Nº 29 – janeiro/fevereiro/março de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E APROVAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Manoel Jorge e Silva Neto

Professor de Direito Constitucional nos Cursos de Graduação e Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor-Convidado (Visiting- Scholar) da Universidade da Flórida – Levin College of Law. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Procurador do Ministério Público do Trabalho na Bahia e Coordenador do Núcleo de Combate à Discriminação nas Relações de Trabalho no Estado da Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto dos Advogados da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho e do Instituto Goiano de Direito do Trabalho. Ex-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

1. Proposta do Artigo

O que se vê, de forma acentuada, principalmente após a promulgação da EC nº 45/04, é que reside ainda desconfortável hesitação no que concerne à aplicação das normas constitucionais alteradas, inclusive aquela relativa ao § 3º do art. 5º, da Constituição Federal, que estabelece o procedimento legislativo adequado para a aprovação dos tratados sobre direitos humanos.

Posto desta forma, o propósito do artigo é trazer contribuição para o reconhecimento de que os direitos humanos gozam de prevalência no domínio do sistema normativo brasileiro e que, por outro lado, tal prevalência deve ser incondicionalmente reconhecida quando se puser o Congresso Nacional a examinar proposta de lei, ou, no particular, proposta de emenda à Constituição.

No item 2 analisaremos a questão do devido processo legislativo e suas conseqüências para o fim de proteção aos direitos humanos.

Já no item 3 procuraremos demonstrar que, malgrado a impossibilidade de persistirmos com a idéia de *fundamentalidade material externa*, os tratados sobre direitos humanos devem receber tramitação diferenciada, inclusive como decorrência da cláusula do devido processo legal em seu sentido substancial.

Ao item 3 serão reservadas as conclusões do trabalho.

2. Conteúdo e Importância do Devido Processo Legislativo

A cláusula do devido processo legal encontra-se fixada genericamente no art. 5º, LIV/CF:

"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Logo, a cláusula do devido processo legal (*due process of law,* no dizer dos ingleses e norte-americanos) busca a proteção do indivíduo contra arbitrariedades que possam ser praticadas no âmbito do processo e que repercutam negativamente em termos de supressão de liberdade física e/ou perda de bens.

E também no processo de elaboração das normas, há um caminho coativamente fixado pela Constituição e prescrições regimentais do Senado, da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional que não devem ser esquecidos no momento da tramitação legislativa, pena de reconhecimento da inconstitucionalidade formal da proposição.

Mas não é só isso; quando se cogita de devido processo legal, a proteção extrapola, transcende os domínios da relação jurídica processual para abranger também a tutela a direitos fundamentais das pessoas.

Estamos, assim, diante da idéia do devido processo legal em sentido substancial (*substantial due process of law*).

E o processo legislativo é reconhecidamente o instrumento por meio do qual o Estado pode, de forma legítima, impor restrições à liberdade individual ou mesmo ao patrimônio das pessoas.

Com efeito, se a lei é, por definição rousseauniana, resultado da "vontade geral", parece certo que a sua legitimidade também decorre do consenso das pessoas quanto às limitações que devam ser implementadas em sede de norma jurídica genérica e abstrata.

Contudo, tais limitações não devem ser postas de modo excessivo, sob pena de ofensa à *proibição do excesso*, que é o *princípio da proporcionalidade* com outras palavras.

Três conseqüências advêm da aplicação do princípio da proporcionalidade:

a) *Necessidade de escolha de decisão judicial que menor restrição imponha a direito fundamental;*
b) *Necessidade de escolha de solução legislativa que menor restrição imponha a direito fundamental;*
c) *Necessidade de escolha de solução legislativa que seja suportada proporcionalmente pelos destinatários da norma.*

Logo, como natural decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade no altiplano das normas alusivas ao processo legislativo brasileiro, torna-se induvidoso que o legislador não deve aprovar medida legislativa que acarrete restrição demasiada a exercício de direito fundamental ou que colha determinado grupo ou atividade.

Mas o que parece decisivo para promover a ponte entre o devido processo legislativo e a aprovação dos tratados internacionais é o reconhecimento feito pela Constituição de 1988 quanto à *prevalência dos direitos humanos*.

Deveras, o art. 4º, II/CF assegura que "a República Federativa do Brasil rege-se na suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – (...) ; II – a prevalência dos direitos humanos; (...)".

Se essa foi a escolha feita pelo legislador constituinte derivado, tal opção tem desdobramento no âmbito do processo legislativo.

Tanto é assim que o § 3º do art. 5º, CF dispõe que

> *"os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".*

Significa dizer que os tratados sobre direitos humanos *só* terão prevalência hierárquico-normativa no Brasil a partir do momento em que forem aprovados de acordo com o regramento fixado no § 3º do art. 5º, da Constituição.

