

Da maioria penal - notas sobre a polêmica acerca da sua redução¹

Monique Carvalho Mousinho²

Resumo

Em razão do aumento da delinquência infanto-juvenil, nos últimos anos, as crianças e adolescentes passaram a ocupar o centro de um efervescente debate sobre a sua inimputabilidade penal. Como consequência desse debate, nos últimos anos, inúmeras propostas de emenda à Constituição Federal de 1988 relacionadas ao tema foram apresentadas ao Congresso Nacional, todas com a finalidade de reduzir a maioria penal. No entanto, a Constituição Federal em vigor erigiu os direitos individuais à condição de núcleo irredutível, o que suscita dúvidas acerca da constitucionalidade das referidas propostas de emenda à Constituição.

Palavras-chave: Imputabilidade pena. Redução da maioria. Cláusula pétrea. Impossibilidade de alteração.

Summary:

Due to the increase in juvenile delinquency in recent years, children and adolescents began to occupy the center of a thriving debate about its criminal incapacity. As a result of this debate in recent years, numerous proposals to amend the Federal Constitution of 1988 related to the subject were submitted to Congress, all with the aim of reducing the legal age. However, the Federal Constitution in force erected individual rights to the corelawless condition, which raises doubts about the constitutionality of such proposed amendment to the Constitution.

Keywords: Criminal responsibility. Reduction of age. Entrenchment clause. Not be altered.

Introdução

No ordenamento jurídico atual, a idade é fator decisivo para a imputabilidade penal, sendo considerado inimputável o menor de 18 anos. Por tal razão, a inimputabilidade penal de adolescentes infratores tem sido objeto de intensos questionamentos nos dias atuais, debatendo-se a possibilidade de sua redução.

Em consequência, atualmente, encontramos na sociedade brasileira a manifestação de grupos que defendem a redução da maioria penal, com o fundamento na necessidade de reduzir o envolvimento de jovens com a criminalidade, o que proporcionou, inclusive, a apresentação de diversas propostas de emenda à Constituição ao Congresso Nacional, todas com a finalidade de reduzir a maioria penal.

Por outro lado, temos grupos que se opõem à ideia, manifestando-se no sentido de que o envolvimento cada vez maior de jovens com a criminalidade, sobretudo com

¹ Tema abordado em sede de trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito de Valença.

² Bacharelado em Direito pela Fundação Dom André Arcoverde. *E-mail:* moniquemousinho@hotmail.com

a organizada, não guarda direta relação com sua inimputabilidade penal, mas sim, com a omissão da própria sociedade e do Estado brasileiros no sentido de proporcionar-lhes plenas condições de desenvolvimento de sua personalidade.

Portanto, em razão do grande número de propostas de emendas à Constituição sobre o tema, todas visando reduzir a maioria penal, o presente trabalho pretende discutir a constitucionalidade dessa alteração.

Imputabilidade penal

Podemos definir imputabilidade como sendo a aptidão do agente de compreender que determinado fato é ilícito e de agir em conformidade com esse entendimento. Dessa forma, para que o agente seja responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido, se faz necessário que seja imputável.

Na precisa lição de Rogério Greco, “A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar fato típico e ilícito ao agente”³, destacando ser a imputabilidade a regra, enquanto é inimputabilidade a exceção.

O Código Penal reservou título específico ao tema, trazendo expressamente as hipóteses de imputabilidade penal nos artigos 26 e 27⁴.

Para tanto, no caput do artigo 26, ao conjugar os critérios biológico e psicológico, o legislador adotou o critério biopsicológico para a aferição de inimputabilidade.

Quanto à inimputabilidade por imaturidade natural, prevista no artigo 27 do Código Penal, bem como assegurada pela Constituição Federal de 1988 no artigo 228, podemos dizer que nasce de uma presunção legal de que os menores de 18 anos ainda não alcançaram o discernimento necessário para entender o caráter ilícito do fato, o que justificaria a inimputabilidade, tornando clara a opção do legislador apenas pelo critério biológico.

Por fim, adotando idêntico critério aplicado aos casos de doença mental, o legislador isentou de pena também aquele que, em razão de caso fortuito ou força maior, encontrava-se em estado de embriaguez completa.

³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral – Vol. I*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 396.

⁴ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão.

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A maioria penal durante a história legislativa brasileira⁵

Inicialmente, devemos destacar que, quando do descobrimento do Brasil, aplicava-se a legislação de Portugal, vigorando, assim, as Ordenações Afonsinas, que em seguida foram substituídas pelas Ordenações Manoelinas.

Mais tarde, as Ordenações Filipinas passaram a regulamentar as leis criminais, sendo certo que se caracterizavam pelas penas severas, com pouca diferenciação entre crianças e adultos.

Em 1830, alguns anos após a Proclamação da Independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, elaborou-se, na vigência da Constituição Imperial de 1824, o primeiro Código Penal do Império, revogando as Ordenações Filipinas. O referido diploma era caracterizado por sua índole liberal, de influência europeia e previa a inimputabilidade dos menores de 14 anos, ressalvando-se a hipótese de discernimento do menor em relação à conduta criminosa.

Com a Proclamação da República, em 1889, período marcado por transformações sociais, foi instituído o Código Criminal de 1890, que se destacava pela ênfase dada ao menor, com tratamento diferenciado aos menores infratores e criação de estabelecimentos especiais para recolhimento destes. Neste período, os menores de 9 anos eram absolutamente inimputáveis, enquanto os maiores de 9 anos e menores de 14 anos tinham sua imputabilidade definida em razão do discernimento.

Nessa época, em razão do ideal republicano, a criança começou a ser alvo de discussões: de um lado acreditavam serem elas merecedoras de cuidados especiais e, de outro, se preocupavam em proteger a sociedade dos menores delinquentes.

A Lei nº 4.242, de 1921, alterou o Código Penal de 1890, fixando a idade de 14 anos como limite à inimputabilidade.

As discussões acerca do tema eram tão extensas que foram criados vários diplomas complementadores, bem como alteradores do Código Penal de 1890, merecendo destaque o Decreto nº 17.943-A, de 1927, que ficou conhecido como Código de Menores. Aqui, passou-se a mencionar os menores abandonados, os vadios e os mendigos, bem como foi criado o Juizado de Menores, buscando a reabilitação dos menores através da educação e não com penas severas, como no Império.

Em 1932, com a necessidade de reunir as leis existentes, foi aprovada a Consolidação das Leis Penais, através do Decreto nº 22.213. A inimputabilidade dos menores de 14 anos foi confirmada, adotando-se assim, o critério biológico. Porém, aos menores entre 14 e 18 anos, ainda se aplicava o critério biopsicológico, analisando-se o discernimento no momento da conduta.

Com a necessidade de aprimorar a Consolidação das Leis Penais de 1932, foi criado o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), que fixou a imputabilidade penal para os menores de 18 anos. Finalmente, o legislador deixava clara a intenção de acabar com a questão do discernimento do menor, analisando-se tão somente o critério biológico.

Vale salientar que, em 1963, Nelson Hungria elaborou anteprojeto do Código Penal que previa alteração em relação à inimputabilidade do menor, que passaria a ser considerado absolutamente inimputável quando menor de 16 anos

⁵ LOBO, Silvana Lourenço. *A idade no direito penal brasileiro da minoridade*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 41-52.

e relativamente imputável, entre 16 e 18 anos, conforme seu discernimento. Porém, tal projeto não foi levado a efeito até 1960, tendo influenciado apenas o Código Penal Militar. Após, tais modificações chegaram a ser implantadas, mas, em seguida, retornou-se à redação original do Código Penal de 1940, que previa a inimputabilidade dos menores de 18 anos.

O Código Penal de 1940, vigente até os dias atuais, passou por uma reforma em sua parte geral, através da Lei nº 7.209/84, prevalecendo a ideia de inimputabilidade aos menores de 18 anos, conforme redação do art. 27 deste diploma.

Por fim, em 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, reproduzindo, pela primeira vez em uma Constituição, o fator idade para determinar a imputabilidade penal, motivo de discussão do presente trabalho. Tal previsão encontra-se no art. 228 da Carta Magna⁶.

A formação psicológica do menor

Personalidade é a individualidade psicológica de uma pessoa que se manifesta em seu comportamento.⁷

A formação psicológica das crianças e adolescentes é papel decisivo para definir a sua personalidade no futuro. Por isso, nesse período de consolidação de sua personalidade, necessário se faz proporcionar-lhes acesso às necessidades fundamentais, incentivando o convívio social e sedimentando uma vida digna.

Como bem salientado pela psicóloga Fernanda Nogueira, ao tratar sobre a personalidade das crianças e adolescentes, “A qualidade das relações entre pais e filhos exerce uma influência determinante na formação psicológica destes”⁸.

No entanto, deve-se observar que não somente os pais ou responsáveis, mas também a família, a sociedade e o Estado possuem papel de suma importância no desenvolvimento desses pequenos cidadãos, como preceitua o artigo 227, da Carta Maior⁹.

Propostas de alteração da idade limite para a imputabilidade

Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal determinaram a imputabilidade aos maiores de 18 anos, em razão do critério biológico.

⁶ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

⁷ LAROUSSE, Koogan. *Dicionário Enciclopédico Ilustrado – Larousse*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2007, p. 788.

⁸ Disponível em: <http://www.psicobh.com.br/index.php/psicoterapia-infantil/a-formacao-da-personalidade-da-crianca/>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ocorre que com os índices de criminalidade e delinquência infanto-juvenil que não param de crescer, bem como o desespero da sociedade que acredita, equivocadamente, que a solução está em punir crianças e adolescentes da mesma forma que os adultos, surgiram várias propostas de emenda à Constituição com o objetivo de reduzir a maioria penal.

As primeiras iniciativas surgiram com fundamento na comparação entre o direito ao voto, concedido pela Carta Maior, aos maiores de 16 anos. No entanto, como é cediço, o direito ao voto aos maiores de 16 anos é apenas uma faculdade, enquanto a possível alteração para a imputabilidade penal geraria uma obrigação. Obviamente, tal comparação não poderia prosperar e as propostas nesse sentido foram arquivadas.

Outras propostas, no entanto, alcançaram maior repercussão em suas discussões, a saber, a PEC nº 18 de 1999, proposta pelo senador Romero Jucá, retirada de pauta a requerimento do próprio autor, estando arquivada, desde então; a de nº 20 de 1999, do senador Jose Roberto Arruda, desarquivada a requerimento do senador Demóstenes Torres; a PEC nº 3 de 2001, também de autoria de José Roberto Arruda, arquivada recentemente; PEC nº 26 de 2002, do senador Íris Rezende, arquivada; PEC de nº 90 de 2003, de autoria do senador Magno Malta, desarquivada recentemente a pedido deste; PEC nº 9 de 2004, do senador Papáleo Paes, arquivada; e por fim, PEC nº 26 de 2007, do senador Eduardo Azeredo, também arquivada.¹⁰

Algumas propostas, no entanto, se destacaram pelas alterações que pretendiam, vejamos. A PEC 18/99 prevê a alteração da seguinte maneira: “nos casos de crimes contra a vida ou o patrimônio cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, são penalmente inimputáveis apenas os menores de 16 anos, sujeitos às normas da legislação especial”. A PEC 03/01 prevê a redução para 16 anos a idade para imputabilidade penal. A PEC 26/02 estabelece que “os menores de 18 e maiores de 16 responderão pela prática de crime hediondo ou contra a vida, na forma da lei, que exigirá laudo técnico, elaborado por junta nomeada pelo juiz, para atestar se o agente, à época dos fatos, tinha capacidade de entender o caráter ilícito de seu ato”. Na PEC 90/03 a imputabilidade deveria recair sobre os maiores de 13 anos que tenham praticado crimes definidos como hediondos. E por fim, a PEC 09/04 pretendia a imputabilidade penal quando o menor apresentasse idade psicológica igual ou superior a 18 anos, considerando o critério biopsicológico¹¹.

Dessa forma, merecem destaque as propostas de emendas à Constituição de nº 20 de 1999, bem como a nº 90 de 2003, por terem sido desarquivadas recentemente, aguardando julgamento.

A constitucionalidade das propostas de alteração

Conforme restará demonstrado ao final do presente trabalho, as propostas de emendas à Constituição carecem de respaldo constitucional, não devendo prosperar. Para tanto, será feita uma análise mais aprofundada sobre o tema.

