



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

MONOGRAFIA JURÍDICA

**A IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE
ALTERAÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: ANÁLISE DO
ART. 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À LUZ
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

DANIEL MAIA

**Fortaleza - Ceará
2007**



DANIEL MAIA

**A IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE
ALTERAÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: ANÁLISE DO
ART. 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À LUZ
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada à banca examinadora adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Ceará - UFC, em conformidade com as normas do MEC.

**Fortaleza - Ceará
2007**



TERMO DE APROVAÇÃO

A IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE ALTERAÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: ANÁLISE DO ART. 228 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este estudo Monográfico foi apresentado no dia 12 de julho de 2007 à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do Título de Bacharel em Direito, tendo sido aprovado pela Banca Examinadora composta pelos professores:

JOSÉ CÂNDIDO LUSTOSA BITTENCOURT DE ALBUQUERQUE.

Prof. de Direito Penal e Orientador da UNIVERSIDADE FEDERAL do CEARÁ.

SÉRGIO BRUNO ARAÚJO REBOUÇAS.

Prof. de Direito Penal da UNIVERSIDADE FEDERAL do CEARÁ.

JORGE HÉLIO CHAVES DE OLIVEIRA.

Prof. de Direito Constitucional da UNIVERSIDADE DE FORTALEZA

***“O Senhor é meu pastor e nada me faltará;
Ainda que eu caminhe por um vale escuro
como a própria morte, não temerei, porque
Tu estás comigo;”***
(SALMO de Davi 22-23).

A Deus e ao nosso Senhor Jesus Cristo, por me proporcionarem e me guiarem até este momento.

À minha família, por dar-me a tranquilidade necessária à elaboração deste trabalho.

Aos meus amigos e colegas de trabalho por me proporcionarem um ambiente de conversas que diariamente me engrandecem.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador deste trabalho monográfico e maior referencial jurídico e pessoal que possuo, Professor Cândido Albuquerque, pela oportunidade que diariamente me proporciona de aprender e me espelhar em sua conduta exemplar na advocacia e na vida pessoal.

Ao meu amigo, o brilhante Professor Sérgio Rebouças, por me incentivar e auxiliar na elaboração deste trabalho.

Ao Mestre, e, para o meu orgulho, também amigo, Professor Jorge Hélio, por acreditar neste projeto e por me incentivar, de forma empolgante, a defender este tema.

Ao meu amigo-irmão, Professor Danilo Ferraz, pelas conversas, ensinamentos e palavras de estímulo nos momentos de dificuldade.

Aos meus queridos e absolutamente especiais amigos Ronald Frota, Danielle Souza, Larissa Capibaribe, Raphael Chaves e Diogo Musy, pelas discussões e idéias que deram origem a escolha deste tema.

Ao amigo João de Sousa Frota Neto (Jothe), pelos inúmeros e essenciais auxílios bibliográficos, bem como pela confiança que sempre depositou no sucesso deste trabalho.

À meiga e gentil Michelle Vanine de Souza Ferreira, por aceitar auxiliar a banca examinadora.

À minha irmã, maior orgulho e razão da minha vida, Aldira Raquel, pelo apoio que me dispensou na jornada de elaboração deste projeto.

Ao meu falecido avô, José Nogueira Maia, pelo homem que sou hoje.

À minha incomparável mãe, Lúcia de Fátima, simplesmente por tudo.

RESUMO

A redução da maioridade penal é tema em voga no atual momento de crise na segurança pública que a sociedade está vivenciando. A crescente violência, praticada em muitos casos por pessoas menores de idade, tem levado muitos a defenderem a redução da maioridade penal, como forma de reprimir a violência e a criminalidade causadas pelos adolescentes. Entretanto, antes de se discutir se a aludida redução da maioridade penal seria uma medida realmente eficaz no combate à criminalidade juvenil, é preciso que se faça uma análise da questão especificamente jurídica, ou seja, da possível inconstitucionalidade que macularia qualquer alteração no artigo 228 da Constituição Federal, uma vez que o mesmo traz um direito individual fundamental, sendo então uma cláusula de natureza pétrea, não podendo, portanto, ser alterada nem mesmo por emenda constitucional. Diante disso, o presente trabalho monográfico visa se deter à questão jurídica, ou seja, a análise da natureza do já citado direito constitucional, não tendo como objeto o estudo sobre os benefícios ou malefícios trazidos pela redução da maioridade penal no Brasil, nem tampouco um posicionamento sobre essa questão. Em suma, o que se busca nesse trabalho é a definição da questão jurídica que deve, necessariamente, anteceder a discussão sobre a redução ou não da maioridade penal, mostrando que qualquer alteração que finde na restrição de um direito individual fundamental será impossível, visto que estaria eivada da mais completa inconstitucionalidade.

Palavras-chaves: Maioridade penal. Cláusula pétrea. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The reduction of the criminal majority is subject in vogue at the current moment of crisis in the public security that the society is living deeply. The increasing violence, practiced in many cases for minor people, has taken many to defend the reduction of the criminal majority, as form to restrain the violence and crime caused by the adolescents. However, before arguing if the alluded reduction of the criminal majority youthful crime would be a really efficient measure in the combat , is demanded to make an analysis of the question, specifically, legal, that is, of the possible unconstitutionality that would stain any alteration in the article 228 of the Federal Constitution, since the same brings a basic individual guarantee, being, then, a clause of nature of stony clause, not being able, therefore, to be modified not even by constitutional emendation. Ahead of this, the present monographic work, is only lingered in this legal question, that is, the analysis of the nature of the already cited constitutional article, not having as object the study on the benefits or curses brought for the reduction of the criminal majority in Brazil, and not even a positioning on this question. In short, what this work searches is the definition of the legal question that must, necessarily, precede the quarrel on the reduction or not of the criminal majority, showing that any alteration that ends in the restriction of a basic individual right, will be impossible, rank that will be contaminated of most complete unconstitutionality.

Key-words: Criminal majority; Stony clause; Unconstitutionality.

RESUMEN

La reducción de la mayoría criminal es tema em cuestión en el momento actual de la crisis en la seguridad pública que está viviendo la sociedad. La violencia de aumento, practicada en muchos casos para la gente de menor importancia, ha tomado muchos para defender la reducción de la mayoría criminal, como forma para refrenar la violencia y el crimen causados por los jovens. Sin embargo, antes de la discusión de si la reducción referida del crimen joven de la mayoría criminal fuera una medida realmente eficiente en el combate, es exigida hacer un análisis de la pregunta, específicamente, legal, es decir, del inconstitucionalidad posible que mancharía cualquier alteración en el artículo 228 de la constitución federal, una época que igual trae a garantía individual básica, siendo, entonces, una cláusula de la naturaleza de la cláusula pedregosa, no siendo, por lo tanto, posible una alteración por el emendation constitucional. Delante de esto, el actual trabajo monográfico, tiene como objetivo se retener solamente en esta pregunta legal, es decir, el análisis de la naturaleza del artículo constitucional ya citado, no teniendo como objeto el estudio en las ventajas o las maldiciones trajo por la reducción de la mayoría criminal en el Brasil, ni tan poco una colocación en esta pregunta. En fin, lo que se busca en este trabajo es la definición de la cuestión legal que debe, necesariamente, preceder la pelea en la reducción o de la mayoría criminal, demostrando que cualquier alteración que acaba en la restricción de una derecha individual básica, será imposible, una época que estará contaminado de la inconstitucionalidad.

Palabras-chaves: Mayoría criminal; Cláusula pedregosa; Inconstitucionalidad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
01. ELEMENTOS QUE CARACTERIZAM OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.....	15
02. A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
03. OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, ALÉM DOS PREVISTOS NO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	22
04. O ARTIGO 228 DA CARTA MAGNA.....	25
05. A DEFINIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AO LONGO DO TEMPO.....	31
06. OS LIMITES E HIPÓTESES POSSÍVEIS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL POR EMENDAS.....	35
07. A IMPOSSIBILIDADE DE SEREM ALTERAR AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, MESMO QUE POR EMENDA CONSTITUCIONAL	46
7.1. Os direitos e garantias individuais podem somente serem ampliados.....	49
7.2. A possibilidade de relativização de direitos fundamentais.....	52
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A redução dos limites da maioria penal é tema que vem ocupando grande destaque na atualidade, gerando debates nos mais diversos âmbitos da sociedade brasileira, em face do aumento da delinqüência infanto-juvenil, o que, tendo em vista casos recentes de particular gravidade, estimulou o ressurgimento de propostas nesse sentido, inspiradas notadamente na legislação dos países centrais.

O presente trabalho monográfico destina-se a oferecer uma apreciação puramente técnico-jurídica a respeito do assunto, desvinculada, portanto, dos preconceitos e emoções que freqüentemente permeiam o debate acerca do tema.

Nesse diapasão, independentemente da conveniência ou não da referida alteração, o que importa analisar, antes de tudo, é a possibilidade jurídica de que, através de emenda constitucional, se empreenda modificação do artigo 228 da Constituição, para reduzir o limite mínimo da idade penal.

Destarte, deixa-se absolutamente claro que não se pretende aqui discutir outros aspectos da possibilidade de alteração da maioria penal no Brasil, senão os aspectos meramente jurídicos, especialmente os constitucionais.

Com a presente exposição, não se almeja, de forma alguma, se levantar a bandeira de defesa, nem tampouco a contrária à alteração da idade mínima para se imputar ao cidadão brasileiro as penas provenientes da responsabilidade penal.

