplo, a *liberdade* de manifestação do pensamento (art. 5º, IV); *liberdade* de crença, de consciência e de prestar culto (art. 5º, VI); *liberdade* de manifestação intelectual, científica, artística e de comunicação (art. 5º, IX); *liberdade* profissional (art. 5º, XIII); *liberdade* ambulatorial (art. 5º, XV); *liberdade* de reunião (art. 5º, XVI), a *liberdade* de associação (art. 5º, XVII), bem assim a garantia de que a privação da *liberdade* deve ser antecedida do devido processo legal (LIV). Não sendo um direito absoluto, a liberdade admite restrições previstas no próprio texto constitucional ou autorizadas por ele. Tome-se a liberdade de locomoção (ambulatorial) como exemplo, uma vez que o indivíduo pode ser preso em flagrante delito ou mediante ordem judicial, ressalvadas as transgressões militares e os crimes militares próprios, assim definidos em lei (LXI).

A ideia de liberdade está intimamente ligada à ideia de dignidade humana. Até então, só abordamos o primeiro (e principal) significado de dignidade humana: a dignidade humana como valor intrínseco (Kant). Ocorre que é possível trabalhar a dignidade humana em duas perspectivas diferentes:

- a) Dignidade humana como autonomia;
- b) Dignidade humana como heteronomia.

A **dignidade humana como autonomia** realça a **liberdade do indivíduo**, vale dizer, a sua **autonomia privada para escolhas existenciais**. Por exemplo,

a decisão de convolar núpcias. Evidentemente, para o exercício responsável desse direito, exigem-se algumas condições mínimas, a exemplo do consentimento informado. A tendência é reconhecer esse direito a todos os seres humanos, pela só condição de ser humano. Noutras palavras, a dignidade humana é intrínseca e imanente a todas as pessoas físicas. Como lembra Luís Roberto Barroso, “a contingência espaço-temporal e a contingência entre pessoas (como mais ou menos dignas) representam uma afronta para a dignidade, sem prejuízo de certos temperamentos admitidos em razão do multiculturalismo” (2018, p. 66). Ilustrativamente, nas comunidades ciganas, o pai escolhe o noivo da própria filha, ainda na adolescência. A prática só poderia ser justificada se analisada pelo prisma do multiculturalismo, na medida em que priva um ser humano de efetuar suas escolhas existenciais (casamento), portanto, avilta a dignidade humana como autonomia.

A ideia de dignidade como autonomia pode ser vislumbrada no dilema ético descrito a seguir. Segundo Thimotie Aragon Heemann, não é adequada a utilização da expressão “morador de rua”, comumente utilizada por veículos de imprensa, porque a situação de rua seria uma condição transitória. Consoante o referido Professor, à luz das diretrizes da Política Nacional das Pessoas em Situação de Rua (Decreto n.º 7.053/2009), o “correto” seria “pessoa em situação de rua” (HEEMANN, 2018, p. 468).

Com a devida vênia, o Decreto n.º 7053 comete o mesmo erro paradigmático do Estatuto do Índio. Ambos adotam uma perspectiva “integracionista”, quando melhor seria enfatizar a autodeterminação (como bem fez a Convenção 169 da OIT). No subúrbio das ruas de Praga, na República Tcheca, um exímio violinista, alcoólatra, escolheu deixar a Filarmônica para viver errante pelos becos da antiga Tchecoslováquia. No sul da França, ciganos romenos vivem nas ruas com belíssimos cachorros. Em determinados condados da Califórnia (USA), o Poder Público disponibiliza abrigos gratuitos, guarnecidos com cama, comida e água morna, mas, a despeito do inverno, alguns *homeless* recusam essa oferta social do Poder Público. No litoral do nordeste brasileiro, hippies pernoitam nas ruas e, com orgulho, afirmam que pertencem à “sociedade alternativa”. No Ceará, o poeta Mário Gomes escolheu fazer da rua a sua morada, vale dizer, foi um cidadão do mundo, não um mero inquilino.

