**ANÁLISE DAS DIFERENÇAS ENTRE AS CONSTITUIÇÕES DE 1937 E 1988 COM BASE NAS TEORIAS DE HESSE E CANOTILHO**

Anna Caroline Barros Costa

**SUMÁRIO**

*1. INTRODUÇÃO. 2 Conceito de Constituição. 2.1 Concepção Sociológica de Constituição. 2.2 Concepção Política de Constituição. 2.3 Concepção Jurídica de Constituição. 3 Relação entre os conceitos de Constituição para Hesse e Canotilho. 3.1 Constituição dirigente. 3.2 Força normativa. 4 Ditadura e república sob a ótica de Hesse e Canotilho. 4.1 Constituição de 1937. 4.2 Constituição de 1988. 5 CONCLUSÃO.*

**RESUMO**

A Constituição é o alicerce do sistema jurídico, ela valida as demais normas de modo que a constitucionalização do direito se tornou um processo irreversível. O Direito Constitucional está atrelado a dimensões sociológicas, jurídicas e políticas, todavia o destaque dado a cada sentido de compreensão irá depender do pensador que o adota, sendo os que mais se destacam: Ferdinand Lassalle, Hans Kelsen e Carl Schmitt. O conceito contemporâneo de Constituição é representado principalmente pelos juristas J.J. Gomes Canotilho e Konrad Hesse, cujas idéias estão relacionadas com a aproximação entre direito e moral, a limitação do poder do Estado e a força normativa da Constituição. A análise desses conceitos contemporâneos de Constituição pode ser feita com base na comparação entre as constituições brasileiras de 1937, período da ditadura, e a de 1988, que corresponde à república democrática.

**Palavras - chave**: Conceitos de Constituição. Canotilho. Hesse. Comparação. Ditadura. República democrática.

**1 INTRODUÇÃO**

A partir da análise dos conceitos de Hesse e Canotilho, pode –se compreender os limites dos poderes do Estado, para que assim se esquematize o caminho que o Brasil percorreu até chegar á república democrática, forma de governo que apesar das suas deficiências, tem na constituição formal uma lei suprema, que além de limitar os diversos poderes, assegura os direitos fundamentais de cada cidadão.

Essa análise, feita em forma de comparação, irá apontar Constituição Federal brasileira que mais se adéqua aos conceitos apresentados por J.J. Gomes Canotilho e Konrad Hesse, a respeito de Constituição Contemporânea, e para que isso aconteça é necessário que se conheça a fundo todos os sentidos atribuídos à uma Constituição.

**2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO**

Se tratando de uma república democrática, a Constituição poderia ser considerada a lei fundamental declarada pela nação, com a finalidade de organizar a sociedade com base no Direito Público. O constitucionalismo, movimento que atualmente tem como base a Constituição, se origina com o povo hebreu, cujos princípios teológicos faziam com que suas leis fossem limitadas pela lei de Deus. Dessa forma o constitucionalismo visa limitar o poder político, caso contrário este seria absoluto e arbitrário, sendo que através desse movimento é que se pretende realizar o ideal de liberdade humana[[1]](#footnote-1).

O constitucionalismo é, portanto uma expressão da soberania do povo, que se torna detentor do poder, antes atribuído somente ao soberano[[2]](#footnote-2). Ele, sendo um movimento, vai adquirindo novas características de acordo com a fase histórica em que se encontra. O constitucionalismo não está necessariamente ligado a idéia de Constituição escrita, pois ele surgiu na antiguidade, e a Constituição escrita só veio a aparecer de fato com o constitucionalismo moderno[[3]](#footnote-3). Todavia, segundo Ferdinand Lassalle, é um erro pensar que a Constituição só se originou a partir do momento em que ela foi escrita, todos os estados sempre tiveram uma Constituição real e efetiva[[4]](#footnote-4). Para o jurista Dirley da Cunha Júnior, a Constituição poderia ser conceituada como:

Um conjunto de normas jurídicas supremas que estabelecem os fundamentos de organização do Estado e da Sociedade, dispondo e regulando a forma de Estado, a forma e sistema de Governo, o seu regime político, seus objetivos fundamentais, o modo de aquisição e exercício do poder, a composição, as competências e o funcionamento de seus órgãos, os limites de sua atuação e a responsabilidade de seus dirigentes, fixando uma declaração de direitos e garantias fundamentais e as principais regras de convivência social.[[5]](#footnote-5)

Tomando – se por base o conceito de Constituição apresentado, pode-se ressaltar que ele deve ser entendido com base nos vários sentidos atribuídos à Constituição, que se diferenciam de acordo com os pensamentos de Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt e Hans Kelsen, sendo estes os sentidos tradicionais de Constituição.

**2.1 CONCEPÇÃO SOCIOLÓGICA DE CONSTITUIÇÃO**

Para Lassalle (2009), a Constituição poderia ser concebida como produto das forças sociais presentes em uma determinada realidade, sendo que, a Constituição escrita e a real diferem uma da outra, a primeira tem o papel apenas de refletir a realidade social, tendo a sua origem enraizada nos fatores reais de poder de um Estado, que a partir do momento em que adquirem a forma escrita se tornam o que se chama de direito, quem for de encontro com esses fatores reais de poder, irá contra a lei, dessa forma deverá ser punido.

Todavia mesmo que repentinamente a Constituição escrita deixasse de existir, os fatores reais de poder que a originaram continuaram valendo. Pois durante toda a história do homem, ele vem obedecendo regras, leis supremas, que não estavam escritas, mas tinham validade conforme a vontade do legislador.

A Constituição se modifica de acordo com a realidade histórico – social, isso fica claro quando se verifica os fatores reais de poder da Constituição Feudal, cuja nobreza era a expressão de poder, passando pela Constituição presente na monarquia absoluta, na qual a nobreza perdeu o poder devido ao aumento da população e das riquezas particulares oriundas do surgimento da pequena burguesia, na monarquia absoluta a expressão suprema de poder era o monarca. Durante a Revolução Burguesa o poder dos proprietários dos meios de produção cresceu de maneira que o monarca não pode conter, nessa fase os burgueses descobriram que eles também eram detentores desse poder político. Mais uma vez a Constituição real é modificada.

Lassalle conclui o seu discurso afirmando que os problemas constitucionais não são problemas de direito e sim de poder, e a Constituição tem por base somente os fatores reais e efetivos de poder vigentes no país em questão, a Constituição escrita não teriam valor e nem seriam duráveis, caso não exprimissem os fatores reais de poder presentes em uma determinada realidade social.

**2.2 CONCEPÇÃO POLITICA DE CONSTITUIÇÃO**

Carl Schimitt apresenta quatro conceitos de Constituição, o absoluto, o relativo, o positivo e o ideal. O Conceito absoluto de Constituição a caracteriza como a concreta maneira de ser resultante de qualquer unidade política existente, podendo ela ser a concreta situação de conjunto da unidade política e do arranjo social de um determinado estado, uma maneira especial de ordenação política e social, o princípio do acontecimento dinâmico da unidade política e um sistema de normas supremas e últimas.[[6]](#footnote-6)

No conceito relativo, a Constituição é compreendida como a lei constitucional em particular[[7]](#footnote-7), dessa forma, tudo o que se encontra na constituição, independentemente do conteúdo, do alcance ou do valor, é constitucional e válido, são normas rígidas e que não podem ser modificadas por lei ordinária.[[8]](#footnote-8)

No conceito positivo, o mais defendido por Carl Schmitt, a Constituição é uma decisão consciente da unidade política, através do titular do poder constituinte, ou seja, o povo origina a Constituição, e não o contrário. A Constituição escrita seria apenas a expressão dessa vontade política. Por fim o conceito ideal, afirma que a Constituição deveria ter cunho social e político, de modo que acolhesse valores e ideologias e que viesse a corresponder a situação política da realidade.[[9]](#footnote-9)

**2.3 CONCEPÇÃO JURÍDICA DE CONSTITUIÇÃO**

Nessa concepção, defendida especialmente por Hans Kelsen, a Constituição é tida como uma norma jurídica fundamental de organização do Estado, sendo ela uma norma publica, a qual se deve obediência ilimitada, de modo que Constituição posta (positivada) é validada através da Constituição pressuposta (hipotética).

