

DES 0211 – Direitos Fundamentais I

Professor Associado Alexandre de Moraes
Caderno de Lucas R. De Oliveira
Turma 186

Introdução e Princípio da Igualdade – 10/03

- Terminologia constitucional clássica: Direitos Fundamentais é uma terminologia constitucional clássica. A Emenda Constitucional 45 sugere a denominação de “direitos humanos” quando se trata de tratados internacionais.
 - Outras nomenclaturas podem ser adotadas, como “direitos humanos fundamentais”.
- Justificação do tratamento à parte dos direitos fundamentais:
 - Liberdade e propriedade foram os dois pilares iniciais da teoria dos Direitos Fundamentais ocidentais
 - Jusnaturalismo: doutrina dos direitos naturais, ligados à própria condição de ser humano, sob a liderança de autores como Thomas Jefferson. Tal teoria sobre a natureza desses direitos caiu porque não eram universais de fato (Jefferson era escravocrata, por exemplo) e vigia grande dificuldade em concretizá-los. Trata-se, portanto, de uma teoria que garante um rol mais amplo de direitos.
 - Positivismo: direitos humanos são aquilo que o Estado reconhece como tal; leis escritas garantiriam maior amplitude geral e, conseqüentemente, maior coercibilidade para o rol de direitos fundamentais. É, portanto, um rol menos amplo de direitos.
 - Teoria Social: No seio de cada comunidade, em virtude de suas particularidades, deve ser analisado quais os direitos fundamentais que cada uma adota como tais.
 - Mesmo princípios nas democracias ocidentais e fora delas pode variar gravemente, conforme a interpretação dada (ex: princípio da igualdade).
 - A universalização de direitos fundamentais tem provocado um choque.
 - Se não na elaboração dos princípios, devem-se observar cuidados com a diversidade cultural pelo menos em suas interpretações.
- A Constituição Federal tradicionalmente tenta equilibrar essas prerrogativas jusnaturalistas e positivistas.
- Alexandre salienta que a maior conquista do século passado foi a universalização dos direitos fundamentais, enquanto a dificuldade deste século será a sua efetivação.
- Igualdade hoje pode ser tanto perante a lei (hermenêutica) quanto no próprio texto legal (vedação de criação de distinções arbitrárias).
- O art. 5º, caput, induz a um erro constitucional clássico, no qual se toma a universalidade como parâmetro.
 - Pleno gozo dos direitos fundamentais é prerrogativa de todos os brasileiros, tanto os natos quanto os naturalizados e dos estrangeiros residentes.
 - E os não-residentes e apátridas? Prevalece o entendimento de que **SIM**, são contemplados pela Constituição.

- Obs: pessoa jurídica pode ingressar com *habeas corpus* e há positivação de leis de repressão penal para pessoa jurídica. Ou seja, somos levados a crer que a universalização de direitos deve se estender para pessoas jurídicas também.
- No princípio da igualdade, ao repetir que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações no inciso I do art. 5º, o constituinte proibiu a legislação de estabelecer diferenças entre homens e mulheres.
 - As diferenças são, em sua maioria, expressamente estabelecidas na Constituição, como no caso da aposentadoria (que ocorre mais cedo para as mulheres) e licença maternidade.
 - A lei ordinária pode estabelecer novas diferenças entre homens e mulheres, mas **apenas** em casos para diminuição das desigualdades, para uma finalidade lícita.

Princípio da Legalidade e Liberdade Religiosa - 17/03

- Princípio da legalidade (art. 5º, II)
 - Ao lado do princípio da igualdade, é o fundamento do Estado de Direito. É uma grande conquista moderna de proteção individual.
 - A objetividade da lei é sempre melhor que a subjetividade do soberano; o que interessa é a conduta, não a pessoa que a executa. É esse pensamento que direciona o princípio da legalidade.
 - O princípio se baseia também na ideia de que a lei emana do povo, por meio de seus representantes. Assim, um povo não faria leis para se prejudicar.
 - Além disso, o Legislativo, apesar de seus óbices, é menos propenso a arbitrariedades devido a sua natureza (composição heterogênea, dada a pluralidade de sua composição), ao contrário do Executivo, que é representante apenas de uma maioria momentânea e que pode tomar medidas autoritárias (a exemplo das medidas provisórias, que são editadas apenas pelo presidente).
 - Em suma, o fato do Legislativo de ser um órgão colegiado, heterogêneo, que representa todos os segmentos do povo e que produz normas abstratas justifica o princípio da legalidade.
 - O princípio da legalidade é uma regra de conduta, e portanto é extremamente amplo. Mesmo que não haja lei, estamos protegidos pela legalidade. Exemplo: medidas administrativas são regras de conduta de caráter lícito.
 - Mas e se nos obrigarem? Nessa situação, é necessário averiguar a origem dessa obrigação (princípio da reserva legal).
 - A regra de conduta (é uma determinação legal para que seja feita algo (regra comissiva) ou algo deixe de ser feito (regra omissiva)) é direcionada ao indivíduo, é uma opção de liberdade de escolha: cada um se veste como quiser, desde que a lei não seja ferida (trajes nazistas, por exemplo).
 - Princípio da legalidade X Princípio da reserva legal
 - Regra de conduta X Regra de competência (estabelecida por um órgão competente, é uma lei ordinária)
 - Proteção direcionada ao indivíduo X Competência direcionada ao poder público
 - Mais amplo X Mais restrito
 - A regra de conduta, por óbvio, não deve ser abusiva ou lesar outros direitos fundamentais. Exemplo: não é possível deixar de cursar uma matéria na escola, a não ser religião, pois fere a norma constitucional de liberdade religiosa.
- A liberdade religiosa

