

## O GUARDA DA CONSTITUIÇÃO

Em 1931 surgiu um texto de Carl Schmitt intitulado *Der Hüter der Verfassung*.<sup>1</sup> Hans Kelsen respondeu a isso com um escrito sob o título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*<sup>2</sup>

Observações:

1. O que significa a palavra Hüter? “Hüter 1. alguém que guarda alguém, algo (1), vigia protetoramente; guarda, protetor, guardador: um guarda da ordem jurídica, da democracia; os guardas das leis (policiais) ...”. Existe uma remissão ao verbo hüten (1). “hüten 1. cuidar de alguém, de algo para que a ele ou à coisa não seja ocasionado nenhum dano ou para que ele ou ela não cause nenhum dano; alguém tem de cuidar das crianças; cuidar cuidadosamente de um objeto (conservar); guardar um segredo (guardar cuidadosamente). ...”<sup>3</sup>

2. Para Schmitt a guarda da constituição cabe ao presidente do império. Em seu escrito,<sup>4</sup> sob o número III. do índice, está escrito: “III. O presidente do império como guarda da constituição”

Para Kelsen a guarda da constituição cabe a um tribunal constitucional.<sup>5</sup>

Para o legislador constituinte brasileiro a guarda da constituição cabe ao supremo tribunal federal. A constituição federal de 1988 diz em seu artigo 102, *caput*: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a *guarda da constituição*, ...”. (Itálico não está no original.) O constituinte seguiu nesse ponto, portanto, Kelsen.

Segundo isso, então

3. “Esse sentido perde-se quando a Constituição escrita não mais é considerada como taxativamente vinculativa. Se o *juiz*, e com o mesmo direito, o político e qualquer outro - hoje, muitas vezes, em afastamento, falsamente entendido, da concepção jurídica positivista - acreditam poder passar por cima do Direito Constitucional escrito, então podem as resoluções, que são obtidas deste modo, às vezes ser mais apropriadas do que aquelas

---

<sup>1</sup> Schmitt, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1996.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? In *Die Justiz*, Band VI (1930/31), S. 576 ff.

<sup>3</sup> Duden Deutsches Universal Wörterbuch A-Z. 2 Aufl. Mannheim ...: Dudenverlag, 1989.

<sup>4</sup> Ver nota 1.

<sup>5</sup> Ver nota 2, S. 576 f.

de uma interpretação mais fiel à letra. Simultaneamente, todavia, está liberado o caminho no qual a Constituição pode ser ludibriada pelo recurso a qualquer interesse discricional pretensamente superior, cuja hierarquia superior, em geral, será controvertida. A idéia fundamental da Constituição escrita é então abandonada a favor da insegurança por uma luta permanente dos poderes e opiniões que, em sua argumentação, não mais podem referir-se a uma base comum.”<sup>6</sup>

4. “Uma revolução no sentido amplo da palavra, que abrange também o império do estado é cada modificação dessa constituição, não legítima, isto é: realizada não segundo as determinações da constituição ou sua substituição por uma outra. Visto de um ponto de vista jurídico é indiferente se essa modificação da situação jurídica é produzida no caminho de uma aplicação de força dirigida contra o governo legítimo ou por membros desse governo mesmo, se ela é por um movimento de massa do povo ou por um *pequeno grupo de indivíduos*. Decisivo é que a constituição vigente em um modo é alterada ou por uma nova constituição completamente substituída que não está prescrito na constituição até agora vigente.”<sup>7</sup>

Outra vez: “A questão da *legalidade de uma decisão judicial* ou da constitucionalidade de uma lei é, formulado universalmente, a questão, se um ato, que se apresenta com a decisão de criar uma norma, corresponde à norma superior, determinadora de sua criação ou também de seu conteúdo.”<sup>8</sup>

O itálico (que não está no original) mostra que isso (número 3 e 4) pode dizer respeito também a um tribunal, isto é: ao supremo tribunal federal.

---

<sup>6</sup> Hesse, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, página 43 e seguinte, número de margem 33.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 213.

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, nota 7, S. 280.