

STJ00098276

George Marmelstein

Curso de

Direitos Fundamentais

5ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2014

© 2008 by Editora Atlas S.A.

1. ed. 2008; 2. ed. 2009; 3. ed. 2011; 4. ed. 2013; 5. ed. 2014

Capa: Roberto de Castro Polisel
Composição: Formato Serviços de Editoração Ltda.



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Marmelstein, George
Curso de direitos fundamentais / George Marmelstein – 5. ed. –
São Paulo: Atlas, 2014.

Bibliografia.
ISBN 978-85-224-8805-6

1. Direitos fundamentais I. Título.

08-04035
CDD-342.7

Índice para catálogo sistemático:

1. Direitos fundamentais : Direito constitucional 342.7

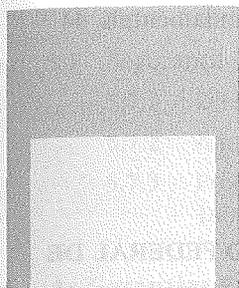
TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br



Sumário

Prefácio à 5ª edição, xvii

Apresentação do curso, xix

Parte I – ABRINDO AS PORTAS PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1

1 A Teoria dos Direitos Fundamentais, 3

- 1.1 O nazismo e a banalidade do mal, 3
- 1.2 O Julgamento de Nuremberg, 6
- 1.3 O pós-positivismo e a teoria dos direitos fundamentais, 9

2 Conceito de Direitos Fundamentais, 14

- 2.1 O uso banalizado da expressão *direitos fundamentais*, 14
- 2.2 O conteúdo ético dos direitos fundamentais, 15
- 2.3 O conteúdo normativo dos direitos fundamentais, 17
- 2.4 Um conceito de direitos fundamentais, 17
- 2.5 Direitos fundamentais como direitos positivados, 19
- 2.6 Direitos fundamentais implícitos, 21
- 2.7 Direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, 23
- 2.8 Delimitando o objeto de estudo, 25

3 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais, 27

- 3.1 Direitos do homem: a matéria-prima dos direitos fundamentais, 27
- 3.2 Do Estado absoluto ao Estado de direito, 31
 - 3.2.1 O Estado Democrático de Direito, 34
- 3.3 As “gerações” dos direitos, 36
- 3.4 As revoluções liberais e a “primeira geração” dos direitos fundamentais, 38
 - 3.4.1 A igualdade “da boca pra fora”, 42

- 3.5 A Revolução Industrial e a “segunda geração” de direitos fundamentais, 44
- 3.6 A “terceira geração” de direitos, 48
- 3.7 As novas “gerações”, 50
 - 3.7.1 Ameaças aos direitos fundamentais, 52
- 3.8 Críticas à teoria das gerações dos direitos fundamentais, 53

Parte II – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, 59

- 4 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: Visão Geral, 61**
 - 4.1 A Constituição Federal de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais no Brasil, 61
 - 4.2 Frustração constitucional *versus* vontade de Constituição, 65
 - 4.3 O modelo político-econômico adotado pela Constituição de 1988, 68
- 5 Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, 73**
 - 5.1 Respeito ao Próximo, 73
 - 5.1.1 Direito à diferença, 78
 - 5.1.2 Discriminação e os direitos dos homossexuais, 78
 - 5.1.3 Combate ao racismo, 81
 - 5.1.4 As ações afirmativas, 82
 - 5.2 Respeito à vida, 85
 - 5.2.1 Pena de morte, 86
 - 5.2.2 Aborto, 90
 - 5.2.3 Pesquisa com células-tronco, 94
 - 5.2.4 Eutanásia, 97
 - 5.3 Respeito à integridade física e moral do indivíduo, 100
 - 5.4 Respeito à autonomia da vontade, 101
 - 5.5 Liberdade, 103
 - 5.5.1 Liberdade de locomoção, 104
 - 5.5.2 Liberdade de crença e de religião, 107
 - 5.5.3 Liberdade de profissão e econômica, 112
 - 5.5.4 Liberdade de associação, 115
 - 5.5.5 Liberdade de reunião, 117
 - 5.5.6 Liberdade de expressão, 123
 - 5.6 Direitos de personalidade, 133
 - 5.6.1 Intimidade, privacidade, honra e imagem, 133
 - 5.6.2 Inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações, 137
 - 5.6.3 Inviolabilidade do domicílio, 149

- 5.6.4 Algumas notas sobre a Operação Furacão (*Hurricane*), 153
- 5.7 Segurança jurídica, 154
 - 5.7.1 Direito de propriedade, 154
 - 5.7.2 A propriedade intelectual, 159
 - 5.7.3 Proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, 160
- 6 As Garantias Processuais, 167**
 - 6.1 O Acesso à Justiça como direito fundamental, 167
 - 6.2 Dever de investigar com ética, 169
 - 6.3 Dever de processar com ética, 180
 - 6.4 Dever de Punir com ética, 185
 - 6.5 Direitos fundamentais e impunidade, 188
- 7 Dos Direitos Sociais, 190**
 - 7.1 Os Direitos econômicos, sociais e culturais, 190
 - 7.2 Os direitos trabalhistas, 192
- 8 Dos Direitos de Nacionalidade, 196**
 - 8.1 O Problema da extradição de nacionais em face do tratado de roma, 200
- 9 Dos Direitos Políticos, 203**
- 10 A Cláusula de Abertura (art. 5º, § 2º, da CF/88): os Direitos Não Enumerados, 207**
 - 10.1 Direitos fundamentais decorrentes dos princípios e do regime adotados pela Constituição Federal, 208
 - 10.2 Os Direitos decorrentes dos tratados internacionais, 212
 - 10.2.1 A prisão civil do depositário infiel, 214
 - 10.2.2 O artigo 5º, § 3º, da CF/88 e o novo posicionamento do STF, 215
 - 10.2.3 A federalização dos graves ilícitos contra os direitos humanos, 220
 - 10.3 A jurisdição global/universal dos direitos (proteção multinível), 224
- 11 O Problema da Titularidade dos Direitos Fundamentais, 228**
 - 11.1 O ser humano como titular dos direitos fundamentais, 228
 - 11.2 Os estrangeiros não residentes, 230
 - 11.3 Direitos fundamentais com titularidade restrita, 233
 - 11.4 As pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais, 234
 - 11.5 As pessoas jurídicas de direito público, 235
 - 11.6 Titularidade dos direitos sociais, 236

11.7 Relações especiais de sujeição, 237

11.8 Os direitos dos animais, 239

Parte III – CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 247

12 De Conselhos Morais a Normas Constitucionais, 249

13 A Supremacia dos Direitos Fundamentais, 251

13.1 Direitos fundamentais e Constituição, 251

13.2 Direitos fundamentais e jurisdição constitucional, 253

13.2.1 A jurisdição constitucional no Brasil, 256

13.2.2 A inconstitucionalidade das normas contrárias aos direitos fundamentais, 261

13.2.3 A não recepção das leis incompatíveis com os direitos fundamentais, 263

13.2.4 A reinterpretção das leis anteriores à Constituição em face dos direitos fundamentais, 266

13.3 Controle concentrado *versus* controle difuso, 269

14 Os Direitos Fundamentais como Cláusulas Pétreas, 273

14.1 As cláusulas pétreas, 273

14.2 Interpretação da expressão *direitos e garantias individuais*, 275

14.3 Princípio da vedação de retrocesso (efeito *cliquet*), 279

14.4 Direitos fundamentais e emendas constitucionais, 281

14.5 Cláusulas pétreas e democracia, 284

14.6 Direitos fundamentais e mutação constitucional, 286

15 Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos, 291

15.1 Dimensão subjetiva *versus* dimensão objetiva, 291

15.2 A força normativa dos direitos fundamentais, 292

15.3 Dever de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, 293

15.4 Os direitos fundamentais como direitos exigíveis, 298

15.5 Aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, 301

15.6 A aplicação direta e os deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, 304

15.7 O dever de legislar e a liberdade de conformação do legislador, 308

15.8 Proteção judicial contra as omissões legislativas: ADIN por omissão e mandado de injunção, 309

15.9 Efetivação judicial de direitos a prestações, 315

15.9.1 A questão do “mínimo existencial”, 317

- 15.9.2 Princípio da subsidiariedade, 320
- 15.9.3 Reserva do possível, 322
- 15.9.4 Direitos sociais e pobreza, 326
- 15.9.5 Algumas questões já decididas pelo STF acerca do direito à saúde, 329

16 Direitos Fundamentais como “Sistema de Valores”, 331

- 16.1 A dimensão objetiva e a filtragem constitucional, 332
- 16.2 A interpretação conforme os direitos fundamentais, 333
- 16.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais nas relações privadas, 336
 - 16.3.1 Eficácia horizontal na jurisprudência (Brasil), 344
 - 16.3.2 Eficácia horizontal e direitos sociais, 346
 - 16.3.3 Ações constitucionais e os particulares, 349

Parte IV – HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 351

17 Hermenêutica dos Direitos Fundamentais, 353

- 17.1 Uma questão de hermenêutica, 353
- 17.2 A Hermenêutica tradicional, 354
- 17.3 A hermenêutica dos direitos fundamentais, 355
- 17.4 O dever de fundamentar, a reserva de consistência e o papel dos princípios de interpretação, 356
- 17.5 Princípios de interpretação constitucional, 361

18 Colisão de Direitos Fundamentais, 364

- 18.1 A relatividade dos direitos fundamentais, 364
- 18.2 Princípio da proporcionalidade, 369
 - 18.2.1 Adequação, 373
 - 18.2.2 Necessidade (vedação de excesso), 375
 - 18.2.3 Necessidade (vedação de insuficiência), 377
 - 18.2.4 Proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), 379

19 A Técnica da Ponderação, 382

- 19.1 Considerações iniciais, 382
- 19.2 Harmonização ou Concordância Prática, 383
- 19.3 Sopesamento de Valores, 388
- 19.4 Proteção ao núcleo essencial, 393

20 Princípio da Isonomia e Proporcionalidade, 398

- 20.1 Deveres de respeito, proteção e promoção da igualdade, 402

20.2 A discriminação por orientação sexual, 406

21 Proibição de Abuso de Direito Fundamental, 413

21.1 Dever de proteção aos direitos fundamentais, 413

21.2 Proibição de abuso, 414

21.3 Vedação de censura e abuso da liberdade de expressão, 420

21.3.1 O Caso Ellwanger, 421

22 A Renúncia a Direitos Fundamentais, 427

22.1 Penhora do bem de família do fiador, 430

22.2 Renúncia ao direito à vida: eutanásia, 432

Parte V – CASOS PRÁTICOS, 437

23 Estudos de Caso, 439

23.1 Estudo de caso – abandono afetivo (existe um direito fundamental ao amor?), 439

23.2 Estudo de caso – função social da propriedade (evolução) – Favela do Pullman, 441

23.3 Estudo de caso – liberdade profissional – “trottoir”, 442

23.4 Estudo de caso – cláusula pétrea – redução da maioria penal, 449

23.5 Estudo de caso – dever de proteção – caso Schleyer, 453

23.6 Estudo de caso – direito a prestações – doença rara (MSUD), 454

23.7 Estudo de caso – direito a prestações – escolhas trágicas (reserva do possível) – hemodiálise, 457

23.8 Estudo de caso – direitos fundamentais nas relações privadas – escola *versus* criança com síndrome de Down, 459

23.9 Estudo de caso – eficácia horizontal – punição disciplinar-corporal em escola particular, 461

23.10 Estudo de caso – eficácia horizontal – American Airlines e detector de mentiras, 462

23.11 Estudo de caso – princípio da proporcionalidade – Lei do Abate, 464

23.12 Estudo de caso – ponderação – transfusão de sangue em testemunhas de Jeová, 465

23.13 Estudo de caso – ponderação – caso Baby Boy Doe *vs.* Mother Doe (direito à vida *versus* direito à liberdade de crença religiosa), 467

23.14 Estudo de caso – caso Gabriela (aborto de fetos anencefálicos), 468

23.15 Estudo de caso – igualdade (ação afirmativa) – cotas em universidades, 471

23.16 Estudo de caso – igualdade – adoção de criança por casal homossexual, 475

23.17 Estudo de caso – igualdade – mulheres nas forças armadas, 478

23.18 Estudo de caso – igualdade – casamento entre pessoas do mesmo sexo, 479

- 23.19 Estudo de caso – igualdade – cirurgia em transexuais, 480
- 23.20 Estudo de caso – igualdade – art. 235 do Código Penal Militar (pederastia), 483
- 23.21 Estudo de caso – liberdade de expressão – música *E Por Que Não?*, da banda Bidê ou Balde, 484
- 23.22 Estudo de caso – liberdade de expressão – música *Olha os Cabelos Dela*, do Tiririca, 485
- 23.23 Estudo de caso – intimidade vs. informação – caso Cicarelli, 487
- 23.24 Estudo de caso – ponderação – prova ilícita, 491
- 23.25 Estudo de caso – ponderação – prova ilícita – liberdade de expressão – caso Garotinho, 494
- 23.26 Estudo de caso – renúncia a direitos fundamentais – caso do lançamento de anão, 496
- 23.27 Estudo de caso – renúncia a direitos fundamentais – caso do *peep-show*, 497
- 23.28 Estudo de caso – renúncia a direitos fundamentais – eutanásia (Ramón Sampedro), 499
- 23.29 Estudo de caso – renúncia a direitos fundamentais – eutanásia (Nancy Cruzan), 502
- 23.30 Estudo de caso – renúncia a direitos fundamentais – caso do transplante de coração, 504
- 23.31 Estudo de caso – guerrilha do Araguaia e terror do Estado, 507

Parte VI – APROFUNDANDO O ESTUDO, 519

24 Aprofundando o Estudo, 521

25 O Cinema e os Direitos Fundamentais, 523

Posfácio, 525

Sites recomendados, 529

Referências bibliográficas, 531