- A CF de 88 consagrou esse princípio.
- Uma coisa é o Estado ter uma religião oficial, outra é a liberdade religiosa. As duas coisas podem acontecer simultaneamente ou não.
- Atualmente, o Brasil não possui religião oficial. No entanto, nem sempre foi assim. Em 1824, o Brasil era católico apostólico romano. Desde a República, o Brasil é laico. É importante ressaltar que laico é diferente de ateu: existe a afirmação de um Deus no preâmbulo da Constituição, mas não há uma especificação de qual Deus.
- A Inglaterra, por exemplo, é um Estado Confessional, mas garante a liberdade religiosa, assim como o Chile e, surpreendentemente, o Vaticano, um Estado com uma Constituição que diz que todo o poder é do Papa e emana de Deus.
- No Brasil de 1824, o Estado era confessional e não tinha ampla liberdade religiosa, ou seja havia **liberdade de crença** (você acredita no que quiser e pode manifestar essas crenças sem possibilidade de qualquer prejuízo), mas não **liberdade de culto** (é a exteriorização da crença por meio das liturgias da religião).
- Não pode haver distinção entre as igrejas. No entanto, quais os limites da liberdade religiosa e da proteção do Estado? Por exemplo, pode ter feriados religiosos? Ensino religioso? Religião com sacrifício humano?
 - A liberdade religiosa deve ser entendida como um mecanismo de defesa do indivíduo: a discriminação dos cultos é vedada por óbvio. No entanto, os dogmas religiosos não devem ser usados de forma a ferir outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida.
 - Caso da religião que usa chá do santo daime: o STF permitiu seu uso apenas durante os cultos religiosos.

Inviolabilidades - 24/03

- São uma série de previsões constitucionais para garantir a intimidade e a vida privada (art. 5º, X).
 - A intimidade deve ser entendida como um conceito mais restrito: “é da porta de casa para dentro”. A vida privada é mais ampla: “é da porta para fora”.
 - São conceitos que vem sendo relativizados pelo Supremo: por exemplo, o círculo de proteção da intimidade e da vida privada é menor para figuras públicas, devido ao estilo de vida a qual estão sujeitas.
- A própria CF estabelece essas inviolabilidades sem o auxílio de lei complementar, devido à pertinência dessa matéria: a análise dos dados bancários e dos dados fiscais, por exemplo, revela uma série de informações extremamente pessoais/íntimas sobre a vida da pessoa, as quais não estão disponíveis para o Estado, como uma forma de proteção.
- Inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI)
 - É um princípio que remonta à primeira Constituição de todos os tempos, a da Inglaterra.
 - O desrespeito à inviolabilidade domiciliar é crime (tipo: violação de domicílio, art. 150 do Código Penal).
 - Quem pode garantir o consentimento de entrada em domicílio para terceiros?
 - Em regra, qualquer um dos moradores que é maior de idade. Caso não haja nenhum maior, um menor pode autorizar.
 - Empregados domésticos podem garantir esse consentimento, desde que previamente autorizados pelo proprietário. A autorização da entrada de serviços é válida, é um erro escusável.
 - O porteiro não pode autorizar a entrada de pessoas estranhas nas áreas comuns e muito menos nos apartamentos. O síndico pode autorizar a entrada em áreas comuns, mas não nos apartamentos (que não o dele, claro).

