

CURSO DE
**DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

GEORGE MARMELSTEIN

7ª edição



- A EDITORA ATLAS se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2018 by

EDITORA ATLAS LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 18.12.2017

- **DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)**
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

M299c

Marmelstein, George

Curso de direitos fundamentais / George Marmelstein. - 7. ed. - São Paulo : Atlas, 2018.

Inclui bibliografia

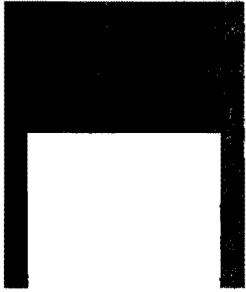
ISBN 978-85-97-01495-2

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. I. Título.

17-46553

111/807

CDU: 342.7



Sumário

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	15
2.1 O uso banalizado da expressão <i>direitos fundamentais</i>	15
2.2 O conteúdo ético dos direitos fundamentais.....	16
2.3 O conteúdo normativo dos direitos fundamentais.....	18
2.4 Um conceito de direitos fundamentais.....	18
2.5 Direitos fundamentais como direitos positivados	20
2.6 Direitos fundamentais implícitos.....	22
2.7 Direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais	24
2.8 Delimitando o objeto de estudo	26
3 Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais	29
3.1 Direitos do homem: a matéria-prima dos direitos fundamentais	29
3.2 Do Estado absoluto ao Estado de direito.....	33
3.2.1 O Estado Democrático de Direito.....	36
3.3 As “gerações” dos direitos.....	38
3.4 As revoluções liberais e a “primeira geração” dos direitos funda- mentais.....	40
3.4.1 A igualdade “da boca pra fora”	44
3.5 A Revolução Industrial e a “segunda geração” de direitos funda- mentais.....	46

3.6	A “terceira geração” de direitos	50
3.7	As novas “gerações”	52
3.7.1	Ameaças aos direitos fundamentais	54
3.8	Críticas à teoria das gerações dos direitos fundamentais	55
Parte II – Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988		61
4	Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: Visão Geral	63
4.1	A Constituição Federal de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais no Brasil	63
4.2	Frustração constitucional <i>versus</i> vontade de Constituição	67
4.3	O modelo político-econômico adotado pela Constituição de 1988.....	70
5	Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos	75
5.1	Respeito ao Próximo (igualdade).....	76
5.1.1	Direito à diferença	81
5.1.2	Discriminação e os direitos dos homossexuais	81
5.1.3	Combate ao racismo	83
5.1.4	As ações afirmativas	84
5.1.5	A discriminação contra pessoas soropositivas.....	88
5.2	Respeito à vida	88
5.2.1	Pena de morte	89
5.2.2	Aborto	92
5.2.3	Pesquisa com células-tronco	97
5.2.4	Eutanásia	99
5.3	Respeito à integridade física e moral do indivíduo	102
5.4	Respeito à autonomia da vontade.....	103
5.5	Liberdade.....	105
5.5.1	Liberdade de locomoção.....	106
5.5.2	Liberdade de crença e de religião.....	109
5.5.3	Liberdade de profissão e econômica	114
5.5.4	Liberdade de associação	117
5.5.5	Liberdade de reunião.....	119
5.5.6	Liberdade de expressão	125
5.6	Direitos de personalidade	135
5.6.1	Intimidade, privacidade, honra e imagem	135
5.6.1.1	Biografias e Autorização do Biografado: decisão do STF na ADI 4.815/DF	138

5.6.1.2	Direito de Resposta e Regulação Legislativa	139
5.6.2	Inviolabilidade do sigilo de dados e das comunicações	140
5.6.3	Inviolabilidade do domicílio.....	152
5.6.4	Algumas notas sobre a Operação Furacão (<i>Hurricane</i>)	156
5.7	Segurança jurídica	157
5.7.1	Direito de propriedade.....	157
5.7.2	A propriedade intelectual.....	162
5.7.3	Proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido.....	163
6	As Garantias Processuais	171
6.1	O Acesso à Justiça como direito fundamental.....	171
6.2	Dever de investigar com ética	173
6.3	Dever de processar com ética	184
6.4	Dever de Punir com Ética.....	189
6.5	Direitos fundamentais e impunidade	193
7	Dos Direitos Sociais	195
7.1	Os Direitos econômicos, sociais e culturais	195
7.2	Os direitos trabalhistas.....	197
8	Dos Direitos de Nacionalidade	201
8.1	O Problema da extradição de nacionais em face do tratado de roma ...	205
9	Dos Direitos Políticos	209
10	A Cláusula de Abertura (art. 5º, § 2º, da CF/88): os Direitos Não Enumerados	213
10.1	Direitos fundamentais decorrentes dos princípios e do regime adotados pela Constituição Federal	214
10.2	Os Direitos decorrentes dos tratados internacionais.....	218
10.2.1	A prisão civil do depositário infiel	220
10.2.2	O artigo 5º, § 3º da CF/88 e o novo posicionamento do STF...	221
10.2.3	A federalização dos graves ilícitos contra os direitos humanos.....	226
10.3	A jurisdição global/universal dos direitos (proteção multinível).....	230
11	O Problema da Titularidade dos Direitos Fundamentais	235
11.1	O ser humano como titular dos direitos fundamentais	235
11.2	Os estrangeiros não residentes.....	237

11.3	Direitos fundamentais com titularidade restrita.....	240
11.4	As pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais	241
11.5	As pessoas jurídicas de direito público	242
11.6	Titularidade dos direitos sociais	243
11.7	Relações especiais de sujeição	244
11.8	Os direitos dos animais	246
Parte III – Características dos Direitos Fundamentais.....		253
12	De Conselhos Morais a Normas Constitucionais	255
13	A Supremacia dos Direitos Fundamentais.....	257
13.1	Direitos fundamentais e Constituição	257
13.2	Direitos fundamentais e jurisdição constitucional.....	259
13.2.1	A jurisdição constitucional no Brasil	262
13.2.2	A inconstitucionalidade das normas contrárias aos direitos fundamentais.....	267
13.2.3	A não recepção das leis incompatíveis com os direitos fundamentais	269
13.2.4	A reinterpretação das leis anteriores à Constituição em face dos direitos fundamentais.....	272
13.3	Controle concentrado <i>versus</i> controle difuso.....	275
14	Os Direitos Fundamentais como Cláusulas Pétreas.....	279
14.1	As cláusulas pétreas.....	279
14.2	Interpretação da expressão <i>direitos e garantias individuais</i>	281
14.3	Princípio da vedação de retrocesso (efeito <i>cliquet</i>)	285
14.4	Direitos fundamentais e emendas constitucionais	287
14.5	Cláusulas pétreas e democracia	290
14.6	Direitos fundamentais e mutação constitucional	292
15	Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos	297
15.1	Dimensão subjetiva <i>versus</i> dimensão objetiva.....	297
15.2	A força normativa dos direitos fundamentais.....	298
15.3	Dever de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais	299
15.4	Os direitos fundamentais como direitos exigíveis.....	304
15.5	Aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais	307
15.6	A aplicação direta e os deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais	310
15.7	O dever de legislar e a liberdade de conformação do legislador	314

15.8	Proteção judicial contra as omissões legislativas: ADIN por omissão e mandado de injunção	315
15.9	Efetivação judicial de direitos a prestações	321
15.9.1	A questão do “mínimo existencial”	323
15.9.2	Princípio da subsidiariedade	326
15.9.3	Reserva do possível	328
15.9.4	Direitos sociais e pobreza	332
15.9.5	Algumas questões já decididas pelo STF acerca do direito à saúde	335
16	Direitos Fundamentais como “Sistema de Valores”	337
16.1	A dimensão objetiva e a filtragem constitucional	338
16.2	A interpretação conforme os direitos fundamentais	339
16.3	Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais nas relações privadas	342
16.3.1	Eficácia horizontal na jurisprudência (Brasil)	350
16.3.2	Eficácia horizontal e direitos sociais	352
16.3.3	Ações constitucionais e os particulares	355
	Parte IV – Hermenêutica dos Direitos Fundamentais	359
17	Hermenêutica dos Direitos Fundamentais	361
17.1	Uma questão de hermenêutica	361
17.2	A Hermenêutica tradicional	362
17.3	A hermenêutica dos direitos fundamentais	363
17.4	O dever de fundamentar, a reserva de consistência e o papel dos princípios de interpretação	364
17.5	Princípios de interpretação constitucional	369
18	Colisão de Direitos Fundamentais	373
18.1	A relatividade dos direitos fundamentais	373
18.2	Princípio da proporcionalidade	378
18.2.1	Adequação	382
18.2.2	Necessidade (vedação de excesso)	384
18.2.3	Necessidade (vedação de insuficiência)	386
18.2.4	Proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)	388
19	A Técnica da Ponderação	391
19.1	Considerações iniciais	391
19.2	Harmonização ou Concordância Prática	392

19.3	Sopesamento de Valores	397
19.4	Proteção ao núcleo essencial	402
20	Princípio da Isonomia e Proporcionalidade	407
20.1	Deveres de respeito, proteção e promoção da igualdade.....	411
20.2	A discriminação por orientação sexual.....	415
21	Proibição de Abuso de Direito Fundamental	423
21.1	Dever de proteção aos direitos fundamentais	423
21.2	Proibição de abuso.....	424
21.3	Vedação de censura e abuso da liberdade de expressão.....	430
21.3.1	O Caso Ellwanger	431
22	A Renúncia a Direitos Fundamentais	437
22.1	Penhora do bem de família do fiador.....	440
22.2	Renúncia ao direito à vida: eutanásia.....	442
	Parte V – Casos Práticos	447
23	Estudos de Caso	449
23.1	Estudo de caso – abandono afetivo (existe um direito fundamental ao amor?)	449
23.2	Estudo de caso – função social da propriedade (evolução) – Favela do Pullman.....	451
23.3	Estudo de caso – liberdade profissional – “trottoir”	452
23.4	Estudo de caso – cláusula pétrea – redução da maioria penal.....	459
23.5	Estudo de caso – dever de proteção – caso Schleyer	463
23.6	Estudo de caso – direito a prestações – doença rara (MSUD)	464
23.7	Estudo de caso – direito a prestações – escolhas trágicas (reserva do possível) – hemodiálise	467
23.8	Estudo de caso – direitos fundamentais nas relações privadas – escola <i>versus</i> criança com síndrome de Down	469
23.9	Estudo de caso – eficácia horizontal – punição disciplinar-corporal em escola particular.....	471
23.10	Estudo de caso – eficácia horizontal – American Airlines e detector de mentiras	472
23.11	Estudo de caso – princípio da proporcionalidade – Lei do Abate	474

25 O Cinema e os Direitos Fundamentais	537
Posfácio	539
Sites Recomendados	543
Referências Bibliográficas	545