Pode ser perigoso romantizar a miséria humana, sobretudo se eventualmente conjugada com a dependência química – nem sempre presente entre moradores de rua –, mas soa paternalista inadmitir meios alternativos de vida. Como já foi dito por Caetano Veloso, cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é. No Direito Constitucional, a expressão “cada um” há de ser entendida como “cada pessoa adulta e capaz”. O Poder Público deve promover os direitos sociais e oferecer uma oportunidade para aqueles que pretendam deixar esta condição, mas presumir o unânime interesse de se desvencilhar deste *modus vivendi* é uma visão que não se compadece com a dignidade humana como

autonomia. Há de ser vista com reservas a conduta de, mediante simples ato administrativo (Decreto n.º 7053), ignorar a decisão existencial de uma fração da sociedade. E isso tem efeitos práticos perigosos, pois trata-se de um paradigma sujeito a desvirtuamentos: políticas “higienistas” – expressão abominável, mas que tem sido empregada pela literatura –, internações compulsórias etc.

À vista da dignidade humana como autonomia, é de se questionar em que medida a decisão de morar na rua não há de ser respeitada. A transitoriedade compulsória das ruas revela uma visão preconceituosa quanto à liberdade existencial de pessoas adultas e capazes. A propósito, no passado, era comum o ponto de vista pelo qual as favelas eram lugares indesejados, miseráveis, transitórios, de onde todos almejavam se desvencilhar um dia. Um erro palmar. Em suma: a dignidade humana como autonomia permite que pessoas adultas e capazes sejam o que lhes aprouver, o que inclui a prostituição, a situação de rua e tantas outras posturas de vida.

Todavia, se a dignidade humana como autonomia é *necessária*, certamente não se afigura como *suficiente*. Isso porque o culto à autonomia privada, olvidando-se da coletividade, acarreta um *desequilíbrio cívico*. O titular da dignidade humana não vive em uma ilha. O chamado Estado Democrático de Direitos, por sua vez, não deixa de ser um Estado Democrático de Direitos e Deveres. **Em nome de valores substantivos** compartilhados pela sociedade, é possível **limitar a liberdade individual**. Esta é a ideia de **dignidade como heteronomia**. Disso se conclui que a dignidade humana como heteronomia é importante para equilibrar e estabilizar as relações intersubjetivas, favorecendo a *paz social*. Como pontua Luís Roberto Barroso, “[...] escolhas individuais podem produzir impacto não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos. Da dignidade como heteronomia” (2018, p. 68).

Por exemplo, a Constituição Federal limita a autonomia individual, ao proibir a comercialização do próprio sangue (art. 199, § 4º). Trata-se de uma posição constitucional da dignidade como heteronomia, proibição que presta obsequio a valores sociais civilizatórios, ou seja, restringe a liberdade do indivíduo para prestigiar *a sociedade*. Como expressa Luís Roberto Barroso, “a ‘dignidade como heteronomia’ traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes das escolhas individuais. Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público, moralidade ou busca do bem do próprio indivíduo” (2018, pp. 68-69).

Por fim, encerrando o tema da dignidade humana, é importante registrar que, como regra, tanto a Constituição como o Supremo Tribunal Federal têm preferido a dignidade como autonomia à dignidade como heteronomia. Ambas são acolhidas pelo texto constitucional e pelo Excelso Pretório, mas

compreende-se que, em geral, deve-se prestigiar a dignidade como autonomia. Excepcionalmente, a solução de um dado *hard case* pode apontar para a dignidade como heteronomia, mas, neste caso, exige-se um ônus argumentativo maior (2018, pp. 75-76).

