

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

4ª | revista
edição | atualizada
ampliada

2021



Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 Salvador – Bahia

Tel: (71) 3045.9051

• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

1192181

Fonteles, Samuel Sales.

Direitos Fundamentais/ Samuel Sales Fonteles – 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador:
Editora JusPodivm, 2021.

384 p.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5680-594-8

1. Defesa Constitucional. 2. Direitos primordiais. I. Fonteles, Samuel Sales. II. Título.

CDD 341.27

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1. Introdução	15
2. Características	19
2.1. O vínculo usual com a dignidade humana	19
2.2. Inalienabilidade	22
2.3. Irrenunciabilidade	23
2.4. Indisponibilidade	23
2.5. Historicidade.....	24
2.6. Não taxatividade	25
2.7. Imprescritibilidade	26
2.8. Relatividade	26
3. Gerações de direitos fundamentais.....	30
3.1. Direitos de 1ª Geração.....	30
3.2. Direitos de 2ª Geração	31
3.3. Direitos de 3ª Geração.....	31
3.4. Direitos de 4ª Geração	32
3.5. Direitos de 5ª Geração.....	33
3.6. Críticas à Teoria das Gerações.....	33
3.6.1. Terminologia	33
3.6.2. Dificuldade de aplicação no Direito Internacional.....	34
4. Cláusulas Pétreas.....	35
5. Sujeito Ativo e Passivo dos direitos fundamentais	41
5.1. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: teoria direta, teoria indireta e doutrina da <i>state action</i>	47
5.2. Eficácia diagonal dos direitos fundamentais?	50
6. Aplicabilidade das Normas Constitucionais.....	51
6.1. Normas de eficácia plena	51
6.2. Normas de eficácia contida	51
6.3. Normas de eficácia limitada.....	52
7. Núcleo essencial e restrição a direitos fundamentais.....	54
7.1. Colisão ou tensão entre direitos fundamentais: da distinção entre proporcionalidade e sopesamento	58
7.2. Suporte fático, âmbito de proteção e intervenções estatais.....	63
7.3. Teoria interna, teoria externa e a doutrina dos “limites dos limites” (schranken-schranken).....	74
8. Dimensão objetiva e dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.....	75
9. Direitos fundamentais putativos.....	75
10. Teoria dos deveres fundamentais	77

CAPÍTULO II

DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS	83
Direitos individuais.....	83
1.1. Noções gerais e localização topográfica	83
1.2. Direito à vida.....	86
1.2.1. Aborto.....	88
1.3. Direito à liberdade	92
1.4. Direito à igualdade	95
1.4.1. Isonomia no contexto racial	101
1.5. Direito à segurança	106
1.6. Direito de propriedade	107
2. Princípio da isonomia no contexto dos homens e mulheres.....	107
2.1. Noções gerais.....	107
2.2. A Teoria do Impacto Desproporcional (<i>Disparate Impact Doctrine</i>).....	109
2.3. Exceções ao princípio da isonomia	112
3. Princípio da Legalidade.....	113
3.1. O alcance da expressão lei.....	113
3.2. Legalidade <i>versus</i> Reserva Legal	115
4. Vedação à tortura.....	117
4.1. Tortura e Lei de Anistia	118
5. Liberdade de expressão: a dicotomia da constituição de 1988 quanto aos marcos teóricos de Voltaire e Karl Popper.....	120
5.1. O caráter preferencial da liberdade de expressão.....	122
5.2. Discurso de ódio (<i>hate speech</i>)	123
5.3. Liberdade de Expressão e “Fake News”	132
5.3.1. <i>Fake News</i> Lícitas.....	133
5.3.2. <i>Fake News</i> Ilícitas.....	136
5.4. Obscenidade e o Teste de Miller (<i>Miller Test</i>)	139
5.5. O teste do “ <i>Clear and Present Danger</i> ”: uma metodologia para aferir a violação à liberdade de expressão	142
5.6. A vedação ao anonimato.....	143
5.7. O crime de desacato e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.....	144
5.8. Reclamações constitucionais e liberdade de expressão	144
6. Laicidade do Estado.....	148
6.1. O chamado “Lemon Test”: uma metodologia para aferir a violação à laicidade.....	153
6.2. Cultos que desafiam os costumes sociais	155
6.3. Direito ao Proselitismo e Direito ao Segredo	158
6.4. Liberdade de expressão de sacerdotes religiosos para a desquali- ficação de outras religiões: os limites do proselitismo	163
6.5. Homossexualidade e Religião: equacionando uma tensão entre direitos fundamentais.....	165
6.6. Casamento religioso.....	170