Com isso, e infelizmente, não conseguimos mais visualizar espaço para a disseminação de doutrina segundo a qual o § 2º do art. 5º, da Constituição seria norma bastante para determinar a ponência de tais tratados no âmbito interno sem que houvesse qualquer necessidade de ratificação, ou pior ainda, de submissão à tramitação descrita no antedito parágrafo.

Ou seja: a idéia de *fundamentalidade material externa* perdeu o sentido após a promulgação da EC nº 45/04 e inclusão do § 3º ao art. 5º da Constituição.

Deveras, malgrado o § 2º do art. 5º assevere que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluam outros decorrentes do *regime* e dos *princípios* por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é certo que o enunciado deva ser interpretado em cotejo com o § 3º do art. 5º, que fixa procedimento legislativo mais solene e demorado para aprovação de tais normas internacionais.

Contudo, a Constituição continua proclamando a prevalência dos direitos humanos, tal como acontece no art. 4º, II/CF.

Se é assim, evidente que, de forma objetiva, há desdobramentos no âmbito do processo legislativo que se coadunam perfeitamente com a declaração solene e peremptória consumada pelo constituinte originário e dirigida ao reconhecimento de que os direitos humanos, no Brasil, devem *prevalecer.*

É o que veremos a seguir.

3. Devido Processo Legislativo, Prevalência dos Direitos Humanos e Tramitação Legislativa dos Tratados

O art. 4º, II/CF, determina que o Brasil obedecerá, no plano internacional, dentre outros princípios, à *prevalência dos direitos humanos.*

Com isso, a Constituição de 1988 oferece mais um balizamento objetivo para determinar a subscrição de normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos.

Diante desse quadro, todas as normas dirigidas à proteção dos direitos humanos devem ser objeto de subscrição pelo Estado brasileiro e aprovação

imediata pelo Congresso Nacional, desde que se ponha como certa a incondicionada vinculação dos atos de governo aos princípios constitucionais fundamentais, inclusive aqueles responsáveis pelo comportamento do Brasil no concerto internacional.

E mais: as determinações da Constituição de 1988 vão além; não se prestam simplesmente a obrigar o nosso País à mera e simples subscrição de normas internacionais protetoras dos direitos humanos.

Não só subscrever, mas principalmente implementar o compromisso firmado em sede internacional.

E ainda: se a Constituição menciona que os direitos humanos devem *prevalecer*, é evidente que

todos os tratados que versem sobre direitos humanos devem merecer tramitação de acordo com o procedimento descrito no § 3º do art. 5º, da Constituição.

Explique-se.

A idéia fixada no art. 4º, II/CF é a de que o Brasil precisa se conduzir nas relações internacionais de tal modo que os direitos humanos *prevaleçam* diante dos demais.

Se é assim, subscrita a norma internacional a respeito de direitos humanos, logicamente daí decorre que o processo legislativo a ser adotado em tema de eficácia interna da disposição internacional simplesmente *não poderá ser outro senão aquele inerente às emendas constitucionais.*

E por quê?

Porque se não for essa a conclusão, será enorme paradoxo defender pomposamente a *prevalência dos direitos humanos* quando esses direitos, no plano interno, *não prevalecem*, já que, aprovados mediante o procedimento ordinário da

i) subscrição do tratado;
ii) ratificação pelo Congresso; e,
iii) expedição do decreto de promulgação pelo Poder Executivo,

terão paridade normativa idêntica às leis ordinárias e complementares, ao menos se for levada em conta a questão da ponência formal de tais normas no sistema do direito positivo interno.

Nesse passo, o *devido processo legislativo*, cuja objetivação deverá ser sempre encontrada nas normas constitucionais, aponta para a incondicional reverência às determinações que promanam do art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988, tornando simplesmente obrigatória a adoção do rito preconizado no preceptivo, sem que isso se converta em atentado à liberdade do legislador, pois é certo que a cláusula do devido processo legal atinge todos os domínios da vida do Estado, máxime para fazer com que a sua produção legislativa se dê estritamente em conformidade com as prescrições constitucionais.

E se o art. 4º, II/CF *impõe* a prevalência dos direitos humanos e se, de outro tanto, tal prevalência, em sede de processo legislativo, objetivamente só ocorrerá a partir da tramitação do tratado através do procedimento inerente às emendas, resulta lógico que a iniciativa quanto à *internalização* de tratados sobre direitos humanos se dará exclusivamente por meio do procedimento fixado no art. 5º, § 3º/CF.

Isso porque a liberdade do legislador não é absoluta, como, de resto, nada há de absoluto no sistema do direito positivo – e nem o direito à vida o é...

Logo, a única forma de solucionar o impasse é ponderando da seguinte forma: se a liberdade do legislador não é absoluta, deve ela ser limitada por algo.