¹⁰ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

¹¹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/maioridade-penal-deve-voltar-ao-centro-dos-debates-no-senado-em-2009.aspx>. Acesso em 18 de setembro de 2011.

Poder constituinte

Para melhor compreensão do presente trabalho, necessário se faz realizar algumas considerações acerca da teoria do poder constituinte.

Segundo Canotilho¹²:

“(...) o poder constituinte se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir, ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política.”

Podemos afirmar, assim, que poder constituinte é aquele que se encarrega de estabelecer uma nova ordem jurídica com a criação de uma nova Constituição, suplantando a Constituição anterior. É o poder de inaugurar uma nova ordem constitucional. Logo, nenhuma norma incompatível poderá prevalecer.

Em relação à natureza jurídica do poder constituinte podemos citar duas correntes.

A posição amplamente majoritária, de cunho positivista, entende que trata-se de um poder de fato. Assim, dele podem emanar todas as normas constitucionais, que por sua vez, não estão sujeitas a limites e condições prévias, sendo a nova Constituição o marco zero do ordenamento jurídico.

A corrente minoritária, de cunho jusnaturalista, sustenta que o poder constituinte teria natureza de poder de direito, ou seja, seria limitado por um direito suprapositivo. Em outras palavras, haveria um direito natural acima do Estado que condicionaria a atuação do constituinte. Assim, seria limitado pelo direito natural que deveria ser observado quando da elaboração da nova Constituição.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único, ao prever que “todo poder emana do povo e em nome dele será exercido”, demonstra a opção do constituinte em determinar a titularidade do poder constituinte ao povo, adotando assim a Teoria da Soberania Popular.

Quanto ao exercício, podemos dizer que este pode se dar de maneira direta, indireta ou mista. O exercício direto se dá mediante golpe de Estado ou revolução, ou seja, é próprio de uma constituição ditatorial. O exercício indireto do poder constituinte, que se subdivide em etapas – ato de convocação de uma assembleia nacional constituinte; discussão do texto constitucional; elaboração da constituição; e posterior promulgação – sendo próprio das constituições democráticas, destacando-se a Constituição Federal de 1988. E, por fim, o exercício misto do poder constituinte, onde constituição outorgada é posteriormente submetida a um referendo popular.

Quanto à classificação, o Poder Constituinte se classifica em Poder Constituinte Originário, que se caracteriza por sua inicialidade, ao inaugurar uma ordem constitucional, revogando globalmente a anterior, por ser ilimitado, em razão de não dever obediência à ordem jurídica antecessora, bem como incondicionado, por não ter que se submeter a qualquer condição prévia; e poder constituinte derivado, sendo este subdividido em reformador (poder de reformar e emendar a Constituição) e decorrente (poder que os Estados-Membros possuem de elaborar a sua própria Constituição).

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 65.

Em razão da importância do estudo do poder constituinte derivado reformador para a presente exposição será destinado tópico específico ao tema.

Poder constituinte derivado reformador

O Poder constituinte derivado se caracteriza por ter sua existência submetida à vontade de um poder que lhe é anterior e, por isso, derivado, bem como por só poder atuar em observância dos limites e requisitos impostos pelo poder constituinte originário, portanto, limitado e condicionado.

Assim, é correto afirmar que, ao contrário do poder constituinte originário, o poder constituinte derivado se encontra limitado pelo texto constitucional federal.

Necessário se faz mencionar, ainda, as formas de manifestação do poder constituinte derivado reformador, a saber: de maneira formal, através de reforma, compreendida a emenda e a revisão, bem como, de maneira informal, através da mutação constitucional.

No entanto, considerando a impossibilidade de nova revisão da Carta Constitucional de 1988, atualmente, temos a manifestação do poder constituinte derivado, principalmente, através das emendas à Constituição.

Emendas constitucionais e seus limites

Como é cediço, a Constituição Brasileira de 1988 é, no que toca à possibilidade da revisão de seu texto, considerada uma Constituição rígida. Com isso, queremos dizer que, para a alteração de seu texto, o constituinte originário estabeleceu procedimento mais complexo e dificultoso do que para elaboração da legislação infraconstitucional.