- Qual o significado de casa? "Qualquer local habitado, mesmo que temporariamente"; casa, apartamento, quarto de hotel, quarto de flat, quarto de motel, escritórios profissionais (de acordo com a interpretação do STF). Ainda que irregular, a habitação é considerada como casa para efeitos dessa proteção.
 - O ferimento dessa garantia constitucional mancha o processo. Por exemplo, as provas obtidas a partir desse ferimento são ilícitas e não podem ser usadas.
- Exceções à inviolabilidade domiciliar:
 - Desastre, socorro e flagrante delito: são violações que podem ocorrer durante a noite e o dia. Por se tratarem de situações emergenciais, a Constituição protege essas exceções.
 - Desastres são acidentes naturais, como chuva de granizo.
 - Socorro: o socorro em si não precisa acontecer. O princípio é pautado pelo perigo: se o perigo é muito provável, o erro de invasão é razoável e desculpável, é um erro de tipo e afasta a ilicitude do ato.
 - Flagrante delito: as mesmas hipóteses de erro escusável do socorro se aplicam ao flagrante delito. Nos casos de invasão de favela, nos quais uma série de casas são invadidas, por exemplo, trata-se de conduta punível, já que não há indícios da violação da lei nas outras casas.
 - A ordem de invasão é uma exceção, não sendo admitida a expedição de ordem judicial coletiva; a possibilidade real deve ser apontada **especificamente e individualizada**.
 - A inviolabilidade pode não ser emergencial/urgente, mas importante. Nesses casos, a ordem judicial deve ser emitida por órgão jurisdicional competente, apenas ("cláusula de reserva jurisdicional"; está intimamente relacionada ao princípio do juiz natural, art. 5º, XXXVII e LIII). A autoridade policial não tem essa competência de romper a inviolabilidade.
 - A ordem judicial só pode ser executada durante o dia, já que não há urgência. Não se permite cumprimento do mandado durante a noite para evitar subtração ou adição de provas, ou seja, para garantir a lisura da diligência. A razão da norma, portanto, é o cumprimento do mandado de forma legal, sem a possibilidade de alteração do panorama de provas.
 - Dois critérios para distinguir o que é dia: 6h até as 18h (critério horário) e presença de luz solar (critério físico-astronômico: "da alvorada até o crepúsculo"). Na prática, é feita uma mistura de critérios: prevalece o critério horário, a não ser em caso notório de presença de luz solar, como horário de verão. Há ainda, casos esdrúxulos, como eclipse total, em que as provas produzidas são ilícitas, pela falta de presença de luz solar.
- Inviolabilidade de dados (art. 5º, XII)
 - São quatro proteções, todas relativas: de correspondência, de dados, de comunicações telegráficas e comunicações telefônicas. O constituinte garantiu maior proteção a essa última, devido à importância desse tipo de comunicação na sociedade moderna.
 - Das quatro proteções, todas são relativas, mas apenas as três primeiras contêm restrições de eficácia plena: apenas a lei, a própria administração e ordem judicial competente podem restringir esses direitos.
 - Para a violação de sigilo das comunicações telefônicas, as restrições de direitos previstas tem eficácia limitada; são restrições expressas e não podem ser afastadas/relativizadas. Há três possibilidades de restrição: cláusula de reserva jurisdicional, investigação criminal ou fase de instrução processual penal e formas previstas em lei.
 - Dados telefônicos são diferentes de interceptação telefônica: os primeiros são pretéritos e costumam não ter registros de voz, enquanto os segundos são registros de voz e são presentes.

- Sigilo de correspondência: pode ter acesso ao conteúdo das cartas apenas o remetente e o destinatário, que pode fazer o que quiser com a carta assim que recebida, salvo em caso de expresse sigilo do remetente.
 - Havendo indícios de atividade ilícita, a autoridade administrativa pode abrir as correspondências. Inclusive, **nenhum direito fundamental pode ser usado como proteção para atividades ilícitas.**

Inviolabilidades - 07/04

- Sigilo de dados
 - Mensagens enviadas de forma telemática são consideradas dados e, portanto, são sigilosas. A quebra desse sigilo requer ordem judicial.
 - A ordem judicial pode ser emitida por um juiz ou por uma CPI.
 - Em relação aos dados telefônicos, não se trata de interceptação telefônica, mas sim dos dados, como tempo de ligação, números discados, etc: é uma prova pretérita.
 - Todos os dados são passíveis de quebra de sigilo caso o Estado julgue necessário. Em caso de quebra indevida, as provas obtidas são ilícitas.

- Sigilo telefônico
 - Interceptação telefônica é a gravação de conversa telefônica no mesmo momento em que ela se realiza por terceira pessoa sem conhecimento de qualquer um dos interlocutores. Essa situação, além de ferir a intimidade das pessoas, fere a segurança das comunicações telefônicas. Por conta disso, a tutela constitucional é maior.
 - Três requisitos para a quebra do sigilo:
 - Ordem da autoridade judicial competente: problema do crime achado (são interceptadas as pessoas relacionadas ao procurado, e não o procurado em si. Deve ser verificada a boa-fé para a prova ser lícita)
 - Fins de investigação criminal ou instrução processual penal: é um meio de prova que só pode ser produzido no processo criminal. Na investigação criminal, quem pode pedir essas provas é o juiz de ofício, o Ministério Público ou o delegado de polícia. Assim que iniciada a ação penal, somente os dois primeiros podem fazer esse pedido.
 - É possível uma quebra de sigilo sem um inquérito policial, em uma investigação conduzida sigilosamente pelo Ministério Público, por exemplo.
 - Na ação penal, existe ampla defesa e contraditório. No entanto, nesse meio de prova, não existe possibilidade da defesa ter ciência da prova. Uma vez juntada a interceptação com a devida transcrição, aí sim a defesa deve ter ciência e a plena oportunidade de contraditar formal e materialmente a prova produzida.
 - Cabe esse meio de prova nos crimes de ação penal privada (a vítima é titular da ação penal, e não o Ministério Público. Por exemplo, estupro sem violência)? A lei diz que a quebra de sigilo cabe em qualquer ação penal, mas a vítima deve pedir essa quebra ao MP.
 - Nas hipóteses e formas previstas em lei: é norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, a lei deve estabelecer as hipóteses e qual a forma da quebra de sigilo.
 - Logo após a promulgação da CF de 88, considerou-se que a lei que regia a quebra de sigilo era inconstitucional e, portanto, as provas obtidas eram ilícitas. No entanto, as provas produzidas através dessas gravações eram lícitas, o que perpetuou a prática da gravação irregular. Essa situação mudou em 1996, com a troca de um ministro.

Em 26 julho de 96, foi aprovada a lei 9.296, que disciplina a interceptação telefônica.

- Requisitos legais: **indispensabilidade desse meio de prova** (a investigação não prossegue sem essa prova), **crime punido com reclusão** (e o crime achado com uma pena mais branda? Há posicionamentos distintos: uns dizem que só pode ser usado aquilo que é pertinente ao que estava sendo investigado, outros dizem que desde que os requisitos legais e constitucionais estejam presentes as provas produzidas são lícitas. Intermediariamente, uns admitem a possibilidade do acolhimento das provas de qualquer crime apenado com reclusão e crimes apenados com detenção, desde que conexos com o crime objeto da interceptação) e **prazo determinado** (15 dias), o qual pode ser renovado indeterminadamente por uma decisão fundamentada do juiz que não retroage.

Interceptação Telefônica, Prova Ilícita e Devido Processo Legal - 28/04

- A interceptação telefônica se diferencia da gravação clandestina na medida de que, na primeira, ambos os interlocutores não têm ciência da gravação, enquanto que na segunda pelo menos um deles têm.
- Lei 9296, art 1º, Parágrafo Único: as comunicações telemáticas são equiparadas às comunicações telefônicas, o que permite, por exemplo, a interceptação de emails, SMSs, etc.
- A defesa não pode ser avisada desse meio de prova, não permite o contraditório; é o **contraditório diferido** (possibilidade de ampla impugnação da prova produzida, formal ou materialmente, após a juntada nos autos).
 - Impugnação formal: os requisitos para a interceptação telefônica não foram atendidos (períodos sem autorização, juiz incompetente, matéria civil, etc.)
 - Impugnação material: o conteúdo do laudo é contestado pela defesa.
- Após o término da interceptação, ocorre a transcrição das gravações e a apresentação de um relatório em autos apartados.
- Os atos de improbidade administrativa não são acobertados pela interceptação telefônica, sendo as provas obtidas usadas como provas emprestadas.
- A utilização de provas ilícitas seria a materialização do ditado de que os fins justificam os meios. No direito, isso não é tolerado, sendo as inviolabilidades e as provas ilícitas barreiras erguidas contra o abuso estatal.
- As provas ilícitas surgem com a Constituição de 1988, em seu art. 5º, LVI.
- A prova ilícita é nula, imprestável, pois foi produzida a partir da violação de inviolabilidades. Ela não pode ser utilizada para fundamentar a livre convicção do juiz, mas o processo permanece válido.
- Exemplo: a prova A foi obtida mediante tortura, as provas B, C e D, derivadas da prova A (a confissão mediante tortura). Por si só, as três últimas são lícitas. No entanto, como a prova A foi determinante para a obtenção das demais provas (provas derivadas), surge um debate:

- Teoria alemã: não há transmissibilidade da ilicitude, todas as provas devem ser analisadas individualmente. A vantagem é a maior obtenção de provas, enquanto a desvantagem é o estímulo à produção de provas ilícitas.
- Teoria americana (frutos da árvore envenenada): se a fonte está contaminada, os frutos daquela fonte também estão contaminados. Dessa forma, as provas que derivarem diretamente de prova ilícita também são ilícitas.
- O Estado tem uma força desproporcional contra os demais, devido a seu aparato. Os indivíduos possuem poucas defesas contra o poder público, como a presunção de inocência e as regras de direito. Dessa forma, as provas ilícitas, além de serem nulas, também são **nulificadoras**.
- Via de regra, a ilicitude da prova tem que ser provada pela alegação, embora o juiz possa decretar de ofício a ilicitude da prova.
- Existe a possibilidade de obtenção de provas a partir de uma prova ilícita ou de uma prova independente.
 - Se duas fontes, a prova A e a prova E, a primeira ilícita e a segunda não, indicam as mesmas provas B, C e D, as provas derivadas são válidas, pois trata-se de fonte autônoma, que independe da prova ilícita.
 - Da mesma forma que uma prova lícitamente produzida pode ser emprestada para outros processos, a prova ilicitamente produzida não pode ser emprestada para outros processos.
- Devido processo legal é uma ideia que consubstancia as regras do jogo para que alguém possa perder sua liberdade ou propriedade, as bases históricas dos direitos fundamentais ocidentais. Para sofrer alguma restrição nesses âmbitos, deve ser observado o devido processo legal.
- São derivados do princípio do devido processo legal:
 - Ampla defesa (súmula vinculante 14);
 - É a possibilidade pessoal ou técnica de pleitear o reconhecimento de seu direito perante o Judiciário e os órgãos administrativos, já que a ampla defesa engloba não só os processos judiciais, mas também os administrativos.
 - A defensoria pública organizada e autônoma é uma garantia de ampla defesa, por exemplo.
 - Ninguém é obrigado a se incriminar, produzir provas contra si mesmo. É daí que vem o direito ao silêncio, consagrado constitucionalmente no Brasil. Constitui o direito de se calar ou mentir no direito romano-germânico, enquanto que no direito anglo-saxônico o direito ao silêncio constitui apenas se calar.
 - Você não pode ser obrigado a entregar documentos que te prejudiquem, indicar pessoas que te incriminem, etc. De forma geral, o direito à não-incriminação, contido no direito ao silêncio, veda qualquer tipo de incriminação, direta ou indireta.
 - A defesa técnica tem a última palavra no processo, isto é, depois de colhidas todas as provas, o réu pode se manifestar ou não.
 - Problema do tribunal do júri, que não é obrigado a motivar suas decisões.
 - Súmula 14, a primeira a ser pedida pela OAB, possibilitou o acesso do acusado ou de sua defesa técnica à investigação e a todas as provas já produzidas e documentadas (juntadas aos autos) no inquérito policial. Não garante o contraditório, mas não permite investigações completamente

- secretas. Há pleno acesso às provas, mas não pode contraditar as provas, pois ainda não é o momento para tal.
- Contraditório ("par conditio");
 - Paridade de condições entre acusação e defesa; a cada passo de um lado, deve haver um passo possível para o outro lado do outro lado.
 - Juiz natural (art. 5º, XXVII e LIII);
 - Um dos mais importantes princípios do direito; é o que garante a imparcialidade da magistratura na hora de julgar.
 - Impede a escolha de quem vai julgar a causa, que muitas vezes era uma escolha arbitrária e/ou subjetiva.
 - Impede também o tribunal de exceção, isto é, um tribunal montado após a ocorrência do fato para julgá-lo.
 - O juiz deve ser escolhido por regras objetivas de distribuição de competência previamente estabelecidas, evitando a subjetividade.
 - A suspeição e o impedimento complementam o princípio do juiz natural, pois tem a finalidade de garantir a imparcialidade do processo.
 - Presunção de inocência;
 - Vedação às provas ilícitas;
 - Direito a todos os recursos inerentes (discussão sobre a existência absoluta do duplo grau de jurisdição).

