

# A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969

BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Constituição de 1824. 3. Constituição de 1891. 4. Constituição de 1934. 5. Constituição de 1937. 6. Constituição de 1946. 7. Constituição de 1969.*

### 1. Introdução

Estudar a proteção destinada às crianças, que procede da própria evolução dos direitos humanos, é uma obrigação social e, por que não dizer, uma obrigação jurídica.

O ser criança já não é mais uma passagem provisória para se alcançar o *status* de adulto. Já não se concebe a criança sujeita ao poder exclusivo e ilimitado do pátrio poder. Hoje, a criança é um sujeito de direitos, não um mero objeto de ações governamentais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, consigna no seu art. 2º que “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa de até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Todavia, no decorrer do trabalho, faço referência apenas à criança. Assinalo minha posição amparando-me na Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto nº 99.710/90, que, na parte I, art. 1º, assim enuncia:

“Para efeito da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

Considero que uma análise das Constituições deve preceder o estudo do tema, pois que, por meio dela, será possível acompanhar a

Bernardo Leônico Moura Coelho é Especialista e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, ex-Professor de Direito do Trabalho da Universidade Estadual de Ponta Grossa e Fiscal do Trabalho em Campinas/SP.

evolução do direito social dentro do ordenamento jurídico. Assim, mediante este estudo, procedo a uma análise histórica das Constituições, situando-as no desenvolvimento do direito social.

Também, dentro da análise da proteção à criança, empreendo um estudo de alguns temas do Direito Constitucional, que não passam desapercibidos, tais como:

1 - o valor jurídico dos preâmbulos nas Constituições;

2 - as declarações de direitos e garantias;

3 - a inclusão do capítulo “Da Ordem Econômica e Social”;

4 - a validade da Constituição de 1937;

5 - normas fundamentais, princípios e diretrizes constitucionais.

Esta análise terá como marco inicial a Constituição de 1824, na qual não há qualquer referência às crianças, estendendo-se até a Constituição de 1969.

Não está incluída a análise da vigente Constituição Federal, pois que a nossa intenção é traçar um paralelo da linha seguida pelo legislador até 1988, quando houve a opção brasileira em seguir a orientação da doutrina da proteção integral, consagrada pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Podemos distinguir três correntes que justificam a proteção destinada à criança, a saber:

a – doutrina da proteção integral, partindo dos Direitos da Criança reconhecidos pela ONU, na qual a lei asseguraria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais;

b – doutrina do Direito Penal do “Menor”, pela qual o direito só se ocupa do “menor” a partir do momento em que pratique um ato de delinquência;

c – doutrina intermediária da situação irregular, em que os “menores” são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente.

Notaremos que, até a Constituição de 1969, a criança não era tratada como sujeito de direitos, sendo seguida a teoria da situação irregular, contida no Código de Menores, tendência essa rompida com a Constituição de 1988 e complementada com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Adoto posicionamento preconizado pela ONU, de proteção integral à criança, e como

linha teórica de base, para a análise dessa proteção, aquela descrita por Mendizábal Oses, que se encontra consubstanciada na “necessidade subjetiva”.

Esse conceito é basilar para a estruturação do Direito da Criança, e será ela conceituada como sendo:

[...] la figura que fundamenta la existencia de un mandato jurídico que directamente capacita a los menores para poder recibir cuanto necesitan para que el proceso evolutivo de su personalidad se desarrolle de forma armónica e integral<sup>1</sup>.

A necessidade subjetiva nada mais é do que aquilo de que a criança não pode prescindir para que tenha condições de desenvolvimento, desvinculando-se dos conceitos de faculdade e de direito subjetivo<sup>2</sup>.

Seu conceito não é somente um elemento ideológico, porque, por meio dele, é possível interpretar, com maiores garantias de acerto, a ampla série de fatos que, referidos às crianças, não de ser apreciados e valorados juridicamente.

Para tornar a “necessidade subjetiva” numa realidade concreta, surge junto dela a “carga”, que é a imposição de dar-lhe a satisfação, devendo ser a atitude um fiel reflexo do mandato legal.

Após essas considerações preliminares, passaremos à análise das Constituições.

## 2. Constituição de 1824

Nasce a primeira Constituição brasileira, outorgada em 25 de março de 1824, marcada pelo símbolo do despotismo. Após a instalação da constituinte, o Imperador Pedro I dissolveu-a, temendo que se realizasse uma Constituição que limitasse seus poderes. Os grandes nomes dessa Constituinte foram presos e deportados, e eram uma concentração do que a inteligência da América tinha de mais alto, comparável à geração da Independência norte-americana.

Nesse momento de nascedouro do constitucionalismo brasileiro, o Império brasileiro mantinha uma estrutura ideológica e constitucional repousada, em quase toda sua longa existência, na infra-estrutura econômica do monopólio latifundiário e na técnica do trabalho escravo<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MENDIZÁBAL OSES, Luís. *Derecho de menores*, p. 119.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 118

<sup>3</sup> FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais de Direito Constitucional Moderno*, p. 68.

O maior elemento caracterizador dessa Constituição é a presença de um quarto poder – o Moderador – exercido pelo monarca, com vastas atribuições, exercendo controle mesmo sobre os demais poderes. Era assim refutada a tradicional divisão tripartida descrita por Montesquieu.

Não se encontra, em seu bojo, qualquer referência à proteção da criança, ou mesmo da adolescência. Há apenas um título – o oitavo – dedicado às disposições gerais, garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros.

Verifica-se, no art. 179, a enumeração dos direitos dos cidadãos, pois que foi

“[...] profundamente animado pelas idéias liberais e pelo constitucionalismo, inseriu normas casuísticas, promovendo os direitos fundamentais do homem dentro da categoria de bens jurídicos, mas pouco instituiu eficazmente para a sua proteção<sup>4</sup>”.

No inciso XXXII do mesmo artigo, acha-se a única norma constitucional aplicável às crianças. Não se trata, por certo, de uma norma dirigida apenas às crianças. Não fez o mesmo das constituições posteriores, como a de 1937, ao prescrever, no art. 130, “o ensino primário gratuito e obrigatório”, instituindo pois o ensino primário como gratuito, embora não lhe impusesse a sanção no caso do seu não-cumprimento.

No entender de Bonavides, na declaração de direitos do art. 179 da Constituição do Império, focaliza-se o primeiro germe do direito social no constitucionalismo brasileiro<sup>5</sup>.

Mas, no dizer de Faoro, esta constituição era “puramente nominal, incapaz de disciplinar, coordenar, imperar, ideal teórico de uma realidade estranha à doutrina e rebelde à ideologia política importada<sup>6</sup>, pois que instituiu a gratuidade do ensino, mas não dava meios para que se assegurasse o ensino a todos os cidadãos. O que havia era uma total marginalização dos trabalhadores escravos e livres. Constata-se que, no tempo do Império, o contingente de analfabetos era muito grande, algo próximo a 83%, para uma população de pouco mais de quatorze milhões de pessoas.

<sup>4</sup> GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição: direitos e garantias individuais e coletivas*, p. 1.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *A crise política brasileira*, p. 31.

<sup>6</sup> FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. v. 1, p. 291.

Convém lembrar, também, que nem todas as pessoas eram cidadãos para o Império, apesar da norma do art. 6º da Constituição, pois que, no regime escravocrata, os escravos eram tidos como bens, que enriqueciam os senhores de terras, não gozando de proteção alguma.

Há ainda a figura do voto censitário, que assegurava a estabilidade da monarquia e dos interesses da classe dominante; por meio desse artifício, conseguia-se evitar que a classe socialmente privilegiada perdesse algumas de suas prerrogativas.

Outro fato para ilustrar a não-aplicação do princípio é que, no tempo do Império apenas aos alfabetizados era facultado o direito de voto, sendo que, em 1891, somente 1% da população era alfabetizada<sup>7</sup>.

Foi, então, uma norma que não chegou a afirmar-se na estrutura jurídico-constitucional do Estado.

Temos ainda que, no Império brasileiro, a questão da proteção à criança passou desapercibida, sem que houvesse qualquer tentativa de dar-lhe um maior amparo.

Esse fato talvez seja explicado pela proteção dos direitos e garantias individuais, colocados como último capítulo da Constituição, juntamente com as disposições gerais. Esta análise topográfica da Constituição retrata bem o aspecto secundário que lhe era devotado.

De mérito, houve, para os direitos individuais, a inserção, na norma do art. 178, de preceito que distinguia as normas constitucionais das meramente ordinárias. Tais direitos foram colocados ao lado dos limites e atribuições dos Poderes Políticos e Direitos Políticos, necessitando de confusas e emaranhadas regras, contidas nos arts. 173 a 177, para sua alteração. Colocados num plano inferior dentro da Constituição, pelo menos lhes foi dada certa estabilidade com esta norma.

Houve, porém, uma evolução, a partir do momento em que,

“[...] dentro da constituição do império, as idéias que surgiram com o liberalismo clássico de autonomia individual, dentro do mecanismo de prática e de aplicação da Constituição, foram evoluindo para a liberdade de participação<sup>8</sup>”.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>8</sup> MARINHO, Josaphat. Análise da Constituição de 1981. In: *O pensamento constitucional brasileiro*, p. 28.

### 3. Constituição de 1891

A queda do Império se deu pela mesma classe que o apoiava, pois que se sentiu atraída com a abolição, numa época de crise da lavoura do açúcar, que constituía o grande sustentáculo da economia brasileira imperial.

“A revolução republicana de 1889 reflete a crise econômica que provocou o ocaso do império. O *bouleversement* da economia agrária, impulsionada pela abolição, viu desagregar as pilastras em que se assentava a nação, de sorte que a aristocracia rural, sentindo-se espoliada no seu direito sobre a propriedade escrava, engrossou as fileiras do partido republicano. A crise do açúcar, que era, pouco antes da República, a alavanca propulsora da economia nacional, e a emancipação da escravatura, tudo isso amalgamando com os entrechoques da monarquia contra o exército e o clero, vieram destarte esculpir nova forma de governo, vitoriosa com o movimento revolucionário”<sup>9</sup>.

Para Marinho, a “Constituição de 1891 é um marco do pensamento constitucional”, a primeira de índole republicana e federativa. Mesmo estruturando e criando um novo tipo de Estado e de Governo, não se afastou do espírito liberal que marcou a Constituição do Império. “Fortaleceu o Estado, mas não se esqueceu do indivíduo, que também precisa de proteção”<sup>10</sup>.

A Constituição de 1891 “foi esculpida segundo o estilo da Constituição norte-americana, com as idéias diretoras do presidencialismo, do federalismo, do liberalismo político e da democracia burguesa”<sup>11</sup>.

A imitação da constituição americana foi um fato comum à época<sup>12</sup>, pelos ideais que a inspiraram e que constituíram um marco na evolução constitucional e, por ser no dizer de Tocqueville, “uma das mais poderosas combinações em favor da propriedade e da liberdade humanas”<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> FERREIRA, op. cit., p. 28.

<sup>10</sup> MARINHO, op. cit., p. 60-61.

<sup>11</sup> FERREIRA, op. cit., p. 70.

<sup>12</sup> CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal brasileira*, p. 8.

<sup>13</sup> A imitação da constituição americana não foi um fato isolado, pois que os seus ideais se propagaram em outros países, como a Argentina e o México, que em suas constituições mantiveram a mesma organização.

Ruy Barbosa ratificou essa consagração ao pronunciar que “nossa lâmpada de segurança será o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dela e a própria lei nos pôs nas mãos esse foco luminoso”<sup>14</sup>.

Evoluindo neste tema de proteção aos direitos e garantias individuais, a Constituição de 1891 “emprestou importância aos direitos individuais, estendendo seu alcance aos estrangeiros aqui residentes”<sup>15</sup>, no art. 72, os quais em sua maior parte, na vigência da Constituição anterior, eram privativos dos brasileiros.

A Declaração de Direitos e Garantias dos cidadãos passou a ser considerada como parte essencial do texto, ganhando uma seção em separado, destinada a somente tutelar esses direitos constitucionais, não figurando mais no epílogo da Constituição.

A exemplo da Constituição de 1824, não há, na primeira Constituição republicana, referência alguma à proteção à criança. Talvez isso seja devido à própria estruturação da família dentro da sociedade.

Se voltarmos os olhos ao passado, veremos que toda base familiar era assentada no patriarcado, cabendo ao pai o destino e o comando de todos os elementos dela integrantes.

Não consagrou, também, como fez sua antecessora, privilégio especial às garantias individuais. Como demonstrado, na Constituição do Império, exigiam-se poderes constituídos para sua mudança, não havendo regra a esse favor na Constituição republicana.

É certo que a Constituição não consagrou expressamente, em seu texto, a proteção à criança, mas podemos colocar esse tema como norma implícita.

Chegamos a esse raciocínio após uma análise do art. 78, o qual enuncia que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos que não estão expressos no texto”, mas consubstanciados pelos princípios norteadores da Carta Magna.

Tal norma não foi, todavia, criação do constituinte pátrio.

Essa disposição é similar à que se contém na emenda IX da Constituição dos Estados

<sup>14</sup> Apud FONSECA, Aníbal Freire de. *O Poder Executivo na república brasileira*.

<sup>15</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 1-4.

Unidos e será encontrada também em outras Constituições, tais como do Paraguai, Peru e Uruguai<sup>16</sup>.

Essa norma foi inserida no texto norte-americano como cautela contra a má aplicação da máxima, demasiado repetida, de que a afirmação em casos particulares importa uma negação em todos os mais e vice-versa.

Tendo a Constituição mencionado tais e quais direitos e garantias pertencentes ao indivíduo, aos cidadãos, ao povo, poder-se-ia concluir que outros direitos e garantias não lhe são reconhecidos, visto não se acharem expressos no texto constitucional (*inclusio unius exclusio alterius*).

“Para afastar essa falsa conclusão, a Constituição declara que a enumeração feita quanto a direitos e garantias não deve ser tida como supressiva de outros que não mencionados, os quais ficam subsistentes uma vez que não sejam decorrentes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consagra”<sup>17</sup>.

Segundo comentadores, “é um fato fundamental que a Constituição Federal é simplesmente uma concessão de poderes limitada. O homem tem certos direitos sagrados que nenhum governante pode suprimir, com ou sem constituição”<sup>18</sup>. Tal se deve pelo fato de que os textos constitucionais, quando se preocupam com os direitos do indivíduo e dos nacionais, mais cogitam daqueles que facilmente se põem a perigo.

<sup>16</sup> Constituição da República do Paraguai – “Artigo 80 – La enunciación de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negociación de otros que siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley regulamentaria no podra ser invocada para negar ni nuboscar ningún derecho o garantía; Constitución Política do Peru – Artigo 4º – La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de forma republicana de gobierno; Constituição da República Oriental do Uruguai – Artigo 72 – La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

<sup>17</sup> CAVALCANTI, op. cit., p. 469.

<sup>18</sup> AMAINO, Morgan Louis. *La Constitution des États Unis*, p. 181. Traduzido do francês.

A Constituição vai, assim, corporificar num documento público o pensamento médio político de um povo num determinado instante histórico.

Temos que buscar, então, nos princípios regentes, normas que assegurarão a proteção.

Geralmente esses princípios estão expressos nas Constituições, mas também os encontramos nos preâmbulos. É certo que nem todas as Constituições os ostentam, nem é indispensável que uma Constituição os contenha<sup>19</sup>.

“Este pode ser apenas a maneira de começar, pode conter somente a explicação de como se investiu e se exerceu o poder constituinte, pode, mais largamente, mais freqüentemente sintetizar a finalidade da obra constitucional, pode enunciar o propósito da constitucionalização, pode limitar-se a um caráter ornamental”<sup>20</sup>.

O preâmbulo pode adquirir importância quando nele se lança aquilo que Schmitt chamou de “decisão política do titular do poder constituinte”, expressão lançada no preâmbulo da Constituição Alemã de Weimar.

Do mesmo modo que as demais disposições da Constituição, as do preâmbulo constituem regras positivas de Direito, com o mesmo valor constitucional e a mesma força de vinculação sobre o legislador ordinário.

Contudo:

“[...] pode-se negar mesmo qualquer valor jurídico, por falta de registro formal de elaboração, ao preâmbulo da Constituição de 1891, que não foi regularmente aprovado no plenário da Assembléia Constituinte. O que serve de pórtico à nossa lei magna foi redigido pela mesa e lido no ato da promulgação”<sup>21</sup>.

Mas “a Constituição não deixa de ser um todo, uma filosofia, toda uma política”<sup>22</sup>, razão pela qual examino o conteúdo do preâmbulo, apesar das considerações tecidas pelo comentarista constitucional.

Basicamente, a Constituição não trouxe, como modernamente encontramos, uma declaração de princípios, e, mesmo no preâmbulo, a

<sup>19</sup> Exemplos de algumas constituições que não exibem preâmbulo em seu texto: México, de 1857, Romênia de 1922, Turquia de 1924 e Grécia de 1927.

<sup>20</sup> PACHECO, Cláudio. *Novo tratado das constituições brasileiras*. v. 1, p. 153.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 158.

<sup>22</sup> MELO, José Luiz Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*, p. 64.

declaração se restringe a “organizar um regime livre e democrático”.

Essas palavras consagram a aspiração republicana a um governo com intuições capazes de assegurar a liberdade em todas as suas manifestações, de garantir-lhe o exercício e expansões, de proteger o direito de cada cidadão e manter o bem-estar geral.

O preâmbulo traz, assim, as pilastras asseguradoras de garantias, traduzindo para o ordenamento político constitucional as aspirações da população civil, num determinado momento histórico. Não podemos negar que, na última década do século XIX, os pensamentos ainda não haviam se voltado para a proteção à criança, pois que era ainda um problema emergente, que viria-se transformar neste grande problema social dos dias de hoje.

É certo também que a Constituição brasileira se alicerçou nos princípios liberais da época, influenciada, como demonstrado, pelas idéias da Constituição americana, que procuravam definir os direitos do homem em geral, não relevando o fato de que a criança constitui uma parcela diferenciada da população e não um homem em miniatura. Foi o princípio das declarações, que ainda procuravam alicerçar em bases firmes a proteção dos direitos e garantias básicas, para depois evoluírem para uma proteção mais específica.

#### 4. Constituição de 1934

Chegamos à nossa terceira Constituição, a segunda da era republicana brasileira. Se as Constituições anteriores, a Imperial de 1824 e a Republicana de 1891, tinham marcadamente uma influência do pensamento liberal, esta não trilhou o mesmo caminho.

“Esse estatuto político, a par de assumir teses e soluções da Constituição de 1891, rompeu com a tradição de então existente, porque, sepultando a velha democracia liberal, instituiu a democracia social, cujo paradigma era a Constituição de Weimar”<sup>23</sup>.

A fragilidade da ordem constitucional anterior revelava-se nas inquietações sociais e rebeliões sucessivas que a desestabilizaram<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> BRASIL. Ministério do Interior, op. cit., p.15.

<sup>24</sup> Já em 1832 se deu a sublevação das fortalezas de Lage e Santa Cruz. Em 1893, a Revolta dos Canudos, a Revolução Federalista no Rio Grande do

Saímos, pois, de uma democracia liberal, característica das primeiras constituições brasileiras, para adotarmos uma democracia social, influenciada pelo racionalismo jurídico de Preuss e Kelsen, que ampliava o objeto do constitucionalismo, incorporando os direitos econômicos e sociais. “Tal avanço, contudo, operava-se na esfera estritamente jurídica, incapaz de submeter o desempenho político das instituições”<sup>25</sup>.

Outro fato que repercutiu para a tomada de posição social na Constituição foi o total desinteresse da primeira república pelos problemas sociais, notadamente pelas idéias liberais, advindas da liberdade dada a todos os setores nacionais, sem se preocupar com as consequências sociais do fato.

Iniciava-se, pois, na história constitucional brasileira, a passagem do direito de índole liberal, marcado pelo absteísmo do Estado nas relações sociais, para a democracia social, na qual o Estado se imiscui nos problemas relativos ao bem-estar da população.

“Em consequência, na Revolução de 30 confluíram correntes das mais variadas que tinham apenas em comum o propósito de reagir contra uma situação existente, de rebelar-se contra o *status quo*, de tentar alterar situações consideradas irremediáveis, mas que de um ideário positivo muito pouco traziam, no momento em que, com a chegada ao Poder foi necessário estabelecer as bases de um novo regime político-constitucional”<sup>26</sup>.

Converteu-se a Constituição, no capítulo sobre a ordem econômica e social, numa apaixonada plataforma de idéias que marcam a nova índole do Estado brasileiro<sup>27</sup>.

Na Itália, o fascismo instalara-se desde 1922. Na Alemanha, por volta de 1930, desenrolavam-

Sul e a Revolta da Armada. Em 1895, 1904 e 1905 os levantes da Escola Militar. Em 1910, a revolta liderada por João Cândido pela extinção da pena corporal da chibata. Em 1922, nos primórdios do movimento tenentista, o levante do Forte de Copacabana. Em 1923, a revolução no Rio Grande do Sul, contra Borges de Medeiros. Em 1924, a revolução paulista, liderada pelo General Isidoro Lopes, reunindo-se os rebeldes, após, às tropas de Luís Carlos Prestes, no Rio Grande do Sul, dando origem à Coluna Prestes, que duraria até 1926.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 18.

<sup>26</sup> MARINHO, op. cit., p. 85.

<sup>27</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 39.

se as agitações que levaram ao fim da experiência de Weimar, com a ascensão do nazismo. Em Portugal, já se havia entronizado o salazarismo, e, na Espanha, pouco após, o franquismo tomara o poder. Em toda parte disseminava-se o sentimento antiliberal e antidemocrático, em nome do regime de autoridade.

A Constituição de 1934, em dolorosa contradição, consolidava o ideário moralizador e liberal da Revolução de 1930, numa época de crescente antiliberalismo, em que as reivindicações eram mais econômicas e sociais do que políticas.

Define Jacques as principais alterações ocorridas da seguinte maneira:

1. Quanto à forma:

a) introdução do nome de Deus no preâmbulo;

b) incorporação, ao texto, de preceitos de direito civil, de direito social e de direito administrativo;

2. Quanto à substância:

a) normas reguladoras da ordem econômica e social, da família, educação e cultura<sup>28</sup>.

Ainda em suas palavras:

“Essa constituição inaugurou, entre nós, a nova técnica do estatuto regulamentar, que se iniciou com a Constituição de Weimar, transformando-se em estrita análise da estrutura governamental e de direitos e garantias; procurou conciliar a democracia liberal com a democracia social, o individualismo com o socialismo no domínio econômico social”<sup>29</sup>.

As causas dessa transformação podem assim ser resumidas:

1) as relações econômicas e sociais, que também lhe cabem regular;

2) o desprestígio da representação política, que faz com que o legislador constituinte, interpretando os sentimentos populares, restrinja o campo de ação do legislador ordinário, com pormenores de regulamento;

3) a insuficiência da construção jurisprudencial, que não atende a todas as necessidades e aspirações populares.

Como se nota, pela posição de vários autores, a Constituição de 1934 estava inserida no

melhor constitucionalismo da época, incorporando aquilo que se chamou “o sentimento social do direito”, sendo, logo após, quase que copiada em seus princípios pela Constituição de 1946, que se seguiria ao Estado Novo de Vargas.

No capítulo dedicado aos direitos e garantias, esta Constituição seguiu a orientação de 1891, estendendo o seu alcance aos estrangeiros aqui residentes. Tal fato se explica por ser o Brasil um país de emigração. Sendo assim, e para favorecer a vinda de estrangeiros, foi assegurada aos que aqui aportavam a segurança de seus direitos, principalmente o direito à propriedade.

Notamos que, pela primeira vez, houve um título dedicado à ordem econômica e social, e outro dedicado à família – títulos IV e V, respectivamente.

Seguindo o exemplo americano, de sua nona emenda, foi elaborado o art. 114, que, como explicitado, incorporou-se a todas as Constituições brasileiras, desde a sua inclusão em 1891.

Vemos assim, no preâmbulo da Constituição de 1934, a preocupação com o “sentimento social do direito”, ao colocar como princípios básicos da Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico. Houve uma diversa orientação nas Constituições de 1891 e 1934. Enquanto na Constituição de 1891 há preocupação liberal com o regime democrático que será alcançado com o liberalismo, a Constituição de 1934 se preocupa com o regime democrático, mas que deverá ser conseguido em consonância com os princípios da unidade, liberdade, justiça e bem-estar social e econômico.

Inaugura-se assim a interferência estatal na sociedade para assegurar o bem-estar social e econômico previsto no preâmbulo.

Segundo o pensamento exposto, a Constituição desceu a pormenores ao descrever o campo social para amparar as instituições que surgiram. Tanto assim que a Constituição de 1934 tinha o dobro de artigos da anterior.

Pela primeira vez, influenciada ainda pelo sentido social do direito, temos a inclusão de artigos destinados à proteção do trabalho. Estas normas, de caráter geral, deram-lhe o intuito de exclusão. Dar-lhe normas gerais, com a ressalva de que a legislação ordinária podia conceder mais, mas nunca retirar o mínimo. Elevadas a norma constitucional, só poderiam ser modificadas por outra norma igual, advinda de legislador com poderes constituintes.

<sup>28</sup> JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*, p. 56-57.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 57.

Notamos, no art.121, a preocupação com a produção do país, mas que ficará condicionada à proteção do trabalhador, sendo que, em seu 1º, letra “d”, proibiu o trabalho ao menor de quatorze anos.

Tais fatos podem ser facilmente explicados. Passava o país, nos anos trinta, por seu processo de industrialização, algo como a revolução industrial na Inglaterra no século passado. Víamos a nossa revolução industrial tardia, o que fez com que aparecessem investimentos no setor produtivo, tendentes a transformar o país de mero produtor de matérias-primas para um exportador de produtos manufaturados.

Talvez, não querendo a reprise de cenas como aquelas de crianças trabalhando nas fábricas, sujeitas a toda sorte de abusos, instituiu-se a regra segundo a qual as crianças deviam atingir certa maturidade – física e intelectual – para que lhes fossem permitidas atividades que iriam, por certo, retirá-las de outras atividades essenciais de sua idade, como a educação escolar.

Coincide com esta década a criação da Justiça do Trabalho e a regulamentação do trabalho, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho, que vieram efetivar, na legislação ordinária, as garantias ao trabalho dadas pela Constituição.

Também, pela primeira vez numa Constituição brasileira, foram incluídas normas de amparo à criança. A necessidade de uma proteção a estas pessoas foi descoberta graças ao forte sentimento nacionalista que imperou neste período e que possibilitou o surgimento do populismo de Vargas.

Criou-se a norma de proteção à criança, amparando-a mesmo em seu desenvolvimento ultra-uterino – quando aí incluída a proteção à maternidade, com o que se engloba a proteção à mãe –, e procurou-se dotar este preceito de aplicabilidade, ao estatuir que é dever da União, dos Estados e dos Municípios o amparo à criança, para o qual estes deveriam destinar 1% de suas rendas.

Com essa medida, procurou-se dar um pouco de aplicabilidade à norma protetora, cujas conseqüências não puderam ser verificadas pela exigüidade do tempo de sua vigência, sendo derrocada pelo golpe de 1937, que instituiu uma nova ordem político-jurídica no país. Talvez este seja o grande problema ao se analisar a Constituição de 1934 – o seu curto período de existência –, comprometendo uma análise mais detida.

## 5. Constituição de 1937

A Constituição de 1937 seguiu-se a uma época conturbada por episódios políticos, com a radicalização das lutas de esquerda e de direita. A Constituição de 1934 teve curta duração, não tendo sido possível avaliar, na prática, seus méritos e deméritos.

Havia um descompasso entre o previsto na Constituição de 1934, de cunho liberal, e a realidade por que passava o país, levando a uma vulnerabilidade do sistema político, proliferando-se os movimentos de cunho extremista.

Pode-se dizer que a Constituição de 1937

“era na verdade uma tomada de posição do Brasil no conflito ideológico da época pela qual ficaria nítido que o país se inseriria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal”<sup>30</sup>.

A grande questão que se levanta a respeito da Constituição de 1937 é a de sua validade no mundo jurídico, pois que o art. 187 ditava que ela entraria em vigor na data “de sua outorga” e seria submetida ao plebiscito nacional, na forma regulada em decreto do Presidente da República, o que não foi feito.

Para Coelho:

“O que menos pesa na Carta de 37 é a sua estrutura jurídico-formal, já que, no sentido material, todo Estado tem uma Constituição; por isso, pouco importa que a Carta de 37 tenha ou não tido vigência do ponto de vista formal, que não tenha passado de uma Constituição Fantasma, como ironizam alguns de seus adversários”<sup>31</sup>.

Para outros, ela não existiu juridicamente, chegando a ser considerada como autêntica portaria. O seu valor é, pois, meramente histórico e, como tal, não pode ser posto à margem<sup>32</sup>.

Entendo não se poder dizer que não houve Constituição, pois havia uma norma superior que determinava a ordem básica do Estado, que buscava legitimar a ação tomada. Todavia, por discordar da maneira como foi imposta, sem a convocação de uma Assembléia Constituinte, e

<sup>30</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 69.

<sup>31</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Aspectos positivos da Constituição de 1937*, p. 103-108.

<sup>32</sup> CUNHA, Fernando Whitacker. *Direito Político brasileiro*, p. 35-36; PORTO, Walter Costa (Org.). *Constituições do Brasil*, p. 86.



por não atender aos seus próprios requisitos de validade, considero-a apenas por seu valor histórico.

Para Espínola, os pontos salientes da Carta eram: o fortalecimento do Poder Executivo, inclusive possibilitando-lhe papel mais direto na elaboração das leis; redução da importância do Parlamento Nacional, quanto à sua função legislativa; intervenção maior do Estado na vida econômica, sem prescindir da iniciativa individual; reconhecimento dos direitos de liberdade, segurança e propriedade do indivíduo, limitados, todavia, pelo bem público; nacionalização de certas atividades e fontes de riqueza; proteção ao trabalho nacional e defesa dos interesses brasileiros em face dos alienígenas<sup>33</sup>.

Foi uma Constituição de índole fascista, claramente inspirada na Carta da Polônia, de 23 de abril de 1935, imposta pelo Marechal Josef Gilsudki, o que lhe valeu, no Brasil, o adjetivo pejorativo de *polaca*.

“O Estado Novo brasileiro refletiu as tendências de expansão do fascismo internacional como uma ditadura de direita, embora mais suave e moderada pela influência do temperamento brasileiro”<sup>34</sup>.

Os elementos fascísticos aparecem como uma possibilidade de estruturação administrativa e como um programa a realizar-se. Não se diga que o poder concentrado é, por si só, suficiente para caracterizar o fascismo da Constituição de 1937, porque tal concentração é fato comum às soluções autoritárias contemporâneas, quer fascistas, quer não-fascistas<sup>35</sup>.

O movimento fascista veio surgir após a Primeira Guerra na Itália, país que carecia de tradição democrática e que estava numa delicada situação econômica<sup>36</sup>.

Apesar de seu ideólogo, Francisco Campos, tentar negar<sup>37</sup>, encontramos nesta Constituição todos os elementos que caracterizam o fascismo, como será destacado:

<sup>33</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *A nova Constituição do Brasil* : Direito Político e Constitucional brasileiro, p. 75.

<sup>34</sup> FERREIRA. *Curso de Direito Constitucional*, p. 65.

<sup>35</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. v. 1, p. 165.

<sup>36</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Político*. v. 1, p. 249. Traduzido do espanhol.

<sup>37</sup> Para ele, bastava o exame mais superficial das linhas gerais da Constituição para se certificar, mesmo

“Recebeu ela influência de sua congênere polonesa, de 1935, que reforçava o Poder Executivo, da Constituição de 1934, da Constituição Caudilhista, de 1891, de acentuado cunho positivista, da Carta del Lavoro italiana, no que se refere à parte trabalhista, da Constituição Portuguesa, e no programa integralista”<sup>38</sup>.

Encontramos nela o que costuma denominar-se democracia cesarista, pelo largo espaço que abriu às práticas plebiscitárias. Esse instrumento era usado por Caio e Júlio César em Roma, e Hitler o utilizou para, nos momentos de impasse institucional, levar diretamente ao povo, por cima de seus representantes, corporativos ou liberais, as decisões fundamentais de seu país.

Ressalte-se que houve, no texto, uma confusão entre plebiscito e referendo, o que não modifica em nada sua finalidade<sup>39</sup>.

Como destacado, a Constituição de 1937 criou um Estado intervencionista e protetor, proclamando que os interesses da coletividade eram mais importantes que os do indivíduo.

Não poderia ficar destacado dessa realidade o tema da criança, inserido em vários artigos, encontrando na Constituição berço fértil para sua proteção, segundo linhas fascistas.

A primeira inserção se dá na competência privativa da União para ditar normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, especialmente da criança.

Quando o texto se refere a normas fundamentais, compreendemo-las como aquelas que a União considera essenciais a um plano ou programa de defesa da saúde. O advérbio não tem função restritiva: significa que o legislador recomenda, com especial carinho, a legislação de defesa e de proteção da saúde da criança.

“A diferença entre legislar sobre normas fundamentais e o legislar sem tal limitação perde, na Constituição de 1937, quase todo o seu interesse, porquanto, onde se manifestar a necessidade de regulamentação uniforme, estando, como está, em causa o bem-estar das populações, tem a União a competência legislativa geral que depende do artigo 16, inciso V”<sup>40</sup>.

a partir da mais elementar cultura política, de que o sistema da Constituição de 1937 nada tinha de fascista (*Jornal Correio da Manhã*, 03 de março de 1945).

<sup>38</sup> CUNHA, op. cit., p. 36.

<sup>39</sup> PORTO, op. cit., p. 55-56.

<sup>40</sup> MIRANDA, op. cit., p. 479-480.

Encontramos, nessas duas primeiras inserções, a mão invisível do pensamento fascista, que busca uma valorização do homem, elevando-lhe a dignidade moral, numa exaltação a super-homem.

O Estado, centralizado nas mãos do Presidente da República, busca uma justificação na proteção ao homem, aliado a um hipernacionalismo e à valorização do trabalho, numa clara influência da *Carta del Lavoro* da Itália.

Segundo Bastos,

“[...] era de se esperar que a Constituição de 1937 criasse restrições aos direitos individuais e às suas garantias. Sua ordem depunha contra vários princípios de obrigatoriedade inclusão nos textos constitucionais regradores do regime democrático [...] tudo isso, como prescrito no artigo 15 da Constituição Polaca, em garantia de paz, ordem e da Segurança Pública. De um modo geral, toda a legislação do Estado Novo se orientou contra as liberdades públicas”<sup>41</sup>.

Encontra-se, em vários pontos da Constituição, menção à Nação, numa clara manifestação de hipernacionalismo, característico do fascismo. Para Jellinek, o elemento indispensável à existência da Nação é de natureza essencialmente subjetiva, resultante de um estado de consciência<sup>42</sup>.

Procurou-se, assim, dar à população consciência de sua nacionalidade, assentada no vínculo que a une, determinando a convicção de um querer-viver coletivo, submetido a um poder público soberano que lhe dê unidade política.

O enunciado do art. 123, oriundo do direito norte-americano, que o consagrou na nona emenda, vem sendo colocado nas declarações de direitos desde a primeira Constituição republicana. Na Constituição de 1937, ganhou um contorno especial ao condicionar ao bem público as garantias e direitos individuais, assim como as necessidades de defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, limitando, dessa maneira, a aplicabilidade da norma.

Sujeitava-se, assim, o direito do indivíduo ao Estado, que é, no fascismo, a própria origem do poder.

<sup>41</sup> BASTOS, op. cit., p. 71-2; FERREIRA, *Curso de Direito Constitucional*, p. 65.

<sup>42</sup> JELLINEK, G. apud CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*.

Influenciada pelas idéias positivistas, a Constituição de 1937 estabeleceu que todo o ordenamento deverá ser submetido à consecução do bem-estar, segurança e paz do povo, como colocado em seu preâmbulo.

O preâmbulo pode revestir-se de regras positivas de direito, com o mesmo valor e mesma força vinculante das normas constitucionais, quando se coloca nele a decisão política do titular do poder constituinte.

O preâmbulo da Constituição de 1937, todavia, foi apenas uma justificativa para o golpe perpetrado, tomando posição ideológica contra o comunismo, que é nominalmente citado, e contra as idéias liberais da Constituição de 1934, que não permitiam a aglutinação de poderes no Presidente da República (concentração de poderes).

O elemento religioso perdeu um pouco sua atuação nesta Constituição, na medida em que, no seu preâmbulo, não se encontra referência a Deus e não se manteve, em seu corpo, o reconhecimento do casamento religioso, proclamando, contudo, a indissolubilidade do casamento.

A Igreja não via com simpatia esse movimento, ante o ateísmo do Estado Soviético, tendo mesmo o Vaticano, em 1929, celebrado com os fascistas os Acordos de Latrão<sup>43</sup>.

Dentro de sua política protetora e intervencionista, o Estado colocou a infância e a juventude sob sua direta proteção, encarregando-se de assegurar-lhes as condições físicas e morais de vida sã, possibilitando-lhes pleno desenvolvimento.

Uma das maneiras encontradas para lhes assegurar o pleno desenvolvimento foi atribuir compensações para as famílias numerosas, na proporção de seus encargos.

O Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, na alínea *a* de seu art. 37, considerou numerosa a família que compreender oito ou mais filhos, brasileiros (novamente a presença nacionalista), até dezoito anos, ou incapazes de trabalhar, vivendo em companhia e às expensas dos pais ou de quem os tenha sob sua guarda, criando e educando-os à sua custa.

Notamos que a Constituição de 1937 trouxe uma programaticidade social-democrática, herdada em parte da Constituição de 1934, aparecendo amiúde regras de caráter programático.

As regras programáticas, as quais hão de orientar os Poderes Públicos, são aquelas em

<sup>43</sup> MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*, p. 67.

que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar uma norma de aplicação concreta, apenas traça linha diretora. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

Para Pontes de Miranda,

“... a parte programática das Constituições de após-guerra não consegue dar fins precisos ao Estado (menos ainda o fim único, como ocorreu com a Constituição Soviética), sendo interessante observar que ficam em terreno ético, quase sempre em fórmulas propositadamente vagas ou ingênuas”<sup>44</sup>.

Cabe ainda destacar que, na vigência desta Constituição, por meio do Decreto-lei nº 2.024, de 17 de fevereiro de 1940, foi criado, no âmbito do Ministério da Educação e Saúde, o Departamento Nacional da Criança, diretamente subordinado ao Ministro de Estado.

O Departamento Nacional da Criança era o órgão supremo de coordenação de todas as atividades nacionais relativas à proteção à maternidade, à infância e à adolescência. Suas funções institucionais seriam detalhadas no art. 6º do citado diploma legal.

## 6. Constituição de 1946

Pressionado pelas idéias de liberdade e democracia, trazidas pelos soldados que lutavam contra o regime nazi-fascista, o Estado Novo encontrava seu fim em 29 de outubro de 1945, com a renúncia de Vargas, pressionado pelos ministros militares (contra-senso?).

Convocada a Constituinte, nova Constituição seria promulgada em 18 de setembro de 1946.

O seu preâmbulo buscou inspiração na Constituição Americana (“Nós somos o povo dos Estados Unidos [...]”). Para Maximiliano, era uma reação contra qualquer separatismo, contrariando o espírito do regime, as rivalidades regionais<sup>45</sup>.

Em seu final, trouxe o preâmbulo a nova denominação oficial do País.

Quanto à menção à proteção de Deus, não traduz de modo algum que o princípio teológico haja predominado na Constituição. Trata-se de *vox mortua*, sem conseqüências especiais; mera

<sup>44</sup> MIRANDA, op. cit., p. 20.

<sup>45</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*, p. 168.

homenagem à crença da maioria do povo brasileiro, foi incluída sem quebra do princípio democrático<sup>46</sup>.

Discordando de Kelsen,<sup>47</sup> que não é favorável a reconhecer relevância jurídica no preâmbulo, prefiro adotar a posição de Schmitt,<sup>48</sup> para quem as enunciações do preâmbulo correspondem até às decisões fundamentais, de mais preséptico e valia do que as que nele se devem arrimar.

O preâmbulo é a condensação do texto constitucional, serve para determinar os fins para os quais foi elaborado e pelos quais indica a verdadeira interpretação dos pontos duvidosos.

Apesar das opiniões de vários constituintes,<sup>49</sup> não primou a Constituição de 1946 por ser sintética, não sendo apenas repositório de normas gerais. Extremar-se-ia Pacheco:

“extensas e minuciosas, podemos até mesmo dizer que estas não são verdadeiras Constituições, porque a natureza verdadeira de uma Constituição é a de pairar na altitude dos grandes princípios, é a de ser estrutural e sintética”<sup>50</sup>.

Considerada como a mais complexa das Constituições americanas, parte do princípio de que o Estado não é fim em si mesmo, mas meio para a consecução de determinadas finalidades.

Apresenta-se como uma Constituição tecnicamente correta e cientificamente avançada,

“trata-se de uma Constituição liberal, de fundo democrático, timidamente progressista, como transação discreta com algumas correntes mais avançadas que influíram na sua elaboração”<sup>51</sup>.

Com esta Constituição, retoma-se a evolução democrática, abruptamente interrompida, tendo buscado suas bases, sua concepção geral na Constituição de 1934<sup>52</sup>.

No aspecto referente à educação, a Constituinte de 1946 seguiu a orientação que vinha

<sup>46</sup> FALCÃO, Alcino Pinto, DIAS, José Aguiar. *Constituição anotada*, p. 20.

<sup>47</sup> *Teoria general del derecho y del estado*, p. 274.

<sup>48</sup> *Teoría de la constitución*, p. 28-29.

<sup>49</sup> DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*, p. 116.

<sup>50</sup> PACHECO, Cláudio. *A Constituição de 1946*. In: *O pensamento constitucional brasileiro*, p. 161.

<sup>51</sup> CAVALCANTI, Themistócles Brandão. *Constituição federal comentada*. v. 2, p. iv.

<sup>52</sup> Para Maximiliano, “deduziu-se da letra de um diploma o Espírito de outro.” op. cit., p. 422.

sendo dada pela Constituição de 1934, pois que a Constituição de 1891, revisada em 1925, não cogitava de legislar sobre educação nacional. A Constituição de 1937 continha artigos esparsos sobre o assunto, como o seu art. 10, inciso VI, que determinava à União e aos Estados-Membros “difundir a instrução pública em todos os seus graus”.

Como é natural, ficou a cargo da União legislar sobre educação nacional em geral, por meio da letra “d”, inciso XV, do art. 5º, que deve ser combinado com os arts. 170 e 171, que se referem aos sistemas de ensino.

No que se refere à educação em geral, as normas ditadas pela União têm alcance total, cabendo aos Estados a edição de normas supletivas; já com relação ao sistema de ensino, é competência da União supletiva das exigências locais. As legislações estaduais e municipais têm de seguir a orientação emanada nessas diretrizes e bases sob pena de estarem eivadas de inconstitucionalidade<sup>53</sup>.

Na Constituição de 1946, aparecem, pela primeira vez, as bases junto às diretrizes, dentro da competência legislativa da União.

Por diretrizes,

“(…) devemos compreender, especialmente, o aspecto político e pedagógico do problema; definir as suas linhas gerais, mas de forma que nele se encontrem os meios necessários à integral aplicação, para que não seja essa aplicação iludida pelos interesses e caprichos das organizações estaduais”<sup>54</sup>.

Considero que diretrizes e bases devem ser entendidas como normas gerais, mesmo entendimento a que chegou o relatório da Comissão de Estudos das Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Para Gustavo Capanema, constituinte de 1946, as expressões *diretrizes* e *bases* “buscam significar claramente, e quase redundantemente, que à União compete, não apenas traçar os princípios gerais do ensino de todos os ramos, mas também dar-lhe estrutura e disciplina, organização e regime”<sup>55</sup>.

Ressalte-se, no entanto, que houve uma duplicidade no texto constitucional, observada por Espínola. Para ele, se se dá competência para

legislar sobre vários assuntos e, depois, dá-se ao poder Legislativo competência para legislar sobre os mesmos e outros, não há razão para se dispor que cabe à União legislar. Dizer que à União compete legislar é o mesmo que afirmar que ao Congresso Nacional compete legislar (art. 65, inciso IX).

Superado o aspecto referente à educação, passo para outro, ligado ao tema dos direitos e garantias individuais.

“Nos nossos dias, fixaram-se quatro tipos de declarações: a dos séculos XVIII-XIX, a da Rússia, a do Fascismo e a do Estado intermediário. Nos *Protokolle* alemães de Weimar, poderíamos assistir à eclosão de declarações híbridas, porém outras foram tentadas. Fr. Naumann entendia que a declaração russa seria direta consequência de qualquer constituição comunista; não sendo o Estado Alemão Estado burguês-individualista, nem bolchevique-comunista, precisava fazer coisa sua. Não foi isso o que se teve. O programa, infracional em vez de uno, juntou elementos, misturou-os. De qualquer forma só se tem um tipo intermediário, que não foi o de 1789 nem o de 1918. Melhor diremos um dos tipos intermediários, porque muitos são possíveis. Na Constituição brasileira de 1934 ocorreu mais ou menos a mesma coisa. Repetese, agora, o fato com a Constituição de 1946”<sup>56</sup>.

O capítulo referente aos direitos e garantias é o direito humano no mais alto grau, por isso o texto não cria direitos; antes, reconhece-os, protege-os. Expressam apenas a salvaguarda daqueles direitos mais importantes ou que, por sua posição de proteção, são mais expostos à violação. Os direitos e garantias, os direitos fundamentais, não podem ser organizados pelo Estado, por sua maior característica de supra-estatalidade. Eles se situam numa posição acima do próprio Estado, que consegue apenas organizar sua proteção jurídica.

Esses direitos fundamentais estão situados no direito das gentes (*droit des gens*), sendo que a sua interpenetração nos Estados se dá à medida que estes se tornam signatários de normas desse direito. O direito das gentes não está numa posição de superioridade em relação ao direito interno, que está organizado seguindo a ideologia da população detentora do poder.

<sup>53</sup> CAVALCANTI, T. B. op. cit., p. 299-300.

<sup>54</sup> *Loc. cit.*

<sup>55</sup> PACHECO. *Tratado das constituições brasileiras*. v.1, p. 271-272.

<sup>56</sup> MIRANDA, op. cit., v.2, p. 160.

Mas, na medida em que o Estado, por seu direito interno, aceita a norma definida no direitos das gentes, ela se transforma em norma jurídica com vigência plena no ordenamento jurídico interno<sup>57</sup>.

Para Pontes de Miranda,

“o que falta às Constituições de hoje, para que sirvam à vida e aos povos, são fins precisos. As liberdades, pelo menos algumas, no Estado sem fins precisos, tornam-se insuficientes”<sup>58</sup>.

A Constituição de 1946 em quase nada inovou nesse aspecto, seguindo, para isso, as linhas liberais da Constituição de 1934, nos parâmetros que já vieram da Declaração de Direitos do Homem de 1789.

Após a enumeração dos direitos protegidos, ela traz, em seu art. 144, a declaração de que estes princípios não são únicos, numa tendência que se seguiu desde a primeira constituição republicana.

Esse artigo, proveniente da nona emenda americana, encontrou solo fértil nas Constituições latinas e teve aplicação na jurisprudência argentina, que, não tendo texto expresso que abrigasse o direito de reunião, admitiu-o com base nos outros princípios explícitos agasalhados nas normas constitucionais argentinas.

Entro no título V da Constituição, um título que aparece pela segunda vez em nossa história constitucional: “Da Ordem Econômica e Social”, extirpada da Constituição de 1937.

O Direito Social teve uma evolução lenta. Em 1938, Miranda já soube captar sua importância ao escrever:

“No século XX, principalmente após a Segunda Guerra, não é possível falar-se de uma Constituição, sem se lhe procurarem as causas e a função sociológica. Constituição só política, sem preocupação do problema social, que avulta cada dia, agravado por outro, que é o das relações entre os Estados de toda a Terra, é uma temeridade, sobre ser um anacronismo”<sup>59</sup>.

A primeira constituição a veicular em seu bojo os direitos sociais emergentes foi a Cons-

<sup>57</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.

<sup>58</sup> MIRANDA, op. cit., v.1, p. 146.

<sup>59</sup> MIRANDA. *Comentários à Constituição de 10 de novembro de 1937*. v. 1, p. 22.

tituição Mexicana de 1917, embora alguns autores prefiram a alusão à Constituição Alemã de Weimar, de 1919, que alcançou maior alcance e popularidade do que sua antecessora mexicana.

Anteriormente, no século XIX, os problemas da vida social eram parcialmente regulados pela legislação ordinária<sup>60</sup>.

Temos, então, que a Constituição de 1946 não ficou alheia ao movimento de evolução dos direitos sociais que adquiria, assim, foros de constitucionalidade. Aprofundou-se no exame dos direitos sociais e nos problemas referentes à educação. Colocou como pilares da justiça social a ordem econômica e social, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, segundo descrito no art. 145.

Há, entre as declarações, individuais e sociais, uma distinção doutrinária a que nos reportamos:

“Não se confundem as declarações de direitos sociais com as clássicas de direitos individuais, pois pela sua natureza e finalidade partem de uma concepção completamente diferente, oposta mesmo: os direitos individuais expressam uma relação negativa entre o Estado e o indivíduo; as disposições sociais apresentam uma relação de ordem positiva que se traduz em direitos, obrigações e deveres do Estado; sugerem ou determinam que o Estado atue, enquanto as declarações clássicas lhe impõem um *nec facere*, a abstenção. Falta-lhes, contudo, por vezes, a eficácia por nem sempre constituírem direitos públicos subjetivos”<sup>61</sup>.

Discordando desse ponto de vista, Trindade diz que a dicotomia entre os direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais, no qual aos primeiros corresponde uma abstenção por parte do Estado, cabendo aos segundos uma atuação do Estado, está superada, pois que a Conferência de Direitos Humanos de Teerã, de 1968, e a Resolução de 32/130 da Organização das Nações Unidas (ONU) proclamaram a indivisibilidade e a interdependência de todos os direitos humanos, à luz da unidade fundamental de concepção de direitos humanos.

“Sem os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos

<sup>60</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *As novas tendências do Direito Constitucional*, p. 149.

<sup>61</sup> SVOLOS, A. apud FALCÃO, Alcino Pinto, op. cit., p. 21; MIRANDA, v. 3, op. cit., p. 152.

teriam pouco sentido para a maioria das pessoas”<sup>62</sup>.

Dentro das normas constitucionais que amparam as situações de ordem social, encontram-se normas referentes à proteção do trabalho, no art. 167, que, em seus incisos, dita os preceitos mínimos a serem observados na legislação trabalhista.

Tais normas tiveram início em 1802, com o *Act for preservation of health and moral apprentices employed in cotton and others mills*, na Inglaterra, berço da Revolução Industrial, espalhando-se logo pela França e Alemanha<sup>63</sup>.

Opinava Falcão:

“Esses direitos, que a vigente aprimorou (direitos sociais do trabalho), estão à altura das mais progressivas declarações. Não há necessidade, e talvez ainda assim durante muito tempo, de reivindicações de novos direitos, mas há necessidade, e urgente, de concretização dos declarados”<sup>64</sup>.

Entre os preceitos, encontra-se, no inciso IX, a norma que proíbe o trabalho a menores de quatorze anos e o trabalho de menores de dezoito anos em indústrias insalubres e em trabalho noturno.

A discussão a respeito desse tema não é muito recente, surgida durante a Conferência de Washington, de 1919, e as de Genebra, de 1920, 1921, 1932, 1937 e 1937. A Organização Internacional do Trabalho – OIT – estabeleceu como sexto princípio a abolição do trabalho das crianças, admitindo-se, porém, que os menores adultos prestassem serviço remunerado, mas de sorte que não fossem prejudicados o seu desenvolvimento físico e a sua educação.

Para Miranda,

“o preceito constitucional é *self-executing*, exaustivo, cogente, e a legislação ordinária impotente. No entanto, campeiam pelo Brasil inteiro as violações imunes”<sup>65</sup>.

Encerrando o estudo dessa Constituição, encontra-se a última norma de proteção à criança no art. 164, que determina serem obrigatórios a assistência à infância e à adolescência, e o amparo às famílias de prole numerosa.

<sup>62</sup> TRINDADE, op. cit., p. 38-41.

<sup>63</sup> MAXIMILIANO, op. cit., p. 198.

<sup>64</sup> FALCÃO, op. cit., p. 22

<sup>65</sup> MIRANDA, op. cit., p. 58.

Coube a Pontes de Miranda a correta interpretação da norma, ao classificá-la como não sendo apenas programática, o que ficou demonstrado pela expressão *obrigatória*. Falta a ela apenas a sanção, sem o que caiu no vácuo<sup>66</sup>.

Quanto à segunda parte do artigo, é evidentemente programática. Contudo, essa norma já constava de Constituições anteriores, havendo o Decreto nº 3.200 regulamentado o tema, que deverá permanecer como mínimo, até a edição da norma regulamentadora.

Em outras Constituições, encontram-se cuidados semelhantes para com a proteção e assistência à infância, como, por exemplo, no art. 34, *quinquies* da Constituição Suíça, e o art. 8º da Constituição Alemã de 1949.

## 7. Constituição de 1969

Após a revolução (*sic*) de 1964, ainda se mantinha em vigor a Constituição de 1946, mas totalmente modificada pelas alterações e emendas que lhe foram impostas. Mediante, então, o Decreto nº 58.198, de 15 de abril de 1966, foi nomeada uma comissão, sob a presidência de Levi Carneiro, para elaborar o Anteprojeto de Constituição, que, elaborado, foi às mãos do Ministro da Justiça, Carlos Medeiro Silva, para sua redação final.

Foi uma Constituição elaborada “a toque de caixa”, pois o Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, convocou o Congresso para reunir-se extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, com o fim de discutir, votar e promulgar o Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.

Apesar de promulgada nova Constituição, esta não teve o condão de pôr termo ao processo revolucionário, que culminou com a determinação da vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e com a Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969.

Bastos, ao analisar essa questão, indaga se se trata de mera emenda ou uma nova Constituição; prefere ficar com a primeira opinião, “embora não se desconheça que a relevância da questão é muito pequena”<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>67</sup> BASTOS, op. cit., p. 86.

Caetano prefere denominá-la como Constituição de 1967-69, pois considera que a Constituição continuava a ser a de 1967<sup>68</sup>.

Todavia, para Jacques, se do ponto de vista formal houve emenda na Constituição de 1967, do ponto de vista substancial, a Junta Militar outorgou uma nova Constituição ao país<sup>69</sup>.

Coloco-me como partidário dos que consideram a Emenda nº 1 uma nova Constituição imposta ao País, pois que houve uma reestruturação do regime jurídico, rompendo com o anterior.

Ferreira Filho faz acentuar que as mudanças não alteraram o sistema, ou sua estruturação, considerando que, em alguns setores, as modificações foram de peso<sup>70</sup>.

A Constituição de 1969 foi a mais autoritária da história constitucional brasileira, pois, apesar de conter uma longa enumeração dos direitos individuais (art. 153), detinha poderes de supressão desses mesmos direitos.

Manteve a orientação que vinha sendo dada desde a Constituição de 1891, em seu art. 78, ao determinar que a Constituição, ao enumerar os direitos fundamentais, no seu § 36 do art. 153, não pretende ser exaustiva.

Mantendo-se filiada à orientação da “racionalização do poder”, marcada pela Constituição de 1934, trouxe uma enumeração dos direitos dos trabalhadores, que é meramente exemplificativa, tendo seu próprio texto – art. 165 – excluído totalmente a taxatividade.

Enquanto a Constituição de 1946 adotava a idade de quatorze anos como idade mínima para o trabalho, esta reduziu a idade mínima para doze anos.

Para Morais Filho:

“A mesma contraria, por um lado, a tendência do mundo moderno, no sentido de fazer subir a idade mínima para o ingresso do menor na população ativa. Igualmente, essa redução colidiria com convenções internacionais, ratificadas pelo Brasil, como a Convenção Internacional nº 5, de 1919, e a de nº 58, de 1936, que fixam a idade mínima de quatorze anos para os trabalhos marítimos”<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. v.1, p. 601.

<sup>69</sup> JACQUES. *A constituição explicada*, p. 5-6.

<sup>70</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*, p. 33.

<sup>71</sup> MORAIS FILHO, Evaristo de apud FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 679.

Já o art. 175 preserva lei especial para proteção à infância e à adolescência.

“As condições da família no mundo de hoje justificam a necessidade do estabelecimento em lei especial de medidas de assistência à maternidade, à infância e à adolescência”<sup>72</sup>.

Essa assistência, tida por obrigatória na Constituição de 1946, já se inseria no texto constitucional de 1967, tendo havido apenas o acréscimo da educação de excepcionais. Todavia, esse artigo da Constituição, como muitos outros, não foi regulamentado, ficando prejudicada, assim, sua aplicação.

## Bibliografia

AMAINO, Morgan Louis. *La Constitution des États Unis*. Paris : Marcel Rivière, 1947.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro : Renovar, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo : Saraiva, 1990.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*. Versión Española de Vicente Herrero. México : Fondo de Cultura Econômica, 1946.

BONAVIDES, Paulo. *A crise política brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1956. v. 1.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. 2. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1941.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal brasileira*. Rio de Janeiro : F. Briguet e Cia Editores, 1924.

CAVALCANTI, Themistócles Brandão. *A Constituição federal comentada*.

COELHO, Inocêncio Mártires. Aspectos positivos da Constituição de 1937. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 103-108.

CUNHA, Fernando Whitaker da. *Direito Político brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

DUARTE, José. *A Constituição brasileira de 1946*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947. v. 3.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 702.

- ESPÍNOLA, Eduardo. *A nova Constituição do Brasil: Direito Político e Constitucional Brasileiro*. São Paulo : Freitas Bastos, 1946.
- FALCÃO, Alcino Pinto, DIAS, José de Aguiar. *Constituição anotada*.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Princípios gerais de Direito Constitucional moderno*. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1983.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Repertório IOB de jurisprudência*, n. 15, p. 243-247, 1. quin. ago. 1989.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo : Saraiva, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1989.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição: direitos e garantias individuais e coletivas*. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1967.
- \_\_\_\_\_. *A Constituição explicada*. 3. ed. Rio Janeiro : Forense, 1970.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. *Curso de Derecho Politico*. 2. ed. rev. y aum. Madrid : Tecnos, 1989. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *La lucha por el estado de derecho*. Bolonia : Real Colégio de España, 1975.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1954.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 57/58, p. 233-256, jan./jul.1981.
- MELLO, José Luiz Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- MENDIZÁBAL OSES, Luís. *Derecho de menores: teoría general*. Madrid : Pirâmide, 1977.
- MIGUEL, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Atlas, 1989.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : H. Cahen, 1947. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968. v. 5 e 6.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, Bóris. *As novas tendências do Direito Constitucional*. Tradução de Cândido Mota Filho. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1933.
- \_\_\_\_\_. *Evolução constitucional européia*. Tradução de Maria Godói Bezerra. Rio de Janeiro : J. Konfino, 1957.
- PACHECO, Cláudio. *Novo tratado das constituições brasileiras*. São Paulo : Saraiva, 1990. v. 1.
- PORTO, Walter Costa (Org). *Constituições do Brasil*. Brasília : Instituto Tancredo Neves, 1987.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti de. *Direito Constitucional*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1978.
- SARASTE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1967.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. v.1 e 2.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo : Malheiros, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo : Saraiva, 1991.
- PENSAMENTO constitucional brasileiro. Brasília : Câmara dos Deputados, 1978.
- VALTICOS, Nicolas. *Droit International du Travail*. Publiés sous la direction de G. H. Camerlynck. Paris : Dalloz, 1970.
- VASCONCELOS, Roberto Pereira de. *A Constituição dos Estados Unidos do Brasil interpretada*. Rio de Janeiro : Editora Nacional de Direito, 1944.
- BRASIL. Constituição. *As Constituições do Brasil*. 6 v. 1986.
- BRASIL. Constituição. *Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988: Quadro Comparativo*. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1992.
- CONSTITUIÇÃO do Brasil e constituições estrangeiras. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987.
- CONSTITUIÇÕES estrangeiras. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1990-1991. 6 v.