Tal procedimento é previsto no artigo 60 da Carta de 1988¹³ que traz as limitações ao poder de reforma. Três são as espécies de limitações previstas pelo constituinte, são elas: circunstanciais, formais e materiais.

Limites circunstanciais

Inicialmente, o § 2º do artigo 60 da Constituição Federal de 1988 estabelece que esta não poderá sofrer emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Tais limitações são explicadas em virtude de anormalidade institucional experimentada nessas hipóteses.

¹³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º – A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º – A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º – A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º – A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Vale salientar, ainda, que segundo alguns doutrinadores, dentre eles, Luís Roberto Barroso, a Constituição Brasileira, traz também outro limite, este de ordem temporal¹⁴. Tal limite estaria previsto no artigo 60, § 5º, da Lei Magna, que institui que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

O mesmo doutrinador indica que outras limitações existem no texto constitucional, no que toca aos efeitos temporais das emendas, a exemplo da previsão do artigo 16 da Constituição Federal, indicando a impossibilidade de uma emenda constitucional que altere o processo eleitoral ser aplicada às eleições que ocorram até um ano da data de sua entrada em vigor¹⁵. Ainda à guisa de exemplo, é possível indicar a regra da anterioridade nonagesimal, prevista no artigo 150, inciso III, alínea c, da Carta Magna¹⁶.

Limites formais

Como acima explicitado, a Constituição de 1988, seguindo a linha da maioria das constituições vigentes, é dotada de rigidez. Desta rigidez resulta um procedimento específico para alteração de seu texto. Este procedimento se consubstancia no *caput* e suas alíneas, bem como nos parágrafos 2º e 3º do artigo 60 do texto constitucional.

Novamente, conforme a precisa lição de Luís Roberto Barroso, vislumbramos que a excessiva rigidez pode levar a duas situações imprevistas e indesejáveis, quais sejam, alteração do texto por meio sub-reptícios ou a não alteração do texto mesmo diante de urgente necessidade.¹⁷

Sob este aspecto, após a entrada em vigor da atual Constituição Federal, a experiência constitucional brasileira demonstrou que, apesar do formalismo exigido, tivemos um grande número de reformas em seu texto, pois, até o momento, foram promulgadas 67 emendas, além de seis emendas de revisão.

Os requisitos formais para aprovação de emendas constitucionais são de três ordens:

– Artigo 60, *caput* e alíneas ‘iniciativa: o texto constitucional somente poderá ser emendado por iniciativa de 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, sendo certo que cada uma delas deverá manifestar-se pela maioria relativa dos seus membros.

– Artigo 60, parágrafo 2º – quórum para aprovação: a proposta de emenda constitucional, para a sua aprovação, deverá contar com, no mínimo, 3/5 dos votos de cada Casa do Congresso Nacional;”

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150.

¹⁶ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III – cobrar tributos:

c) antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

– Artigo 60, parágrafo 2º – procedimento: a proposta deverá ser discutida e votada em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional.

Limites materiais

Inicialmente, faz-se necessária a transcrição da precisa lição de Luís Roberto Barroso¹⁸:

“(…) as constituições não podem esperar à perenidade de seu texto. Se não tiverem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais, sucumbirão ao tempo. Por essa razão, comportam mecanismos de mudança formal e informal, pressupostos de sua continuidade histórica. Nada obstante, para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e valores fundamentais que justificaram a sua criação.”

Para preservar essa identidade original, o constituinte de 1988 instituiu limites materiais. Tais limites estão previstos no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988. São eles: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais.

Estes limites são denominados cláusulas pétreas, que abrangem as matérias que não podem ser restringidas pelo obra do poder constituinte derivado reformador.

Além dos limites expressos, acima referidos, podemos também identificar limites materiais implícitos, embora o reconhecimento destes não seja objeto de consenso doutrinário¹⁹. A existência de tais limites tem por fundamento também a proteção da identidade da Constituição, já que não existem dúvidas de que a identidade da Constituição de 1988 não está consubstanciada somente no artigo 60, § 4º da Carta Magna.

Podemos citar como exemplos, mais um vez, com esteio nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso²⁰, bem como de Paulo Gustavo Gonet Branco²¹, os direitos fundamentais, ainda que não se encontrem previstos expressamente no artigo 5º da Constituição Federal. Neste, a controvérsia desses limites é ainda menor, haja vista a expressa previsão do § 2º do artigo 5º da Carta Magna, que aqui pedimos licença para transcrevê-lo:

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165, nota 79.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 165-167.

²¹ In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Tendo em vista que a titularidade do poder constituinte originário recai sobre o povo, temos a democracia como o pressuposto para a sua materialização. Trata-se, portanto, do regime de governos que fora adotado pelo legislador constituinte originário e que constitui parte da identidade da Constituição, conforme previsto no artigo 1º, § único, da Constituição Federal.²²

A titularidade do poder constituinte derivado reformador, por sua vez, é indelegável, pois, é da sua essência a subordinação ao poder constituinte originário. Não havendo expressa manifestação diversa da própria Constituição Federal, devemos pressupor que o poder constituinte derivado reformador somente haverá de ser exercido pelo Congresso Nacional, observando as formalidades impostas pelo poder constituinte originário. Trata-se de um silêncio eloquente.

Por fim, o próprio procedimento de elaboração das emendas constitucionais (normais ou de revisão) não pode ser alterado, pois, também como objeto de delegação, não cabe ao próprio poder delegatório alterar as condições da delegação.

Para nós, interessa, de forma particular, o estudo do alcance da cláusula pétreia prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, transcrita em passagem anterior.

Necessária se faz a apresentação da controvérsia existente sobre a abrangência da cláusula em comento. A questão cinge-se em saber se os direitos abrangidos pela cláusula são apenas os previstos no artigo 5º da Constituição ou se outros direitos fundamentais, previstos fora desse catálogo seriam abrangidos.

Sobre essa questão já houve manifestação expressa do Supremo Tribunal Federal conforme decisão prolatada em sede da ADIn 939/DF²³, quando foi decidido que as limitações ao poder de tributar previstas no artigo 150 da Constituição “portanto, fora do catálogo do artigo 5º - também estariam insertas na cláusula de intangibilidade prevista no artigo 60, §4º, inciso IV, da Lei Magna.”

Merece atenção a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “(...) todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o título II) são, na verdade e, em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva”.²⁴

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²³ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

Como se sabe, todos os atos normativos devem ser compatíveis com o ordenamento constitucional, sob pena de sofrerem controle de constitucionalidade. Admite-se como parâmetro para essa constitucionalidade, não somente as normas escritas da Constituição, mas a ordem constitucional global, abrangendo princípios e valores não expressos no texto constitucional, desde que diretamente relacionados ao texto constitucional. Esse fenômeno se caracteriza pela expansão do bloco de constitucionalidade, alargando-o a princípios que informam o ordenamento constitucional²⁵.

Ainda nesse contexto, merecem destaque os tratados internacionais que versam sobre direitos das crianças, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, bem como a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, que compõem o bloco de constitucionalidade dos direitos fundamentais e devem servir como parâmetro para edição das emendas à Constituição.

Cláusulas pétreas e núcleo essencial dos direitos fundamentais

Como se sabe, as cláusulas pétreas possuem a função precípua de assegurar a manutenção de elementos essenciais da nossa Constituição, impedindo a retirada de elementos identificadores desta²⁶.

Muito se discute, no entanto, acerca da imutabilidade da Constituição, que não poderia se adequar à cambiante realidade social, podendo acarretar o rompimento da ordem constitucional. Acerca deste questionamento, Ingo Wolfgang Sarlet explica que a abolição das hipóteses previstas no artigo 60 da Constituição Federal poderia, do mesmo jeito, acarretar a destruição da ordem constitucional, por serem valores basilares do Estado Social e Democrático de Direito²⁷.

Dessa forma, podemos dizer que a possibilidade de reforma das cláusulas pétreas causaria uma constante insegurança jurídica, na medida em que se tornaria possível a total aniquilação de preceitos que identificam a nossa Constituição, concedendo ao poder constituinte reformador poderes que somente são inerentes ao poder constituinte originário.

