

Parte I : uma reflexão acerca dos pactos e convenções internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio

[Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo](mailto:bernardomontalvao@hotmail.com) - bernardomontalvao@hotmail.com

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos e garantias e sua distinção.

1. Introdução.

Com o avanço da globalização e das ideologias calcadas em interesses econômico-financeiros, tendentes a expansão agressiva por novos mercados consumidores, o Direito moderno se vê diante da contingência de se adaptar a esses fatores reais de poder^[2], rompendo, por conta desses mesmos fatores, não só com vetustos institutos jurídicos, mas também impondo uma modificação na interpretação de outros tantos (serve de exemplo, a revisão do conceito de soberania por parte dos países participantes dos grandes mercados comuns). Além disso, tais agentes meta-jurídicos acabam por criar novos conceitos e figuras jurídicas (tome-se como exemplo, a criação de um Tribunal Europeu para julgamento de algumas espécies de crimes, como é o caso dos crimes de guerra), desempenhando, assim, um verdadeiro papel de força propulsora do Direito.

É dentro deste contexto mundial que o Brasil, hoje já participante do MERCOSUL (bloco econômico, na atualidade, em franca decadência) e assediado por outros grandes conglomerados comerciais (Mercado Comum Europeu e o NAFTA, havendo, por parte deste último, uma grande pressão internacional para forma a ALCA – Área Livre de Comércio entre as Américas), vê-se compelido a participar (ou, pelo menos, a sofrer as conseqüências de sua omissão) das grandes decisões mundiais, participando, por esse mesmo motivo, cada vez mais, da realização e assinatura (por parte do Chefe do Poder Executivo – CF, art. 84, VIII) de novos tratados e convenções, bem como assumindo, na mesma proporção, o compromisso de ratificar os mesmos (CF, art. 49, I), para que possam adquirir, assim, força coercitiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, ao mesmo tempo, demonstrar ao mundo, com tal comportamento, a seriedade com que é tratada a matéria pelo país.

Foi tendo em conta esta nova moldura das relações mundiais que o legislador constituinte de 1988 salientou, de maneira expressa, a questão relativa ao ingresso no ordenamento jurídico pátrio dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, dedicando, dada a relevância da matéria, artigo específico (CF, art. 5º, § 2º) ao tema, o qual encontra-se, desta forma, positivado: “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” (grifo nosso).

Pois bem, diante desta situação, cabem aos estudiosos e operadores do direito, não só analisar todas as conseqüências que essa série de acontecimentos irão ocasionar em nosso ordenamento, mas também observar criteriosamente as interferências que irão gerar em torno dos direitos e garantias expressos na Constituição Federal, assunto que dada a sua relevância e conteúdo marcadamente liberal diz respeito, mais diretamente, aos ramos dos direitos penal e processual penal (servem de exemplo o Pacto de San José de Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos) e que demanda, por parte do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, caput), uma atuação diligente, tendo em vista a natureza eminentemente constitucional que rodeia o tema

(como, por exemplo, a natureza jurídica das normas de gênese alienígena e a maneira como a Constituição disciplina a sua entrada em nosso ordenamento).

Contudo, ao se proceder a tal análise, deve-se ter em conta que estes dois últimos institutos, quais sejam, os direitos e garantias, não são expressões sinônimas, sendo necessário, portanto, estabelecer as suas distinções, para que, destarte, possa se ter a real noção da interferência destes tratados internacionais nos direitos e garantias contemplados em nosso ordenamento jurídico. Passemos, então, a esta diferenciação.

2. Direitos e garantias e sua distinção.

Tomado em seu significado autônomo e quase que desvinculado de toda acepção política, o termo garantia tem por escopo estabelecer uma posição que assevera a segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade. Vale dizer, existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar.

Entretantes, surgem as primeiras dificuldades em precisar o significado deste termo quando ele é trasladado para a esfera política e jurídica, possuindo, a partir de então, um sentido não técnico, uma dimensão conceitual, de cunho axiológico, por estar vinculado aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção.

A garantia, vista como um meio de defesa, coloca-se, então, diante do direito, mas com este não se deve confundir. Esse equívoco de tratar de forma semelhante os direitos e garantias, de utilizar as duas expressões como se fossem sinônimas, tem sido reprovado pela doutrina mais abalizada^[3], a qual separa, com a devida precisão, os dois institutos.

Com efeito, este engano ocorre sempre que a garantia é colocada numa acepção em conexão direta com o instrumento de organização do Estado que é a Constituição. Além disso, se admitida fosse essa confusão, nunca se lograria um conceito exato e útil do que seja, realmente, uma garantia constitucional. Ademais, uma vez adotado este caminho ideológico, cair-se-ia no obscurecimento de uma das noções mais importantes para a compreensão da progressão valorativa do Estado Liberal para o Estado Social, ou seja, acabar-se-ia por ignorar um dos pontos mais relevantes da história da evolução das garantias fundamentais nas Constituições.

Convém ressaltar, desde já, que existem dois pontos ao redor dos quais giram as garantias, as declarações e os direitos desde a sua origem mais remota, quais sejam, o indivíduo e a liberdade. No decorrer do século XX, um terceiro ponto foi acrescentado: a instituição. E diga-se, desde logo, que o advento deste terceiro ponto marca, com cores definitivas, uma ruptura da linha clássica e tradicional no entendimento das garantias, que antes eram entendidas apenas como garantias individuais.

Tendo em vista a proximidade dos direitos com as garantias e considerando a finalidade destas, que é tornar eficaz a liberdade tutelada pelos poderes públicos e destacadas nas conhecidas declarações de direitos, a doutrina latino-americana tem procurado estabelecer um critério de distinção entre ambos os institutos, sabendo-se, contudo, que, feita uma rigorosa observância do mesmo, a preservação de tal critério distintivo se faz de todo inexecutável, pois casos raros e excepcionais sempre iram existir.

Para Carlos Sánchez Viamonte^[4], a expressão garantia abrange apenas “a proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia”. E nesta esteira do raciocínio, o mesmo autor, em outra obra, sustentando a distinção entre garantia e direito, estabelece que “garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio

de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política”[5].

Outro estudioso argentino, Rafael Bielsa, citado por Paulo Bonavides, também preocupado em estabelecer uma nítida distinção entre os dois institutos sobre comento, pontua que “as garantias são normas positivas, e, portanto, expressas na Constituição ou nas leis, que asseguram e protegem um determinado direito” [6].

Considerando a latitude do presente instituto, Bielsa afirma que “a garantia pode referir-se a um direito em sentido subjetivo, em defesa do interesse individual, ou a um direito em sentido objetivo, em defesa do interesse coletivo” [7].

Releva notar, ainda, que, nesse passo, grande também foi à contribuição de Juan Carlos Rébora, também citado por Paulo Bonavides, o qual consigna que “as garantias funcionam em caso de desconhecimento ou violação do direito e que o fracasso das garantias não significa a inexistência do direito; suspensão de garantias não pode significar supressão de direitos” [8].

Não é demais, ainda, lembrar a lição de Rui Barbosa acerca da matéria, o qual assim pondera: “a confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos, ao passo que a garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrências mais ou menos fácil” [9].

Todavia, o mais recente contraste entre os direitos e garantias é lembrado pelo constitucionalista português Jorge Miranda, o qual a respeito do tema escreve: “Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direito e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado”.

“Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se” [10].

Entretanto, ao tratar do direito de liberdade, exemplo maior de conquista do Estado Liberal, Jorge Miranda tece uma discriminação ainda mais contundente e clara, a saber:

“– As liberdades assentam na pessoa, independentemente do Estado; as garantias reportam-se ao Estado em atividade de relação com a pessoa; - as liberdades são formas de a pessoa agir, as garantias modos de organização ou de atuação do Estado; - as liberdades valem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm valor instrumental e derivado” [11].

Por outro lado, para José Joaquim Gomes Canotilho, “tomadas a rigor, as clássicas garantias também são direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos”[12]. Consideradas neste último aspecto, as garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.

Contudo, convém ressaltar que a distinção até aqui estabelecida entre direitos como normas meramente declaratórias, e as garantias como normas essencialmente assecuratórias, não é decisiva, em face do texto constitucional, porque, a rigor, as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, declaram-se os direitos usando forma assecuratória.

De fato, a Constituição não estabelece regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias, o que se constata no Título II e Capítulo I deste, nos quais não foram estabelecidas pelo legislador constituinte quaisquer espécies de organização e sistematização acerca destes desiguais institutos[13].

Diga-se, ainda, por oportuno que é, que as garantias não se confundem com os remédios constitucionais [14]. As garantias são de conteúdo mais abrangente, incluindo todas as disposições assecuratórias de direitos previstos na Constituição.

No mais, convém assinalar que alguns dispositivos constitucionais contêm direitos e garantias no mesmo enunciado, é o que se vê no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Diante de tudo quanto até aqui foi dito, nota-se que a premente necessidade de afirmar e proteger a liberdade perante o Estado foi, como se percebe a olho nu, o marco jurídico desta elaboração conceitual, a qual é produto dos pensamentos e constatações de juristas liberais, que acrescentaram na terminologia do antigo, mofado e ditatorial direito público as locuções de direitos individuais, garantias individuais e, por derradeiro, mas com imenso êxito e eficácia de expressão, as denominadas garantias constitucionais.

Nesse passo, cumpre salientar que tais garantias constitucionais podem ser encontradas na doutrina com quatro sentidos diferentes.

No primeiro deles, a garantia constitucional aparece, conforme anota José Afonso da Silva[15], como reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais; assim, a declaração de direitos seria simplesmente um compromisso de respeitar a existência e o exercício desses direitos, “que não provêm de lei alguma, senão diretamente da qualidade e dos atributos naturais do ser humano”; parte-se da idéia de que os direitos preexistem à Constituição, que não os cria nem outorga, reconhece-os apenas e os garante; é uma idéia vinculada à concepção do direito natural ou da supra-estatalidade dos direitos fundamentais.

Tomada num segundo aspecto, as garantias constitucionais significam as “prescrições que vedam determinadas ações do poder público, ou seja, formalidades prescritas pelas Constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual” [16].

Apreciada sobre um terceiro enfoque, as garantias constitucionais consistem na proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia”[17] ou “recursos jurídicos destinados a fazer efetivos os direitos que assegura”[18].

Há, ainda, uma quarta concepção acerca dessas garantias, a qual tem um sentido mais amplo do que as demais e refere-se aos “meios predispostos para assegurar a observância, e, portanto, a conservação, de um determinado ordenamento constitucional” [19]. Note-se que esta última concepção aproxima-se dos mecanismos de defesa de dado regime político constitucional, sendo mesmo até contrário, às vezes, aos direitos, porquanto são meios que importam na suspensão destes e de algumas de suas garantias (estado de defesa e estado de sítio).

Estabelecida a distinção entre os direitos e as garantias e demonstrada as dificuldades que marcam o tema, é necessário deixar bem claro que não serão todos os tratados, que venham a ter o Brasil como parte, que poderão ingressar no ordenamento jurídico pátrio, visto que, como impõe uma interpretação sistemática do texto constitucional, somente poderão ter, mais do que validade, existência dentro do ordenamento jurídico nacional, se não forem tendentes a abolir os mencionados direitos e garantias esposadas na Constituição (proteção conferida as mal denominadas cláusulas pétreas).

Aliás, essa é a redação do artigo 60, parágrafo 4º inciso IV da Constituição Federal que assim disciplina a matéria:

“Art.60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta...

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV – os direitos e garantias individuais” (grifo nosso).

Logo, como se vê, os tratados internacionais, no que tange aos direitos e garantias contemplados em nosso texto constitucional, não têm um campo de atuação tão amplo como se possa imaginar, pelo contrário a sua área de desempenho é ainda menor, se considerado que não só não podem abolir, como também não poderão restringir tais direitos e garantias, sejam esses individuais ou institucionais[20].

Poder-se-ia dizer acerca dessa última inteligência, que a mesma é despropositada e carecedora de fundamento, uma vez que o texto constitucional utilizou as expressões abolir, em vez de restringir, e individual, sem acrescentar o vocábulo institucional. Pois bem, ousamos a discordar deste entendimento vinculado à letra “mal compreendida” da lei, pelos motivos que passamos a expor.

Em primeiro plano, cabe lembrar que a função de adequar e encontrar o sentido real e atual do texto legal é exclusiva do hermeneuta, e não do legislador, pois é ele que, em vista das situações concretas, terá que aplicar o texto legal abstrato, geral e impessoal. Vale dizer, será este que irá ponderar o conteúdo fático, o seu valor e aplicar, tendo em vista o espírito da lei (mens legis), a norma, tendo em conta a natureza tridimensional do direito[21].

Portanto, o intérprete não estar vinculado ao texto legal, nem muito menos por ele limitado, ao contrário, pode-se valer de um sem número de métodos de interpretação (histórico, teleológico, sistemático, dentre outros) para alcançar o verdadeiro sentido da norma.

Além disso, cabe lembrar, com Carlos Maximiliano[22], que a interpretação gramatical é a mais desprezível e restrita de todas, só devendo ser utilizada de forma complementar, ou seja, suplementando os outros citados métodos.

Num segundo plano, convém ressaltar que admitir, ainda que em tese, que os direitos e garantias possam ser restringidos por meio de tratado internacional é, a um só tempo, incorrer em dois equívocos, quais sejam, contrariar a própria finalidade para qual foram constituídos tais direitos e garantias, ou seja, a de declarar e proteger direitos fundamentais ao ser humano e ao seu convívio numa sociedade civilizada, bem como o de tornar regra geral um verdadeiro retrocesso no que concerne à matéria ora sob comento (os direitos e garantias), ainda mais se considerada que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput) e que tem como seus fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, incisos II e III, respectivamente), e como objetivos fundamentais, dentre alguns, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária; o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

desigualdades sociais e regionais; e o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, incisos I, III e IV, respectivamente).

O absurdo torna-se, ainda maior, se o ponto de partida da interpretação for, isoladamente, os tratados internacionais relativos às matérias penal e processual penal. Isto porque tais ramos do direito constituem, na verdade, a posituação de todas as garantias mínimas do acusado frente ao poder desproporcional do Estado (esta é a idéia fundamental da constituição do Estado de Direito). Logo, admitir que as aludidas normas estrangeiras possam restringir os direitos e garantias do acusado é, não só uma grande tolice, como, a um só tempo, violar o Estado Democrático de Direito e o seu princípio basilar, qual seja, o da legalidade, pois este é concebido para cristalizar direitos e garantias mínimas e não para positivar absurdos dentro do ordenamento jurídico.

Saliente-se, ainda, que, em tal caso (admitidas com o escopo de restringir direitos e garantias), tais normas estrangeiras, à vista do que dispõe o artigo 17 da Lei de Introdução do Código Civil (LICC) [23], não produzirão quaisquer efeitos perante o nosso ordenamento, sendo, portanto, nulas absolutamente, uma vez que ofendem, de forma clara e incontestada, a ordem pública.

E, em terceiro e último plano, faz-se mister adicionar aos direitos e garantias individuais os direitos fundamentais e garantias institucionais, pois, de outra forma, acabar-se-á por viabilizar a ofensa e até a abolição dos primeiros, vez que esses considerados indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais. Exemplificando: violado restará o direito fundamental do menor recém nascido de ser amamentado por sua mãe, mesmo encontrando-se esta presa (CF, art.5º, L), se restar violada as instituições da maternidade e da família (CF, Título VIII, Capítulo VII).

Em suma: tendo-se em vista tudo quanto até aqui exposto, os tratados internacionais só poderão ingressar no ordenamento jurídico nacional se objetivarem ampliar ou, pelo menos, não restringir, direitos fundamentais e garantias (individuais e institucionais).

Notas de rodapé e referências bibliográficas

[1] Bacharel em Direito pela UCSal (Universidade Católica do Salvador); Conciliador dos Juizados Especiais Federais Cíveis na Bahia; aprovado, recentemente, no concurso para advogado da CHESF (Companhia Hidrelétrica do São Francisco); Monitor de Processo Penal do Curso *Jus Podivm* (www.juspodivm.com.br); autor de alguns artigos publicados no site do IBCCrim; Pós-graduando em Ciências Criminais pela Faculdade Jorge Amado e-mail: bernardomontalvao@yahoo.com.br.

[2] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Sérgio Antônio Fabris Editor (SAFE), 1991, Rio Grande do Sul.

[3] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 481-485.

[4] VIAMONTE, Carlos Sánchez. *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª edición, Buenos Aires, 1959, p.123.

[5] VIAMONTE, Carlos Sánchez. *El Habeas Corpus: la Libertad y su Garantía*, Buenos Aires, 1927, p. 1.

- [6] Rafael Bielsa, apud Paulo Bonavides, ob. cit. p.483.
- [7] Rafael Bielsa, apud Paulo Bonavides, ob. cit. p.483.
- [8] Juan Carlos Rébora, apud Paulo Bonavides, ob. cit. p.483.
- [9] **BARBOSA**, Rui. *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, 2ª, Rio de Janeiro, s/d, pp.193/194.
- [10] **MIRANDA**, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, "Direitos Fundamentais", Coimbra, 1988, pp.88/89.
- [11] **MIRANDA**, Jorge. *Ob. Cit.* p. 89.
- [12] **CANOTILHO**, J.J. Gomes. *Direito Constitucional* - Coimbra: Almedina, 1993, p. 520.
- [13] **DA SILVA**, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª edição, 1997, Malheiros, pp.183-184.
- [14] **MOREIRA**, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- [15] *Ob. Cit.* p. 184.
- [16] **BAZDRESCH**, Luiz. *Curso elementar de garantías constitucionales*, México, Editorial Jus, 1977.
- [17] **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª edição, Saraiva.
- [18] **BASCUÑÁN**, Alejandro Silva. *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica da Chile, 1963.
- [19] **CAETANO**, Marcello, *Manual de ciência política e direito constitucional*, 6ªed., Lisboa, Coimbra Editora, 1970.
- [20] Quanto aos direitos e garantias institucionais estes, ao contrário dos individuais, não se referem a pessoas, mas a determinadas instituições (servem de exemplo a maternidade, a família, a liberdade de imprensa, o funcionalismo público, os entes federativos) que possuem sujeito e objeto diferenciados e que são protegidas diretamente como realidade sociais objetivas e só, indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais. Para uma visão mais aprofundada acerca do assunto, consulte-se a obra do estudioso português J.J. Gomes Canotilho, intitulada "*Direito Constitucional*", p. 522.
- [21] **REALE**, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Saraiva, 1999, São Paulo.
- [22] **MAXILIANO**, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Forense, 10ªed., Rio de Janeiro.
- [23] **LICC**, Art. 17. "*As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*".

