

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa

**A Internalização dos Tratados Internacionais de
Direitos Humanos e a Constituição de 1988**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DEPARTAMENTO DE DIREITO
Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito
Constitucional

Rio de Janeiro
Abril 2004

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Luiz Fernando Voss Chagas Lessa

**A Internalização dos Tratados Internacionais de Direitos
Humanos ante a Constituição de 1988.**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da PUC-Rio.

Orientadores: Nadia de Araujo
Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia

Rio de Janeiro
Abril 2004

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Luiz Fernando Voss Chagas Lessa

**A Internalização dos Tratados Internacionais de Direitos
Humanos e a Constituição de 1988.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Nadia de Araujo
Orientador
PUC-Rio

Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia
PUC-Rio

Antonio Celso A. Pereira
UERJ

João Pontes Nogueira
Coordenador(a) Setorial do Centro de Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 27 de abril de 2004

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e dos orientadores.

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa

Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Candido Mendes - Ipanema em 1992. É Professor de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro com atuação na defesa dos direitos coletivos e difusos.

Ficha Catalográfica

Lessa, Luiz Fernando Voss Chagas

A Internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição de 1988; orientadores: Nadia de Araujo e Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia – Rio de Janeiro: PUC; Departamento de Direito, 2004.

258 p.

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Incluí referências bibliográficas.

1. Direito - Dissertação. 2. A Internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição de 1988. 3. Direito Internacional. 4. Direito Constitucional. 5. Direitos Humanos. I. Lessa, Luiz Fernando Voss Chagas. II. Araujo, Nadia. III. Maia, Antonio Carlos de Souza Cavalcanti. IV. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. V. Título.

À memória de minha mãe, Ingrid.
Para meu pai, Luiz Fernando, e, especialmente, para minhas amadas e adoradas
esposa e filha, Márcia e Ana Paula.

Agradecimentos

Aos meus orientadores Nadia Araujo e Antonio Carlos de Souza Cavalcante Maia sem os quais este trabalho jamais teria se realizado.

À PUC-Rio e ao CAPES pelos auxílios recebidos.

Aos meus colegas de Ministério Público Federal, Paulo Thadeu Gomes da Silva, Daniel Sarmento, Samantha Chantal Dobrowolski, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Luiza Cristina Fonseca Frischeinsen, André de Carvalho Ramos e Maurício Andreiouro, professores cujos escritos, preleções e opiniões são parte fundamental da presente dissertação.

Aos Professores de Direito da PUC, tanto da Graduação, como da Pós-Graduação, sempre dispostos a ensinar.

Aos colegas de mestrado, companheiros de uma bela jornada.

Aos funcionários da PUC sempre prontos a prestar sua inestimável ajuda.

Resumo

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa. **A Internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição de 1988.** Rio de Janeiro, 2004. 258 p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A Internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição de 1988. A partir da promulgação da Constituição da República de 1988 a doutrina brasileira vem tentando defender a tese de que os pactos internacionais de direitos humanos são incorporados de forma automática ao direito interno, bastando para tanto sua ratificação no plano internacional. Os mesmos autores defendem, ainda, o status de norma de direito fundamental destes pactos uma vez incorporados. Partindo dessas duas assertivas, a presente dissertação, rejeita o primeiro postulado para afirmar que o caráter de norma constitucional das normas internacionais internalizadas decorre antes de tudo de seu conteúdo e não da forma de sua internalização. Do mesmo modo, pugna o presente trabalho que a adoção do rito tradicional para a internalização de tratados internacionais que versem sobre os direitos humanos não significa outorgar ao Executivo uma carta branca para postergar a prática dos atos necessários para a sua incorporação. Ao final, defende a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário para assegurar a proteção dos direitos individuais ameaçados ou lesados por tal omissão.

Palavras-chave

Direitos fundamentais; direitos humanos; tratados internacionais; internalização; promulgação; devido processo legislativo; mandado de injunção; mandado de segurança.

Abstract

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa. **International Human Rights Treaties and the 1988 Constitution.** Rio de Janeiro, 2004. 258 p. LLM Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The relationship between International Human Rights Law and municipal law in Brazil has taken a new turn with the adoption of a new Constitution in 1988. Human Rights lawyers and law teachers support the idea that the new Constitutional Charter allow for a monistic approach to the relationship between International Human Rights Law and municipal law. The present dissertation contends that even in the case of a Human Rights treaty the Brazilian Constitution demands an act destined to transform International Law in domestic law. Contrary to what these Human Rights advocates and theorists believe, the dualist theory allows, not only for the International Human Rights Law to be adopted in Brazil as material Constitutional Law, but for its prompt adoption after the entry in force of any human rights treaty ratified by Brazil. Also, this dissertation contends that in those cases that the delay in transforming International Law in municipal law harms individual rights, the Judiciary branch can offer a quick and effective response.

Keywords

Fundamental rights; human rights; international treaties; transformation; promulgation; substantial due process of law; legitimacy; writ of injunction; writ of mandamus.

Sumário

1	Introdução	12
2	Direitos Humanos e Direitos Fundamentais	16
2.1.	A dignidade da pessoa humana	17
2.2.	A fundamentação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais	21
2.3.	O Direito Positivo como realização dos Direitos Fundamentais	26
2.4.	A crise do Positivismo e a supressão dos Direitos Fundamentais	29
2.4.1.	A separação entre direito e moral	29
2.4.2.	O Final da segunda guerra mundial e a busca pelo fundamento ético do direito	33
2.5.	O conteúdo axiológico das normas de direitos humanos como proteção contra o positivismo legalista	37
2.5.1.	Direitos humanos, valores e princípios jurídicos	40
2.5.2.	Valor e constituição	47
2.5.3.	Os direitos fundamentais e o modelo de regras e princípios	49
2.6.	A proteção internacional dos direitos humanos	54
2.7.	Direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil	59
2.7.1.	A complementaridade entre a proteção internacional e a proteção local dos direitos humanos	67
3	A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro	71
3.1.	Fontes do direito internacional	72
3.1.1.	O costume	73
3.1.2.	Os princípios gerais de direito	75
3.1.3.	Decisões judiciais e doutrina	78
3.2.	Os tratados internacionais	79
3.2.1.	Elementos dos tratados internacionais	84
3.2.2.	Condições de validade dos tratados internacionais	89

3.2.3. A conclusão dos tratados internacionais e sua obrigatoriedade para os estados celebrantes.	99
3.2.3.1. A assinatura	100
3.2.3.2. A ratificação	101
3.2.3.2.1. A competência do Poder Executivo para celebrar tratados	103
3.2.3.2.2. O controle do procedimento de celebração de tratados pelo Poder Legislativo	105
3.2.3.2.3. A ratificação como competência discricionária do poder executivo	111
3.2.3.3. Registro e publicação dos tratados	115
3.3. A internalização dos tratados internacionais	116
3.3.1. As relações entre o direito internacional e o direito interno	117
3.3.1.1. O Dualismo	118
3.3.1.2. Monismo	120
3.3.1.3. As críticas ao dualismo e ao monismo: As teorias conciliadoras	127
3.3.1.4. Dualismo e monismo; teorias distintas para problemas diferentes	129
3.4. O problema da internalização dos tratados internacionais no direito comparado.	131
3.5. A internalização dos tratados internacionais no direito brasileiro	135
3.5.1. Da obrigatoriedade do ato de internalização	142
3.5.2. A hierarquia das normas convencionais internalizadas	149
3.5.3. Os tratados internacionais de direitos humanos	153
3.5.4. A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil	155
3.5.5. O Supremo Tribunal Federal e a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos	158
4 A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos como lei de conteúdo constitucional	163
4.1. A dignidade da pessoa humana e o princípio democrático	164
4.1.1. A participação política como aspecto social do princípio da	

dignidade da pessoa humana	167
4.2. Constituição, legitimidade e a necessidade do ato de internalização da norma convencional de direitos humanos	168
4.2.1. Os tratados internacionais como leis formais e a obrigatoriedade de sua promulgação	175
4.2.2. A possibilidade de ponderação do princípio da dignidade humana	181
4.3. O conteúdo constitucional das normas convencionais internacionais de direitos humanos	185
4.3.1. O <i>jus cogens</i> internacional e a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos	186
4.3.2. Normas constitucionais inconstitucionais e normas convencionais constitucionais – O problema dos “não direitos fundamentais” e dos direitos fundamentais extraconstitucionais	188
4.4. O Problema da identificação das normas internacionais de direitos humanos	198
4.4.1. Universalismo <i>versus</i> particularismos regionais.	198
4.4.2. Democracia, procedimento legislativo e identificação das normas de direito fundamental	210
4.4.3. O problema da identificação dos tratados internacionais de direitos humanos	215
5 A Constituição da República e a omissão do Estado brasileiro em internalizar as normas convencionais internacionais de direitos humanos	219
5.1. O esgotamento dos recursos internos como requisito para a obtenção da proteção internacional dos direitos humanos	219
5.2. A proteção judicial conferida pela Constituição da República em face da omissão do Estado em internalizar os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil, que estejam em vigor	221
5.2.1. A responsabilidade civil do Estado brasileiro por omissão de ato legislativo	223
5.2.2. Do cabimento do mandado de injunção para suprir a omissão do Brasil internalizar os tratados internacionais.	228

5.2.3. O mandado de segurança como instrumento constitucional destinado a assegurar a incorporação da norma de direito internacional de direitos humanos.	236
6 Conclusão	244
7 Bibliografia	248