No âmbito do presente trabalho, podemos dizer que a ideia da previsão contida no artigo 60, § 4, inciso IV, da Carta Magna é proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual, por sua vez, tende a proteger o conteúdo mínimo desses direitos, a fim de assegurar sua eficácia, não podendo ser esvaziados de tal maneira que percam sua identidade.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 920.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 426.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 427.

A idade de 18 anos como núcleo essencial da norma contida do artigo 228, da Constituição Federal de 1988.

Como exposto (capítulo 3, *supra*), a questão da maioridade penal foi alvo de constantes questionamentos ao longo da história legislativa brasileira, sendo certo que tais questionamentos giravam em torno da proteção da sociedade desses menores infratores e, por outro lado, da ausência de atenção especial a eles por se encontrarem em fase de formação psicológica.

É certo que o constituinte de 1988, influenciado por debates internacionais – como, por exemplo, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 21/11/1989 –, optou pela proteção da infância e juventude, quando então passou a priorizar a garantia e o efetivo exercício de direitos das crianças e adolescentes em razão da sua fragilidade perante a sociedade, afastando-se, definitivamente, a intenção repressora da sociedade de antes.

Podemos dizer, assim, que a intenção do legislador foi repelir de vez aquele antigo Estado repressor, que via na delinquência infanto-juvenil apenas as suas consequências, não hesitando em igualar os menores aos adultos, aplicando-lhes as mesmas punições. Passou o legislador a identificar os problemas da delinquência infanto-juvenil nas péssimas condições de sobrevivência e educação ofertadas à juventude, buscando-se a aplicação dos princípios de um novo Estado Democrático de Direito, prestes a surgir.

Merece destaque também o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – que surge para regular os direitos e garantias desses menores, sendo certo, que, no âmbito dos atos infracionais, estabelece procedimento para apuração das referidas infrações, prevendo medidas socioeducativas ao menor, devendo a internação ser aplicada em última hipótese.

O objetivo de proteger a juventude, no entanto, já havia se mostrado presente em outros diplomas, como os tratados e convenções internacionais citados anteriormente, os quais, diante da necessidade de proporcionar proteção especial às crianças e adolescentes, destinavam-lhes direitos e garantias.

Assim, torna-se evidente a ideia da Constituição de 1988 no sentido de assegurar vida digna às crianças e adolescentes, que são seres em fase de formação e necessitam de especial proteção, fixando a idade de 18 anos como limite para imputabilidade penal, o que a fez considerar o critério biológico.

Ressalta-se que foi com a ideia de alcançar o desenvolvimento individual, social e saudável da infância, considerando ser este um período essencial da formação do caráter e da personalidade, que o constituinte de 1988 fixou a idade estabelecida no artigo 228.

Contudo, apesar de expressa previsão do constituinte de 1988 que, por opção política, erigiu a idade de 18 anos como limite à imputabilidade, atualmente, existem defensores da tese de redução da maioridade penal, que fundamentam a redução no discernimento de menores de dezoito anos, que estariam habilitados a identificar o caráter ilícito do fato.

Entretanto, devemos observar que todos os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 são dotados de um núcleo essencial. No caso do art. 288, CRFB, trata-se de um direito de índole individual que torna penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, independentemente de seu discernimento.

Conclusão

Atualmente, talvez em razão de insistente clamor social, os menores passaram a ser alvo de intensas discussões acerca de sua inimputabilidade penal. Boa parte da sociedade acredita que essas crianças e adolescentes representam maior perigo à coletividade, com a falsa noção de que eles não recebem punição alguma por seus atos.

Ora, como se sabe, esses cidadãos são seres em desenvolvimento, e a sua delinquência se justifica exatamente pela má formação de sua personalidade, tendo isso ocorrido, obviamente, por omissão da família, da sociedade e do Estado.

Infelizmente, a realidade social em que vivemos, impede, não raro, o regular desenvolvimento dessas crianças e adolescentes, que acabam por desenvolver distúrbios em sua personalidade, sem que para isso tenham colaborado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n° 8.069/90, prevê medidas dotadas de caráter ressocializador a esses cidadãos em peculiar fase de desenvolvimento, sendo certo que tais medidas se mostram suficientes para sua punição.

