

***Cleyson de Moraes Mello***

Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ

Professor do PPGD da UERJ e UVA

Advogado

Membro do Instituto dos Advogados do Brasil IAB

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS**

EDITORA  
**PROCESSO**  
Editora Processo  
2022

EDITORA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

[www.editoraprocesso.com.br](http://www.editoraprocesso.com.br)

[www.catalivros.com.br](http://www.catalivros.com.br)

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio Ltda ME

Copyright© 2022 Cleyson de Moraes Mello

Todos os direitos reservados.

*Conselho Editorial*

Maria Cclina Bodin de Moracs (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitri Giberton

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedroso

Hélio do Vale Pereira

Joyccane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont' Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhub

Ricardo Calderón

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)

Diagramação - Mariana Carvalho

Capa - Alexander Marins

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Mello, Cleyson de Moraes

M346d

Direitos Fundamentais / Cleyson de Moraes Mello

Rio de Janeiro: Processo 2022

671p. ; 23cm

ISBN 978658935180-1

1. Direitos fundamentais. 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

## SUMÁRIO

### Capítulo 1

<b>TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>21</b>
1.1 Os direitos fundamentais no tempo – Noções históricas .....	21
1.2 O conceito de direitos fundamentais.....	30
1.3 Os pressupostos dos direitos fundamentais .....	34
1.4 A distinção entre Direitos fundamentais e Direitos Humanos.....	34
1.5 Direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material... 37	
1.6 Direitos fundamentais e democracia.....	40
1.7 Fundamentos dos Direitos Fundamentais.....	47
1.7.1 Teoria Jusnaturalista.....	47
1.7.2 Teoria Juspositivista .....	48
1.7.3 Teoria Realista.....	49
1.8 A ideia de Dimensões de Direitos Fundamentais (a espiral hermenêutica) .....	54
1.9 Características dos Direitos Fundamentais.....	58
1.10 Multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais.....	63
1.11 Âmbito de Proteção dos Direitos Fundamentais (dimensão objetiva e subjetiva).....	67
1.12 Direitos e Garantias .....	67
1.13 Garantias Institucionais .....	68
1.14 Titularidade dos direitos fundamentais.....	69
1.14.1 Quem são os titulares dos direitos fundamentais?.....	69
1.14.2 Brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros.....	69
1.14.3 Direitos Fundamentais e pessoas jurídicas .....	69
1.14.4 Direitos Fundamentais e animais.....	72
1.14.4.1 Direitos de sexta dimensão?.....	72
1.14.4.2 Animais são seres sencientes.....	74
1.14.4.3 A dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano.....	78

1.15 Direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares..	93
1.15.1 Introdução.....	93
1.15.2 Teses aplicadas .....	94
1.15.3 Proposta de solução de Virgílio Afonso da Silva .....	107
1.16 Direitos fundamentais e cláusulas pétreas .....	109
1.17 Restrições a direitos fundamentais .....	110
1.17.1 Direitos fundamentais absolutos e direitos fundamentais restringíveis .....	110
1.17.2 Como controlar as restrições aos direitos fundamentais? Teste de Proporcionalidade .....	111
1.17.3 Restrições aos direitos fundamentais .....	112
1.17.4 Reserva legal simples e Reserva legal qualificada.....	113
1.17.5 Núcleo essencial de direito fundamentais.....	116
1.18 Deveres Fundamentais.....	118
1.19 Universalismo ou Relativismo Cultural?.....	119
1.20 Direitos Fundamentais de gerações futuras .....	128
Capítulo 2	
<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE .....</b>	<b>131</b>
2.1 Introdução.....	131
2.2 Direito e Pessoa .....	135
2.3 A Filosofia Prática Kantiana. A Ideia do Sujeito Moderno.....	141
2.4 O Desenvolvimento dos Direitos da Personalidade.....	145
2.5 Bens Jurídicos Tutelados .....	153
2.6 Proteção aos Direitos da Personalidade .....	155
Capítulo 3	
<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....</b>	<b>157</b>
3.1 Os direitos fundamentais em espécie.....	157
Capítulo 4	
<b>DIREITO À VIDA .....</b>	<b>161</b>