Direitos e Garantias Individuais - 12/05

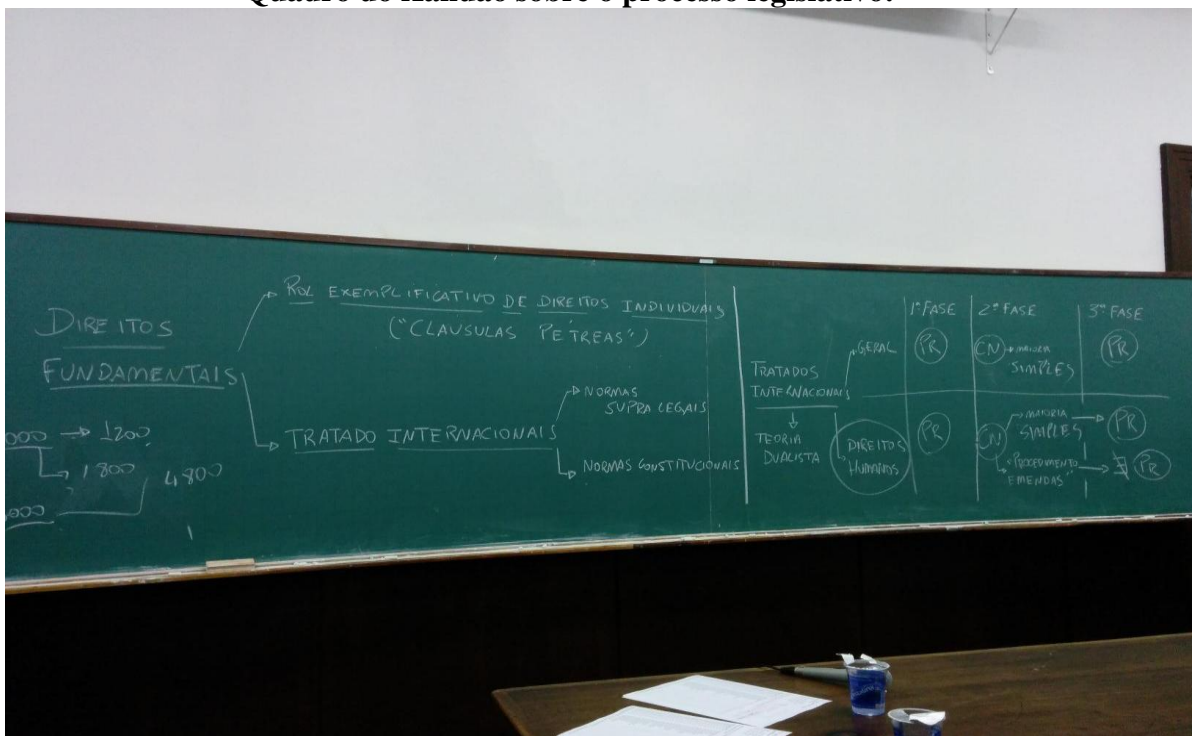
- Uma das espécies de direitos fundamentais, os individuais, são expressos em um rol exemplificativo na CF. Consistem nos §§1º, 2º e 3º do art. 5º.
 - Ou seja, apesar da extensa disposição do art. 5º, outras hipóteses são admitidas. São exemplos de hipóteses previstas fora do art. 5º o art. 60, §4º, IV (as chamadas cláusulas pétreas). Dessa forma, apenas os direitos e garantias individuais, e não os direitos fundamentais como um todo, não são passíveis de alteração por emenda constitucional. Direitos sociais, por exemplo, apesar de serem considerados direitos fundamentais, não são pétreos.
- Os direitos e garantias individuais estão, em sua maioria, no art. 5º.
 - É possível a emenda constitucional do art. 5º? Sim. O art. 60º veda a emenda tendente a abolir direitos, mas ela pode ser feita com a intenção de acrescentar mais direitos ou dar maiores garantias. Ex.: adição de mais um inciso na CF por meio de emenda garantindo a duração razoável do processo.
- Em outros casos reconhecidos pelo STF, os direitos e garantias individuais podem ser encontrados no art. 7º (a licença maternidade), o art. 150, §3º, b, (princípio da anterioridade do direito tributário) e o art. 228 (a inimizabilidade penal).
 - O caso do art. 7º
 - Relembrando, a mulher tem 120 dias de licença maternidade remunerada, sendo possível a extensão desse prazo para 180 dias no caso da empresa cidadã.
 - A Emenda 20 estabeleceu um teto de pagamento de benefícios. Ninguém poderia receber auxílios ou aposentadoria maiores do que esse teto. Quem ganhasse acima do teto (1200 reais) tinha que ser compensado pelo empregador, os quais prontamente se negaram a pagar, já que não há lei que dispunha sobre isso.
 - Ao ser provocado, o STF defendeu a constitucionalidade do teto, já que direitos sociais não são cláusulas pétreas (inclusive, o teto é válido até hoje),

mas não pode incidir na licença maternidade. Isso porque a licença maternidade, apesar de ser um direito social da trabalhadora (e, portanto, passível de emenda), é acima de tudo, um direito individual da mulher e, portanto, ligado ao princípio da igualdade e ao princípio da vedação à discriminação (ambos provenientes do art. 5º). O entendimento do STF caminhou em direção a esse princípio, já que o teto para a licença maternidade implicaria em uma preferência maior na contratação de homens.