Ainda nesse sentido, as várias propostas de emendas à Constituição, que visam à redução da maioridade penal consideram apenas o critério biopsicológico. Ora, como se sabe, até mesmo as crianças tem discernimento necessário para saber o que é errado e que o é certo, porém, não possuem condições de determinar-se nesse sentido e o mesmo ocorre com os adolescentes infratores, que, por se encontrarem em fase de formação psicológica, não apresentam a necessária capacidade de prever as reais consequências de seus atos.

Daí a opção da Constituição de 1988 pelo critério biológico conjugado, obviamente, com os pilares da nova ordem constitucional, com ênfase à dignidade da pessoa humana.

Ademais, podemos dizer que a idade de 18 anos como limite à imputabilidade penal foi erigida, pela Constituição Federal de 1988, a direito individual. Dessa forma, concluímos que a previsão contida no artigo 228 da Carta Maior assegura a existência de um direito fundamental do menor e, portanto, faz-se necessária algumas considerações sobre o tema.

Os direitos fundamentais formam o núcleo da Constituição Federal de 1988, estando intimamente ligados a ideia do Estado Democrático de Direito, bem como a dignidade da pessoa humana. São direitos que visam assegurar liberdades individuais, garantindo valores básicos aos indivíduos.

Pela primeira vez, na história das Constituições Brasileiras, os direitos fundamentais ganharam maior relevo, o que podemos perceber pelo disposto no já citado § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal.

Vale reafirma, ainda, que os direitos fundamentais, apesar de possuírem espaço específico na Carta Maior (título II), encontram-se espalhados por toda a Constituição, bem como fora dela, como nos casos de direitos reconhecidamente fundamentais (artigo 5º, § 3º, Constituição Federal de 1988²⁸).

Considerando que a dignidade da pessoa humana é base da vigente Carta Constitucional, podemos dizer que os direitos fundamentais possuem, assim, direta subordinação com esse princípio, de modo que esse para a ser reconhecido e necessita atender à dignidade da pessoa humana.

Por fim, frise-se, que atualmente há o reconhecimento de dimensões dos direitos fundamentais que encontram-se estruturados da seguinte maneira: na primeira geração, os direitos individuais e políticos; na segunda geração, os direitos sociais, econômicos e culturais; na terceira geração, os direitos coletivos e difusos; e na quarta geração, os direito à democracia e ao desenvolvimento.

Por todo exposto, podemos afirmar que o artigo 228, CRFB, consagra a idade de 18 anos como núcleo essencial do direito à liberdade, garantindo às crianças e aos adolescentes a inimizabilidade penal, independentemente de seu discernimento, sendo certo que, por tratar-se de direito fundamental, mas especificamente, direito individual, goza de proteção especial, prevista no já citado artigo 60, § 4º, IV, da Lei Magna e, portanto, insuscetível de alteração por expressa vedação do referido artigo.

Por outro lado, o limite estabelecido possui a intenção também de atender o disposto no artigo 227 da Lei Maior, que impõe a todos o dever de assegurar, prioritariamente, as crianças e adolescentes, direitos e garantias individuais.

Frise-se, ainda, que a constitucionalidade das normas deve ser considerada a partir de um vasto conjunto de normas escritas na Constituição, bem como de valores e princípios que a norteiam – o que podemos chamar de expansão do bloco de constitucionalidade –, motivo pelo qual todas as propostas de emendas à Constituição devem se mostrar compatíveis com esse “bloco”.

Dessa forma, se o poder constituinte originário, quando da elaboração da Constituição de 1988, fez a opção por essa idade como demarcação para imputabilidade penal, não cabe ao poder reformador, alterá-lo, sob pena de retirar do preceito contido no artigo 228 seu núcleo essencial, esvaziando a norma, o que não se admite.

Referências bibliográficas

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal – Parte Geral – Vol. I*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- LAROUSSE, Koogan. *Dicionário Enciclopédico Ilustrado – Larousse*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2007.
- LOBO, Silvana Lourenço. *A idade no direito penal brasileiro da menoridade*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. *Maioridade penal e a polêmica acerca de sua redução*. 1. ed. Belo Horizonte: Ius Editora, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