1.4. Direito à igualdade

Homens, mulheres, negros, brancos, ricos, pobres, gays, heterossexuais, cristãos, umbandistas, muçulmanos, judeus e ateus sangram, suam e choram da mesma maneira. O significado desta proposição pode ser evidenciado por meio de um aparente dilema moral. Se um avião caísse e houvesse mais tripulantes do que paraquedas, o *critério de merecimento* jamais poderia ser aferido pela cor, sexo, condição social, religião ou orientação sexual, porquanto o valor da vida humana não admite distinção. Um mendigo seria tão merecedor do paraquedas quanto um dedicado pai de família que pernoita no seu próprio lar. Uma meretriz seria tão merecedora do paraquedas quanto uma freira. Em uma análise meritória, um dependente químico mereceria viver na mesma medida que um jovem estudioso e trabalhador. O enfermo não poderia ser preterido em favor de quem quer que seja. Embora enfatizar tudo isto seja uma obviedade, vivemos uma época em que o óbvio precisa ser explicitado.

Basta lembrar que, na ADI 5581, o STF foi provocado a pronunciar-se sobre a possibilidade de **abortamento de fetos com microcefalia**, uma ação judicial cuja *causa de pedir* remete aos gregos da Antiguidade, mais precisamente àqueles de Esparta. O costume espartano, que repugna à dignidade humana, consistia em submeter a vida dos recém-nascidos à avaliação dos anciãos. Somente crianças fortes e saudáveis eram aprovadas e tinham assegurado o direito à sobrevivência. Bebês deficientes eram arremessados de um precipício (FUNARI, 2019, p. 32). Em suma, uma prática típica de eugenia, que repudiava a “deficiência” humana e cultuava a “perfeição”.

Infelizmente, no século XXI, a eugenia subsiste.

Uma coisa é sustentar o aborto como um pretense direito das mulheres. O pleito é próprio da democracia, onde mesmo cidadãos bem instruídos francamente divergem sobre desacordos morais razoáveis. Neste caso, a causa de pedir radica-se na reinvidicação de direitos reprodutivos. Mas não é disto que se cuida. Assume contornos diversos *fundamentar* uma pretensão de abortamento na *deficiência* do nascituro (causa de pedir), como se, *em razão disso*, ele fosse *um fardo maior* para as gestantes brasileiras e seus familiares ou até *indesejado*.

Deduzir em juízo a pretensão de abortamento de seres humanos em razão da microcefalia, da Síndrome de *Down* ou de qualquer outra circunstância que indique deficiência é, antes de tudo, uma ofensa endereçada aos pais destas pessoas. A propósito, é no mínimo constrangedor imaginar uma pessoa adulta,

com microcefalia, descrevendo que, no seu país, apenas pessoas *como ela* podem ser abortadas, mas nunca *todas as demais*.

Não por acaso, em alguns países, muitos abortamentos têm sido praticados para evitar o nascimento de crianças com Síndrome de *Down*. A verdade, no entanto, é que uma sociedade composta por indivíduos com Síndrome de *Down* é uma sociedade *melhor*. Estas pessoas pluralizam e aprimoram a comunidade. Longe de serem um fardo, são elas *verdadeiramente* especiais e têm elas muito a nos ensinar.

Alguns já perceberam isso. Nas palavras do polonês Karol Wojtyła, que o mundo veio a conhecer como Papa João Paulo II, “os diagnósticos pré-natais [...] tornam-se, com muita frequência, ocasião para propor e solicitar o aborto. É o **aborto eugênico**, cuja legitimação, na opinião pública, nasce de uma mentalidade [...] que acolhe a vida apenas sob certas condições, e que **recusa a limitação, a deficiência, a enfermidade**” (2011, p. 31). Em data mais recente, Jorge Bergoglio, atual líder da Igreja Católica notabilizado como Papa Francisco, censurou a prática da eugenia e fez uma pergunta incômoda: “*Por que não vemos anões nas ruas?*” (Portal G1, 16/06/2018). A indagação “por que não vemos anões nas ruas” sinaliza uma preocupação bastante atual quando se trata de direitos fundamentais: o risco de *extinção da diferença*, por meio da *eliminação do diferente*. Pessoas com deficiência estão nascendo cada vez menos em determinados países, exatamente porque são sumariamente indesejadas e, por conseguinte, repudiadas no ventre. Tais seres humanos, que são tão valiosos para a humanidade, podem simplesmente desaparecer do nosso convívio.