A Constituição estaria no topo de uma pirâmide imaginaria, representando a sua supremacia perante as outras normas, que devem ser compatíveis com a norma superior, e a ela estão submissas, essas normas inferiores à Constituição são chamadas de normas infraconstitucionais.[[10]](#footnote-10)

**3 RELAÇÃO ENTRE OS CONCEITOS DE CONSTITUIÇÃO PARA HESSE E CANOTILHO**

Konrad Hesse e J.J. Gomes Canotilho são dois juristas que, assim como Lassalle, Schmitt e Kelsen, atribuíram um sentido próprio a Constituição, o contemporâneo.

Hesse se contrapõe a Lassalle afirmando que a Constituição tem uma força normativa própria, sendo que assim como a Constituição é um reflexo da realidade, a realidade deve ser a expressão das normas estabelecidas na Constituição, concretizando uma relação de interdependência entre elas.

Hesse assim como Canotilho, defende o modelo dirigente de Constituição. Segundo Canotilho, essa Constituição dirigente foca na limitação dos poderes políticos de um Estado e na constitucionalização das liberdades. A Constituição brasileira de 1988 pode ser caracterizada como uma Constituição dirigente.

Esse sentido contemporâneo de constituição está diretamente ligado ao conceito de neoconstitucionalismo, relação enfatizada por Luís Roberto Barroso, que afirma que esse novo direito constitucional identifica um conjunto amplo de informações na área constitucional, resultando em uma aproximação do direito com a ética, assim como no surgimento da força normativa da Constituição, culminando na constitucionalização do direito.[[11]](#footnote-11)

**3.1 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE**

Para Canotilho, Constituição seria uma teoria formada por um conjunto de idéias, exaltam o princípio do governo limitado como indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante de organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representa a limitação do poder com fins garanticios.

Ele defende o modelo de Constituição dirigente, ou seja, aquela que define fins e objetivos para o Estado e a Sociedade (Programática). A função da Constituição dirigente é fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal. Em seu texto, encontra – se dispositivos que vinculam a ação do legislador e dos particulares à realização de certos fins e à obediência de certos valores considerados fundamentais pelo constituinte.

A teoria de Canotilho está altamente relacionada com o conceito de constitucionalismo apresentado inicialmente, segundo ele constitucionalismo moderno seria:

O movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo, desde os fins da Idade Média até o século XVIII [[12]](#footnote-12).

**3.2 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**

A Constituição Federal é a lei maior do estado, sendo que esta trata da Constituição do próprio Estado, é considerada um “somatório dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade”[[13]](#footnote-13). José Afonso da Silva afirma que a Constituição “só se refere à decisão política fundamental”, ou seja, a estruturar e organizar o Estado com todos os seus direitos e garantias individuais, enquanto as leis constitucionais não tratam de uma decisão política fundamental. Assim sendo, não basta estar inserido no texto constitucional para que haja uma Constituição do Estado, mas deve haver uma base de fundamentos na nação na qual ela pertence.

A força normativa da Constituição faz referência a efetividade plena das normas, tal princípio foi conjeturado por Konrad Hesse, que afirmava que toda norma constitucional deve ser revestida de uma eficácia mínima, a fim de mantê-la conexa com a realidade social, ou seja, a constituição deverá imprimir a ordem e a conformidade político e social

**4 A DITADURA E A REPÚBLICA SOB A ÓTICA DE HESSE E CANOTILHO**

Como se observa no conceito de Constituição de Hesse e Canotilho, esta deve obter uma interdependência entre as normas para que a constituição seja um reflexo da sociedade, ao limitar os poderes do estado e suprir as garantias fundamentais de uma sociedade. Um ponto marcante da nossa historicidade constitucional são as Constituições de 1937(Estado Novo) e a de 1988 (a dita “democrática”).

**4.1 CONSTITUIÇÃO DE 1937**

Com um período de instabilidade econômica e política, essa Constituição teve por objetivo restaurar a estabilidade política do país, que fora causada pela intentona comunista européia e com receio de novas revoluções populares, o então presidente do Brasil, Getúlio Vargas, instaura um regime ditatorial, conhecido como Estado Novo.