6.7.	Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo (art. 208, CP).....	170
6.8.	Transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová.....	171
7.	Escusa de consciência.....	172
8.	Liberdade de expressão (intelectual, artística, científica e de comunicação) e vedação à censura.....	176
8.1.	Da Liberdade de expressão intelectual e científica.....	176
8.1.1.	Da proteção constitucional à publicação literária e científica de ideias antissociais.....	177
8.1.2.	Autonomia universitária, vedação à censura e classificação indicativa.....	181
8.2.	Da Liberdade de expressão artística.....	183
8.3.	Da Liberdade de Expressão Comunicativa.....	185
8.3.1.	A "Fairness Doctrine" como uma dimensão positiva da liberdade comunicativa.....	185
8.4.	Biografias não autorizadas: (in)constitucionalidade dos arts. 20 e 21, CC/02.....	190
9.	Proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem.....	191
9.1.	Intimidade <i>versus</i> vida privada.....	193
9.2.	O Teste da Expectativa Razoável de Privacidade (<i>Reasonable Expectation of Privacy – Katz Test</i>).....	194
9.3.	Honra (objetiva e subjetiva).....	195
9.4.	Imagem.....	196
9.4.1.	Imagem retrato.....	197
9.4.2.	Imagem atributo.....	197
9.5.	Dano material e dano moral.....	198
9.6.	Direito ao Esquecimento.....	198
10.	Inviolabilidade de domicílio.....	201
10.1.	Conceito e abrangência do vocábulo "casa".....	201
10.2.	Hipóteses constitucionais e a jurisprudência do STF.....	202
11.	Sigilo epistolar, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.....	207
11.1.	O alcance da expressão "salvo, no último caso".....	208
11.2.	Utilização da interceptação telefônica em processos e procedimentos não criminais.....	213
11.3.	Lei de interceptação telefônica e o STF.....	214
11.4.	Teoria do Juízo Aparente.....	215
12.	Direito de Locomoção.....	219
12.1.	Direito plasmado em norma de eficácia contida.....	219
12.1.1.	Restrições infraconstitucionais.....	219
12.1.2.	Restrições trazidas pela própria Constituição.....	220
13.	Direito de reunião.....	221
14.	Liberdade de associação.....	225
15.	Direito à propriedade privada.....	230

15.1.	Considerações gerais.....	230
15.2.	Restrições ao direito de propriedade.....	230
15.3.	Noções gerais.....	231
15.4.	Interdisciplinaridade da função social.....	234
15.5.	Conceito.....	234
15.6.	Exceções.....	235
16.	Inafastabilidade da jurisdição.....	242
16.1.	Noções gerais e conteúdo do princípio.....	242
16.2.	Exceções ao princípio do livre acesso à justiça.....	243
17.	Segurança Jurídica.....	245
17.1.	Noções gerais.....	245
17.1.1.	Vertente objetiva do princípio da segurança jurídica: estabilidade e previsibilidade.....	246
17.1.2.	Vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica: proteção da confiança.....	250
17.1.3.	Jurisprudência do STF.....	250
18.	Princípio do juiz natural.....	251
18.1.	Noções gerais.....	251
18.2.	Princípios constitucionais.....	252
18.3.	Execução Provisória da condenação no Tribunal do Júri.....	255
19.	Princípio da reserva legal e princípio da anterioridade.....	256
19.1.	Noções gerais.....	256
19.2.	Medidas provisórias.....	256
19.3.	O alcance da norma.....	257
19.4.	Normas penais em branco.....	257
19.5.	Extra-atividade como gênero de duas espécies: retroatividade e ultra-atividade.....	258
19.6.	(In)constitucionalidade das leis temporárias e excepcionais (art. 3º, CP).....	258
19.7.	Conjugação de leis.....	259
19.8.	Lei mais benéfica e coisa julgada.....	260
20.	Racismo.....	261
20.1.	Mandados de criminalização e o princípio da vedação à proteção insuficiente.....	261
20.2.	O racismo na visão do STF: caso Siegfried Ellwanger.....	261
20.3.	Racismo e homofobia: a criação de tipos penais pretorianos (ADO 26 e MI 4733).....	264
21.	Crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.....	271
21.1.	Noções gerais e diferenças entre os institutos da graça, anistia e indulto.....	271
21.2.	Regime jurídico mais rígido para crimes hediondos e equiparados: visão do STF.....	271
22.	Intransmissibilidade da pena.....	273
22.1.	Segregação por idade.....	280

22.2.	Segregação pelo sexo	281
22.3.	Segregação entre pessoas maiores e do mesmo sexo	282
23.	Extradicação de brasileiro.....	284
23.1.	Conceito de extradicação e aspectos constitucionais	284
23.2.	Requisitos impostos pela lei e pela jurisprudência do STF	286
23.3.	Distinções entre institutos assemelhados	288
23.4.	Entrega de brasileiros para o Tribunal Penal Internacional	289
24.	Extradicação de estrangeiro	291
24.1.	Noções de crimes políticos: os critérios da preponderância e da principalidade	291
24.2.	A decisão do STF vincula o presidente da República?.....	293
25.	Juiz Natural	296
25.1.	Noções gerais	296
25.2.	Promotor Natural	298
25.3.	Juiz sem rosto.....	298
26.	Devido processo legal	299
26.1.	Noções gerais	299
26.2.	Dimensão adjetiva ou formal	300
26.3.	Dimensão substantiva ou material	302
26.3.1.	Uma visão crítica acerca da dimensão substantiva do Devido Processo Legal.....	304
27.	A ampla defesa e o contraditório	306
27.1.	Noções gerais e conceitos: contraditório formal, material e ampla defesa	306
27.2.	Contraditório e ampla defesa nas demandas executivas.....	306
27.3.	Estudo das súmulas do STF	307
27.3.1.	Exigência de depósito prévio para recursos administrativos	307
27.3.2.	Mitigação da súmula vinculante 3: “ <i>overriding</i> ”	307
27.3.3.	Defesa técnica de advogado.....	309
27.3.4.	Direito de acesso aos autos do inquérito	310
28.	Provas ilegais	311
28.1.	Provas ilícitas e provas ilegítimas	311
28.2.	Illicitude por derivação	311
28.3.	Aplicação da proporcionalidade	313
29.	Princípio da não culpabilidade (“presunção de inocência”)	314
29.1.	Noções gerais	314
29.2.	Consequências do princípio da não culpabilidade	315
29.2.1.	Execução provisória da pena e núcleo essencial do princípio da não culpabilidade (“presunção de inocência”)	324
29.3.	Temperamentos do princípio da não culpabilidade no STF	327
30.	Prisões.....	332
30.1.	Noções gerais	332
30.2.	Prisões compatíveis com a nova ordem constitucional.....	332

30.3.	Jurisprudência do STF	334
31.	Vedação à incomunicabilidade da pessoa presa	337
31.1.	Direito ao silêncio	337
32.	Liberdade provisória	345
32.1.	Noções gerais	345
32.2.	Posição do STF acerca da liberdade provisória em crimes inafiançáveis	346
33.	Prisão civil por dívida	347
33.1.	Noções introdutórias	347
33.2.	Dívida de alimentos e prisão civil.....	348
34.	<i>Habeas corpus</i>	349
34.1.	Natureza jurídica	349
34.2.	Objeto	349
34.3.	Partes.....	350
35.	Mandado de segurança	351
35.1.	Conceito e natureza jurídica	351
35.2.	Objeto	352
35.3.	Prazo.....	352
35.4.	Partes.....	353
36.	Mandado de injunção	355
36.1.	Conceito e natureza jurídica	355
36.2.	Normas de Eficácia Limitada e a Inconstitucionalidade por omissão	355
36.3.	Efeitos da decisão	356
37.	<i>Habeas data</i>	359
37.1.	Conceito e Natureza Jurídica	359
37.2.	Objeto	360
37.3.	A prévia utilização das vias administrativas	360
38.	Ação popular	361
38.1.	Conceito e natureza jurídica	361
38.2.	Legitimidade ativa	361
38.3.	Legitimidade passiva.....	362
38.4.	Objeto	362
38.5.	Competência	363
38.6.	Isenção de custas.....	363
39.	Tratados Internacionais.....	370
39.1.	Incorporação dos tratados internacionais	370
39.2.	Posição hierárquica dos tratados internacionais.....	373
39.3.	(Im)possibilidade de denúncia de tratados com <i>status</i> de emenda constitucional.....	377
BIBLIOGRAFIA		379