Em boa verdade, o tema se traduz na “*falta de solidariedade com os membros mais fracos da sociedade – como são os idosos, os doentes, os imigrantes, as crianças [...]*” (WOJTYLA, 2011, p. 22). Aliás, a pandemia de 2020 (SARS-CoV-2) revelou – ou confirmou – que os mais fortes e jovens nem sempre se compadecem com os mais fracos e pessoas idosas. Não é por acaso que pais idosos são abandonados em asilos por filhos ingratos e que filhos recém-nascidos sequer são registrados por homens covardes. Em comum, o onipresente descarte dos mais vulneráveis. É por tudo isso que, repita-se, convém explicitar o óbvio: a gramática dos Direitos Fundamentais é, por excelência, humanista. Fracos ou fortes, somos todos iguais.

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do dia 04/05/2020, acabou não efetuando uma incursão meritória na ADI 5581. De maneira unânime, os Ministros julgaram prejudicada a ação, assim como não conheceu da arguição de descumprimento de preceito fundamental que também versava sobre esse tema. Com isto, a questão permaneceu em aberto no STF.

Pois bem.

Todos somos rigorosamente equivalentes em *importância, dignidade e consideração*. Contudo, embora os seres humanos sejam iguais em importância,

é possível vislumbrar distinções quanto à *vulnerabilidade*. É esta sutileza que permite compreender a essência da isonomia, tal como proclamada por Rui Barbosa e que já era mencionada por Aristóteles. Em sua Oração aos Moços, o jurista adverte:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalesssem.

Em monografia dedicada ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello descreve que a máxima aristotélica da isonomia (reproduzida por Rui Barbosa), que se resume a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, colabora apenas como um ponto de partida para as reflexões. O cerne do problema, no entanto, permaneceria em aberto: **afinal, quem são os iguais e quem são os desiguais? Que tipo de igualdade veda e qual espécie de desigualdade permite a discriminação, sem que seja conspurcado o princípio da isonomia?** (MELLO, 2013, p. 11).

Celso Antônio Bandeira de Mello admite que “[...] **qualquer elemento [...] pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório**”, desde que exista um “[...] vínculo de correlação lógica [...]” entre a peculiaridade tomada em consideração e a desigualdade de tratamento, devendo essa correlação ser compatível com a Constituição (MELLO, 2013, p. 17). Para esta concepção, em princípio, é possível que o Poder Público ou o legislador discrimine, *validamente*, uma pessoa em razão da cor dos olhos, do sexo, da raça, da estatura ou de qualquer outro elemento. Esta é a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e que é majoritária no Brasil, inclusive, no STF.

No que concerne à **discriminação pela raça**, o autor fornece exemplos de discriminações válidas. Em se tratando de “[...] seleção de candidatos a exercícios físicos, controlados por órgãos de pesquisa, que sirvam de base ao estudo e medição da especialidade esportiva mais adaptada às pessoas de raça negra” (MELLO, 2013, p. 16). Ou supondo-se que, “[...] grassando em certa região uma epidemia, a que se revelem resistentes os indivíduos de certa raça, a lei estabeleça que só poderão candidatar-se a cargos públicos de enfermeiro, naquela área, indivíduos pertencentes à raça refratária à contração da doença que se queira debelar” (MELLO, 2013, p. 16). Quanto à **discriminação pelo sexo**, o jurista exemplifica com a admissão apenas de mulheres em concurso para polícia feminina (MELLO, 2013, p. 16). A **discriminação baseada na religião** pode ser promovida pelo Poder Público, afirma o autor, quando a Administração Pública “[...] faculte aos funcionários filiados a credo religioso incompatível com o