É óbvio que a questão que está em voga atualmente no país, ou seja, a possibilidade de se reduzir a maioria penal de 18 (dezoito) anos para 16 (dezesseis) ou quiçá 15 (quinze) anos, deve ser analisada por diversas ciências, em um trabalho conjunto, no qual se possa levar em conta, além de aspectos puramente jurídicos,

aspectos sociais, educacionais, de política criminal e penitenciária, não comportando no trabalho em tela tamanha discussão.

Repise-se, para que não haja dúvida quanto o objeto visado nesse estudo monográfico, que a preocupação maior, para não afirmarmos única, se traduz na seguinte questão: é possível se alterar a maioria penal no Brasil, uma vez que na Constituição Federal de 1998 o Constituinte Originário fixou de forma expressa no artigo 228, o mínimo cronológico a ser respeitado quanto à imputabilidade penal? Defender-se-á aqui que não, sendo, na realidade, esta a tese que será apresentada adiante.

Sustentar-se-á nesse trabalho de final de graduação que o artigo 228 da Constituição Federal de 1998 é uma das cláusulas pétreas que o Constituinte Originário desejou que fosse inalterável, exatamente por se tratar de uma disposição que traz uma garantia individual, e, portanto, um direito fundamental.

Tem-se em vista, aqui, o regime especial aplicável aos direitos e garantias individuais, em face do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna, que estabelece a impossibilidade de proposta de emenda tendente a abolir ou restringir direitos e garantias previstos no texto constitucional.

Dessa forma, sendo o artigo 228 da Carta Maior brasileira uma cláusula pétrea, resta impossível que referido artigo seja alterado, até mesmo por emenda constitucional, pois não cabe, no atual regime constitucional em que o Brasil está inserido, a alteração constitucional de cláusulas que tenham sido criadas pelo Poder Constituinte Originário para serem imutáveis.

Segundo a tese aqui defendida, para que pudesse ser alterada a maioria penal no Brasil, ter-se-ia que ser criada uma nova Constituição, pois, do contrário, a Constituição atual perderia sua validade, podendo ser alterada em qualquer ponto, através de simples emendas, perdendo-se, assim, a estabilidade e segurança jurídica necessárias à existência do Estado Democrático de Direito, instalando-se, por conseguinte, a absoluta insegurança jurídica.

Nesse diapasão, apegando-se aos aspectos unicamente jurídicos, pode-se afirmar que a redução da idade penal no Brasil é impossível, tendo em vista o atual regime Constitucional pátrio.

Por outro lado, vale ressaltar que o Brasil ratificou a Convenção da ONU de 1989, que define como crianças e adolescentes todas as pessoas com menos de 18 (dezoito) anos de idade, devendo receber tratamento especial e totalmente diferenciado dos adultos, principalmente nos casos de envolvimento criminal. Sendo assim, e também por esse prisma, não podem jamais ser submetidos ao mesmo tratamento penal imposto aos adultos.

Após essas breves linhas introdutórias, adentraremos agora, com muito mais profundidade, na discussão e no objetivo do presente trabalho.

01. ELEMENTOS QUE CARACTERIZAM OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Os direitos e garantias fundamentais, pelo seu conteúdo e significado histórico, sobrepõem-se em importância aos demais direitos, pelo que formam o objeto de um regime especial, caracterizado por, dentre outros fatores, a aplicabilidade imediata e a impossibilidade de restrição, mesmo que por emenda constitucional

Na realidade, para que possamos classificar um direito como individual, não devemos nos ater tão somente à sua topografia, mas, principalmente, às suas características intrínsecas.

Como sempre destacado pela maioria dos autores constitucionalistas, a principal característica dos direitos individuais, em especial os classificados de primeira geração, é o fato de eles serem exercidos em face do Estado, caracterizando-se por serem verdadeiras liberdades negativas.

Ademais, o direito constitucional brasileiro de vanguarda vem inserindo, no elenco das cláusulas pétreas, não só os direitos individuais, mas todos os direitos fundamentais, que englobariam os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, dentre outros mais, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente, disposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

A expressão da fundamentalidade material existente em um direito decorre de sua sobreposição direta em relação à pessoa humana, protegendo, resguardando e valorizando a sua dignidade; além, é claro, de findar na idéia de em um plano posterior representar um direito reflexo ao sentimento jurídico coletivo.

É certo, e absolutamente inquestionável, que o princípio da dignidade humana sempre está no centro, ou vinculado, à existência de um direito fundamental, mesmo que esteja fora do rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ou inserido, de forma não escrita, através de seus princípios e axiomas afixados pelo legislador constituinte originário.

Defende-se a idéia de que todos os direitos fundamentais materiais exteriorizam-se pela dignidade da pessoa humana – ainda que de forma não exclusiva –, tornando-se indissociáveis da mesma, sendo o princípio da dignidade humana o que possibilita a plena e completa fundamentação a todos os direitos fundamentais.

Sob o prisma individual do cidadão menor de 18 (dezoito) anos, trata-se de garantia asseguradora, em última análise, do direito de liberdade. É, em verdade, uma explicitação do alcance que tem esse direito em relação aos menores de 18 (dezoito) anos. Essa garantia exerce uma típica função de defesa contra o Estado, que fica proibido de proceder à persecução penal, pelo menos da mesma forma que poderia impor aos adultos. Não se nega, portanto, que deve ser considerada uma garantia individual, com caráter de fundamentabilidade, pois diretamente ligada ao exercício do direito de liberdade de todo cidadão menor de 18 (dezoito) anos.

Ademais, ressalte-se que a atual Constituição Federal prevê que ao menor deve ser dado tratamento prioritário, não se podendo negar que a liberdade sempre está vinculada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, especialmente em relação às crianças e adolescentes, em face da peculiar condição de seres humanos em desenvolvimento que merecem essa política de proteção e prioridade, para que possam se desenvolver completamente.

Como o Constituinte originário optou por critérios meramente políticos, pela limitação do início da imputabilidade penal aos 18 (dezoito) anos, de forma expressa no artigo 228 da Constituição Federal, estabelecendo um maior grau de liberdade perante o Estado até aludida idade, e fazê-lo de forma livre e soberana, não cabe ao Poder Derivado-Reformador a possibilidade de restringir essa garantia, pois afetaria

diretamente o núcleo essencial do direito de liberdade, no que diz respeito ao cidadão com idade inferior ao limite consignado na Carta Maior de 1988.

Sendo assim, resta-nos inequívoco que o artigo 228 da Constituição Federal traz sim uma garantia individual fundamental, com todas as suas características, notadamente a proteção em face do Estado, garantindo-se, assim, ao indivíduo menor de 18 (dezoito) anos a sua plena liberdade.

02. A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são comumente classificados em gerações, exatamente pelo momento histórico em que surgem e são reconhecidos. Todavia, ressalte-se, desde já, que o fato de surgir uma geração de direitos fundamentais não implica a supressão dos direitos trazidos pelas gerações anteriores. Muito pelo contrário, tem-se, na verdade, com o surgimento de uma nova geração de direitos fundamentais, um acréscimo de novos direitos, que surgem servindo até mesmo de pressupostos de aplicação dos direitos da geração anterior. Daí ser defendida, pelo Professor Paulo Bonavides, a idéia da substituição do termo “geração” pelo vocábulo “dimensão”. Sobre o tema, leciona o Constitucionalista:

“Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para qual, como no provérbio chinês da muralha, a humanidade parece caminha a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem - sem, todavia, removê-la - a geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentos em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico. Daqui, se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos de segunda, terceira e quarta geração não se interpretam, mas sim, concretizam-se. E é no seio dessa

materialização, dessa solidificação, que se encontra o futuro da globalização política, o início de sua legitimidade e a força que funde os seus valores de libertação.”¹

Os direitos de primeira geração, que são os que mais interessam para o presente trabalho monográfico, são compostos dos direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado, servindo basicamente para limitar a atuação do Estado no que tange às liberdades individuais, sendo seu surgimento uma resposta do Estado liberal ao Estado absolutista. A afirmação desses direitos se deu no final do século XVIII, tendo dominado todo o século XIX.

As principais características desses direitos fundamentais de primeira geração são a sua oponibilidade contra o Estado, sendo o verdadeiro titular desses direitos o próprio indivíduo, que através deles se opõe e resiste às limitações impostas pelo Estado.

Dessa forma, percebe-se que tais direitos não exigem do Estado uma atuação comissiva, mas sim negativa, não atuando de forma a restringir as liberdades individuais através de atos e ingerências do poder público.

O Professor Vicente Paulo traz importante lição sobre o assunto aqui abordado. Vejamos:

“Os primeiros direitos fundamentais têm o seu surgimento ligado à necessidade de limitação e controle dos abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais surgiram como uma proteção ao indivíduo frente ao Estado. As normas consagradoras dos direitos fundamentais eram normas de cunho negativo, que exigem uma atuação negativa, um não agir por parte do Estado em favor da liberdade do indivíduo. Esta, portanto, a feição dos primeiros direitos fundamentais reconhecidos ao homem: normas de natureza negativa, de exigência

¹ BONAVIDES, Paulo *apud* PAULO, Vicente / org. MAIA, Juliana. *Aulas de Direito Constitucional*. 9ª ed..Rio de Janeiro: Editora Impetus – 2007.

de um não-agir por parte do Estado, em favor da liberdade do indivíduo.”²

Os melhores exemplos que existem de direitos fundamentais de primeira geração são o direito a vida, à liberdade, à liberdade de expressão, à participação política e à propriedade. Entretanto, ressalte-se que a lista citada é meramente exemplificativa, restando ainda inúmeros exemplos de direitos fundamentais de primeira geração.

Cabe aqui expor o brilhante ensinamento de J. J. Gomes Canotilho sobre a dupla função de direitos de defesa do indivíduo que cumprem os direitos fundamentais. Vejamos:

“a) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual.

b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de se exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”³

Os direitos fundamentais de segunda geração se referem aos direitos sociais, econômicos e culturais, exigindo do Estado, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração, uma atuação comissiva do Estado, para garantir a realização da justiça social e da igualdade e liberdade substancial (concreta) do indivíduo.

Já os direitos fundamentais de terceira geração seriam aqueles direitos que se destinam a proteger não diretamente o indivíduo, mas sim a coletividade os direitos difusos.

² PAULO, Vicente / org. MAIA, Juliana. *Aulas de Direito Constitucional*. 9ª ed..Rio de Janeiro: Editora Impetus – 2007.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *apud* PAULO, Vicente / org. MAIA, Juliana. *Aulas de Direito Constitucional*. 9ª ed..Rio de Janeiro: Editora Impetus – 2007.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello diferenciou com perfeição os direitos das três primeiras gerações, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº22164/SP, em 17/11/1995.

“1 - Os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade.

2 – Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas e acentuam o princípio da igualdade.

3 – Os direitos de terceira geração materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais e consagram o princípio da solidariedade.”⁴

A quarta geração de direitos fundamentais, defendida principalmente pelo Professor Paulo Bonavides, seriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, sendo, na verdade, reflexo das exigências do mundo globalizado.

Diante disso, tem-se de forma clara que a imputabilidade penal somente a partir dos 18 (dezoito) anos é um direito fundamental de primeira geração que o Poder Constituinte Originário cravou de forma expressa no artigo 228 da Constituição Federal de 1988, visto que garante ao indivíduo menor daquela idade que a sua liberdade não será tolhida pelo Estado, garantindo-lhe, assim, que as normas de direito penal não poderão incidir sobre tais cidadãos.

⁴ Julgamento do Mandado de Segurança nº22164/SP, em 17/11/1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> visitado em 10/06/2007.

03. OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS, ALÉM DOS PREVISTOS NO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Além dos direitos e garantias individuais expressos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, outros podem ser reconhecidos no texto constitucional, como dispõe expressamente o § 2º daquele artigo. Senão vejamos:

“Art. 5º - § 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”.

A Constituição Federal de 1988, conforme pode ser extraído do § 2º do seu artigo 5º, traz o caráter materialmente aberto dos direitos fundamentais, uma vez que autoriza a disposição e localização de tais direitos em todo o seu texto, e não sendo somente eles aqueles que estão elencados no que apresenta Título II – Dos direitos e garantias fundamentais.

Além disso, autoriza expressamente o reconhecimento de outros direitos fundamentais que não se encontram no texto constitucional (direitos materialmente fundamentais), desde que decorram do regime e princípios por ela adotados, bem como de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Aqui se deve destacar que o rol de direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição não é exaustivo ou taxativo, permitindo a localização de outros dispositivos que tratam dos direitos fundamentais ao longo de todo o texto constitucional.

Estabelece o artigo 5º da Constituição Federal, de maneira a servir de referencial, o rol de direitos e garantias individuais da pessoa humana, sendo desnecessário discutir se são ou não amparados pelo parágrafo 4º do artigo 60, pois expressamente definido na Carta Maior.

Sendo assim, é de clareza solar que o parágrafo 2º do artigo 5º nos garante que existem direitos e garantias individuais dispersos em dispositivos por todo o texto constitucional, não sendo apenas os elencadas no artigo acima citado.

Assim, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal nos traz duas conclusões: a primeira, que a própria Constituição Federal impõe que em todo o seu corpo podem existir direitos e garantias individuais, não sendo exaustivo, portanto, o rol do artigo 5º; a segunda conclusão que se chega da interpretação correta daquele parágrafo 2º, é a de que os direitos e garantias concernentes aos princípios da própria Constituição e de tratados internacionais firmados pelo Brasil integram a seleta lista, mesmo que estejam localizados em outro lugar, que não no rol do artigo 5º.

Por outro lado, ao se interpretar o inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 60, percebe-se, facilmente, que o referido dispositivo refere-se à não abolição de todo e qualquer direito ou garantia individual elencados na Constituição, não fazendo qualquer ressalva de que precisam estar previstos no artigo 5º, deixando a certeza de que por todo o corpo do texto constitucional pode haver dispositivos que tratem dos direitos e garantias fundamentais, e que tais dispositivos devem ser protegidos de maneira a não serem exterminados do nosso ordenamento.

Diante dessa conclusão, parece-nos insofismável que todo e qualquer garantia e direito individuais previstos no corpo da Constituição Federal de 1988 são insusceptíveis de emenda tendente a aboli-los, ou mesmo restringi-los.

Vejamos, sobre o assunto, a posição do jurista Ives Gandra Martins:

"Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o parágrafo 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo

Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores."⁵

O Professor de Direito Constitucional Vicente Paulo também traz importante lição atestando a existência de direitos fundamentais dispostos em outros artigos da Constituição Federal que não no artigo 5º. Senão vejamos:

“Os direitos fundamentais fora do catálogo são aqueles previstos fora do catálogo dos direitos fundamentais, em outros artigos da Constituição. O direito ao meio-ambiente, por exemplo é um direito fundamental de 3ª geração, previsto no artigo 225 da CF (não catalogado, portanto.)”⁶

Destarte, demonstrada, de forma vigorosa, a existência de direitos e garantias individuais espalhados pelo texto da Carta Política de 1988, fato que é pacífico na doutrina pátria, tratar-se-á adiante da análise e comprovação de que a inimizabilidade penal encerra disposição pétrea, por ser garantia individual das pessoas com menos de 18 (dezoito) anos.

⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Artigo: Cláusulas pétreas e maioria penal. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br>> visitado em 01/06/2007.

⁶ PAULO, Vicente / org. MAIA, Juliana. Aulas de Direito Constitucional. 9ª ed..Rio de Janeiro: Editora Impetus – 2007.

04. O ARTIGO 228 DA CARTA MAGNA

O artigo 228, por estabelecer um direito individual fundamental, já que é relacionado à liberdade, notadamente à liberdade do adolescente (ser ainda em formação) em face do Estado, não pode ser alterado por emenda constitucional que vise a restringir esse direito, visto que este faz parte do regime especial dos direitos fundamentais, incidindo a limitação do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988.

Aludido artigo constitucional busca garantir a não imputação criminal, e o conseqüente cerceamento da liberdade da pessoa menor de 18 (dezoito) anos, que deverá receber uma proteção especial por parte do Estado, uma vez que o Poder Constituinte Originário, entendeu que o adolescente menor de 18 (dezoitos) anos ainda é um ser em desenvolvimento físico, mental, espiritual, emocional e social.

Tem-se, portanto, que quando a Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 228, afirma que as pessoas menores de 18 (dezoito) anos são inimputáveis penalmente, está, na verdade, expressamente garantindo que toda pessoa menor de 18 (dezoito) anos terá um tratamento especial quando praticar atos penalmente contrários à lei.

Todavia, não se deve entender tais proteções especiais dadas aos adolescentes como um incentivo à violência, decorrente da sensação de impunidade pelas infrações cometidas por menores de 18 (dezoito) anos, pois na verdade o que está se garantindo constitucionalmente é que a liberdade desses jovens não será tolhida da mesma maneira que seria de um maior de 18 (dezoito) anos, e não que eles não terão nenhuma reprimenda pelas infrações que cometerem.

Sendo assim, tem-se que o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 não visa impedir, por exemplo, que a legislação especial, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, seja aplicado para reprimir infrações cometidas por menores de 18 (dezoito) anos, muito pelo contrario, a garantia que é trazida no artigo 228 da nossa atual Constituição Federal é a de que nem mesmo a legislação especial poderá, quando dispor de medidas repressivas, tratar o menor da mesma forma que um maior seria tratado, implicando a sua imputabilidade.

Note-se que o afirmado, nesse ponto, está claramente disposto na segunda parte do artigo 228, em que se percebe que o adolescente, apesar de inimputável penalmente, responde na forma prevista na legislação especial, aparecendo dessa forma como um direito individual, além de uma garantia social de responsabilização de adolescente, ocorrendo, assim, a responsabilização do menor, todavia, na forma disposta na legislação especial. Restando, dessa maneira, uma responsabilização especial, não penal, o que, sem dúvida, denota que essa garantia é um direito individual do adolescente e, portanto, inserido inegavelmente em uma cláusula pétrea, absolutamente impossível de sofrer reforma ou alteração mesmo por emenda constitucional que importe no seu extermínio ou restrição.

Destarte, da análise do referido artigo, conclui-se que o mesmo encerra uma garantia de não aplicação do Direito Penal, ou seja, uma liberdade negativa em face do Estado, assim como por exemplo, as cláusulas de não-aplicação de pena de morte ou de prisão perpétua, que são garantias de não-aplicação do Direito Penal máximo a todos. Sendo assim, conseqüentemente, pode-se afirmar que ambas são cláusulas pétreas, garantidas pelo artigo 60, da Constituição Federal.

Inegável, e extremamente importante para o presente estudo, é o fato de que o Poder Constituinte Originário quis evitar qualquer possibilidade de que o Estado pudesse vir a punir criminalmente os menores de 18 (dezoito) anos, deixando expressa a idade limite para a imputabilidade penal.

Observe-se, ainda, que o Poder Constituinte Originário poderia simplesmente ter deixado para a legislação especial definir a idade em que o jovem seria imputável penalmente, todavia assim não o fez, preferindo deixar esculpido no artigo

228 da Carta Maior de 1988 o seu entendimento de que somente a partir dos 18 (dezoito) anos é que ao jovem poderá ser imputada a prática de condutas criminosas.

Referida escolha se deve ao fato de que o Poder Constituinte Originário visou, ao menos no plano normativo, assegurar que as crianças e os adolescentes pudessem se desenvolver de maneira completa, saudável e digna, determinando ser dever do Estado e de toda sociedade priorizar e assegurar às crianças e aos adolescentes os mínimos direitos necessários ao seu desenvolvimento, como se pode ver no artigo 227, *in verbis*, da Constituição Federal de 1988.

“Art. 227. É dever da família, sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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”.

Tem-se, dessa forma, a certeza do que foi afirmado acima, visto que a análise dos dispositivos constitucionais 227 e 228, fora feita de maneira sistemática, não os focando isoladamente, mas sim de forma a considerar o texto constitucional como um todo.

Desta feita, cabe ao intérprete, ao buscar o sentido e o alcance de uma determinada norma constitucional, confrontá-la com os outros dispositivos normativos da mesma espécie, não podendo se contentar, sob pena de obter uma interpretação equivocada, com a análise de somente um dispositivo isoladamente.

O Professor Alexandre de Moraes destaca como uma das principais características dos direitos fundamentais o seu caráter de complementaridade, reforçando a importância, que acima se ressaltou, da interpretação dos dispositivos constitucionais em confronto com os demais dispostos no texto da Carta Maior de 1988. Vejamos referida lição:

“h) complementaridade (os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte).”⁷

Remetemo-nos agora à importante fato ocorrido em 1996, quando o advogado Rolf Koerner Júnior, enquanto integrante do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, obteve aprovação unânime de um parecer contrário à proposta de Emenda à Constituição 301/96, que objetivava alterar a redação ao artigo 228 da Constituição Federal, diminuindo a imputabilidade penal para 16 (dezesesseis anos). Vejamos trecho do referido parecer, que magistralmente atesta a tese defendida, da natureza pétrea do artigo 228 da Constituição Federal de 1988:

"Apesar de a norma do art. 228, da Carta Magna, encontrar-se no Capítulo VII (Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso), do Título VIII (Da Ordem Social), não há como lhe negar, em contraposição às de seu art. 5º (Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, do Título, II, dos Direitos e Garantias Fundamentais), a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Escreveu J.J. Gomes Canotilho que "os direitos de natureza análoga são os direitos que, embora não referidos no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, beneficiam de um regime jurídico constitucional idêntico aos destes. Então, nesse aspecto, na regra do art. 228, da Constituição Federal, há embutida uma 'garantia pessoal de natureza análoga', dispersa ao longo do referido diploma ou não contida no rol específico das garantias ou dos meios processuais adequados para a defesa dos direitos."⁸

O artigo 228 da Constituição Federal, ao estabelecer a idade mínima para a imputabilidade penal, assegura a todos os cidadãos menores de 18 (dezoito) anos uma posição jurídica subjetiva, qual seja, a condição de inimputável diante do sistema penal.

⁷ MORAIS, Alexandre de, *apud* PAULO, Vicente / org. MAIA, Juliana. *Aulas de Direito Constitucional*. 9ª ed..Rio de Janeiro: Editora Impetus – 2007.

⁸ JÚNIOR, Rolf Koerner, A menoridade é carta de alforria?, in O ato infracional e As Medidas Sócio-Educativas, Subsídios, 6, para a Assembléia Ampliada do Conanda, Brasília, 2 e 3 de setembro de 1996, CONANDA, apoio UNICEF e INESC, *apud* Gomes Neto, Gercino Gerson G615 Ato infracional: imputabilidade penal como cláusula pétrea / Gercino Gerson Gomes Neto com a colaboração de Ilze Maria Granzotto Nunes. - Florianópolis: Centro das Promotorias da Infância, 2000. Disponível em : < <http://www.mj.gov.br> >vistado em 20/06/2007.

Tal posição, por sua vez, gera um estado jurídico objetivo: o de ter a condição de inimputável respeitada pelo Estado.

O Professor Luiz Flávio Gomes, em recente artigo publicado na *internet*, conseguiu de forma magistral defender a tese que aqui se busca também defender, ou seja, que o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 é cláusula pétrea, sendo, por isso, impossível à alteração de tal dispositivo. Vejamos trecho do referido artigo:

“Vale lembrar, que no tocante a menoridade penal, o ordenamento jurídico pátrio filiou-se ao sistema biológico (etário), que preconiza a análise, tão somente, da idade, não entendendo como relevante, a verificação da capacidade concreta do agente.

O grande cerne da questão se relaciona com a constitucionalização da inimputabilidade do menor de dezoito anos. A Constituição Federal, no seu artigo 228, recepcionando o comando da norma penal, determina da mesma forma, que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis e sujeitos à legislação especial.

Muito se discute se, em razão dessa previsão constitucional a menoridade penal assumiu ou não status de cláusula pétrea. Segundo nosso ver, não há como negar que se trata de norma constitucional que compõe o conteúdo rígido da nossa Constituição Federal, tendo em vista o disposto nos artigos 5º, § 2º e 60, § 4º, ambos do aludido diploma.

Assim sendo, nem mesmo por meio de emenda constitucional é possível alterar a idade mínima da imputabilidade penal, haja vista que se apresenta como questão intrinsecamente vinculada à própria personalidade humana.”⁹

Acompanhando o entendimento do Professor Luiz Flávio Gomes, a Doutora em Direito Penal pela PUC/SP, Alice Biachini, também expressa sua importante e precisa opinião sobre o tema aqui abordado. Senão vejamos:

“Conclusão: nem sequer por emenda constitucional é possível alterar-se a idade da imputabilidade penal, porque se trata de um direito

⁹ GOMES, Luiz Flávio. Artigo: Maioridade Penal: Cláusula Pétrea?. Disponível em: <<http://www.blogdofg.com.br>> visitado em 20/06/2007.

individual fundamental relacionado com o desenvolvimento da personalidade humana”¹⁰.

Sendo assim, não restam dúvidas de que o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 traz sim um direito individual fundamental, pelo que, se torna impossível a sua alteração, mesmo que por emenda constitucional, visto que se trata de um direito trazido e protegido por uma cláusula pétrea.

¹⁰ BIACHINI, Alice. Artigo A Maioria e a Maioridade Penal. Revista Jurídica Consulex, ano XI, nº245, página 34. Brasília: Editora Consulex, 2007.

05 A DEFINIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AO LONGO DO TEMPO

Nem sempre legislação brasileira adotou a idade limite de 18 (dezoito) anos para a inimputabilidade penal, assim como também não adotou, tão somente, o critério puramente biológico para definir a imputabilidade penal das pessoas.

Temos que na história do Direito Penal brasileiro, no que tange a idade mínima de responsabilidade penal, houve um caminho diferente do que está sendo traçado, em face da discussão na sociedade brasileira da alteração da maioridade penal, ou seja, a redução da maioridade penal de 18 (dezoito) anos. Afirma-se isto porque, como será mostrado a seguir, com o desenvolvimento da legislação criminal desde o Império, a maioridade penal somente tem sido aumentada, sendo fato que esse mínimo cronológico de imputabilidade somente vem sendo dilatado, o que ocorre, principalmente, em virtude do maior grau de importância e incontestável reconhecimento que os direitos e garantias individuais ganharam no último século.

Na verdade, o Código Penal do Império de 1830 adotou o sistema que pode ser chamado de sistema do discernimento, com nítida inspiração no Código Penal Francês, determinando a maioridade penal absoluta a partir dos 14 (quatorze) anos, sendo que os menores abaixo desta idade poderiam ser considerados penalmente responsáveis se agissem com discernimento, utilizando-se, assim, o critério psicológico para determinar a imputabilidade ou não.

Todavia, se o agente praticasse os fatos definidos como crime, e fosse constatado que o mesmo praticou referido fato possuindo pleno discernimento, então ao agente poderia ser aplicada qualquer pena, inclusive a prisão perpétua, não importando, dessa forma, a idade que o agente possuía na data do fato, e sim se ele tinha condições

de entender que o fato que iria praticar era ilegal e, a partir daí, se autodeterminando a praticá-lo, mesmo tendo consciência da sua ilicitude.

Com o nascimento do Código Penal Republicano, de 1890, surgiu também uma enorme dificuldade de aplicação dessa Lei, visto que era extremamente confusa e mesclava critérios para definir a imputabilidade penal do indivíduo, determinando a inimputabilidade absoluta até os 09 (nove) anos de idade incompletos, sendo que os maiores de 09 (nove) e menores de 14 (quatorze) anos estariam submetidos à análise do discernimento.

Todavia, em 1921 tal dispositivo do Código Penal de 1890 foi revogado, evidentemente por motivos de política criminal, instituindo-se, desde então, que a imputabilidade penal se daria a partir dos 14 (quatorze) anos, porém possuindo os maiores de 14 (quatorze) e menores de 18 (dezoito) anos de idade um processo especial no qual gozavam de algumas vantagens em relação aos maiores de 18 (dezoito) anos.

Com o surgimento do Código Penal de 1940, em vigor até hoje, contudo tendo sofrido diversas alterações na sua parte geral, trazidas pela Lei 7209/84, o legislador adotou o critério puramente biológico, no que se refere à inimputabilidade penal em face ao critério cronológico, impondo que seriam imputáveis as pessoas a partir dos 18 (dezoito) anos.

Vejamos o que estabelece o art. 27 do Código Penal.

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

Em 1988, a inimputabilidade penal é elevada à condição de garantia constitucional dos menores de 18 (dezoito) anos, por força do artigo 228 da Constituição Federal, que, com extremo vigor, impõe que as pessoas com menos de 18 (dezoito) anos são inimputáveis penalmente, respondendo por seus atos de acordo com a

legislação especial. Deve ser, portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA a Lei a ser aplicada de forma a disciplinar as medidas sócio-educativas que os menores infratores sofrerão, no caso de praticarem algum ato infracional.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina que os menores de 18 (dezoito) anos que cometerem atos infracionais estão sujeitos às medidas nele previstas, ou seja, as crianças, consideradas assim as pessoas de até 12 (doze) anos, estão sujeitas às medidas de proteção, e os adolescentes, aqui as pessoas de 12 (doze) a 18 (dezoito anos), às medidas sócio-educativas, que poderão ser, dentre outras: advertência, liberdade assistida, semi-liberdade e internação.

A internação, medida privativa de liberdade, somente poderá ser aplicada nos seguintes casos: a) quando o ato infracional for cometido com violência ou grave ameaça; b) reiteração no cometimento de outras infrações graves; c) por descumprimento reiterado e injustificável da medida sócio-educativa anteriormente imposta;

Desta forma dispõe o art. 122 do referido Estatuto. Vejamos:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§1º. O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.

Destarte, o que se percebe com a evolução do Direito Penal brasileiro, é que o mesmo ao longo do tempo tem se modernizado a fim de se humanizar mais, visto que o modelo contrário ao da humanização do Direito Penal iria de encontro às garantias fundamentais trazidas principalmente com a Constituição Federal de 1988. É, portanto,

absurdo se admitir que se interprete o artigo 228 da Carta Maior sem dar a importância a ele conferida pelo Poder Constituinte Originário.

06. OS LIMITES E HIPÓTESES POSSÍVEIS DE ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL POR EMENDAS

A *priori*, é necessário dar-se um destaque especial à questão da interpretação correta das normas constitucionais, bem como da Constituição Federal como um todo, uma vez que referida interpretação do texto Constitucional, feita de maneira equivocada, pode levar o interprete à total desconfiguração axiológica e teleológica da real intenção do Poder Constituinte Originário.

Afirma-se isto porque se faz necessário, para a plenitude do Estado Democrático de Direito, que este não somente possua normas garantidoras dos direitos e deveres do cidadão em face dele próprio Estado, mas também que tais normas sejam interpretadas de maneira eloqüente, sob pena de se desnaturar a Constituição e a finalidade do Estado, enquanto Estado Democrático de Direito.

Em relação ao tema aqui discutido, o Professor Eduardo Rocha Dias, traz brilhante exposição. Vejamos:

“Ressalta-se, inicialmente, o caráter extremamente complexo e conflituoso das sociedades modernas, que se reflete nas respectivas cartas constitucionais tanto na consagração do pluralismo político, quanto no reconhecimento de direitos fundamentais dotados de uma *vis expansiva* geradora de freqüentes colisões. Diante de tal quadro, a metodologia subsuntiva tradicional, originada no campo do direito privado, em que havia uma pretensão globalizante e não lacunar de disciplina da realidade, mostra-se insuficiente para dar conta da necessidade de concretizar conceitos indeterminados e abertos e articular direitos fundamentais e valores conflitantes. Alternativas que busquem fugir à idéia de sistema e fundar uma abordagem baseada na análise exclusiva dos casos concretos, como a tópica, correm o risco

de originar insegurança e falta de controlabilidade. Parece mais adequada uma abordagem não baseada exclusivamente na subsunção e que permita integrar a linguagem aberta e lacunosa das normas de direitos fundamentais, sem que com isso se abandone uma idéia de justificação racional dos resultados. A partir das idéias de FRIEDRICH MÜLLER, a interpretação constitucional deve ser vista como tarefa de concretização, pela qual a norma jurídica não se limita ao seu texto, abrangendo também uma dimensão que supera os aspectos lingüísticos, relacionada com a realidade social. A normatividade deve ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva. Ao mesmo tempo, no entanto, a aplicação de normas que revestem a natureza de princípios, por meio de um procedimento de ponderação, não pode cair no subjetivismo e no decisionismo, havendo de incorporar uma dimensão crítica que permita aos intérpretes e aos operadores do direito manter uma postura de vigilância. Somente assim os resultados poderão ser justificados perante a sociedade, conforme exigem os postulados do princípio do Estado de Direito Democrático.¹¹

Tendo em vista o risco de que as normas maiores da Constituição sejam mal interpretadas e, por conseguinte, desrespeitadas, o Poder Constituinte Originário legislou, definindo, com clareza meridional, a imutabilidade de determinadas matérias, para assim não correr o risco de que fossem interpretadas contrariamente à sua vontade. Fez isso em relação ao tema da fixação da maioria penal impondo, em sede Constitucional, o limite de 18 (dezoito anos), não deixando, dessa forma, qualquer espaço para dúvidas em relação a esse limite.

Ressalte-se, por oportuno, que o argumento de alguns que defendem a redução da maioria penal no Brasil, no sentido de que o menor de 16 (dezesseis) anos já pode até votar e, portanto, já poderia também ser responsável penalmente pelos atos que pudesse vir a cometer, é totalmente desprovido de cientificidade, uma vez que vai de encontro à natureza dos direitos e garantias individuais, pois as mesmas podem, perfeitamente, ser dilatadas, como no caso de se permitir a participação no processo

¹¹ DIAS, Eduardo Rocha. Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Disponível em < <http://www.cursojorgehelio.com.br> >. Acessado em 04/07/2007.

eleitoral, sendo impossível, todavia, a sua redução em prejuízo do ser humano, como seria no caso de se reduzir a maioria penal.

Repise-se que não se pretende com este trabalho monográfico defender qualquer tese contrária ou a favor da redução da maioria penal, discussão demasiadamente em voga Brasil. Muito pelo contrário. O presente estudo trata de focalizar a discussão que deve preceder àquela, que é a impossibilidade de se alterar, no atual regime constitucional brasileiro, a maioria penal.

O grande desafio que se deve ter ao interpretar a Constituição Federal de 1988 é o de saber exatamente quais os artigos que realmente devem ser considerados cláusulas pétreas, uma vez que o Poder Constituinte Originário e toda a esmagadora doutrina pátria, afirmam que tais cláusulas são as de que tratam o artigo 60 da CF, todavia não fornecendo um rol taxativo de tais cláusulas, o que gera discussões em torno da natureza pétrea de determinados dispositivos Constitucionais, como a que tem se travado em relação ao artigo 228 da Carta Magna.

Estabelece o artigo 5º da Constituição Federal uma lista de direitos e garantias individuais, sendo dispensável a discussão se são ou não amparados pelo parágrafo 4º do artigo 60, visto que estão expressamente definidos na Constituição Federal de 1988.

Todavia, o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 nos leva à conclusão de que tais garantias e direitos individuais estão espalhados por todo o corpo do texto constitucional, e não somente no aludido artigo 5º, não sendo o seu rol taxativo.

Desta feita, pode-se concluir também que os direitos e garantias relativos aos princípios da própria Constituição e de tratados internacionais firmados pelo Brasil integram os direitos e garantias individuais, mesmo que estejam fora da lista do artigo 5º, não se devendo permitir, de acordo com o disposto no inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 60, o extermínio ou redução de todo e qualquer direito ou garantia individual elencado na Constituição, não se podendo, portanto, fazer qualquer ressalva de que aludidos direitos e garantias precisam estar previstos no artigo 5º para serem

preservados em função da sua natureza, ou seja, para serem cláusulas consideradas pétéreas.

Vejamos comentário do Professor Alexandre de Moraes sobre o tema trazido aqui à baila:

“Lembre-mos, ainda, de que a grande novidade do art. 60 está na inclusão, entre a inclusão ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que, por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna”.¹²

Por outro lado, tem-se que o Poder Constituinte Derivado-Reformador possui limites que são traçados expressamente, nos casos das cláusulas pétéreas, bem assim implicitamente, como nos casos dos princípios constitucionais fecundados pelo Poder Constituinte Originário que também não podem ser objeto de alteração.

Vejamos outra importante lição do Professor Alexandre de Moraes:

“A existência de limitação explícita e implícita que controla o Poder Constituinte derivado-reformador é reconhecida pela doutrina, que salienta ser implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê as limitações expressas (CF, art. 60), pois, se diferente fosse, a proibição expressa poderia desaparecer, para, só posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétéreas”.¹³

Ademais, não se devem fazer diferenças entre os direitos e garantias individuais expressos na Constituição e os decorrentes dos princípios e tratados internacionais por ela acolhidos, sendo absolutamente impossíveis de serem alteradas,

¹²MORAES, de Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Editora AtlasS.A. – 2006, p. 1152

¹³ MORAES, de Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Editora AtlasS.A. – 2006, p. 1156.

mesmo por emenda constitucional, as cláusulas que tratam desses direitos e garantias individuais.

Alexandre de Moraes ainda traz a opinião de outro grande nome do Direito Constitucional da atualidade, o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, sobre a impossibilidade de as cláusulas pétreas serem alteradas. Senão vejamos:

“Analisando a questão das chamadas cláusulas pétreas e a possibilidade de controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, Gilmar Ferreira Mendes aponta que tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento, ou impliquem profunda mudança na identidade, pois a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, à medida que impede a efetivação do término do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade, evitando-se que o constituinte derivado suspenda ou mesmo suprima a própria constituição”.¹⁴

Importante também, nesse diapasão, é a elucidante lição do Professor Eduardo Rocha Dias. Vejamos:

“Como restrição deve-se entender qualquer ação ou omissão dos poderes públicos, aí incluídos o legislador, a Administração e o Judiciário, que afete desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, reduzindo, eliminando ou dificultando “a vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades de sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental”, bem como enfraquecendo “deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”. Pode-se falar em restrição em sentido amplo, abrangendo, além de manifestações de conteúdo jurídico, as intervenções fáticas sobre direitos fundamentais e em sentido restrito, compreendendo as

¹⁴ MORAIS, de Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional .6ª ed. São Paulo: Editora AtlasS.A. – 2006, p. 1153.

atuações normativas ou “leis restritivas”, nos termos do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa. Referido dispositivo, a exemplo do artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn, que o inspirou, regula a aplicação dos chamados “limites aos limites” dos direitos fundamentais, ou seja, dos limites às restrições de referidas posições jurídicas.

Na Constituição brasileira de 1988, por sua vez, não se prevê expressamente como se deve proceder à restrição de direitos fundamentais. A doutrina, porém, com base em dispositivos constitucionais e na jurisprudência do STF, vem identificando como “limites aos limites”, além da legalidade (artigo 5o, inciso II, da CF/88), a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade (fundado no princípio do devido processo legal na sua dimensão substantiva, tal como decorre do artigo 5o, inciso LIV, da CF/88) e a proibição de restrições casuístas (fundada no princípio da igualdade).

As previsões do artigo 18 da Constituição portuguesa e do artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn permitem concluir que a filiação teórica a eles subjacente é chamada “teoria externa” dos limites aos direitos fundamentais, ou “pensamento de intervenção e limites”. Para essa corrente, e em termos resumidos, a função principal dos direitos fundamentais é a defesa do indivíduo ante atuações estatais, típica marca da teoria liberal dos direitos fundamentais, para a qual toda intervenção em referida esfera é excepcional e deve ser expressamente prevista. Ocorre que tal teoria pressupõe que o legislador constituinte tenha sido clarividente o bastante para introduzir reservas e restrições explícitas, já que, no silêncio da Constituição, não são admitidas restrições. Malgrado tal finalidade garantística, não é factível exigir que o legislador constituinte possa prever todas as possíveis hipóteses de colisão de direitos fundamentais, muito menos pretender que, dado o caráter expansivo de referidas posições jurídicas, não surjam conflitos entre direitos e bens jurídicos constitucionais fora das hipóteses expressamente previstas.

Diante de referidas deficiências, a chamada “teoria interna dos limites dos direitos fundamentais” busca, basicamente, superar o caráter liberal e individualista da “teoria externa”, pela afirmação de que a liberdade somente faz sentido no quadro da sociedade juridicamente

conformada e ordenada e que o indivíduo não existe isolado da comunidade. A afirmação de tal caráter institucional e comunitário do direito leva a reconhecer o importante papel do legislador na efetivação e na conformação da liberdade, bem como que os direitos fundamentais não podem violar bens jurídicos de valor igual ou superior. Logo, os limites não seriam “externos” aos direitos fundamentais, mas seriam suas “fronteiras”, afirmando-se desde “dentro”, ou seja, seriam limites “imanescentes”. A eventual previsão destes últimos como reservas de intervenção do legislador ou como restrições teria, na verdade, o caráter de mera declaração. As leis, por sua vez, não constituiriam limites, mas simplesmente concretizariam, interpretariam e revelariam as fronteiras do conteúdo dos direitos. Contrariamente à teoria externa, o perigo da teoria interna é que ela desarma o cidadão ante o Poder Público, reforçando o âmbito de intervenção deste último, o que origina um déficit no controle de sua atuação. Ademais, torna prescindível o recurso aos requisitos formais previstos na Constituição, como é o caso do artigo 18 da Carta portuguesa, para a restrição de direitos fundamentais.

Diante de tais deficiências, costuma-se recorrer ao modelo dos direitos fundamentais como princípios como tentativa de estabelecer um procedimento adequado e controlável de argumentação e fundamentação jurídica, de forma a justificar as restrições aos direitos fundamentais, no caso a metodologia da ponderação.”¹⁵

Defende-se no presente trabalho que, por trazer em seu bojo uma garantia individual, o artigo 228 da Constituição Federal, *in verbis*, é sim uma cláusula pétreia, não podendo sofrer qualquer tipo de alteração, nem mesmo por emendas constitucionais, sob pena de ferir mortalmente a vontade do legislador Constituinte originário.

“Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

¹⁵ DIAS, Eduardo Rocha. **Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Disponível em < <http://www.cursojorgehelio.com.br> >. Acessado em 04/07/2007.

Ora, está absolutamente claro que o Poder Constituinte Originário desejou adotar a idade limite mínima de 18 (dezoito) anos para que se possa imputar criminalmente o cidadão pelos atos que cometer, uma vez que, se quisesse diferente, poderia ter adotado o limite de 16 (dezesesseis) anos, ou até mesmo deixado o limite de idade para a lei ordinária.

Tem, atualmente, recebido duras críticas o fato de existirem conteúdos imutáveis na nossa Constituição Federal, sob a alegação de que não é possível uma Constituição imodificável, uma vez que geraria um engessamento jurídico, nascendo, portanto, uma diferença entre o querer constitucional e os anseios da sociedade. Todavia, vejamos a lição do grande constitucionalista J. J. Canotilho sobre o assunto:

"A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma Constituição pode conter a vida ou parar o vento com suas mãos. Nenhuma lei constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da Constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. (...) Assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma revisão total (...), mas também de alterações constitucionais aniquiladoras de uma ordem constitucional histórico-concreta. Se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte mas não perante uma manifestação do poder de revisão".¹⁶

O Poder Constituinte Originário é um poder que está acima e, portanto, fora da Constituição, uma vez que ela, Constituição, é a sua criação, sua obra e seu sentido existencial, tendo ele, natureza política, manifestando-se somente em momentos de mudança histórica de um Estado. Portanto, suas decisões são políticas e refletem o espírito do povo que representa.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

Por outro lado, o Poder Reformador tem natureza eminentemente jurídica, estando inserido na Constituição, tendo sua atuação delimitada pela norma Constitucional que o criou, não podendo, desta feita, se insurgir de forma a querer destruir o ser, no caso a Constituição, que o insere e limita. Deve atuar somente nos períodos de normalidade constitucional, preservando o que o Poder Constituinte Originário impôs como imutável.

Destarte, na condição de Poder Constituinte Derivado-Reformador, deve respeitar as limitações impostas, pelo Poder Constituinte Originário, ao seu poder de modificação da Constituição. Tais limitações, como vistas acima, podem se dar de forma explícita, quando indicadas no próprio texto (cláusulas pétreas) e, também, de forma implícita, nascidas dos princípios que norteiam e são essenciais à Constituição.

Na verdade, o Poder Constituinte Derivado-Reformador exerce fundamental papel na renovação, de acordo com os novos anseios sociais, da Constituição. Entretanto, não pode servir de instrumento, em momentos de crise na segurança pública – como atualmente vivemos –, para lesionar cruel e mortalmente a vontade do Poder Constituinte Originário, pois, se assim for, as gráficas não darão conta de tantas novas edições do texto constitucional que terão que imprimir, como se fosse um periódico semanal, redigido e alterado conforme a crise que o país estiver enfrentando, além, é lógico, de se destruir as garantias que são a base do Estado Democrático de Direito.

Conforme assevera o Professor Paulo Bonavides:

"o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional".¹⁷

Importante se faz, nesse ponto, a magistral lição do Professor, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo – USP, Pedro Lenza,

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. .

sobre os limites pré-determinados à atuação do poder constituinte derivado reformador no atual regime constitucional em que vivemos. Senão vejamos:

“Em se tratando de manifestação de um “poder” derivado, os limites foram estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário. Muito se questionou a respeito dos limites. Teorias surgiram apontando uma ilimitação total; outras apontando a condicionalidade da produção da revisão desde que o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT modificasse a forma ou sistema de governo. A teoria que prevaleceu foi a que estabeleceu como limite material o mesmo determinado ao poder constituinte derivado reformar, qual seja, o limite material fixado nas “cláusulas pétreas” do art. 60, §4º, da CF/88, vale lembrar, a proibição de emendas tendentes a abolir:

- A forma federativa de Estado;
- voto direto, secreto, universal e periódico;
- a separação dos Poderes;
- os direitos e garantias individuais.”¹⁸

Nesse diapasão, esclarecedor se faz o comentário do Professor Vicente Paulo sobre a possibilidade de afetação do núcleo da vontade do Constituinte Originário por alterações em dispositivos Constitucionais elaborados para serem considerados cláusulas pétreas, por trazerem em seu bojo garantias fundamentais individuais. Senão vejamos:

“Assim, se por um lado é inaceitável a idéia de um direito constitucional absoluto, intocável mesmo de situações de interesse público, por outro, sereia absurdo admitir-se que a lei pudesse restringir ilimitadamente os direitos fundamentais, afetando o seu núcleo essencial, extirpando o conteúdo da norma constitucional, suprimindo completamente a garantia outorgada pela Constituição”.¹⁹

Dessa forma, resta delineado com tinta indelével que ao Poder Constituinte Derivado-Reformador não cabe a possibilidade de alterar os dispositivos constitucionais que o Poder Constituinte Originário cravou de imutáveis, sendo, portanto, absolutamente vedado àquele alterar (mesmo que por emenda constitucional) os artigos

¹⁸ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11ª ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007.

¹⁹ PAULO, Vicente / org. MAIA, Juliana. Aulas de Direito Constitucional. 9ª ed..Rio de Janeiro: Editora Impetus – 2007

que possuem natureza de cláusula pétrea, como é o caso do artigo 228 da Carta Magna de 1988, sob pena de se estraçalhar a vontade deste e, por conseguinte, a própria Constituição Federal.

07. A IMPOSSIBILIDADE DE SE ALTERAR AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

As normas constitucionais sobre direitos fundamentais não podem ser objeto de alteração que restrinja os direitos nelas enunciados, por força do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Assim, a mera proposta de emenda constitucional nesse sentido deve ser rejeitada.

Percebe-se, claramente, que, no calor dos debates sobre a questão de se reduzir a maioria penal no Brasil, os defensores da diminuição da idade da imputabilidade penal cometem um grande equívoco, talvez por não conhecerem que a imposição da idade de 18 (dezoito) anos foi uma opção política do Poder Constituinte Originário. Desta feita, temos que o critério para estabelecer a idade penal mínima em 18 (dezoito) anos foi absolutamente político, não tendo relação com a capacidade ou incapacidade de entendimento do agente, argumento muito batido entre os que defendem a redução.

Sendo assim, é de suma importância frisar que a fixação constitucional da imputabilidade penal não se baseia na falta de compreensão do caráter ilícito ou anti-social de uma conduta criminosa praticada por uma menor de 18 (dezoito) anos, pois do contrário estar-se-ia se igualando adolescentes a loucos, insanos mentais, o que, sem dúvida, seria extremamente forçoso, para não dizermos absurdo.

Não resta dúvida de que uma pessoa não precisa ter 18 (dezoito) anos para ter capacidade mental de discernir que determinadas condutas são criminosas, enquanto outras não, sendo, portanto, razoável que quando cometessem determinadas condutas, as criminosas, fossem devidamente imputáveis penalmente. Seria tolice pensar o contrário,

pois estaríamos admitindo que o Brasil é um país de retardados mentais, o que não parece ser o caso do Brasil, muito pelo contrário.

Ocorre que, quando o Poder Constituinte Originário optou por impor o limite de 18 (dezoito) anos para se chegar à maioridade penal, o fez por uma opção política, tendo em vista fatores criminológicos e de política criminal, não tendo sido ele também inocente ou, melhor dizendo, idiota em ter fixado tal idade por acreditar que antes de atingir os 18 (dezoito) anos a pessoa não consegue compreender o caráter ilícito de determinadas condutas.

Chega a ser surreal imaginarmos que a pessoa com 17 (dezessete) anos, onze meses e vinte e nove dias não teria discernimento suficiente para entender o caráter ilícito de uma conduta e, no dia seguinte, quando completado os 18 (dezoito) anos, como num passe de mágica, passasse a entender aludida ilicitude. É óbvio que não foi assim que o Poder Constituinte Originário de 1988 pensou ao definir a maioridade penal.

Outrossim, deve-se atribuir ao Constituinte a adoção de um critério que visou à valorização da dignidade humana, bem como a proteção de todas as pessoas menores de 18 (dezoito) anos, de acordo com a tendência internacional de reconhecimento jurídico da doutrina da proteção integral, consolidada, definitivamente, pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, assinada também pelo Brasil.

Por outro lado, tendo sido uma opção meramente política, torna-se impossível afirmar que a garantia de que não serão imputáveis penalmente os jovens menores de 18 (dezoito) anos não deveria ter sido elevada à condição de norma Constitucional, visto que é inconteste o fato de que não existe um critério certo para definir o que está corretamente definido como norma constitucional ou não.

Aqui, mesmo diante da consciência do modesto valor da tese defendida nesse trabalho, crê-se ter sido muito feliz o Constituinte Originário quando levou para dentro da Constituição Federal de 1988 a fixação da imputabilidade penal, dando a tal assunto nível Constitucional e demonstrando, dessa forma, que de maneira nenhuma

quis que o assunto fosse tratado com a flexibilidade que caracteriza as normas infraconstitucionais.

Não se fale, nesse ponto, que não haverá flexibilização, se houver alteração na maioria penal através de emendas constitucionais, visto que estas possuem um processo legislativo de aprovação mais rígido que as alterações em normas infraconstitucionais, uma vez que, mesmo possuindo um processo mais difícil de aprovação, ainda assim, não podem ser comparadas à rigidez que o Poder Constituinte Originário expressamente atribuiu aos dispositivos que tratam de direitos e garantias individuais, como é o caso do artigo 228 da Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se, por oportuno e importante, que o Estado brasileiro, de forma nenhuma, pode vir a fazer qualquer ato que acabe por tornar ineficazes os dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Criança, que possui, por força do § 2º, do artigo 5º, *status* de norma Constitucional.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, como é óbvio, traz em seu bojo uma gama de garantias e proteções aos direitos humanos, tendo estabelecido em seu artigo 41 que nenhum de seus signatários poderá tornar suas normas internas mais gravosas do que as que estão dispostas na aludida Convenção.

É lógico que uma possível redução na maioria penal violaria o disposto no artigo 41 da já citada Convenção das Nações Unidas para o Direito das Crianças, o que, de certo, não pode ser aceito

Veamos, sobre o assunto em tela, a importante lição de João Batista da Costa Saraiva:

"Demais, a pretensão de redução viola o disposto no art. 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, onde está

implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países, em face do contexto normativo da Convenção".²⁰

A referida Convenção, como já dito acima, está acolhida no ordenamento jurídico brasileiro como norma com *status* constitucional, em face do disposto no § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, sendo mais um motivo – diga-se de passagem, forte motivo – para que seja respeitado tudo o que ela dispõe, inclusive a idade mínima de imputação penal de 18 (dezoito) anos, sem diferenciar, entretanto, crianças de adolescentes.

Diante do exposto, tem-se que atualmente é absolutamente impossível se admitir que haja uma redução na maioria penal, de forma constitucional, tendo em vista que se trata de um direito individual imposto pelo constituinte originário, que se apegou para impor tal direito a critérios políticos.

Ademais, conforme se demonstrou acima, qualquer redução nesse mínimo cronológico feriria brutalmente o disposto na Convenção das Nações Unidas para o Direito das Crianças, da qual o Brasil é signatário, motivo este mais que suficiente para se admitir a impossibilidade jurídica de qualquer alteração que vise a reduzir a maioria penal no Brasil, no atual regime Constitucional.

7.1. Os direitos e garantias individuais somente podem ser ampliados

A maioria penal, conforme já destacado, foi inserida no texto Constitucional pelo próprio Poder Constituinte Originário, dispondo sobre o tema o artigo 228 da Constituição Federal.

²⁰ SARAIVA, João Batista da Costa. Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas sócio-educativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

É sabido que a mídia, afetada pela onda de sensacionalismo criada por alguns que desejam notoriedade, tem derramado sobre os leitores, telespectadores e ouvintes um verdadeiro mar de informações, sendo a maioria, infelizmente, incorretas, sobre as técnicas e a procedibilidade para se alterar a maioria penal no Brasil. Utilizando-se, para isso, de inúmeros termos jurídicos que, ao serem “traduzidos” por jornalistas sem preparo na matéria, se tornam verdadeiras heresias jurídicas que, para os operadores do Direito, chegam a ferir as aurículas.

Afirma-se isto porque é esse tipo de informação equivocada que faz a população acreditar e com isso exigir mudanças que do ponto de vista jurídico-constitucional são impossíveis de serem realizadas, sejam executas, como por exemplo a questão da alteração do texto Constitucional, notadamente do artigo 228, para se permitir a redução da maioria penal.

Ora, o artigo 228 da Constituição Federal de 1988, traz, sem sombra de dúvidas, conforme já demonstrado, uma garantia individual fundamental. Ocorre que as garantias individuais fundamentais, não podem sofrer nenhum tipo de alteração que vise restringir seu conteúdo, aplicabilidade e abrangência, o que na verdade acontecerá, se for feita alguma mudança para que se possibilite a redução da imputabilidade penal, hoje fixada em 18 (dezoito) anos.

O art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna protege como cláusulas pétreas “os direitos e garantias individuais”. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de firmar o entendimento de que esses direitos e garantias protegidos como cláusulas pétreas não são somente aqueles que constam do Título II da Constituição, ou, mais restritamente, de seu art. 5º, os chamados “direitos fundamentais catalogados”. São cláusulas pétreas todos os direitos e garantias, estabelecidos em qualquer ponto da Constituição, que possam ser considerados direitos e garantias constitucionais individuais

Por outro lado, como a intenção do Poder Constituinte Originário, ao petrificar algumas cláusulas as tornando imutáveis, foi preservar os bens que nelas se indicam, tem-se que caso o Poder Constituinte Derivado-Reformador deseje, poderá sim acrescentar outros dispositivos que sirvam de suporte, auxiliem ou integrem os

dispositivos elencados nas cláusulas pétreas, aumentando, assim, a gama dos direitos e garantias que o constituinte originário desejou proteger.

Contudo, o caminho contrário não é tolerável pelo atual regime constitucional em que estamos, uma vez que não se pode admitir que os direitos e garantias fundamentais sejam atacados à vontade do constituinte derivado reformador, posto que esse sequer teria legitimidade para tanto.

Não se pode perder de vista, e conseqüentemente permitir, mesmo em momentos de temor coletivo, como o atual enfrentado pela população brasileira, principalmente nas grandes capitais, que por parte da população está assustada com a onda de violência que assola o país e inflamada por políticos que vêm no discurso radical a oportunidade de conseguir alguns votos a mais para suas candidaturas, que o Estado permita que se rasguem as normas e garantias individuais fundamentais, pois com isto, na verdade estaria se rasgando a própria Constituição Federal de 1988, lugar onde estão elencadas tais garantias.

A respeito, vejamos o que nos ensina o Professor Sacha Calmon Navarro Coelho:

“A constituição e, particularmente, os direitos fundamentais são feitos para proteger cidadãos individuais e grupos contra certas decisões que a maioria dos cidadãos pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age em nome daquilo que é considerado o geral ou o interesse comum”.²¹

Desta feita, não deve importar ao Direito Constitucional, e, por via de consequência, ao ordenamento jurídico pátrio, se uma grande parte da população, que não se sabe ao certo se é ou não a maioria, está interessada em tripudiar sobre o texto constitucional – e o pior: sem nem sequer saber que está fazendo isso, inflamada, afetada por demagogos oportunistas que manipulando as massas tentam fazer valer suas opiniões, mesmo que para isso seja necessário exterminar a Constituição Federal, suas normas e garantias. O que sem dúvida é inadmissível.

²¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007

7.2 A possibilidade de relativização de direitos fundamentais

Não existe direito fundamental absoluto, devendo, portanto, o interprete da norma sopesar os direitos e garantias fundamentais quando estas estiverem se chocando, entretanto, sem afastar totalmente nenhum direito fundamental do ordenamento jurídico, pois isso abalaria a própria sustentação do ordenamento.

A relativização, e não a aniquilação dos direitos e garantias fundamentais, pode até ocorrer, porém, deve se dar nos limites estabelecidos na Constituição.

No caso em tela, tratando-se a imputabilidade penal de um direito individual fundamental, fixado de forma expressa e inequívoca pelo Poder Constituinte Originário, com o objetivo de proteger o direito fundamental à liberdade, voltado de forma específica para o jovem menor de 18 (dezoito) anos, defende-se aqui que somente seria possível a relativização de referida garantia, não de forma a diminuir esse mínimo cronológico, mas sim de forma a se editar normas sócio educativas mais vigorosa do que as que existem hoje.

Ressalte-se, por ser essencial, que essas novas normas sócio-educativas não poderiam servir de via oblíqua para mitigar a garantia trazida pelo artigo 228 da Constituição Federal de 1988, ou seja, a imputabilidade penal para os menores de 18 (dezoito) anos.

O que se poderia admitir, é que essas novas normas dispor sobre medidas sócio-educativas à serem aplicadas aos adolescentes infratores poderiam criar novas sanções de natureza punitiva, entretanto, que não pudessem imputar ao menor de 18 (dezoito) anos nenhuma responsabilidade penal capaz de cecear sua liberdade.

Todavia, repise-se que o presente trabalho não busca defender a tese de redução, nem tão pouco a de manutenção ou aumento da menoridade penal no Brasil,

não sendo objeto desse trabalho monográfico também a análise de quais as soluções possíveis para a atual tempestade de violência que assola nossa sociedade.

CONCLUSÃO

Diante desse aprofundado estudo sobre a impossibilidade jurídica de se alterar, reduzindo, a maioria penal no atual regime constitucional que o Brasil está inserido, chega-se a algumas conclusões que se passa a expor a seguir.

A *priori*, tem-se que como característica principal, os direitos e garantias individuais fundamentais, chamados de primeira geração, trazem em si garantias negativas em face das funções do Estado, ou seja, são direitos do indivíduo em relação ao poder estatal, que visam garantir entre outros bens, a liberdade individual, impondo ao Estado uma atitude omissiva.

Ademais, pode-se concluir que tais direitos e garantias individuais, estão dispostas por todo o texto Constitucional, não sendo somente os que estão elencados no rol, exemplificativo, e não exaustivo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, plenamente admissível que dispositivos que estejam fora do referido rol, tragam garantias e direitos individuais fundamentais, bem como se vê no artigo 228 da Carta Magna.

Nesse diapasão, o artigo 228 da Constituição Federal, por trazer, nitidamente, uma garantia individual fundamental à liberdade do jovem menor de 18 (dezoito) anos, possui natureza imutável, sendo, sem a menor dúvida, uma das cláusulas pétreas criadas pelo Poder Constituinte Originário.

Outro ponto importante que restou bem delineado nesse trabalho monográfico foram os limites impostos ao Poder Constituinte Derivado-Reformador, pelo Poder Constituinte Originário. Tais limites devem ser mantidos e principalmente respeitados, sob pena de ferir gravemente a vontade do Poder Constituinte Originário, e,

por conseguinte, matar a própria Constituição. Estando entre referidos limites o de ser impossível qualquer alteração, mesmo por emenda constitucional, às cláusulas pétreas, uma vez que as mesmas possuem essa natureza, exatamente porque os Poder Constituinte Originário quis protegê-las de forma a torná-las imutáveis.

Destarte, sendo o artigo 228 da Constituição Federal uma cláusula pétrea, por tratar-se de uma garantia individual fundamental, e estando o Poder Constituinte Derivado-Reformador impossibilitado de promover qualquer alteração nos dispositivos constitucionais que possuam natureza pétrea, resta que caso haja, o que se admite somente pelo sabor da discussão, uma alteração no aludido artigo 228, seria absolutamente inconstitucional, posto que feriria mortalmente a própria Constituição Federal de 1988.

Portanto, não há possibilidade jurídica de que, no atual regime constitucional brasileiro, possa haver uma alteração dessa natureza no artigo 228 da Constituição Federal, uma vez que não se admite no ordenamento jurídico pátrio, qualquer modificação que finde na redução de qualquer garantia ou direito individual, mesmo porque, assim o quis o Poder Constituinte Originário.

De tudo se conclui que para se reduzir a maioria penal no Brasil, ter-se-ia que fazer uma nova Constituição Federal, que permitisse um mínimo cronológico para a imputação da responsabilidade penal menor do que o permitido hoje, que está fixado em 18 (dezoito) anos, ou que pelo menos não impusesse a natureza de cláusula pétrea ao dispositivo que tratasse do tema, o que sem dúvida, iria chocar-se com a tendência mundial de reconhecimento, proteção e expansão dos direitos e garantias individuais fundamentais.

Por fim, destaca-se que a discussão aqui abordada deverá, em pouco tempo, ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que dará a palavra final sobre a natureza pétrea do artigo 228 da Constituição Federal, haja vista a onda de projetos de lei objetivando a redução da maioria penal.

Tais projetos legislativos somente poderão ser aprovados mediante o reconhecimento da constitucionalidade dessa alteração, ou seja, da constitucionalidade

de se reduzir uma garantia fundamental individual, o que sem dúvida não acontecerá, conforme os motivos já expostos nesse trabalho monográfico.

REFERÊNCIAS

LIVROS:

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso de; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007

KELSEN, Hans. **Teoria general del Estado**. Trad. Luiz Legaz y Lacambra. Barcelona: Labor, 1934.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11ª ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Método, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Max limonad, 1999.

PAULO, Vicente / org. Maia, Juliana. **Aulas de Direito Constitucional**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus – 2007

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas sócio-educativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, J. H. Meireles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

PERIÓDICOS E INTERNET:

Revista Jurídica Consulex, ano XI, nº 245, página 34. Brasília: Editora Consulex, 2007.

DIAS, Eduardo Rocha. **Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.** Disponível em <<http://www.cursojorgehelio.com.br>>. Acessado em 04/07/2007.

GOMES, Luiz Flávio. Artigo: **Maioridade Penal: Cláusula Pétrea?** Disponível em : < <http://www.blogdofg.com.br> > Acessado em 20/06/2007.

MARTINS, Ivens Gandra da Silva. Artigo: **Cláusulas pétreas e maioria penal.** Disponível em : <<http://www.juristas.com.br> > Acessado em 01/06/2007.

Gomes Neto, Gercino Gerson . **Ato infracional: imputabilidade penal como cláusula pétrea** - Florianópolis: Centro das Promotorias da Infância, 2000. Disponível em : < <http://www.mj.gov.br> > Acessado em 20/06/2007.

Julgamento do Mandado de Segurança nº22164/SP, em 17/11/1995. Disponível em : <<http://www.stf.gov.br> > Acessado em 10/06/2007.