4.1 Introdução.....	161
4.2 O caso da Anencefalia: o aborto nos casos de malformação grave do feto.....	164
4.3 O aborto até o terceiro mês de gestação .....	167
4.4 Zika vírus: interrupção da gravidez .....	169
4.5 A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510 e a Lei de Biossegurança.....	171
4.6 Eutanásia.....	175
4.6.1 Conceito e classificações.....	175
4.6.2 Projeto de Lei 236/2012 .....	176
4.6.3 Direito de Morrer com Dignidade - Corte Constitucional da Colômbia .....	178
4.6.4 Diferenças entre eutanásia, ortotanásia e distanásia .....	184
4.6.5 Mistanásia ("eutanásia social").....	186
4.7 Testamento Vital (testamento biológico).....	186
4.8 Diretivas Antecipadas de Vontade.....	187
4.9 Autonomia do Paciente em Submeter-se a Tratamento Médico..	189
4.10 Transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová.....	190
4.11 Direito à Integridade Física .....	192
4.12 A Questão da Tortura .....	193

## Capítulo 5

### **IGUALDADE..... 197**

5.1 Introdução.....	197
5.2 Discriminação legal.....	198
5.3 Igualdade formal, igualdade material (substancial) e igualdade identitária.....	200
5.4 Gênero .....	202
5.4.1 Introdução.....	202
5.4.2 Direito a Identidade de gênero .....	204
5.4.3 Alteração de gênero e cirurgia de redesignação de sexo.....	205
5.4.4 Redesignação sexual e hormonioterapia em adolescentes com transtorno de identidade de gênero.....	206

5.4.5 A Identidade não binária .....	207
5.4.6 Transexual .....	208
5.5 Idade, hipossuficiência física, econômica e outros (assistência social e aposentadoria).....	209
5.6 Ações Afirmativas .....	211
5.6.1 Política de Cotas.....	211
5.6.2 PROUNI .....	212
5.6.3 Direito à Adaptação Razoável (acomodação razoável).....	215
5.7 A igualdade no regime sucessório (como proibição de discriminação arbitrária) – RE 646.721/RS.....	218
5.8 A união homoafetiva .....	219
5.9 Raça .....	220
5.10 A criminalização da homofobia e o STF .....	222

## Capítulo 6

<b>PRIVACIDADE .....</b>	<b>231</b>
6.1 Introdução.....	231
6.2 A Proteção à Intimidade .....	231
6.3 Privacidade como o “direito a ficar só” .....	233
6.4 A Obrigação de Mostrar os Exames Médicos de Jair Bolsonaro. 234	
6.5 Direito à Honra.....	236
6.6 Direito à honra e pessoa jurídica .....	239
6.7 Direito à honra e pessoa jurídica de direito público .....	241
6.8 Direito à honra e Condomínio .....	243
6.9 Ziraldo e o Castelo das Bundas.....	244
6.10 Caso Mephisto (liberdade de expressão x direito à honra).....	246
6.11 Direito à Imagem.....	249
6.12 Direito à Imagem e YouTube .....	251
6.13 Direito à imagem de morto ou de ausente .....	254
6.14 Topless praticado em cenário público .....	254
6.15 Celebidades .....	255
6.15.1 Caso Daniella Cicarelli.....	255

6.15.2 Caso Maitê Proença .....	258
6.15.3 Caso Garrincha .....	259
6.16 Campanha Eleitoral .....	260
6.17 Fotografia.....	261
6.18 Programa de Televisão .....	262
6.19 Internet.....	263
6.20 Programa Humorístico “Pânico na TV” .....	264
6.21 Nude Selfie .....	265
6.22 Caso Ashley Madison.....	267
6.23 Sexting, “revenge porn”: pornografia de vingança .....	268
6.24 Caso Daniela Perez (filha da escritora Gloria Perez) .....	269
6.25 Bebê da capa do disco 'Nevermind', da banda Nirvana.....	271
6.26 Dano Moral – Eficácia Post Mortem.....	272
6.27 Proteção de Dados Pessoais.....	273
6.28 Inviolabilidade do Domicílio.....	276

## Capítulo 7

### **DIREITO AO ESQUECIMENTO .....** 279

7.1 Introdução.....	279
7.2 Caso “Aída Curi” .....	281
7.3 Chacina da Candelária .....	285
7.4 Internet.....	291
7.4.1 Caso Xuxa .....	291
7.4.2 Caso Doca Street .....	293
7.4.3 Caso Google Spain v AEPD and Mario Costeja González ..	294

## Capítulo 8

### **LIBERDADE .....** 299

8.1 Liberdade dos Antigos e Liberdade dos Modernos (Benjamin Constant, 1819).....	299
8.2 Liberdade de locomoção.....	300

8.3 Liberdade de manifestação de pensamento e de expressão .....	303
8.4 Direitos da Personalidade, Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio (hate speech).....	313
8.4.1 Caso “Ellwanger” .....	316
8.4.2 Marcha da Maconha .....	318
8.4.3 Caso Rachel Sheherazade.....	320
8.5 Liberdade de Expressão x Ofensa a Dignidade Humana. Indenização.....	321
8.6 Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio (hate speech).....	322
8.7 Liberdade de Expressão e Pornografia .....	332
8.8 Outros Casos Concretos - Liberdade de Expressão.....	334
8.9 Liberdade de consciência e de crença.....	344
8.10 Liberdade Religiosa e sacrifício dos animais .....	357
8.11 A Questão da Transfusão de Sangue nos Pacientes "Testemunhos de Jeová".....	358
8.12 A Questão do Véu Religioso .....	359
8.13 A Questão da (In)tolerância Religiosa.....	361
8.14 Mutilações Genitais Femininas.....	371
8.15 A Vacinação Compulsória Contra a Covid-19.....	374
8.16 Liberdade de exercício profissional.....	377
8.17 Liberdade de associação .....	379
8.18 Liberdade de reunião .....	385

## Capítulo 9

<b>PROPRIEDADE.....</b>	<b>387</b>
9.1 Direito à propriedade.....	387
9.2 Novos paradigmas conceituais .....	392
9.3 Características da propriedade.....	395
9.3.1 Caráter absoluto (eficácia erga omnes) .....	395
9.3.2 Aderência.....	396
9.3.3 Ambulatoriedade e sequela.....	396
9.3.4 Extensividade .....	396



9.3.5 Elasticidade .....	397
9.3.6 Perpetuidade .....	397
9.3.7 Exclusividade .....	397
9.3.8 Publicidade .....	398
9.3.9 Taxatividade .....	398
9.4 Função social da propriedade .....	399
9.5 A Função Social da Propriedade e o Plano Diretor .....	403
Capítulo 10	
<b>HERANÇA.....</b>	<b>405</b>
10.1 Direito à herança.....	405
10.2 Cessão de Direitos Hereditários.....	406
10.2.1 Conceito.....	406
10.2.2 Cessão, substituição e direito de crescer.....	408
10.2.3 Cessão de bens individuados .....	409
10.2.4 Anulação de cessão de direitos hereditários .....	410
10.2.5 Meação e cessão de direitos hereditários.....	411
10.2.6 Direito de Preferência dos co-herdeiros .....	412
10.2.7 Imposto de Transmissão “causa mortis” e doações – ITCD	
.....	412
10.2.7.1 Incidência.....	412
10.2.7.2 Isenção .....	413
10.2.7.3 Progressividade das alíquotas do ITCD .....	414
10.3 Inventário e Administração da Herança .....	416
10.3.1 Considerações Iniciais.....	416
10.3.2 Inventário Comum.....	416
10.3.2.1 Legitimidade para Requerer o Inventário.....	417
10.3.2.2 Administração da Herança .....	417
10.3.2.3 Sonegação .....	420
10.3.2.4 Remoção do Inventariante.....	420
10.3.3 Arrolamento.....	421
10.3.4 Inventário Negativo.....	421
10.3.5 Inventário Cumulativo.....	421
10.4 Sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil.....	422

## Capítulo 11

<b>CONSUMIDOR .....</b>	<b>423</b>
11.1 Defesa do consumidor .....	423
11.2 Nações Unidas .....	425
11.3 Normas de Sobredireito .....	426
11.4 Sistematização .....	427
11.5 Conceito de Consumidor .....	427
11.6 Finalismo Aprofundado (Teoria Finalista Aprofundada) .....	428
11.7 Consumidor por equiparação .....	430
11.8 Instituições Financeiras .....	433
11.9 Sistema Financeiro Habitacional .....	435
11.10 Entidades de Previdência Privada.....	439

## Capítulo 12

<b>LEGALIDADE, ACESSO À INFORMAÇÃO, DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE CERTIDÃO .....</b>	<b>441</b>
12.1 O princípio da legalidade.....	441
12.2 Acesso à informação.....	441
12.3 Direito de petição.....	442
12.4 Direito de certidão .....	442

## Capítulo 13

<b>INAFSTABILIDADE DE JURISDIÇÃO, ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA E INTEGRAL E GRATUIDADE DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO E CERTIDÃO DE ÓBITO.....</b>	<b>443</b>
13.1 Jurisdição .....	443
13.2 Características da jurisdição .....	443
13.3 Classificação da jurisdição .....	444
13.4 Competência Nacional.....	444
13.5 Inafstabilidade de jurisdição .....	445
13.6 Órgãos do Poder Judiciário.....	446

13.7 Erro judiciário (artigo 5º, LXXV, CRFB/88) .....	455
13.8 Assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados .....	460
13.9 Defensoria Pública.....	460
13.10 Gratuidade do registro civil de nascimento e certidão de óbito aos reconhecidamente pobres.....	462
Capítulo 14	
<b>DIREITOS AUTORAIS E DIREITOS À VOZ .....</b>	<b>463</b>
14.1 Direitos Autorais.....	463
14.2 Direito à Voz .....	466
Capítulo 15	
<b>DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA .....</b>	<b>469</b>
15.1 Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada .....	469
Capítulo 16	
<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ESFERA PENAL.....</b>	<b>471</b>
16.1 Prisão civil .....	471
16.2 Direitos fundamentais na esfera penal.....	473
Capítulo 17	
<b>REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>477</b>
17.1 Introdução.....	477
17.2 Habeas corpus.....	477
17.3 Mandado de Segurança.....	481
17.4 Mandado de Segurança coletivo .....	489
17.5 Mandado de Injunção .....	499
17.6 Habeas data.....	500
17.7 Ação Popular .....	501
17.8 Quadro Resumo.....	503

## Capítulo 18

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS ..... 505**

18.1 Introdução, pressupostos e dimensões.....	505
18.2 Direitos Fundamentais Sociais e Reserva do Possível.....	509
18.3 Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Mínimo Vital .....	516
18.4 Direitos Fundamentais Sociais e Proibição de Retrocesso Social .....	519
18.5 Direito à Saúde .....	522
18.6 Home Care.....	524
18.7 Medicamento de uso domiciliar.....	527
18.8 O direito à moradia.....	529
18.9 Direito à Alimentação.....	531
18.10 Direito à Educação.....	537
18.11 A evolução dos paradigmas da educação .....	540
18.11.1 Educação 1.0 .....	541
18.11.2 Educação 2.0 .....	547
18.11.3 Educação 3.0 .....	550
18.11.4 Educação 4.0 .....	553
18.11.5 Educação 5.0 .....	554
18.11.6 Quadro Resumo.....	554
18.12 Direito ao Trabalho.....	557
18.13 Direito ao Lazer.....	560
18.14 Direito à Proteção da Criança, do Adolescente e do Jovem ....	562
18.15 Direito à proteção ao Idoso.....	566
18.16 Transporte.....	570
18.17 Direitos Fundamentais e o Terceiro Setor .....	572

## Capítulo 19

**NACIONALIDADE E DIREITOS POLÍTICOS..... 575**

19.1 Nacionalidade .....	575
--------------------------	-----

19.2 Direitos Políticos .....	575
<b>Capítulo 20</b>	
<b>DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS.....</b>	<b>577</b>
20.1 O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional como Subprincípio Concretizador da Dignidade da Pessoa Humana .....	577
20.2 O Direito Fundamental ao Devido Processo Legal .....	586
20.3 O Direito Fundamental à Igualdade entre as Partes.....	589
20.4 O Direito Fundamental ao Juiz Natural.....	590
20.5 O Direito Fundamental ao Contraditório e da Ampla Defesa...	590
20.6 O Direito Fundamental da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.....	592
20.7 O Direito Fundamental à Publicidade.....	593
20.8 O Direito Fundamental à Motivação das Decisões.....	594
20.9 O Direito Fundamental à Inadmissibilidade da Prova Ilícita.....	594
20.10 O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo .....	596
20.11 O Direito Fundamental ao Duplo Grau de Jurisdição.....	596
20.12 O Direito Fundamental ao Processo Justo .....	598
20.13 Quadro Geral dos Direitos Fundamentais Processuais .....	607
<b>Capítulo 21</b>	
<b>DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</b>	<b>609</b>
21.1 Construção Histórica .....	609
21.2 A Dignidade da Pessoa Humana Como Discurso Legitimador do Direito.....	618
<b>ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....</b>	<b>639</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>643</b>