

# Os tratados sobre direitos humanos e a regra do art. 5º, do § 3º, da Constituição do Brasil

**Georgenor de Sousa Franco Filho**

georgenor@trt8.gov.br

Juiz Togado do TRT da 8ª Região,  
Doutor em Direito Internacional pela  
Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo, Professor de Direito  
Internacional e do Trabalho da  
Universidade da Amazônia, Presidente  
da Academia Nacional de Direito do  
Trabalho, Membro da Academia Paraense  
de Letras, da Sociedade Brasileira de  
Direito Internacional, da *International Law  
Association* e do *Centro per la Cooperazione  
Giuridica Internazionale*.

Recebimento do artigo: 06/07/2009

Aprovado em: 10/12/2009

## Resumo

O autor examina os direitos humanos a partir das suas diversas gerações, buscando reidentificá-los. Após, comenta acerca do art. 5º, § 3º, da Constituição de 1988, introduzido pela Emenda nº 45/2004, assinalando a dificuldade de demonstrar quais são verdadeiramente os “tratados sobre direitos humanos”.

## Palavras-chave

Direitos humanos. Direito Constitucional. Tratados internacionais.

# The Human Rights Treaties and the provision stated on 5<sup>th</sup> article, Section 3 of the Brazilian

*Georgenor de Sousa Franco Filho*

## ***Abstract***

*The author analyzes human rights through its several generations in order to re-identify them. After that he comments on the fifth article, third section in the 1988 Brazilian Constitution, introduced by the 45th Amendment / 2004, remarking the difficulty to demonstrate what are the truly expression “human rights treaties”.*

## ***Key words***

*Human rights. Constitutional law. International treaties.*

## Sumário

- Introdução.
- I Buscando reidentificar direitos humanos.
- II A regra constitucional e seus efeitos.
- Conclusão.
- Referências Bibliográficas

## Introdução

Dentre tantas reformas pelas quais tem passado a Constituição de 1988, mais de meia centena em menos de 10 anos de vigência, uma delas, considerada de grande porte, foi a decorrente da Emenda Constitucional n. 45/2004, pelo menos em dois grandes aspectos: primeiro, no que respeita ao Poder Judiciário, inclusive no que, a meu ver, significou limitar a competência da Justiça do Trabalho (art. 114); segundo, ao elevar tratado sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil em nível de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º).

Quanto àquela, já teci considerações a respeito alhures, assinalando que mais se trata de redução do que, ao contrário do apregoado pela maioria, ampliação de competência.<sup>1</sup>

Este estudo destina-se, especificamente, a comentar o que, no meu entendimento, representa o novo § 3º acrescentado ao art. 5º do Texto Maior.

---

<sup>1</sup> Vide. meu artigo Ampliação da competência da Justiça do Trabalho? **Revista do TRT da 8ª Região**. 41:80(59-67), jan./jun 2008.

## I. Buscando reidentificar direitos humanos

Anos atrás, homenageando o eminente constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, escrevi sobre a identificação dos direitos humanos, tentando resolver o grave problema de encontrá-los e separá-los no mundo do Direito.<sup>2</sup>

Distingui, então, direitos humanos de direitos fundamentais. Aqueles são os básicos do ser humano, reconhecidos internacionalmente, como o direito à vida, sendo o gênero do qual derivam os demais, que são os direitos humanos reconhecidos e garantidos pelas Constituições.

Nessa linha, situei as diversas gerações de direitos fundamentais, que alguns combatem e outros acolhem. Adoto como forma de identificar cronologicamente o surgimento do Direito como tal, jamais como meio de classificá-los quanto à importância. Sendo, como são direitos humanos, todos, indistintamente, têm, conforme a hipótese examinada, a mesma ou até maior importância.

No estudo a que referi acima, mencionava quatro gerações de direitos humanos, a quarta, inclusive, dividida em duas vertentes, o que não significa dizer que tenham a mesma origem, o que seria de todo uma incoerência, porque são direitos completamente diversos. Mas, ao contrário, duas vertentes no sentido de surgimento praticamente simultâneo no mundo do Direito.<sup>3</sup>

Assim, podem ser encontradas as seguintes gerações:

**Primeira geração:** direitos de liberdade, no Estado liberal, com postura negativa deste, sendo, dentre outros, direitos à vida e à liberdade.

**Segunda geração:** direitos de igualdade, no Estado social, que tem a missão positiva de fazer, garantindo, *n.g.*, direito à saúde, à educação, ao emprego.

**Terceira geração:** direitos de solidariedade ou de fraternidade, que são direitos difusos, dentre os quais direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio-ambiente.

**Quarta geração:** nas suas duas versões: direito à democracia, à informação e ao pluralismo; e direito à manipulação genética, à mudança de sexo, à clonagem,

<sup>2</sup> Vide. o meu Identificação dos direitos humanos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. **Estudos de direito constitucional (homenagem a Paulo Bonavides)**. São Paulo: LTr, 2001, p. 119-26.

<sup>3</sup> O eminente jurista carioca Arion Sayão Romita, que denomina as gerações de “famílias” ou “naipes” demonstra que, a seu ver, seria uma contradição minha essas duas *versões*, apontando “o que não apresenta consistência lógica, porém, é a reunião, na mesma família, de duas ‘versões’ ou ‘vertentes’ que não apresentam entre si elementos de conexão que recomendem esse procedimento” (**Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed., São Paulo, LTr, 2007, p. 115-116). Penso que está esclarecida a divisão que fiz, para fins exclusivamente cronológicos, de identificação temporal, e que mantenho.

à genética, surgidos em momentos próximos, embora de origens absolutamente distintas.

Hodiernamente, pode-se falar de uma novíssima *quinta geração*. A ela, chamarei de direitos subjetivos, que são os direitos a ter sentimentos. Esses sentimentos são, dentre outros, direito ao respeito, direito ao amor, direito à dignidade. Tais valores representam um *plus* para a Humanidade. Não se trata de respeitar por temor, mas respeitar por querer bem. Não se quer amor, como o amor carnal, senão aquele amor de caridade. Não se imagina dignidade com tratamento especial de reverências, mas sim, como garantia de um *standard minimum* para a vida humana.

Essa geração tem ganhado força nos últimos tempos. De um lado, as pessoas têm corrido às igrejas de todos os matizes para curar os males da alma; organizações não-governamentais (ONGs) surgem a cada dia, destinadas a prestar serviços beneficentes de ajuda ao próximo; os homens começam a ser mais solidários e preocupados com os outros homens. De outro, perde-se a vergonha de ter fé, as pessoas se sentem mais humanas, e, pouco a pouco o ódio e as disputas dão lugar ao amor e às divisões.

Reconquista-se o sentimento maior da humanidade, tão bem demonstrado por S. Paulo, na Epístola aos Colossenses: *amor é o vínculo da perfeição* (Cl. 3, 14).

Penso que essa novíssima geração é a síntese de todas as outras e a maior e mais importante de todas elas. Surge (ressurge) agora, com mais força e vigor do que antes, porque a humanidade passou a sentir-se necessária a ela própria.

## II. A regra constitucional e seus efeitos

Situados esses aspectos, como está a Constituição brasileira?

Em 8 de dezembro de 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 45, que, publicada a 31 seguinte, começou a vigor em 1 de janeiro de 2005. Dois parágrafos foram incluídos no art. 5º, que cuida de direitos e deveres individuais e coletivos. Assim, aos dois primitivos somaram-se mais dois. Os textos constitucionais dos quatro parágrafos são os seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º 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.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Para o tema que se está abordando, não carecem ser feitas maiores considerações acerca dos §§ 1º, 2º e 4º.

O primeiro trata da aplicação temporária de normas em geral que cuidem de direitos e garantias fundamentais. Observo, por necessário, que a imediatidade referida no dispositivo não afasta a observância das regras pertinentes à regular ratificação de tratados internacionais e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

Acerca do § 2º, escrevi comentários apontando a correção da emenda apresentada pelo Constituinte paraense Aloysio da Costa Chaves que corrigiu as imperfeições do projeto que era examinado no Parlamento de então.<sup>4</sup>

O derradeiro cuida do acesso ao Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil também faz parte, tema específico, não importando para o objeto deste estudo.

Irei deter-me, exclusivamente, ao § 3º e a ele farei diversas considerações, e, *data venia*, algumas objeções.

Uma objeção inicial fica à conta da sinonímia. O texto escoreito do § 2º, referindo apenas a *tratados internacionais*, deu lugar a *tratados e convenções*, que são expressões sinônimas, levando à equivocada desconfiança de que seriam figuras jurídicas diversas. Aliás, nossa Constituição permite uma dificuldade de entendimento aos leigos pelo menos. É que existe o art. 49, I, tratando da competência do Parlamento sobre *tratados, acordos e atos internacionais*. O art 84, VIII, cuida da competência presidencial para celebrar *tratados, convenções e atos internacionais*. E o art. 102, III, *b*, determina que cabe ao Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, “declarar a inconstitucionalidade de *tratado...*”. Só ai constata-se o sofrimento da interpretação: tratado, convenção, acordo e ato internacional são expressões que devem ser consideradas sinônimas, mas que podem ensejar embaraço para o povo simples, o leigo, destinatário da Norma Fundamental.

Ponto positivo é, sem dúvida, o fato de elevar os tratados sobre direitos humanos a nível de Emenda Constitucional, colocando tais documentos acima de leis

<sup>4</sup> Vide. o meu artigo Os tratados internacionais nas Constituições brasileiras. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**. Belém, 21(40):99-117, jan./jun. 1988.

federais (complementares e/ou ordinárias), como era o entendimento sedimentado do Excelso Pretório.<sup>5</sup>

Afora isso, no meu pensamento, dois pontos passíveis de dúvidas gerarão conflito, estão ensejando manifestação do Supremo Tribunal Federal, e merecem ter cuidadoso exame doutrinário, desapassionado, mas isento, e criteriosa apreciação do Judiciário ao se tratar da aplicação desses tratados.

O primeiro refere-se à aplicação temporal do dispositivo. A regra dominante no Direito brasileiro é da vigência imediata da norma constitucional e da sua irretroatividade, inclusive em respeito ao princípio do direito adquirido. Em se tratando de Direito Penal, a lei retroage para beneficiar, mas nunca para prejudicar, o réu. *Nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (art. 2º do Código Penal de 1940).

Nessa linha, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 consagra o princípio da irretroatividade (art. XI, 2).

Sendo assim, tenho que os tratados de que cuida o § 3º do art. 5º somente serão aqueles que, a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, passaram a ser aprovados com o *quorum* especial e nas condições indicadas no preceito. Todos os aprovados anteriormente, sem exceção, têm aplicação restrita, ou seja, podem ter seu destino afastado se contrariar a lei federal.

Claro que pode ser excepcionada a regra. A condição extraordinária é submeter o texto novamente ao exame do Parlamento brasileiro. E por quê? Porque a resolução congressual primeira, a que ocorreu antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, ainda que tenha sido pela unanimidade das duas Casas, não ocorreu em dois turnos, nem os parlamentares sabiam que estariam adotando uma Emenda Constitucional.

Logo, qualquer tratado acolhido pelo Congresso Nacional anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, que se pretender enquadrar no § 3º, necessitará retornar ao Parlamento.

Nesse caso, um tratado internacional suscita, de plano, grande dúvida. Encontra-se em exame na Suprema Corte a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica no que refere à prisão

<sup>5</sup> Vide nesse particular, as decisões do STF sobre a Convenção n. 158 da OIT e as do Pacto de São José da Costa Rica. Em especial: ADIn n. 1.480-3-DF, de 26.6.2001 (Confederação Nacional dos Transportes e Confederação Nacional da Indústria – CNI *vs.* Presidente da República e Congresso Nacional). Rel.: Min. Celso de Mello (DJ n. 140-E, Seção 1, de 8.8.2001, p. 2-3). As decisões, na íntegra, estão nos meus **Direito do trabalho no STF** (2 e 5). São Paulo, LTr, 1999 e 2002, p. 59-63 e 15-22, respectivamente).

civil por dívidas, inclusive do depositário infiel.<sup>6</sup> Decisão anterior afastara a aplicação do tratado, prevalecendo a regra constitucional permissiva da prisão civil, inclusive de devedor fiduciante.<sup>7</sup> Agora, tudo leva a crer que a posição será modificada e não será mais possível a prisão do depositário infiel no Brasil.

O outro ponto e que é, a meu ver, o que mais cuidadoso exame merecerá do aplicador da norma constitucional, é saber o que não é um direito humano. Identificar o que são os direitos humanos é tarefa menos difícil. Dizer quais os direitos que não são humanos é problemático.

É certo que podemos invocar, de plano, a condição de que o dispositivo cuida de direitos humanos *stricto sensu*, tais como direito à vida, direito à liberdade, direito à educação, direito ao trabalho, aqueles mínimos, que se enquadrariam, considerando as gerações, dentre os direitos de primeira e segunda. Com algum esforço, poderíamos estender até a terceira geração, e, com mais sacrifício, à quarta.

Assim, estariam contentes o Constituinte derivado e os defensores intransigentes dos direitos humanos,

Parece que se está fazendo a defesa dos direitos não humanos, mas não é disso que se trata. A questão é a dificuldade mesma em se distinguir o que é do que não é direito humano. Poder-se-ia argumentar, v.g., que a Convenção de Montego Bay sobre Direito do Mar, de 1982 8, é um tratado que cuida de tema específico, nada a ver diretamente com direitos humanos. Mas, incorreríamos no sério problema de desconsiderar que o documento aborda, *inter alia*, justamente a conservação do espaço equóreo (art. 146, *passim*) e estamos então diante de uma questão de meio ambiente, que é direito humano de terceira geração. Ou quando esse tratado proíbe o transporte de escravos (art. 99), garantindo o direito de liberdade.

Por outro lado, o que poderia ser dito da prática de crime em aeronaves, severamente punido pela Convenção para a Repressão aos Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil (Montreal, 1971)?<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Vide algumas decisões do STF a respeito no meu **Direito do trabalho no STF (11)**. São Paulo: LTr, 2007, p. 127-38.

<sup>7</sup> RE 372. 436-3-SP, de 19.2.2003 (Banco BRADESCO S/A *vs.* Comércio de Tratores, Peças e Implementos Agrícolas Catanduva Ltda.). Rel.: Min. Celso de Mello (DJ n. 59, Seção 1, de 27.3.2003, p. 58). No mesmo sentido: RE 400.512-3-RJ, de 17.9.2003 (Aliança Administradora de Consórcios S/C Ltda. *vs.* Andréa Vieira Catharino Muniz). Rel.Min. Celso de Mello (DJ n. 219, Seção 1, de 12.11.2003, p. 115) e HC 83.416-3-SP, de 14.10.2003 (Associação Paulista de Transporte S/A *vs.* Augusto Vieira de Mello). Rel. orig.: Min. Carlos Britto. Red. p/Acórdão: Min. Cezar Peluso (Informativo n. 203, de 22.10.2003, p. 2). Vide, na íntegra, no meu **Direito do trabalho no STF (7)**. São Paulo: LTr, 2004, p. 183-190).

<sup>8</sup> A Convenção encontra-se em vigor no Brasil, conforme o Decreto n. 1.530, de 22.6.1995.

<sup>9</sup> A Convenção está vigendo no Brasil desde 23.1.1973, tendo sido promulgada pelo Decreto n. 72.383, de 20.6.1973.

Afora isso, enfrentamos a problemática das Convenções Internacionais do Trabalho. Das quase duas centenas aprovadas desde 1919, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Brasil ratificou 80 e denunciou treze convenções, até agosto de 2008<sup>10</sup>. Se a denúncia da Convenção n. 158 foi a que maior tumulto causou no país, a meu ver, a Convenção n. 96, que proíbe agências de colocação de mão-de-obra com fins lucrativos, teve maior reflexo negativo no seio da classe trabalhadora, mas, nem por isso, suscitou tanta controvérsia. Sua denúncia gerou a sanção da Lei n. 6.019, de 3.janeiro.1974, que criou inúmeras empresas prestadoras de serviço que, a rigor, são meras locadoras de mão-de-obra humana.

É porque fizeram da Convenção n. 158 arma de defesa do emprego, como se, àquela época, antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, um tratado internacional pudesse resolver a regulação de preceito constitucional sujeito à reserva legal, que é o caso do inciso I do art. 7º da Constituição de 1988.

Ao interpretar sua denúncia, o Excelso Pretório sinalizou perfeitamente que o conflito entre leis (Constituição e Tratado, lei anterior e posterior e lei genérica e específica) resolve-se pela prevalência da Constituição, e pela adoção de dois critérios que vêm do Direito romano: *lex posterior derogat priori e lex specialis derogat generalis*<sup>11</sup>.