 A Constituição de 1937, outorgada em 10 de novembro de 1937, a mais autoritária das Constituições, teve um inegável caráter fascista, logo após sua outorga, fechou o Congresso Nacional e extinguiu os partidos políticos, como forma de centralizar os poderes Legislativo e Executivo nas mãos do presidente.

Mesmo mantendo a forma de governo e de estado que estava previsto na Constituição anterior, esse federalismo, porém serviu apenas para mascar o autoritarismo extremo, representado pela centralização do poder e manutenção da ordem através da força.

Embora a nova Constituição possua um catálogo de princípios e garantias fundamentais, vale a pena ressaltar que estavam dispostos o mandado de segurança e a ação popular, pois contrariavam as diretrizes do Estado, ou seja, iam de confronto com os ideais do Estado.

A Constituição de 1937 instituiu a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), através dela fora imposto o salário mínimo, entre outros direitos trabalhistas que até hoje vigoram, porem essa medida constitucional pode ter sido utilizada como mero objeto de manipulação da classe trabalhista ou proletariado.

A nova Constituição buscava o nacionalismo econômico, como forma de adquirir autonomia econômica para o país, foi profundamente autoritária e de caráter corporativista, demonstrando total desrespeito com as instituições de principio democrático.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, os questionamentos sobre o governo de Vargas se acumulam. Assim, nesse sentido, intensificam-se o sentimento pelas instituições voltadas para as instituições democráticas. Ocorrendo assim, em 29 de outubro de 1945, ocorre o golpe militar que retira Vargas do poder.

Logo após a queda de Vargas, organizam-se as eleições direitas, analisando desse ponto, observamos que está explicito o movimento de redemocratização do país, com a volta da Assembleia Constituinte.

Se analisarmos a Constituição de 1937 sob a ótica das teorias de Hesse e Canotilho, veremos que, a carta magna não segue os preceitos das teorias visto que para Canotilho a Constituição deve ser uma ordenação sistemática e racional da comunidade política registrada num documento escrito mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e organização de acordo com o princípio da tripartição de poderes.

Assim, vemos que a CF/37, não segue tais preceitos, pois a primeira medida que foi tomada pelo então governante foi o fechamento do congresso nacional e extinção dos partidos políticos, e quando centralizou o poder nas mãos de um só individuo, fora contra o equilíbrio entre os poderes, que evitava o excesso de poder dos representantes dos três poderes, a fim de se manter a ordem social e evitar o absolutismo.

Porém para Hesse, a norma constitucional deve ser revestida de uma mínima eficácia, sob a conseqüência de tornar-se algo desnecessário ou simplesmente sob a pena de figurar “letra morta no papel”. Hesse afirma que a Constituição não configura apenas os princípios basilares que determinam a formação do estado, mas dever ser esses princípios, ou seja, a Constituição deve incorporar a realidade jurídica do Estado, estando conexa com a realidade social. Nesse sentido a Constituição deverá imprimir a ordem e a conformação à realidade político-social.

Desta forma a Constituição de 37, até possui uma eficácia mínima, pois por mais autoritária que seja, não deixou de cumprir o que estava prescrito nela, a fim de manter a ordem social e obedecer o norma constitucional, não importando os meios utilizados. Porém não era um reflexo da realidade da sociedade, assim a ordem e a conformação social eram instauradas através da força, como forma de garantir que ninguém resistisse às normas do Estado.

**4.2 CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Também conhecida popularmente como Constituição da esperança, depois de um longo período de sombras e escuridão do governo ditatorial de Vargas. A constituição de 88 surge para o povo como uma esperança do resgate e acréscimo dos direitos fundamentais, que foram extirpados na Constituição de 1937, e com os recentes massacres realizados pelo governo nazista, as Constituições pelo mundo aderiram às garantias dos direitos fundamentais e os princípios da dignidade da pessoa humana.

Essa Constituição teve como objetivo restabelecer o Estado democrático de direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacifica das controvérsias. Ela é aberta, eclética, plúrica e alinhada ao processo de redemocratização do país. Embora de viés dirigente em algumas normas, estabeleceu uma série de normas programáticas. E restabeleceu o equilíbrio entre os três poderes.