- Algum substrato de garantia ou direito individual deve ser encontrado para garantir sua imutabilidade.
- O caso do art. 150
 - Princípio do direito tributário que é uma garantia do contribuinte: em regra, nenhum tributo pode ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que é criado ou majorado. Isso permite que o contribuinte se programe para arcar com esses novos gastos.
 - A tributação é uma maneira lícita do poder público invadir o direito de propriedade. Assim, toda vez que um tributo é criado ou majorado, passa a existir uma maior restrição (ainda que lícita) do direito de propriedade.
 - O STF entendeu que o art. 150, §3º, b, não é só uma garantia tributária, mas uma garantia ligada ao direito de propriedade (inclusive, nas outras Constituições do Brasil, esse princípio aparecia no rol de direitos e garantias individuais).
 - A Constituição determina quais entes federativos podem criar tributos, mas não cria tributos em si.
 - A EC-3 tinha duas partes distintas: a criação da ADC e a criação da IPMF. É essa segunda parte que interessa, já que a criação desse imposto afastava expressamente o princípio da anterioridade. O STF entendeu que esse princípio é ligado à propriedade e que a criação do imposto é lícita, mas sua cobrança no mesmo exercício financeiro não.
- O caso do art. 228
 - Um tratamento diferenciado deve ser dado aos menores de 18 anos, de acordo com um documento da ONU. No Brasil, esse tratamento diferenciado se traduziu em inimizabilidade.
 - Juridicamente, cabe a emenda suprimindo esse artigo ou apenas alterando a idade? Como se trata de uma garantia individual do menor de idade, esse tipo de emenda é juridicamente impossível, uma flagrante inconstitucionalidade.
 - A inimizabilidade é uma garantia que prevalece sobre os demais direitos e garantias que são adquiridos com os 18 anos.
 - No entanto, o art. 228 não impede a alteração do ECA, o qual poderia prever um tratamento mais duro para os menores infratores.
- Tratados internacionais
 - De acordo com a Emenda 45, de 2004, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos podem ser incorporados, desde que observado o processo legislativo de emenda constitucional.
 - Para a incorporação, o tratado deve ter a participação de dois Poderes (é a chamada teoria dualista): o chefe do Executivo precisa assinar o tratado e o Legislativo precisa aprová-lo.
 - De forma geral, os tratados internacionais sobre matérias gerais seguem o seguinte rito legislativo:
 - O presidente assina o tratado. O mesmo é remetido ao Congresso Nacional, o qual toma as diligências necessárias (delibera, aprova incondicionalmente, rejeita, não discute, etc.). Seguindo o art. 49, I, é emitido um decreto

- legislativo sobre a aprovação do Legislativo, o qual é remetido novamente ao presidente para a redação de um decreto de lei e a publicação.
- Possuem força de lei ordinária.
 - Com a EC-45, o processo para os tratados gerais continua o mesmo. Em relação aos tratados sobre direitos humanos, a Constituição previu uma nova **possibilidade**, e não uma nova obrigatoriedade: o Congresso pode aprovar os referidos tratados com o rito típico de uma emenda constitucional, de forma a garantir ao tratado um status supra-legal (acima da lei, porém abaixo da Constituição).
 - Dessa forma, os tratados sobre direitos humanos podem seguir o processo dos tratados sobre matéria geral ou podem passar pelo processo diferenciado na etapa de deliberação do Congresso Nacional e prescindir da aprovação do Presidente da República.
 - O caráter supra-legal foi dado a todos os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à Emenda.
 - O Pacto de San José da Costa Rica, por exemplo, afastou uma das hipóteses de prisão civil previstas na nossa Constituição (o caso do depositário infiel), por meio do afastamento da regulação da disciplina dessa matéria no Código Civil. Ou seja, constitucionalmente, a prisão do depositário infiel ainda é possível, mas como as competências para essa prisão não estão regulamentadas, não é possível a aplicação dessa hipótese.
 - Desde a EC-45, somente um tratado ganhou caráter supra-legal: a Convenção de Nova York, sobre os direitos dos deficientes físicos.
 - Nesse caso, ainda que a Convenção seja revogada, o Brasil não pode se desfazer dela, por ter configurado cláusula pétrea. Ademais, a Convenção também pode ser usada como substrato para uma ADIN ou ADPF.

Quadro do Xandão sobre o processo legislativo:



Extradição - 26/05

- Duas espécies de extradição: **ativa** (quando o Brasil pede para o país estrangeiro, e o Brasil deve seguir o ordenamento estrangeiro) e **passiva** (quando o país estrangeiro solicita o Brasil, e aquele deve se adequar às normas brasileiras).

- Conceito de extradição: retirada forçada do indivíduo do território nacional por crime praticado em país estrangeiro.
- Extradição é diferente de expulsão (também é retirada forçada, mas do estrangeiro por crime ou ato ilícito praticado no Brasil) e deportação (também é retirada forçada do estrangeiro do território nacional, mas por problemas administrativos).
- O brasileiro naturalizado que pratica um crime grave pode ter sua naturalização revogada.
- Extradição está relacionado a um ato que não acontece no Brasil, enquanto expulsão e deportação está relacionado a um ato que acontece no Brasil.
- Extradição é primariamente um pedido político.
- Feito o pedido para o governo, o mesmo é remetido ao Ministério da Justiça, que verifica a admissibilidade formal do pedido.
 - Documentos requeridos para a admissibilidade: cópia do processo que o extraditando está respondendo, cópia da decisão judicial constriativa da liberdade e cópia da legislação, tudo devidamente traduzido.
 - Antes da CF de 1988, o Ministério da Justiça prendia administrativamente o extraditando. Atualmente, apenas a autoridade judicial competente pode decretar prisão.
- Aceito o pedido, ele é protocolado no STF.
 - Nessa etapa, o STF pode decretar a prisão.
 - A análise do pedido só é feita caso o extraditando esteja a disposição do tribunal (preso).
 - A análise feita não é de mérito, mas de legalidade. O STF analisa as hipóteses constitucionais e os requisitos legais e defere ou não o pedido de extradição.
 - Hipóteses constitucionais:
 - O brasileiro nato: nunca pode ser extraditado.
 - O brasileiro naturalizado: a regra é não ser extraditado. Somente duas hipóteses de extradição: espécie do crime (comprovada participação em tráfico ilícito de entorpecentes) e momento da prática do crime (qualquer outro crime que não seja tráfico de entorpecentes, desde que cometido antes da naturalização)
 - O estrangeiro: a regra é ser extraditado. A exceção são os crimes políticos (definição de crime político: o que o STF entende como crime político, com exceção de terrorismo e crimes contra a autoridade pública) e de opinião.
 - Requisitos legais:
 - Princípio da reciprocidade: a extradição só é analisada se o país requerente também analisa os pedidos de extradição do país.
 - **Não é impeditivo de extradição o estrangeiro ter cônjuge ou filho brasileiro.**
 - O crime pelo qual se pede a extradição não pode estar prescrito. A análise da prescrição se dá com base na legislação mais benéfica para o réu.
 - Dupla tipicidade do delito praticado: a conduta praticada tem que ser crime no exterior e no Brasil, e o fato deve ser punido com pena superior a um ano.

- O Brasil não extradita para tribunais de exceção.
 - O país que solicita a extradição deve assumir alguns compromissos, como não aplicar pena de morte, substituindo-a por uma pena privativa de liberdade de no máximo 30 anos, ou penas cruéis.
 - Princípio da especialidade e pedido de extensão: vedam a fraude no processo de extradição. O primeiro diz respeito apenas a punição pelos crimes elencados no pedido extradicional. No caso de fatos que foram cometidos antes da extradição, sem que o STF ou o governo do país soubessem, este último deve fazer um pedido de extensão para punir os crimes descobertos.
- Deferido o pedido de extradição, cabe ao presidente da República, por meio de um ato vinculado, conceder ou não a extradição.
 - Indeferido o pedido, nada pode ser feito. O STF libera o extraditando e é o fim do procedimento.

Gerações de Direitos Fundamentais - 26/05

- A denominação *gerações* se dá no âmbito da institucionalização desses direitos. Não é um ranking de importância.
- 1ª Geração de Direitos Fundamentais: são direitos civis, ligados a liberdades públicas, e direitos políticos. São também chamados de direitos negativos.
 - A eficácia desses direitos está relacionada ao silêncio do Estado. A justiça deve estar estruturada para que o Estado não invada essa ordem mínima, mas também deve garantir que outros não invadam.
 - São os mais fáceis de serem implementados via justiça.
 - Assim, tratam-se de direitos que não exigem políticas públicas.
- 2ª Geração de Direitos Fundamentais: são direitos econômicos, sociais e culturais.
 - Além da estrutura montada, políticas públicas precisam ser orquestradas para a efetivação desses direitos.
 - O orçamento nos casos da educação e saúde é vinculado, ou seja, uma quantia deve ser gasta naquelas áreas, sob pena de intervenção.
- 3ª Geração de Direitos Fundamentais: difusos e coletivos.
- A Constituição Federal universalizou os direitos fundamentais na prática, mas antes de sedimentar a estrutura para essa universalização, o que talvez explique a queda na qualidade dos serviços prestados.
- A efetivação desses direitos de 2ª e 3ª geração trouxe a tona a necessidade de novos instrumentos protetivos:
 - Ação popular
 - Ação de improbidade
 - Ação civil pública
 - Jurisdição constitucional
- Deve haver um equilíbrio entre a eficácia dos direitos fundamentais e o respeito às políticas públicas do Executivo.

- Sugestão de leitura sobre esse tema: “A evolução dos direitos fundamentais”, de Virgílio Afonso da Silva (disponível em <http://dl.dropboxusercontent.com/u/6365331/DES0211-LEITURAS/02-1%20VAS%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20DF.pdf>).