Demais disso, todos – a quase totalidade – dos tratados – inclusive as Convenções Internacionais do Trabalho – que o Brasil ratificou foram adotados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, ou seja, sem a observância do rito previsto no § 3º do art. 5º. Sendo assim, e se, ninguém disso tem a menor dúvida, todas as convenções internacionais do trabalho cuidam de direitos humanos, como agir com relação às incorporadas à ordem jurídica interna antes de janeiro de 2005, quando a Emenda Constitucional n. 45/2004 começou a produzir seus efeitos? Se não são *emendas constitucionais*, serão tratados singelos, e a sua aplicação poderá ser afastada, se conflitar com lei federal.

Querer assimilar a expressão *aplicação imediata* do § 1º do art. 5º a tratado ratificado sem o *quorum* específico do § 3º, com equivalência à Constituição, e, com isso, pretender despiendo aquele *quorum* especialíssimo é, *data venia*, criar uma situação que o constituinte não pretendeu.

<sup>10</sup> Cf. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newratframeS.htm>. Acesso em: 28 ago. 2008.

<sup>11</sup> V. ADIn n. 1.480-3-DF, de 26.6.2001 (Confederação Nacional dos Transportes e Confederação Nacional da Indústria – CNI *vs.* Presidente da República e Congresso Nacional). Rel.: Min. Celso de Mello (DJ n. 140-E, Seção 1, de 8.8.2001, p. 2-3). Na íntegra, no meu **Direito do trabalho no STF (5)**. São Paulo: LTr, 2002, p. 15-22).

## Conclusão

Insisto! Não sou contra a defesa dos direitos humanos e a garantia da sua proteção pelo Estado e pela sociedade. O que, no entanto, defendo, é a imperiosa necessidade de uma ordem jurídica onde sejam observadas regras mínimas. Por exemplo, a prisão do depositário infiel, conquanto viole o direito de liberdade do infrator, ao mesmo tempo é forma garantidora do cumprimento de uma obrigação. Por exemplo, se estivermos, como acontece comumente, em ação em trâmite na Justiça do Trabalho, e o trabalhador e sua família dependerem da venda de um bem penhorado e entregue aos cuidados de um depositário, para ter recebido seus créditos trabalhistas. Descumprindo sua missão de depositário, manda-se prender o infiel. Com isso, geralmente, é efetuado o depósito do valor correspondente, liquida-se o processo e expede-se o competente alvará de soltura. Para o trabalhador e sua família, aquele *quantum* é necessário para comprar alimento, e alimento é vida, e o direito à vida é o primeiro e maior de todos os direitos humanos.

Aliás, Norberto Bobbio escreveu, tempos atrás, afirmando que não devemos nos preocupar em justificar os direitos humanos, mas em proteger e garantir os que existem.<sup>12</sup> Penso ser esta a grande questão dos homens e dos Estados: garantir o que existe e não ficar criando outros sem sequer preservar aqueles...

A expectativa em torno da aplicação efetiva do § 3º do art. 5º da Constituição brasileira é grande e, a meu juízo, vai deixar muito a desejar, afora as dúvidas que, talvez pela forma açodada de emendar, possa proporcionar ao jurisdicionado e, sobretudo, ao Judiciário, que deverá aplicar a norma internacional invocada.

De qualquer forma, trata-se de um passo, importante sem dúvida, para essa consagração real, mas que deve ser concluído com o necessário zelo e o indispensável cuidado para não resultar em exageros e desmandos.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

<sup>13</sup> Belém, agosto 2008.

## Referências Bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Campus, 1992.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Ampliação da competência da Justiça do Trabalho? **Revista do TRT da 8ª Região**. 41:80(59-67), jan./jun 2008.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Identificação dos direitos humanos. In: SOARES, José Ronald Cavalcante. **Estudos de direito constitucional** (homenagem a Paulo Bonavides). São Paulo: LTr, 2001.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Os tratados internacionais nas constituições brasileiras. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**. Belém, 21(40):99-117, jan./jun. 1988.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Direito do trabalho no STF**. São Paulo: LTr, 1999, 2002, 2004, 2007.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.