Sucede que nos sistemas democráticos a liberdade de conformação legislativa é necessariamente restringida pela constituição, em cujo seio repousam normas de estrutura ou de organização (normas que disciplinam como são elaboradas outras normas), dentre as quais aquelas que referem o modo do procedimento e as pessoas que devem iniciar o processo legislativo.

Portanto, se existe norma internacional que protege os direitos humanos, torna-se indeclinável reconhecer que a tramitação do processo legislativo deve obedecer o regramento do art. 5º, § 3º, da Constituição, fazendo com que os co-legitimados referidos pelo art. 60, I/III, da Constituição adotem – sem espaço para emissão de juízo de valor político – a iniciativa para inserir no sistema interno a disposição internacional com paridade hierárquica às emendas constitucionais.

Mas isso não significa que a previsão *deva* ser aprovada como emenda constitucional, porque, já, aí, parece-nos fora de dúvida a indevida intromissão em assuntos legislativos, em temas a respeito dos quais somente o Poder Legislativo possuiria legitimidade política para decidir.

A obrigatoriedade que deflui do art. 4º, II/CF concerne inelutavelmente à iniciativa da proposição, que deve ser disciplinada pelas normas constitucionais que tratam da tramitação das emendas à constituição. Mas é claro que não está o Parlamento brasileiro vinculado à aprovação da medida; o que se impõe é o início da apreciação legislativa acerca do tratado sobre direitos humanos de acordo com o processo constitucionalmente estabelecido para emendas.

Se, no entanto, a proposição não lograr consenso e não for aprovada como emenda, ainda restará a alternativa do processo legislativo ordinário, que poderá ser iniciado em distinta sessão legislativa daquela em que rejeitada a proposta de emenda à constituição, a teor da proibição destacada no § 5º d art. 60/CF (“A matéria *constante* de proposta de emenda rejeitada ou ávida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”).

Contudo, não condicionar o início da tramitação ao processo legislativo *especial* (o inerente às emendas) é desconhecer a aptidão conformadora das normas constitucionais, notadamente daquelas pertinentes ao processo de elaboração de outras as normas, descambando o desconhecimento para a mera e simples inconstitucionalidade formal.

Em síntese: padecerá de *inconstitucionalidade formal toda e qualquer tramitação inerente à inserção de tratado sobre direitos humanos cuja iniciativa não se dê em conformidade com o procedimento descrito no art. 5º, § 3º, da Constituição.*

Segundo pensamos, é a única forma de respeitar-se, na hipótese, o *devido processo legislativo*, cuja disciplina não é encontrada exclusivamente nos arts. 59/69, da Constituição, mas também no âmbito dos princípios fundamentais, ou para ser mais específico, nos domínios das normas constitucionais de regência do comportamento do Estado brasileiro nas relações internacionais.

Frise-se: não seria o caso de defender, aqui, como já afirmado antes, a sobrevivência da *fundamentalidade material externa*, ou seja, inserção imediata dos tratados internacionais sobre direitos humanos no plano interno, desde que o § 3º do art. 5º, da Constituição declara a existência de procedimento solene e com *quorum*

mais qualificado para a ponência interna das normas internacionais que protegem direitos humanos.

4. Conclusão

Diante do que se expôs, é possível alcançar as seguintes conclusões:

4.1. A cláusula do devido processo legal se insere no processo legislativo para impedir a aprovação de lei excessivamente restritiva ao exercício de direito fundamental e que resulte em sistemático agravo ou limitação a determinado grupo ou atividade;

4.2. O devido processo legislativo determina o respeito às normas constitucionais e às regras procedimentais fixadas nos respectivos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados, do Senado e do Congresso Nacional;

4.3. Não há mais espaço para a defesa da tese da *fundamentalidade material externa*, ou seja, inserção imediata dos tratados internacionais sobre direitos humanos no plano interno, desde que o § 3º do art. 5º, da Constituição declara a existência de procedimento solene e com *quorum* mais qualificado para a ponência interna das normas internacionais que protegem direitos humanos;

4.4. A tramitação de processo legislativo inerente à aprovação de tratados internacionais sobre direitos humanos deve ser *sempre* iniciada de acordo com as regras do processo legislativo *especial,* a fim de que se ponha em jogo no Parlamento a possibilidade de *prevalência hierárquico-normativa das normas internacionais sobre direitos humanos*, sem que isso signifique abastardar a função legislativa, porquanto a proposição poderá ser rejeitada, podendo ser reapreciada em distinta sessão legislativa, a teor da proibição destacada no § 5º do art. 60, da Constituição.

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado | Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Devido Processo Legislativo e Aprovação de Tratados Internacionais Sobre Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 29, janeiro/fevereiro/março de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-29-JANEIRO-2012-MANOEL-JORGE-NETO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: