

PAULO BONAVIDES

***CURSO DE
DIREITO CONSTITUCIONAL***

35ª edição, atualizada

*(em apêndice texto da Constituição Federal de 1988,
com as Emendas Constitucionais até a de n. 107, de 2.7.2020)*

**≡ ≡ MALHEIROS
≡ ≡ EDITORES**

Capítulo 15

AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E AS GARANTIAS INSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. Conceito de garantia: distinção entre direitos e garantias. 2. As garantias constitucionais. 3. O teor individualista das antigas garantias constitucionais. 4. As garantias constitucionais: garantia da Constituição e garantia dos direitos subjetivos. 5. As garantias constitucionais desprovidas do conteúdo subjetivo individualista: a transição para as garantias institucionais. 6. As garantias institucionais. 7. Enfraquece as garantias institucionais a proteção dos direitos individuais? 8. A teoria constitucional das garantias institucionais. 9. A garantia institucional protege a essência da instituição. 10. Os direitos fundamentais e as garantias institucionais. 11. As garantias constitucionais do direito objetivo e as garantias constitucionais do direito subjetivo na Constituição brasileira de 1988. 12. As garantias constitucionais “qualificadas” e as garantias constitucionais “simples”. 13. As novas garantias constitucionais de natureza processual introduzidas na Constituição de 1988. 14. O princípio da separação de poderes, garantia máxima de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista.

1. Conceito de garantia: distinção entre direitos e garantias

Reconduzido ao seu significado autônomo e neutro ou desvinculado de toda acepção política, o termo garantia se explica etimologicamente, segundo Geleotti e Liñares Quintana, pela sua derivação de *garant*, do alemão *gewähren-gewähr-leistung*, cujo significado, acrescentam eles, é o de *Sicherstellung*, ou seja, de uma posição que afirma a segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade.¹

Existe a garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar. Nisso os publicistas se põem de acordo, porém as dificuldades surgem mais tarde quando a expressão se traslada para a esfera política e jurídica, tendo já, fora de todo significado técnico, uma dimensão conceitual, de cunho axiológico, muito

1. V. Liñares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, pp. 336/337.

clara, por prender-se aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção.

A garantia – meio de defesa – se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direitos e garantias, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos, não incidindo em lapsos dessa ordem, tão frequentes entre alguns dicionaristas célebres. É o que acontece com o *Dicionário da Real Academia Espanhola* ao definir as garantias constitucionais como “os direitos que a Constituição de um Estado reconhece a todos os cidadãos”.² Em idêntica falta incide também, cerca de 40 anos depois, o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, o léxico de mais fama e autoridade no Brasil, que assim define a garantia constitucional: “direitos e privilégios dos cidadãos conferidos pela Constituição dum país”.

Como se vê, ocorre o equívoco sempre que a garantia é posta numa acepção em conexão direta com o instrumento de organização do Estado que é a Constituição. Demais, se aceitássemos a confusão, nunca lograríamos tampouco um conceito preciso e útil do que seja uma garantia constitucional. Esse caminho conduziria sem dúvida ao obscurecimento de uma das noções mais valiosas para o entendimento da progressão valorativa do Estado liberal em sua passagem para o Estado social, conforme adiante intentaremos demonstrar.

Há dois polos ao redor dos quais giram as garantias, as declarações e os direitos desde o berço em que se formaram: o indivíduo e a liberdade. A estes, um terceiro polo se acrescentou no século XX: a instituição. Mas o advento desta marca uma ruptura da linha clássica e tradicional no entendimento das garantias enquanto garantias individuais.

Publicistas de renome da América Latina, tendo em vista a proximidade dos direitos com as garantias e considerando o fim destas, que é fazer eficaz a liberdade tutelada pelos poderes públicos e estampada nas célebres e solenes declarações de direitos, tiveram todavia a justificada preocupação de fixar um conceito de garantia tanto quanto possível desembaraçado e independente do conceito de direito, embora com a ressalva de casos raros e excepcionais, em que a rigorosa observância ou preservação de tal critério distintivo se faz de todo inexequível.

2. Real Academia Española, *Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española*, 2ª ed., p. 769, e Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed., revista e aumentada, p. 835.

Das caracterizações conceituais mais expressivas, algumas devem ser aqui reproduzidas pela clareza didática de que se revestem. Carlos Sánchez Viamonte assinala, por exemplo, que somente merece o nome de garantia “a proteção prática da liberdade levada ao máximo de sua eficácia”.³

O mesmo autor, opondo-se também à sinonímia com o direito, define: “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”.⁴

Outro publicista argentino, Bielsa, movido, por sua vez, da preocupação de estabelecer com nitidez o conceito de garantia, não é menos enérgico em fazê-lo, tanto quanto Sánchez, a moldura protetora do direito, sem que este a absorva ou vice-versa: “(...) as garantias, diz ele, são normas positivas – e, portanto, expressas na Constituição ou na lei –, que asseguram e protegem um determinado direito”.⁵

Versando a latitude do instituto, assevera ainda o mesmo jurista: “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”.⁶

Ao nosso ver, porém, a contribuição das contribuições para dissipar a confusão da garantia com o direito partiu de Juan Carlos Rébora, o qual, depois de assinalar que as garantias funcionam em caso de desconhecimento ou violação do direito, asseverou: “O fracasso da garantia não significa a inexistência do direito; suspensão de garantias não pode significar supressão de direitos”.⁷

Dos publicistas brasileiros, Rui Barbosa, o mais severo em se insurgir contra a inadvertência dos juristas afeiçoados a não fazer distinção entre direito e garantia, partiu da definição de direito de Littre, o dicio-

3. Carlos Sánchez Viamonte, *Manual de Derecho Constitucional*, 4ª ed., p. 123.

4. Carlos Sánchez Viamonte, *El “Habeas Corpus”: la Libertad y su Garantía*, p. 1.

5. Rafael Bielsa, *apud* Liñares Quintana, ob. cit., p. 334.

6. “La garantía puede referirse a un derecho en sentido subjetivo, en defensa del interés individual, o a un derecho en sentido objetivo, en defensa del interés colectivo”, Rafael Bielsa, *apud* Quintana, ob. cit., p. 335.

7. “Fracaso de garantía no significa inexistencia de derecho; suspensión de garantías no puede significar supresión de derechos”, Juan Carlos Rébora, *El Estadio de Sitio y la Ley Histórica del Desborde Institucional*, § 11, pp. 68/69.

narista da Academia Francesa, para eleger uma posição coincidente com a dos autores já citados:

“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’.⁸ *Garantia* ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.”⁹

O mais recente contraste talvez tocante a direitos e garantias, da lavra de um constitucionalista de língua portuguesa, é este de Jorge Miranda:

“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 direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado.

“Os direitos representam só por si 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 só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na aceção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.”¹⁰

O abalizado jurista da Universidade de Lisboa faz, porém, a distinção ainda mais persuasiva e meridiana, quando se socorre daquela categoria de direitos inseparável do Estado liberal: os direitos da liberdade. Escreve:

“– 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;

8. Littré, *Grand Dictionnaire*, vol. II, p. 1.245.

9. Rui Barbosa, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*, 2ª ed., pp. 193/194.

10. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, “Direitos Fundamentais”, pp. 88/89.

“– As liberdades valem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm valor instrumental e derivado.”¹¹

A necessidade, pois, de afirmar e proteger a liberdade perante o Estado foi, como se vê, o polo jurídico dessa formulação conceitual, nascida das reflexões e constatações de juristas liberais, que introduziram na terminologia do velho direito público – contemporâneo das primeiras épocas constitucionais – as locuções de direitos individuais, garantias individuais e, finalmente, com absoluto êxito e eficácia de expressão, as chamadas garantias constitucionais, de que a seguir nos ocuparemos, para desvendar um horizonte mais vasto de indagações acerca da salvaguarda dos direitos fundamentais.

2. *As garantias constitucionais*

Um dos constitucionalistas brasileiros do liberalismo da Primeira República que mais se empenharam em introduzir na linguagem constitucional de uso corrente o conceito de garantias constitucionais foi Rui Barbosa. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 – a primeira da República após a queda do Império – não empregava a expressão direitos fundamentais nem tampouco direitos individuais, embora o individualismo do Estado liberal lhe inspirasse todo o texto, e toda a declaração de direitos gravitasse, por inteiro, ao redor dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Ora, foi basicamente por via doutrinária e forense que as garantias constitucionais, extraídas da Carta e da interpretação de seus princípios, entraram no idioma jurídico de nosso Estado liberal, tornando-se uma das expressões diletas de Rui Barbosa ao promover, escudado nos artigos da Constituição, a defesa da liberdade do cidadão contra os abusos e as violências do Estado.

Em sua lição acerca das garantias constitucionais, Rui primeiro demonstrou que “uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial”.¹² E a seguir definiu *stricto sensu* as garantias constitucionais como sendo “as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder”.¹³

11. Jorge Miranda, ob. cit., p. 89.

12. Ob. cit., p. 189.

13. Ob. cit., p. 190.

Os direitos a que se refere são os da personalidade, os direitos individuais clássicos. Faz ele menção de Leovegildo Filgueiras que num discurso proferido em 1º de agosto de 1892 asseverou: “os nossos estadistas e publicistas do tempo do Império haviam aprendido com todos os publicistas e jurisconsultos do mundo civilizado a distinguir formalidades prescritas pelas constituições para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual e direitos, quer sociais, quer políticos, que não são formalidades prescritas por constituições, mas atributos da natureza humana”.¹⁴

O insigne jurista também se reportou à indiferença da Constituição quanto a elucidar o sentido que têm as garantias constitucionais, e não trepidou, diante do problema, em formular um conceito lapidar acerca da natureza e da extensão dessas garantias. Senão vejamos:

“Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a aceção é óbvia, desde que separemos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito. Essa discriminação produz-se naturalmente, de um modo material, pela simples enunciação de cada cláusula no tit. II, sec. II.”¹⁵

O entendimento de Rui sobre garantias constitucionais estava na linha mais afinada e congruente do constitucionalismo liberal do século XIX, tanto que, ao interpretar “na aceção racional” o art. 80 da primeira Constituição republicana do Brasil – a de 1891 – declarou ele que as garantias eram “condições de proteção à liberdade individual”, sem as quais, em seus próprios termos, “a execução da lei” ficaria tolhida, ludibriada e anulada.¹⁶

3. O teor individualista das antigas garantias constitucionais

Tão significativa quanto a de Rui Barbosa foi por igual a contribuição de Amancio Alcorta para firmar o conceito de garantias consti-

14. Leovigildo Filgueiras, *apud* Rui Barbosa, ob. cit., p. 193.

15. Rui Barbosa, ob. cit., p. 194.

16. Ob. cit., p. 203.

tucionais no constitucionalismo liberal da América Latina. É a mesma filosofia política, os mesmos princípios, a mesma doutrina, derivada sempre dos direitos individuais, que constituem o núcleo da personalidade humana e se prendem a um conceito de liberdade e direito, cujos limites são inarredavelmente os limites do direito recíproco (acepção de Kant). Abraçou-se, portanto, Alcorta àquele sentido formalista do direito consociado com a liberdade.

Com efeito, em Alcorta as garantias constitucionais são as garantias individuais, não havendo distinção de significado no emprego de ambas as expressões. Essas garantias concretizam por escrito os direitos individuais ou direitos da personalidade, preenchendo assim o requisito de Laboulaye, referido por aquele autor, de que não basta reconhecer tais direitos; faz-se mister também protegê-los.¹⁷

A expressão *garantias individuais* na mesma acepção de *garantias constitucionais* se propaga com a linguagem de muitos publicistas do liberalismo hispano-americano, bem como luso-brasileiro. Ramirez Fonseca e Ignacio Burgoa não usam doutros termos.

O primeiro frisando a reserva feita pelo povo, ao exercer a soberania, de certos direitos públicos subjetivos, que aos poderes públicos incumbe salvaguardar, e que constituem, segundo ele, “o conteúdo das chamadas garantias individuais”; garantias estas que “o Estado tem a obrigação de respeitar”, já por via de atuação, já por via de abstenção, conforme acontece, exemplificadamente, com o direito de petição (via ativa), ou com o direito de livre associação (via abstencionista).¹⁸

O segundo, a saber, Ignacio Burgoa, desvendando textualmente nas garantias individuais, segundo expõe ainda o próprio Ramirez, uma relação jurídica entre o governado, por um lado, e o Estado e suas autoridades, por outro (sujeitos ativos e passivos), acrescenta que em virtude dessa relação “surge para o primeiro o direito de exigir do segundo uma obrigação positiva ou negativa, consistente em respeitar as prerrogativas fundamentais de que o homem deve gozar para o desenvolvimento de sua personalidade (objeto), relação cuja fonte formal é a Constituição”.¹⁹

17. Amancio Alcorta, *Las Garantías Constitucionales*, 2ª ed. corrigida, pp. 6/7 e 35.

18. Francisco Ramirez Fonseca, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 23.

19. Francisco Ramirez Fonseca, ob. cit., p. 23 e Ignacio Burgoa, *Las Garantías Individuales*, pp. 100/103.

Fiel à terminologia da Constituição portuguesa de seu tempo, Marnoco e Sousa distingue os direitos individuais das garantias individuais, dando a estas porém a mesma acepção de *garantias constitucionais*, peculiar aos valores do liberalismo; valores concentrados sobre a liberdade e o indivíduo, e não sobre a igualdade e a sociedade, conforme aconteceria depois com a grande revisão operada pelo constitucionalismo de índole social do século XX.

A delimitação individualista da garantia constitucional é impressionante. Assim define o constitucionalista português, pois, as garantias individuais: “(...) são as normas constitucionais que asseguram aos cidadãos o gozo deste ou daquele direito individual” e que “dão a estes direitos a sanção proveniente da força própria da lei constitucional, visto esta ser considerada superior à lei ordinária”.²⁰

Em razão precisamente desse relacionamento tão íntimo com os direitos fundamentais do indivíduo ou com a liberdade de feição e teor individualista, é que as garantias constitucionais se tornaram uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios do poder do Estado ou se converteram historicamente no símbolo mais positivo e prestigioso de caracterização jurídica do Estado liberal. Tornou-se a concretização de tais garantias num certo sentido mais importante ou tão importante quanto os próprios direitos contidos na Constituição ou por esta enunciados.

Sem as garantias constitucionais os direitos contidos em declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas.

De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvesse pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curvam, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege.

20. Marnoco e Sousa, *Constituição Política da República Portuguesa, Comentário*, p. 39.

4. As garantias constitucionais: garantia da Constituição e garantia dos direitos subjetivos

As garantias constitucionais tanto podem ser garantias da própria Constituição (acepção lata) como garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna, portanto, remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda desses direitos (acepção estrita).

Na primeira acepção as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da Constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo se dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema das instituições.

Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.

Os constitucionalistas italianos posteriores à Segunda Grande Guerra Mundial, ao que tudo indica, parecem haver reservado a expressão garantias constitucionais para um uso de conformidade com a primeira acepção.

Já os publicistas latino-americanos se inclinam, de preferência, ao aprofundamento do conceito na linha referente à segunda acepção, e assim o têm formulado com mais frequência em suas obras de Direito Constitucional. Mostram eles a cada passo uma viva preocupação em acompanhar de perto, com redobrado interesse, a criação pelo constituinte de novos recursos jurisdicionais, novas técnicas ou novos institutos aptos a configurarem mecanismos de garantia constitucional dos direitos fundamentais.

A garantia constitucional nesta última acepção é em geral entendida, não somente como garantia prática do direito subjetivo, garantia que de perto sempre o circunda toda vez que a uma cláusula declaratória do direito corresponde a respectiva cláusula assecuratória, senão também como o próprio instrumento (remédio jurisdicional) que faz a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado.

Assim estabelecida, temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucio-

nal, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também que se dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional.

Demais, as garantias se tornam objeto de um exame deveras delicado e complexo que já não se delimita nos moldes de uma concepção confinada aos valores do Estado liberal; por isso não são elas garantias unicamente *contra* o Estado, mas garantias *no* Estado, a saber, Estado que a doutrina social do direito reconciliou com a Constituição e seus princípios clássicos ou tradicionais.

Nunca porém deve ficar deslembrado que as garantias constitucionais, em qualquer das acepções há pouco referidas, legitimam sempre a ação do Estado, uma vez que sua presença ou intervenção se faz ora em defesa da Constituição como um todo, ora em prol da sustentação, integridade e observância dos direitos fundamentais.

Por aí se percebe a amplitude das garantias constitucionais bem como seu valor instrumental de meio defensivo, invariavelmente vinculado a uma prestação do Estado, ou seja, dos poderes públicos, quer pela via constituinte constituída (a reforma da Constituição pelo Legislativo), quer pelas vias regulares e ordinárias de exercício da função jurisdicional (Poder Judiciário). Mas não é possível fazê-las eficazes senão num ordenamento que concretize em toda a plenitude os postulados do Estado de Direito, sem os quais nem vinga a liberdade nem os direitos humanos têm adequada proteção.

5. As garantias constitucionais desprovidas do conteúdo subjetivo individualista: a transição para as garantias institucionais

As garantias constitucionais marcaram consideravelmente o judicialismo do Estado liberal e até hoje não perderam a serventia protetora tanto da Constituição como dos direitos fundamentais; continuam sendo assim um dos capítulos mais fascinantes do Direito Constitucional. Aliás passaram por uma espécie de alargamento, visto que não ficaram tão somente circunscritas à guarda dos direitos individuais na projeção clássica do liberalismo.

Com efeito, ampliaram por igual o raio da segurança a formas funcionais *institucionalizadas*, que se prendem organicamente ao exercício

constitucional das atividades dos poderes públicos no regime de juridicidade imposto pelo próprio Estado de Direito.

Não quer isso dizer que o Estado liberal não haja abrangido também esse momento e essas garantias ampliadas, mas delas não teve consciência na medida necessária nem desde cedo lhes conferiu a mesma importância e o mesmo valor decisivo, atribuído, por exemplo, aos direitos individuais.

Ficavam estes – os direitos individuais – sempre gravados, juntamente com as garantias constitucionais, nas famosas “declarações de direitos”. Mas como assinalou Rui Barbosa, com toda a precisão, essas declarações não exauriam outras garantias da lei maior, não vinculadas propriamente a direitos individuais. Vinculavam-se, sim, ao funcionamento de instituições ou de órgãos do poder público.

O egrégio publicista de nossa primeira República pôde assim arrolar entre outras, ilustrativamente, as seguintes garantias constitucionais de um modelo já desprovido, de forma imediata, do conteúdo subjetivo individualista: a dualidade das câmaras, a colaboração do chefe de Estado na produção das leis, a responsabilidade dos funcionários, a organização da justiça, a eletividade das funções políticas, as imunidades parlamentares, as incompatibilidades eleitorais e os direitos autonômicos dos Estados.²¹

A teoria das garantias constitucionais, chegando a essa fase, estava já bem perto do reconhecimento de outra modalidade autônoma, que receberia desde a primeira metade do século XX uma denominação diferente – a de *garantias institucionais* – criada pelo publicista que mais lhe aprofundou o estudo e que tem sido proclamado, sem contestação, o doutrinador por excelência de tão importante garantia: o jurista alemão Carl Schmitt.

Mas quando as garantias institucionais amadurecem na obra de Schmitt, já o Estado liberal principiava a ficar para trás com o advento do Estado social. Isto aconteceu a partir da República de Weimar. Daqui por diante, a análise conceitual da segurança das instituições e dos direitos fundamentais já não pode prescindir do conceito de garantias institucionais. Doravante ele se converte numa das colunas do Estado social, forma que rege a organização dos poderes públicos debaixo de uma nova

21. Rui Barbosa, ob. cit., p. 207.

inspiração política e filosófica, a qual deslocou o eixo do poder na vida do Estado, trazendo para as instituições a hegemonia da sociedade em substituição da antiga supremacia do indivíduo; a primeira, caracterizando o Estado social, a segunda, o Estado liberal hoje em grande parte decadente ou já extinto.²²

6. *As garantias institucionais*

Em face das garantias institucionais se levanta o problema que vimos surgir com as garantias constitucionais, a saber, são distintas ou são idênticas aos direitos fundamentais (outrora, direitos da personalidade, direitos da liberdade ou direitos individuais, segundo a terminologia em voga à época do liberalismo tradicional)? São as garantias institucionais as mesmas garantias constitucionais? Ou são uma categoria à parte, nova e autônoma de segurança e proteção jurídica?

Mas antes de analisar essas indagações em busca de uma conclusão esclarecedora, cabe verificar se já existe, de antemão, na doutrina, algum conceito firme de garantias institucionais.

Tais garantias, deveras escassas nas Constituições do Estado liberal, durante o século XIX, ou inexistiam ou simplesmente passavam

22. Depois da dissolução do sistema socialista de poder na União Soviética e nos países do Leste europeu, os liberais do fim do século XX parecem estar festejando a era de um novo Estado liberal – o do neoliberalismo – que seria uma forma mais limada e aperfeiçoada de “humanização” pós-marxista do capitalismo em relação ao problema crucial do Estado.

Assim como a tempestade ideológica do período compreendido entre as duas grandes Guerras Mundiais fez os publicistas do totalitarismo decretarem o fim das democracias, em razão do advento do bolchevismo, do fascismo e do nacional-socialismo, quando em verdade o que perecera, em definitivo, fora tão somente uma versão da democracia, confundindo-se assim a espécie com o gênero, do mesmo modo o desmoronamento das ditaduras socialistas levou muitos a proclamarem o fim do socialismo quando, em rigor, o que acabava não era o socialismo propriamente dito, mas uma espécie de socialismo – aquele dos métodos brutais do stalinismo, tão selvagem nas suas estruturas de exercício do poder quanto selvagem fora outrora a democracia capitalista do liberalismo burguês com respeito aos valores sociais do trabalho, da propriedade, da educação, da família e da cultura.

A indigência crítica e a desfaçatez, que têm sido moeda corrente nesta fase de transformações tão profundas, conduziram já um pensador contemporâneo do capitalismo a decretar também, do alto de sua arrogância, “o fim da História”, para introduzir com esse conceito de historicidade absoluta – um conceito, sem dúvida, falso e ilusório – a paralisia de todo o processo dialético que move e há de mover sempre as sociedades humanas.

despercebidas, conforme asseverou, com toda a razão, Jorge Miranda, mostrando que lhes era adversa a “ambiência individualista”.²³

As atenções constitucionais do liberalismo convergiam para os polos da liberdade individual; a sociedade, os grupos, as instituições, o pluralismo das formações políticas e sociais, a ação intervencionista do Estado, os interesses organizados para o exercício das pressões sobre o Estado ainda não se haviam cristalizado nem muito menos se constituído com a força e a influência e o peso que viriam a ter com o Estado social do século XX, de maneira a reformar de certo modo a índole das Constituições e a dar aparentemente mais segurança aos direitos fundamentais, ampliando tecnicamente em número e variedade os instrumentos jurídicos de proteção àqueles direitos.

De sorte que uma das maiores novidades constitucionais do século XX é o reconhecimento das garantias institucionais, tão importante para a compreensão dos fundamentos do Estado social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado liberal.

A garantia institucional tem sido mais descrita, analisada e particularizada como um instituto de direito público, materialmente variável segundo a natureza da instituição protegida, vinculada sobretudo a uma determinada Constituição ou a um determinado regime político de organização do Estado do que em rigor definida ou vazada na solidez de um conceito, posto já fora de toda a controvérsia doutrinária.

Todavia, compreendendo bem o risco, as insuficiências e as vacilações que ainda subsistem na esfera teórica, não nos furtamos a traçar, com firme convicção, o nosso entendimento acerca do que seja uma garantia institucional.

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.

No mundo jurídico latino-americano, pelo menos entre nós no Brasil, parece haver uma inclinação a subsumir as garantias institucionais na larga esfera ou universo das garantias constitucionais, não se fazendo, por conseguinte, cabedal de um tratamento autônomo ou admissão de que estamos em presença de uma classe de garantias inteiramente nova.

23. Jorge Miranda, ob. cit., p. 68.

Em razão disso poder-se-ia talvez redefinir a garantia constitucional com toda a largueza possível, tendo em conta também a dilatação de seu conteúdo, a par das variações valorativas que lhe têm sido impostas pela natureza do Estado social, visto que este subtraiu de referidas garantias o caráter estritamente individualista.

Nesse caso faz-se mister acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional a fim de que nela se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado.

Chegamos, portanto, à seguinte conclusão: a *garantia constitucional* é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.

Afigura-se-nos que unicamente nesse sentido é possível falar ainda em garantia constitucional, sem ficarmos preso à estreiteza e à unilateralidade clássica de sua aceção, dantes restrita tão somente à proteção de liberdades e direitos individuais.

Pode-se, pois, a partir desse alargamento conceitual subsumir também na sobredita locução, familiar às tradições de nosso constitucionalismo, aquelas instituições cuja importância emerge dos textos constitucionais do século XX e que constituem uma das notas mais elucidativas da natureza de grande parte do Estado contemporâneo.

Em virtude das exigências de sua segurança e continuidade, produziram as sobreditas instituições, segundo alguns constitucionalistas da República de Weimar, a nova espécie já referida de garantias – as garantias institucionais, bastante úteis ou até mesmo indispensáveis para a compreensão de certas dimensões interpretativas dos direitos fundamentais.

7. *Enfraquece as garantias institucionais a proteção dos direitos individuais?*

Um derradeiro problema ainda nos poderia atormentar: o da anterioridade da instituição à Constituição, sobretudo a Constituição formal.

Suscitar-se-ia nessa hipótese uma questão análoga talvez à do jusnaturalismo, quando este indagava e logo asseverava a antecedência e a primazia dos chamados direitos naturais diante do Estado. Na problemática da garantia institucional toda resposta afirmativa da anterioridade da

instituição, se não for mantida uma certa cautela, poderá eventualmente conduzir a uma distorção de entendimento, que favoreça a supremacia abusiva do Estado e sacrifique a preeminência dos direitos fundamentais.

Em verdade, o mesmo que aconteceu outrora com a teoria dos direitos fundamentais cuja prevalência limitada ocasionou graves danos à introdução dos direitos sociais, ao mesmo tempo que retardou o advento do primado dos interesses da sociedade sobre os do indivíduo, poderá também ocorrer, por outro lado, se os poderes estabelecidos proclamarem, em termos de valores absolutos, a supremacia das instituições, eventualmente legitimadoras da razão de Estado. Aqui a vítima, ao contrário, não seria a sociedade, mas o cidadão e suas liberdades.

É de todo o ponto conveniente pois indagar: Teriam as garantias institucionais diminuído ou debilitado a eficácia da proteção constitucional conferida aos direitos da liberdade? Teria havido com o advento desse conceito e dos seus conteúdos materiais uma queda de valoração daqueles direitos, sacrificados em sua dimensão extrema, peculiar à época do Estado liberal?

É questão ainda sem uma resposta de consenso, mas de todo aberta às pesquisas, às inquirições e às reflexões dos publicistas que acompanham no Estado social o grau de eficácia outorgado aos direitos fundamentais e a seus instrumentos de proteção.

8. *A teoria constitucional das garantias institucionais*

Foi essa teoria basicamente formulada pelos juristas da República de Weimar. Teve por ideia comum e fundamental, segundo Klaus Stern, o reconhecimento de que determinadas instituições jurídicas devem ser resguardadas de uma supressão ou ofensa ao seu conteúdo essencial ou esfera medular, por parte do Estado, sobretudo do legislador.²⁴

Citando Gross, assevera Stern que se trata de uma garantia munida de qualidade jurídico-constitucional específica, garantia “contra o Estado e não através do Estado”.²⁵

24. Klaus Stern, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, p. 761.

25. “Es handelt sich um eine Garantie gegen den Staat, nicht durch den Staat”, Klaus Stern, ob. cit., p. 761 e Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, 4ª ed. (revista e aumentada), t. IV, pp. 247/248.

Que constitucionalistas de renome ou envergadura fizeram nascer essa teoria tão protetora dos conteúdos materiais da Constituição? Não padece dúvida que Martin Wolff, L. Waldecker, Carl Schmitt, R. Thoma, G. Anschuetz, E. R. Huber e F. Klein, a fina flor da geração de constitucionalistas weimarianos. Figuram eles, assim, entre os que deveras aprofundaram a lição desse conceito básico, que nos guia decisivamente na tarefa elucidativa acerca das relações dos direitos fundamentais com as instituições e institutos básicos, os quais recebem a proteção do Estado e de sua ordem constitucional.

Wolff contribuiu bastante para o magistério da garantia institucional partindo de institutos do direito privado: a propriedade e o direito sucessório,²⁶ ao passo que os demais a conduziram para o campo das instituições de direito público, onde se revelou tão fecunda. Waldecker erigiu a garantia do aparelho burocrático profissional, concebido em forma de “instituição”,²⁷ enquanto Carl Schmitt despontou como o primeiro e mais lúcido sistematizador e teorista dessa garantia. Deu-lhe a denominação de “garantia institucional”, ao mesmo tempo que a separou dos direitos fundamentais, deixando bem claro que o sentido dela era o de administrar uma proteção especial (“besonderen Schutz”) a determinadas instituições (“bestimmten Einrichtungen”).²⁸

A receita teórica das garantias institucionais prosseguiu dentro da escola weimariana com as diligências de Thoma empenhado em sublinhar e cimentar o caráter da proteção institucional com uma pauta mínima de intangibilidade. Nessa ordem de ideias ele assinala que a Constituição quer “consolidar de maneira absoluta o próprio instituto, a saber, o mínimo daquilo que lhe compõe a essência”.²⁹

Não busca conclusão distinta outro insigne membro da grande família de constitucionalistas que floresceu na Alemanha durante a República de Weimar, ou seja, Anschuetz, cujas reflexões a esse respeito se acham vazadas do seguinte teor:

“A eficácia de tal garantia é que ela garante o instituto de modo absoluto e com toda a força da proteção constitucional contra uma total

26. Martin Wolff, *Reichsverfassung und Eigentum*, pp. 5/6.

27. L. Waldecker, *Archiv des Öffentlichen Rechts*, vol. 46, pp. 129 a 135.

28. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., p. 170.

29. R. Thoma, in H. C. Nipperdey, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. I, p. 1.

supressão ou também apenas contra uma lesão ao mínimo daquilo que lhe perfaz a essência.”³⁰

Por fim, é de mencionar Klein, que extraiu oito garantias institucionais de direito público do exame de 36 prescrições da Constituição de Weimar, vinculadas com matéria de garantia institucional, conforme assinalou o professor Klaus Stern.³¹

Mais do que uma proteção *especial*, segundo a linguagem de Schmitt, a garantia institucional se caracteriza como proteção *qualificada*, no dizer do Mestre de Colônia.³²

Faltava porém aos ensinamentos de Schmitt, conforme ponderou Klaus Stern, uma fórmula geral de validade para a capacidade de proteção e a eficácia protetora das garantias institucionais.³³

Com efeito, procede a menção de Thoma, porquanto este condensou em termos precisos a diretriz fundamental inteligível: “As garantias institucionais, repetidamente mencionadas, são proibições dirigidas ao Legislativo para não ultrapassar na organização do instituto aqueles limites extremos, além dos quais o instituto como tal seria aniquilado ou desnaturado”.³⁴

Não menos pertinente a alusão a Anschütz, que completa e escora a doutrina, com este conceito de Thoma: “As garantias institucionais são prescrições da Constituição que (...) no substancial aspiram a uma garantia de certos institutos jurídicos, de modo a assentar o respectivo instituto na Constituição, sem entrar na determinação de todas as particularidades do seu conteúdo”.³⁵

30. G. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, nota prévia aos arts. 198 e ss. p. 520.

31. F. Klein, *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*, 1934, p. 328.

32. Carl Schmitt, ob. cit., p. 180 e Klaus Stern, ob. cit., pp. 761/762.

33. Klaus Stern, ob. cit., p. 8.555.

34. “Die wiederholt erwähnten Institutsgarantien sind rechts-wirksame, an die Legislative gerichtete Verbote, in der Ausgestaltung des Instituts diejenigen äussersten Grenzen zu überschreiten, jenseits deren das Institut als solches vernichtet oder denaturiert wäre” (R. Thoma, in H. C. Nipperdey (org.), *Die Grundrechte und Grundpflichten des Reichsverfassung*, vol. I, p. 30).

35. “Institutionelle Garantien sind Verfassungsschriften, die (...) in der Hauptsache auf eine Garantie bestimmter Rechtsinstitute abzielen, der Art, dass sie das betreffende Institut als solches in der Verfassung verankern, ohne es in allen Einzelheiten seines Inhalts festzulegen” (Gerhard Anschütz, ob. cit., p. 520).

9. A garantia institucional protege a essência da instituição

A doutrina da garantia institucional, ministrada pelo constitucionalismo de Weimar, foi revigorada por Scheuner no seu clássico estudo de 1953 sobre *As Garantias Institucionais da Lei Fundamental*. A essa posição logo aderiram os comentadores do novo código constitucional alemão de 1949.

Dilataram eles, segundo Klaus Stern, o círculo da garantia institucional além dos limites traçados pelo constituinte de 1919. Foi este o caso de F. Klein, que provocou a reação de juristas da estatura de G. Duerig, colega de Maunz nos comentários à Constituição de Bonn, o qual advertiu para os perigos de uma dissolução sociológica da garantia, em razão da amplitude da institucionalização preconizada por Klein.

A garantia institucional é porém maior ou menor nas Constituições de cada país consoante o valor atribuído ou concedido pelo Estado a uma determinada instituição, podendo assim variar no tempo o grau, a extensão e a profundidade da segurança proporcionada. Fica tudo ao livre alvedrio do Estado, ou seja, de sua vontade suprema. Nesse espaço, o Estado, ao estabelecer limites, se move habitualmente com muito menos rigidez e com muito mais flexibilidade e independência do que na esfera dos direitos fundamentais, onde as garantias, deveras restritivas da ação do Estado, estão constantemente a tolhê-lo, salvo, é óbvio, quando o poder público, mediante prestações positivas e materiais, cumpre a tarefa (missão) de concretizar direitos sociais ou fazer eficazes princípios indeclináveis à conservação e à integridade do Estado social. Tal ocorre, portanto, quando o Estado, pela natureza mesma do regime ou do sistema político é instantaneamente solicitado a atuar, a intervir e a fazer, desempenhando a função de principal ator e artífice da igualdade social.

As garantias institucionais se tornam também efetivas, via de regra, por obra de pressões sociais ou de imperativos da consciência pública, empenhada e inclinada em promover a igualdade, como o primeiro dos postulados de um Estado.

A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.

Com a atenção volvida para esse mínimo essencial, os constitucionalistas de Weimar – voltamos a assinalar – teorizaram sobre as garantias institucionais e o fizeram aparentemente em termos definitivos.

Com efeito, F. Klein, citado por Klaus Stern, encerrou o ciclo dos publicistas daquela república constitucional que levaram a cabo semelhante teorização.

Deixou ele patente e irretorquível na sua tese de doutoramento (*Habilitationsschrift*) que “a essência, sentido e fim das garantias institucionais consistem em que (...) os atos da *praxis* administrativa bem como a legislação ordinária do Reich e qualquer espécie de legislação do Estado-membro são e devem ser considerados inadmissíveis e inconstitucionais na medida em que afetarem a essência da (...) instituição, *o conjunto de seus traços essenciais integrativos* (F. Giese), *seu mínimo intangível* (Carl Schmitt), *o mínimo daquilo que compõe sua essência* (G. Anschütz e R. Thoma), *sua identidade* (F. Giese) (...) A garantia institucional simplesmente pode impedir e impedirá que uma modificação, erosão, dano, desnaturação, quebra, arranhão, restrição, esvaziamento, abuso e lesão da instituição sejam equivalentes a sua destruição completa e existencial”.³⁶

10. Os direitos fundamentais e as garantias institucionais

Pontes de Miranda no Brasil e Gomes Canotilho em Portugal, seguindo a mesma linha de Schmitt na Alemanha, assinalaram a necessidade de separar os direitos fundamentais das garantias institucionais. Confundi-los seria um grande erro, disse o primeiro; fazê-los idênticos equivaleria a ignorar “uma distinção clássica da doutrina alemã”, advertiu o segundo.³⁷

36. “Wesen, Sinn und Zweck der institutionellen Garantien gehen... dahin, dass Massnahmen und Verwaltungspraxis sowie der einfachen Reichs – und jedweder Art des Landesgesetzgebung insoweit unzulässig und reichsverfassungswidrig sein sollen und sind, als sie das Wesen der (...) Institution, *die Gesamtheit ihrer integrierenden Wesensmerkmale* (F. Giese), ihr unantastbares Minimum (C. Schmitt), das Minimum dessen, was ihr Wesen ausmacht (G. Anschütz und R. Thoma) ihre *Identität* (F. Giese) berühren... Die institutionelle Garantie kann und will lediglich die (...) einer völligen, existentiellen Vernichtung gleichkommende Abwandlung, Aushöhlung, Beinträchtigung, Entleerung, ‘Überschreitung’, Verletzung der Einrichtung (...) verhindern” (F. Mein, *Institutionelle Garantien und Rechtsgarantien*, 1.034, pp. 130, 134 e 135, bem como Klaus Stern, ob. cit., p. 356).

37. Pontes de Miranda, ob. cit., pp. 247/248, e José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed., p. 438.

Disse Canotilho: “(...) as instituições, como tais, têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim a maternidade, a família, a administração autônoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia acadêmica, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só indiretamente se expandem para a proteção dos direitos individuais”.³⁸

Mas essa distinção de que Schmitt fez tanto cabedal não se deve admitir com extremo rigor. Procedia e é óbvio que ele a fizesse numa época em que a doutrina constitucional se achava em estado de guerra contra o liberalismo, sendo portanto alvo daquela necessidade discriminativa os direitos fundamentais compreendidos como direitos da liberdade ou direitos individuais.

O Estado social produziu porém vínculos entre as instituições e os novos direitos fundamentais mediante a renovação doutrinária, que fez semelhantes direitos gravitarem quase todos na órbita social. E a teoria das garantias institucionais não pôde desfazer-se dos laços que a prendem aos direitos fundamentais, sem embargo de todo o empenho havido em separar direitos e garantias.

Essa conexidade só deixaria de ocorrer se baníssemos das garantias institucionais as garantias do instituto. Mas esse expurgo não é fácil nem todos o aceitam. São as garantias do instituto que formam o componente institucional dos direitos fundamentais. Vejamos, porém, em primeiro lugar essa distinção e qual o seu significado teórico.

Das discussões sobre a Constituição de Weimar, Klaus Stern fez emergir uma clara distinção entre a garantia institucional, sempre referente a instituições de direito público, e a garantia do instituto, em que se protegem institutos de direito privado, assim entendidos a propriedade, a família, o direito sucessório etc. Na esfera material da Constituição, movido da preocupação schmittiana com determinados perigos e determinadas experiências históricas malfadadas, o constitucionalismo da época separou, de uma parte, os direitos fundamentais, que abrangem e visam proteger como tais os chamados direitos clássicos da liberdade individual, os direitos da igualdade e os direitos da participação política e, doutra parte, as garantias das instituições ou garantias institucionais, que conferem a certas instituições, estruturas de organização e figuras jurídicas fundamentais, uma idêntica proteção de grau superior, no patamar normativo da Constituição.

38. J. J. Gomes Canotilho, ob. cit., pp. 438/439.

Também Duerig, reagindo contra uma expansão ilimitada da garantia institucional, observada na segunda metade do século XX, preconizou um retorno à compreensão clássica das garantias institucionais, ao mesmo passo que distinguiu entre garantias do instituto e garantias institucionais, uma distinção grandemente relevante em matéria de salvaguarda de direitos fundamentais.³⁹

Garantias do instituto, segundo ele, são garantias de instituições relacionadas com direitos fundamentais, cuja “causa” vem a ser os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, ao passo que garantias institucionais são aquelas cuja existência independe de direitos fundamentais subjetivos.⁴⁰

O “duplo caráter” de alguns direitos fundamentais providos de uma dimensão institucional nova se acha também assinalado por Gomes Canotilho, constitucionalista da Universidade de Coimbra, nos seguintes termos:

“Na explanação feita a propósito dos direitos fundamentais foi salientado o duplo caráter de alguns direitos fundamentais (direito subjetivo e garantia institucional). Quer isto dizer que as normas referentes aos direitos fundamentais e às garantias institucionais estão estreitamente ligadas. Assim, por exemplo, a Constituição, ao mesmo tempo que reconhece como direito fundamental o direito de constituir família e de contrair casamento (art. 36, n. 1), assegura a proteção da família como instituição. O mesmo se diga da maternidade (art. 68), do ensino (art. 73) etc.”⁴¹

Em edição mais recente de sua obra *Direito Constitucional*, declara aquele constitucionalista, em consonância com a doutrina de Schmitt, que “sob o ponto de vista da proteção jurídica constitucional, as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjetivas autônomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias”.⁴² Esta a regra, que admite porém exceções, as quais ele de imediato referiu e que ocorrem quando há uma “imbricação” da garantia institucional com a garantia do direito fundamental. O Mestre de Coimbra exemplificou com a proteção do direito de liberdade de imprensa

39. G. Duerig, *apud* Klaus Stern, ob. cit., p. 767.

40. G. Duerig, nos *Comentários*, Maunz-Duerig, art. 1º, nota 97, *apud* Klaus Stern, ob. cit., p. 767.

41. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed., p. 195.

42. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed.