

**DIMITRI
DIMOULIS**

**LEONARDO
MARTINS**

TEORIA GERAL

DOS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

9ª edição

Revista, atualizada e ampliada



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**



Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Diego Garcia Mendonça, Emanuel Silva, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Mariane Cordeiro e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Gabrielly N. C. Saraiva, Maria Carolina Ferreira e Sofia Mattos

Capa: Brenno Stolagji Teixeira

Adaptação de capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

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

Dimoulis, Dimitri
Teoria geral dos direitos fundamentais / Dimitri Dimoulis, Leonardo
Martins. -- 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil,
2022.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5991-358-9

1. Direitos fundamentais I. Martins, Leonardo. II. Título.

21-96552

CDU-342.7

Índices para catálogo sistemático:

1. Direitos fundamentais . Direito constitucional 342.7
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	5
APRESENTAÇÃO À 9ª EDIÇÃO	7

PRIMEIRA PARTE

PARTE GERAL DO ESTUDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: POLITICIDADE, JURIDICIDADE E ANÁLISE METODOLOGICAMENTE RIGOROSA	17
1.1. Política e direito	17
1.2. Sistematização do estudo metodologicamente rigoroso da matéria relativa aos direitos fundamentais	22
2. ASPECTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALISMO	25
2.1. Requisitos para o surgimento dos direitos fundamentais	25
2.2. As declarações de direitos no final do século XVIII	26
2.3. Contribuição do constitucionalismo germânico no século XIX para o conceito de direitos fundamentais	31
2.4. A positivação dos direitos sociais e a questão das “gerações” dos direitos fundamentais	36
2.5. Os direitos fundamentais no Brasil	40
2.5.1. Desenvolvimento histórico-constitucional	40
2.5.2. Crítica político-ideológica aos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e demanda teórica	42
2.6. Internacionalização dos direitos fundamentais	44
2.6.1. Relevância da internacionalização	44
2.6.2. Relações entre direito nacional e direito internacional dos direitos fundamentais: pré e pós-inserção do §3º ao art. 5º CF pela EC 45/2004	47

3.	CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	59
3.1.	Terminologia	59
3.2.	Definição	60
3.3.	Particularidades da matéria	66
4.	CATEGORIAS E FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	69
4.1.	Direitos de <i>status negativus</i> ou pretensão de resistência à intervenção estatal	70
4.2.	Direitos de <i>status positivus</i> ou sociais ou a prestações.....	72
4.3.	Direitos de <i>status activus</i> ou políticos ou de participação	73
4.4.	Crítica e defesa da tripartição.....	74
4.5.	Direitos coletivos	77
4.6.	Garantias de organização	80
4.7.	Deveres fundamentais	82
4.8.	Garantias fundamentais.....	92
5.	TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	95
5.1.	Titularidade dos direitos de <i>status negativus</i> do art. 5º CF	96
5.1.1.	Igualdade perante a lei.....	96
5.1.2.	Demais direitos enunciados no <i>caput</i> do art. 5º CF	96
5.1.3.	Direitos enunciados nos incisos do art. 5º CF.....	98
5.1.4.	Direitos dos estrangeiros não residentes no País e relevância da exclusão de sua titularidade plena.....	100
5.2.	Titularidade dos direitos sociais.....	111
5.3.	Titularidade dos direitos políticos	116
5.4.	Titularidade dos direitos coletivos	116
5.5.	Titularidade das garantias fundamentais	118
5.6.	As pessoas jurídicas como titulares dos direitos fundamentais	119
5.7.	Da titularidade da pessoa jurídica de direito público	122
6.	INÍCIO E FIM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	125
7.	EFEITOS VINCULANTES E EFEITO HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	131
7.1.	Aplicação imediata dos direitos fundamentais e a “reserva do possível” ...	131
7.2.	Destinatários ou sujeitos passivos das normas de direito fundamental.....	139
7.3.	Os particulares como destinatários das normas de direito fundamental (efeito horizontal)	141

7.3.1.	<i>Modus</i> direto e indireto do efeito horizontal	143
7.3.2.	A concepção da dogmática do efeito horizontal indireto pelo Tribunal Constitucional Federal alemão	146
7.3.3.	Efeito horizontal na ordem constitucional brasileira.....	151
8.	AS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	157
8.1.	Dimensão subjetiva	159
8.2.	Dimensão objetiva dos direitos fundamentais	159
8.3.	Deveres estatais de tutela?	162
8.3.1.	Teoria e fundamentação dogmática	162
8.3.2.	Configuração jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão e dogmática brasileira.....	163
8.4.	O problema do parâmetro de aferição do cumprimento do dever estatal de tutela: dos limites de racionalidade da dogmática jurídica	169
9.	LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS COLISÕES.....	173
9.1.	Introdução.....	173
9.2.	Conceitos básicos instrumentais	176
9.2.1.	Área de regulamentação	177
9.2.2.	Área de proteção.....	180
9.2.3.	Exercício do direito	183
9.2.4.	Intervenção na área de proteção do direito	187
9.2.4.1.	Conceito e desenvolvimento de seu papel dogmático. A dupla reflexividade dos conflitos entre direitos fundamentais.....	187
9.2.4.2.	Intervenções permitidas (justificação constitucional da intervenção na área de proteção de direito fundamental).....	195
9.2.4.3.	Intervenções proibidas (violação de direito fundamental)	198
9.3.	Limites dos direitos fundamentais: justificação constitucional de intervenções estatais.....	198
9.3.1.	Concretização (conformação ou configuração) mediante lei	198
9.3.2.	Reserva legal.....	201
9.3.3.	Direitos fundamentais sem reservas legais e direito constitucional de colisão	214
9.3.4.	Limites constitucionais gerais e abstratos em casos excepcionais.....	216

9.3.5. Limites dos limites	217
9.4. Colisão e concorrência de direitos fundamentais.....	220
9.4.1. Colisão	221
9.4.2. Concorrência	222
10. O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO PARA A JUSTIFICAÇÃO DE INTERVENÇÕES EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E PARA SOLUÇÃO DE SUAS COLISÕES	229
10.1. Natureza da proporcionalidade entre princípio, regra e critério.....	229
10.2. Determinações originais do conceito de proporcionalidade na dogmática alemã dos direitos fundamentais	232
10.3. Recepção do conceito de proporcionalidade em Portugal e no Brasil.....	236
10.4. Caráter decisório e fundamento constitucional do critério da proporcionalidade	242
10.5. Diferenciação em razão do autor da intervenção estatal.....	247
10.6. Elementos constitutivos ou subcritérios da proporcionalidade	250
10.6.1. Licitude do propósito perseguido.....	251
10.6.2. Licitude do meio utilizado.....	256
10.6.3. Adequação do meio utilizado	260
10.6.4. Necessidade do meio utilizado	269
10.7. Críticas à proporcionalidade com ênfase nos problemas de racionalidade do subcritério da proporcionalidade <i>stricto sensu</i>	280
10.7.1. Crítica à ponderação de valores (teoria axiológica dos direitos fundamentais)	282
10.7.2. Crítica à ponderação principiológica.....	284
10.7.3. Críticas políticas	287
10.7.4. Crítica holística.....	289
10.7.5. Conclusões.....	291
10.8. Necessidade de fundamentação e autocontenção das decisões judiciais sobre ponderação	293

SEGUNDA PARTE

DOGMÁTICA APLICADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. INSTRUMENTÁRIO E EXEMPLOS JURISPRUDENCIAIS

11. INTRODUÇÃO AO MÉTODO DE TRABALHO JURÍDICO APLICADO À TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	297
--	------------

12. ROTEIROS PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL EM FACE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	307
Exame de constitucionalidade de lei que restringe direitos <i>negativos</i> (<i>de resistência</i>) e <i>políticos</i>	308
Exame de constitucionalidade de medida administrativa ou judiciária que restringe direitos <i>negativos</i> (<i>de resistência</i>) e <i>políticos</i>	310
Exame de conformidade a direitos fundamentais de igualdade (direito geral de igualdade do art. 5º, <i>caput</i> CF e direitos especiais de igualdade como o do art. 5º, I CF)	311
Exame de constitucionalidade de omissões relativas a direitos prestacionais e sociais	314
13. EXEMPLO DE UMA MINUTA DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO CONSTITUCIONAL	315
13.1. Caso: “A polêmica camiseta”	315
13.2. Esboço de uma solução-modelo do caso “A polêmica camiseta”	316
I. Área de proteção do art. 5º, IV CF	317
II. Da intervenção estatal no direito fundamental de J.	319
III. Justificação constitucional da intervenção estatal no direito fundamental de J.	321
IV. Conclusão geral	325
BIBLIOGRAFIA	327