

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

**5ª** | revista  
edição | atualizada  
ampliada

**2022**

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

Rua Canuto Saraiva, 131 – Mooca – CEP: 03113-010 – São Paulo – São Paulo  
Tel: (11) 3582.5757  
• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

**Copyright:** Edições JusPODIVM

**Capa:** Ana Caquetti

F682d Fonteles, Samuel Sales.  
Direitos Fundamentais / Rodrigo Luz – 5. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.  
432 p.

ISBN 978-85-442-3740-3

1. Direito Constitucional. 2. Direitos Fundamentais. 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

<b>TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>25</b>
1. Introdução .....	25
2. Características .....	29
2.1. O vínculo usual com a dignidade humana .....	29
2.2. Inalienabilidade .....	32
2.3. Irrenunciabilidade .....	33
2.4. Indisponibilidade .....	35
2.5. Historicidade.....	36
2.6. Não taxatividade .....	36
2.7. Imprescritibilidade .....	37
2.8. Relatividade .....	38
3. Gerações de direitos fundamentais.....	44
3.1. Direitos de 1ª Geração .....	44
3.2. Direitos de 2ª Geração .....	45
3.3. Direitos de 3ª Geração .....	45
3.4. Direitos de 4ª Geração .....	46
3.5. Direitos de 5ª Geração .....	46
3.6. Críticas à Teoria das Gerações.....	47
3.6.1. Terminologia .....	47
3.6.2. Dificuldade de aplicação no Direito Internacional .....	48
4. Cláusulas pétreas.....	49
5. Sujeito ativo e passivo dos direitos fundamentais.....	55
5.1. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: teoria direta, teoria indireta e doutrina da <i>state action</i> .....	61
5.2. Eficácia diagonal dos direitos fundamentais? .....	64
6. Aplicabilidade das normas constitucionais.....	65
6.1. Normas de eficácia plena .....	65
6.2. Normas de eficácia contida .....	66
6.3. Normas de eficácia limitada .....	66
7. Núcleo essencial e restrição a direitos fundamentais.....	68
7.1. Colisão ou tensão entre direitos fundamentais: da distinção entre proporcionalidade e sopesamento .....	72
7.2. Suporte fático, âmbito de proteção e intervenções estatais .....	77

7.3. Teoria interna, teoria externa e a doutrina dos “limites dos limites” (schranken-schranken).....	88
8. Dimensão objetiva e dimensão subjetiva dos direitos fundamentais .....	92
9. Direitos fundamentais putativos .....	93
10. Teoria dos deveres fundamentais .....	94

## CAPÍTULO II

<b>DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS .....</b>	<b>99</b>
1. Direitos individuais .....	99
1.1. Noções gerais e localização topográfica .....	99
1.2. Direito à vida .....	102
1.2.1. Aborto .....	104
1.3. Direito à liberdade .....	108
1.4. Direito à igualdade .....	111
1.4.1. Isonomia no contexto racial .....	117
1.4.2. Isonomia no contexto da orientação sexual .....	123
1.5. Direito à segurança .....	126
1.6. Direito de propriedade .....	126
2. Princípio da isonomia no contexto dos homens e mulheres .....	127
2.1. Noções gerais .....	127
2.2. A Teoria do Impacto Desproporcional ( <i>Disparate Impact Doctrine</i> ) .....	129
2.3. Exceções ao princípio da isonomia .....	131
3. Princípio da legalidade .....	132
3.1. O alcance da expressão lei .....	132
3.2. Legalidade <i>versus</i> Reserva Legal .....	135
4. Vedação à tortura .....	136
4.1. Tortura e Lei de Anistia.....	137
5. Liberdade de expressão .....	139
5.1. A dicotomia da constituição de 1988 quanto aos marcos teóricos de Voltaire e Karl Popper .....	153
5.2. O caráter preferencial da liberdade de expressão .....	155
5.3. Discurso de ódio ( <i>hate speech</i> ).....	156
5.4. Liberdade de Expressão e “Fake News” .....	165
5.4.1. <i>Fake News</i> Lícitas .....	166
5.4.2. <i>Fake News</i> Ilícitas .....	169
5.5. Obscenidade e o Teste de Miller ( <i>Miller Test</i> ).....	172
5.6. O teste do “ <i>Clear and Present Danger</i> ”: uma metodologia para aferir a violação à liberdade de expressão .....	175
5.7. A vedação ao anonimato .....	176

5.8.	A Liberdade de Expressão na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.....	177
5.9.	Reclamações constitucionais e liberdade de expressão.....	177
6.	Laicidade do estado .....	181
6.1.	O chamado “Lemon Test”: uma metodologia para aferir a violação à laicidade.....	186
6.2.	Cultos que desafiam os costumes sociais .....	188
6.3.	Direito ao Proselitismo e Direito ao Segredo.....	191
6.4.	Liberdade de expressão de sacerdotes religiosos para a desqualificação de outras religiões: os limites do proselitismo.....	195
6.5.	Homossexualidade e Religião: equacionando uma tensão entre direitos fundamentais .....	197
6.6.	Casamento religioso .....	202
6.7.	Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo (art. 208, CP).....	203
6.8.	Transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová.....	203
7.	Escusa de consciência .....	204
8.	Liberdade de expressão (intelectual, artística, científica e de comunicação) e vedação à censura .....	208
8.1.	Da Liberdade de expressão intelectual e científica.....	208
8.1.1.	Da proteção constitucional à publicação literária e científica de ideias antissociais .....	209
8.1.2.	Autonomia universitária, vedação à censura e classificação indicativa .....	213
8.2.	Da Liberdade de expressão artística.....	215
8.3.	Da Liberdade de Expressão Comunicativa .....	218
8.3.1.	A “Fairness Doctrine” como uma dimensão positiva da liberdade comunicativa.....	218
8.4.	Biografias não autorizadas: (in)constitucionalidade dos arts. 20 e 21, CC/02.....	222
9.	Proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem.....	223
9.1.	Intimidade versus vida privada .....	225
9.2.	O Teste da Expectativa Razoável de Privacidade ( <i>Reasonable Expectation of Privacy – Katz Test</i> ).....	226
9.3.	Honra (objetiva e subjetiva).....	227
9.4.	Imagem .....	228
9.4.1.	Imagem retrato.....	229
9.4.2.	Imagem atributo .....	230
9.5.	Dano material e dano moral .....	230
9.6.	Direito ao Esquecimento.....	230
10.	Inviolabilidade de domicílio .....	233

10.1.	Conceito e abrangência do vocábulo “casa”.....	233
10.2.	Hipóteses constitucionais e a jurisprudência do STF.....	233
11.	Sigilo epistolar, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.....	240
11.1.	O alcance da expressão “salvo, no último caso”.....	240
11.2.	Utilização da interceptação telefônica em processos e procedimentos não criminais.....	244
11.3.	Lei de interceptação telefônica e o STF.....	246
11.4.	Teoria do Juízo Aparente.....	247
12.	Direito de locomoção.....	250
12.1.	Direito plasmado em norma de eficácia contida.....	250
12.1.1.	Restrições infraconstitucionais.....	251
12.1.2.	Restrições trazidas pela própria Constituição.....	252
13.	Direito de reunião.....	253
14.	Liberdade de associação.....	257
15.	Direito à propriedade privada.....	262
15.1.	Considerações gerais.....	262
15.2.	Restrições ao direito de propriedade.....	263
15.3.	Noções gerais.....	263
15.4.	Interdisciplinaridade da função social.....	266
15.5.	Conceito.....	267
15.6.	Exceções.....	267
16.	Inafastabilidade da jurisdição.....	274
16.1.	Noções gerais e conteúdo do princípio.....	274
16.2.	Exceções ao princípio do livre acesso à justiça.....	275
17.	Segurança jurídica.....	277
17.1.	Noções gerais.....	277
17.1.1.	Vertente objetiva do princípio da segurança jurídica: estabilidade e previsibilidade.....	278
17.1.2.	Vertente subjetiva do princípio da segurança jurídica: proteção da confiança.....	282
17.1.3.	Jurisprudência do STF.....	282
18.	Princípio do juiz natural.....	283
18.1.	Noções gerais.....	284
18.2.	Princípios constitucionais.....	284
18.3.	Execução Provisória da condenação no Tribunal do Júri.....	287
19.	Princípio da reserva legal e princípio da anterioridade.....	288
19.1.	Noções gerais.....	288
19.2.	Medidas provisórias.....	289
19.3.	O alcance da norma.....	289

19.4.	Normas penais em branco.....	289
19.5.	Extra-atividade como gênero de duas espécies: retroatividade e ultra-atividade .....	290
19.6.	(In)constitucionalidade das leis temporárias e excepcionais (art. 3º, CP) .....	291
19.7.	Conjugação de leis .....	291
19.8.	Lei mais benéfica e coisa julgada.....	292
20.	Racismo.....	293
20.1.	Mandados de criminalização e o princípio da vedação à proteção insuficiente.....	293
20.2.	O racismo na visão do STF: caso Siegfried Ellwanger.....	294
20.3.	Racismo e homofobia: a criação de tipos penais pretorianos (ADO 26 e MI 4733) .....	296
21.	Crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia .....	304
21.1.	Noções gerais e diferenças entre os institutos da graça, anistia e indulto.....	304
21.2.	Regime jurídico mais rígido para crimes hediondos e equiparados: visão do STF .....	304
22.	Intransmissibilidade da pena.....	306
22.1.	Segregação por idade.....	313
22.2.	Segregação pelo sexo.....	314
22.3.	Segregação entre pessoas maiores e do mesmo sexo.....	315
23.	Extradição de brasileiro.....	317
23.1.	Conceito de extradição e aspectos constitucionais.....	317
23.2.	Requisitos impostos pela lei e pela jurisprudência do STF.....	319
23.3.	Distinções entre institutos assemelhados .....	321
23.4.	Entrega de brasileiros para o Tribunal Penal Internacional .....	322
24.	Extradição de estrangeiro .....	324
24.1.	Noções de crimes políticos: os critérios da preponderância e da principalidade .....	324
24.2.	A decisão do STF vincula o presidente da República?.....	326
25.	Juiz natural .....	329
25.1.	Noções gerais.....	329
25.2.	Promotor Natural.....	331
25.3.	Juiz sem rosto.....	331
26.	Devido processo legal .....	332
26.1.	Noções gerais.....	332
26.2.	Dimensão adjetiva ou formal .....	333
26.3.	Dimensão substantiva ou material .....	335
26.3.1.	Uma visão crítica acerca da dimensão substantiva do Devido Processo Legal.....	336

27. A ampla defesa e o contraditório .....	338
27.1. Noções gerais e conceitos: contraditório formal, material e ampla defesa .....	338
27.2. Contraditório e ampla defesa nas demandas executivas .....	339
27.3. Estudo das súmulas do STF .....	339
27.3.1. Exigência de depósito prévio para recursos administrativos .....	339
27.3.2. Mitigação da súmula vinculante 3: “overriding” .....	340
27.3.3. Defesa técnica de advogado .....	342
27.3.4. Direito de acesso aos autos do inquérito .....	343
28. Provas ilegais .....	343
28.1. Provas ilícitas e provas ilegítimas .....	343
28.2. Ilícitude por derivação .....	344
28.3. Aplicação da proporcionalidade .....	346
29. Princípio da não culpabilidade (“presunção de inocência”) .....	346
29.1. Noções gerais .....	346
29.2. Consequências do princípio da não culpabilidade .....	348
29.2.1. Execução provisória da pena e núcleo essencial do princípio da não culpabilidade (“presunção de inocência”) ....	356
29.3. Temperamentos do princípio da não culpabilidade no STF .....	360
30. Prisões .....	364
30.1. Noções gerais .....	364
30.2. Prisões compatíveis com a nova ordem constitucional .....	365
30.3. Jurisprudência do STF .....	366
31. Vedação à incomunicabilidade da pessoa presa .....	369
31.1. Direito ao silêncio .....	370
32. Liberdade provisória .....	378
32.1. Noções gerais .....	378
32.2. Posição do STF acerca da liberdade provisória em crimes inafiançáveis .....	379
33. Prisão civil por dívida .....	379
33.1. Noções introdutórias .....	379
33.2. Dívida de alimentos e prisão civil .....	380
34. <i>Habeas corpus</i> .....	381
34.1. Natureza jurídica .....	381
34.2. Objeto .....	382
34.3. Partes .....	382
35. Mandado de segurança .....	383
35.1. Conceito e natureza jurídica .....	383
35.2. Objeto .....	384



35.3.	Prazo.....	385
35.4.	Partes.....	385
36.	Mandado de injunção .....	387
36.1.	Conceito e natureza jurídica .....	387
36.2.	Normas de Eficácia Limitada e a Inconstitucionalidade por omissão.....	388
36.3.	Efeitos da decisão .....	389
37.	<i>Habeas data</i> .....	392
37.1.	Conceito e Natureza Jurídica .....	392
37.2.	Objeto .....	392
37.3.	A prévia utilização das vias administrativas .....	393
38.	Ação popular .....	393
38.1.	Conceito e natureza jurídica .....	393
38.2.	Legitimidade ativa.....	394
38.3.	Legitimidade passiva .....	394
38.4.	Objeto .....	395
38.5.	Competência .....	395
38.6.	Isenção de custas.....	396
39.	Tratados internacionais.....	406
39.1.	Incorporação dos tratados internacionais.....	406
39.2.	Posição hierárquica dos tratados internacionais.....	408
39.3.	(Im)possibilidade de denúncia de tratados com <i>status</i> de emenda constitucional.....	412
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>		<b>415</b>