Deu maior ênfase aos princípios e garantias fundamentais, assim sob sua égide e sua motivação o brasileiro passou a participar mais ativamente do processo político nacional, a ponto de comover o Congresso Nacional e deflagrar o impeachment de um Presidente da República.

Foi a mais democrática das Constituições, essa é a que temos, e é a melhor que tivemos no contexto histórico da política do nosso país, mesmo com suas mazelas e virtudes, se coloca de forma aberta e plural em um permanente e constante processo de reconstrução e construção de identidade em meio às diferenças que vem possibilitando, os mais variados projetos e concepções de vida.

Com bases nas teses de Canotilho, vemos que a CF/88, ao restabelecer o sentimento democrático no país, equilibra os poderes e incita uma maior participação do povo nos atos constitucionais, representando assim uma ordem sistemática e racional da comunidade política, que segundo J.J Gomes Canotilho, a constituição deve foca na limitação dos poderes políticos de um Estado e na constitucionalização das liberdades, a fim de manter a ordem social vigente. A Constituição brasileira de 1988 pode ser caracterizada como sendo uma Constituição dirigente.

Já segundo Hesse, a constituição de 88, está mais adequada a sua realidade social, portanto possui uma maior eficácia constitucional, baseando-se no fato de que a força normativa da constituição tem os princípios basilares que determinam a formação e organização do Estado.

**5 CONCLUSÃO**

Sendo assim, fica claro que a CF/88 corresponde de maneira mais evidente às teorias de Konrad Hesse e J.J. Gomes Canotilho, pois ela age diretamente na limitação dos poderes do Estado, com a finalidade de garantir a liberdade dos cidadãos brasileiros, ficando estes, livres de qualquer opressão arbitraria por parte dos governantes. Ela se legitima em si mesma, tem uma força normativa, de modo que há uma reciprocidade entre a realidade da sociedade e as normas constitucionais.

Dessarte, é evidente que a CF/37 não obedecia a tais princípios, impondo um governo que ia de contramão à essas idéias de limitação do poder do Estado, sendo essa mesma Constituição apenas a expressão da vontade do governante, que não condizia com a realidade do país.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi**, Teresina, [ano 10](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005), [n. 851](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005/11/1), [1](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005/11/1) [nov.](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005/11) [2005](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005). Disponível em: <[http://jus.com.br/revista/texto/7547](http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito)>. Acesso em: 06 maio 2013.

BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.**  7 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito Constitucional.** 5 ed. Revista, Ampliada e Atualizada. Salvador: Juspodivm, 2013

GARCIA, Wander (Org.). **Super – revisão: doutrina para concursos e OAB**. Indaiatuba: Foco, 2012.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa Da Constituição.**Valencia: Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LASSALE, Ferdinand apud LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. 4 ed. Madri: Alianza Universidad Textos, 2003.

1. JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, p. 31. [↑](#footnote-ref-1)
2. BRITO, Edvaldo. Limites da Revisão Constitucional, p.26. [↑](#footnote-ref-2)
3. JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, p. 32 [↑](#footnote-ref-3)
4. LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição, p. 39. [↑](#footnote-ref-4)
5. JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, p.75. [↑](#footnote-ref-5)
6. SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución, p. 30-31. [↑](#footnote-ref-6)
7. SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución, p. 37 [↑](#footnote-ref-7)
8. JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, p.79. [↑](#footnote-ref-8)
9. JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, p. 80-82. [↑](#footnote-ref-9)
10. GARCIA, Wander (Org.). Super – revisão: doutrina para concursos e OAB, P.43. [↑](#footnote-ref-10)
11. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi**, Teresina, [ano 10](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005), [n. 851](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005/11/1), [1](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005/11/1) [nov.](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005/11) [2005](http://jus.com.br/revista/edicoes/2005). Disponível em: <[http://jus.com.br/revista/texto/7547](http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito)>. Acesso em: 06 maio 2013. [↑](#footnote-ref-11)
12. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p.48. [↑](#footnote-ref-12)
13. LASSALE, Ferdinand apud LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, p. 17. [↑](#footnote-ref-13)