

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: UMA (IM)POSSIBILIDADE DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

DÉCIO PIMENTEL GOMES SAMPAIO SALES¹

Resumo: O presente artigo tem por escopo averiguar se é constitucionalmente possível a redução da maioria penal diante das limitações impostas ao poder de reforma da constituição pelo poder constituinte originário.

Palavras-chaves: *Normas de status constitucional. Limites ao Poder de Reforma da Constituição. Idade penal.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo averiguar se é ou não constitucionalmente possível uma redução da maioria penal. Tal questionamento se faz necessário porque a sociedade brasileira costuma discutir o assunto casuisticamente. De modo que, toda vez que um menor de idade tem uma conduta nefasta dentro da sociedade grande parte desta mesma sociedade se mobiliza para fazer pressão junto ao corpo de legisladores no sentido de que estes alterem a legislação para diminuir a idade da imputabilidade.

É até compreensível o pleito social, sobretudo diante da situação de insegurança sob a qual se tem vivido no país há algum tempo. Algo que em adição à sede de justiça, à impotência das vítimas e a outras questões de mesma ordem, fazem com que muitos pensem que a solução esteja no fator imediato da redução de dezoito para dezesseis anos de idade. Há até mesmo quem proponha para que a imputabilidade alcance os sujeitos a partir dos quatorze anos de idade. Porém, só após um debate amplo e contínuo sobre a questão, que é muito mais complexa do que uma mera mudança legislativa, é que se pode chegar a uma solução plausível.

Destaque-se ainda que, o que se propõe aqui não é uma análise sociológica da questão mas uma abordagem acerca das possibilidades jurídicas à luz da Constituição Federal de 1988. O intuito é se chegar a uma conclusão jurídica, ou seja, se é ou não possível tal redução e para isso, tem de ser analisada a conjuntura de proteção de direitos individuais estabelecida pelo poder constituinte

¹ Mestre em Direito Constitucional pela *Universidade de Fortaleza* (UNIFOR). Graduado em Direito pela *Universidade de Fortaleza* (UNIFOR). Advogado. Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/CE Subseccional de Sobral. Professor de Direito Constitucional da *Fundação Universidade Estadual Vale do Acaraú* (UVA). E-mail: deciopgomes@gmail.com.

originário ao poder de reforma da constituição. Portanto, deve ser feito o seguinte questionamento: qual via específica de reforma da legislação para este fim? Tendo em vista que é um dispositivo da Constituição Federal de 1988 que diz que: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Por fim, como dito, apesar da proposta destes escritos está voltada mais aos critérios técnicos jurídicos do status constitucional da questão da redução da maioria penal, não foram omitidas breves abordagens em relação a outros aspectos que orbitam em torno do tema.

Então, depois de superado este ponto jurídico, aí sim, poderá a sociedade traçar mais seguramente os novos limites da aplicação de sanções ao menor infrator.

ORDENAMENTO JURÍDICO E NORMAS DE *STATUS* CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

O ordenamento jurídico da República Federativa do Brasil como o de qualquer outro estado nacional constituído sob o pálio do estado de direito tem várias espécies normativas além da lei.

No caso brasileiro a Constituição expressa as diversas espécies normativas como sendo: emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Essas normas são chamadas de atos normativos primários².

De modo que, para uma melhor análise da questão da redução da maioria penal proposta no início destes escritos é preciso observar primeiramente a previsão legislativa da norma, que é mencionada no art. 27 do Código Penal Brasileiro nos seguintes termos: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.” A partir desta previsão se torna claro que a lei geral não se aplicará ao sujeito considerado menor, uma vez que este, como dito, terá tratamento em lei especial³. Essa lei especial a que se refere o mencionado artigo do Código Penal Brasileiro é a lei 8.069 de 13 de julho de 1990 que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente e que em seu artigo 2º diz: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a

2 São chamados de atos primários ou primeiros porque dentre as mais diversas espécies normativas existentes em um ordenamento jurídico estas tiram o seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal. De modo que, por constarem na previsão expressa do texto constitucional e pelo fato de não existirem entre tais espécies normativas e a constituição outros atos que as fundamentam, é que gozam do *status* de normas primeiras.

3 Apesar do Código Penal (lei geral) tratar das condutas mais perniciosas à existência da sociedade este não se aplica aos menores por força da proteção de que gozam em lei especial, o ECA. Portanto, havendo lei especial que regulamente a matéria em questão, mesmo que haja previsão em norma geral, aquela prevalecerá em relação a esta.

pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”, portanto, o tratamento ao menor na legislação infraconstitucional foi regulamentado em lei especial⁴.

Embora o código penal diga que suas normas não têm incidência nos menores de dezoito anos, é a previsão na Constituição Federal da inimputabilidade ao menor de dezoito anos que enseja o problema em torno das propostas de redução, assim vejam: “art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Vale destacar que a discussão não é em torno da maioridade civil ou eleitoral mas sim da penal, ou seja, da questão da inimputabilidade aos que tenham menos de 18 anos completos para efeito da aplicação de sanções. Condição que deverá ser comprovada segundo o que decidiu o Supremo Tribunal Federal⁵.

Assim sendo, pelo fato da maioridade penal constar no texto constitucional isso acarreta uma série de implicações de ordem jurídica, pois, no momento em que o legislador constituinte inseriu o mencionado dispositivo no rol de normas da constituição ele o elevou a um *status* privilegiado dentro do ordenamento jurídico, ou seja, ao patamar de supremacia que tem a Constituição da República Federativa do Brasil. Esta que é uma constituição de características formal e rígida, portanto, é principalmente a rigidez constitucional que escalona o ordenamento jurídico ou o conjunto ou complexo de normas jurídicas de um estado como se refere Norberto Bobbio (1999, p. 19).

De maneira que, é em razão da rigidez que esse apanhado de todas as normas de um determinado estado nacional se coloca de maneira hierarquizada, pois, rigidez é técnica que tem como intuito privilegiar as normas constantes no texto da constituição em face das outras normas que compõem o ordenamento jurídico.

4 “Estatuto da Criança e do Adolescente. Medida socioeducativa.[...] *Aplica-se, na espécie, o princípio da especialidade, segundo o qual se impõe o ECA, que é norma especial, e não o CC ou o CP, diplomas nos quais se contêm normas de caráter geral.* A proteção integral da criança ou adolescente é devida em função de sua faixa etária, porque o critério adotado pelo legislador foi o cronológico absoluto, pouco importando se, por qualquer motivo, adquiriu a capacidade civil, quando as medidas adotadas visam não apenas à responsabilização do interessado, mas o seu aperfeiçoamento como membro da sociedade, a qual também pode legitimamente exigir a recomposição dos seus componentes, incluídos aí os menores. Precedentes.” (HC 94.938, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12-8-2008, Primeira Turma, DJE de 3-10-2008. Grifo nosso) No mesmo sentido: HC 96.355, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, Informativo 547; HC 94.939, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 14-10-2008, Segunda Turma, DJE de 6-2-2009.

5 “A alegação de menoridade deve ser comprovada, em sede processual penal, mediante prova documental específica e idônea, consistente na certidão extraída do assento de nascimento do indiciado, imputado ou condenado. Precedentes da Corte. A mera invocação, pelo paciente, de sua condição de menoridade, desacompanhada de meio probatório idôneo – a certidão de nascimento – é insuficiente para justificar o acolhimento de sua pretensão.” (HC 68.466, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-12-1990, Plenário, DJ de 8-3-1991.) No mesmo sentido: HC 71.881, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 3-3-1995, Segunda Turma, DJ de 19-05-1995.

Interessante ressaltar que a partir do momento em que os pensadores do direito vislumbraram o caráter imprescindível de um conjunto de direitos básicos e imprescindíveis a assegurar a dignidade da pessoa humana, a exemplo do direito à inviolabilidade da vida, da liberdade, da segurança e da propriedade, foi desenvolvida uma maneira de resguardar tais direitos como verdadeiras joias jurídicas, pois, são fundamentais às modernas sociedades organizadas.

É por conta da experiência humana em relação ao exercício do poder e sobretudo pelos arbítrios cometidos no passado por detentores de poder ilimitado e dissociados de qualquer valor convencionalizado pelo grupo social que pudessem servir de parâmetro às políticas do Estado que aprimoramos a técnica de nos proteger pelo direito. Assim, a partir do novo ideal toda ação estatal deverá ter o fim de garantir às pessoas um mínimo de dignidade e esta não se alcança sem se impor limites através do direito aos que detêm poder, pois, o que cada um procura em vida é ser feliz mas a felicidade jamais será propiciada em um Estado que exerça poder de maneira arbitrária.

Em suma, a dignidade da pessoa humana se apresenta como um direito vinculado a qualquer ideal subjetivo de felicidade, ou seja, não há felicidade onde não haja dignidade assegurada à pessoa humana.

Então, partindo do pressuposto de que o que se busca em vida é a felicidade e só com dignidade há condição de se ser feliz, esse estágio sem a proteção de núcleos de direitos ligados à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dentre outros, jamais seria possível. Aí podemos perguntar: de que maneira isso se viabiliza nas modernas constituições?

É simples, estabelecendo-se um procedimento de reforma da constituição muito mais árduo solene e dificultoso para alterar o seu texto como algo muito mais trabalhoso do que o esforço exigido para se criar ou alterar normas infraconstitucionais. Isso foi justamente o que a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu para a sua reforma⁶.

6 A Constituição Federal estipula como legitimados a apresentarem propostas de emenda a seu texto (as chamadas PECs) o mínimo de 1/3 da Câmara dos Deputados Federais ou 1/3 do Senado Federal (e como a Câmara tem 513 deputados o menor número de assinaturas para uma PEC incorrer nas rígidas exigências constitucionais é de 171 deputados, já no Senado Federal que tem uma composição de 81 membros essa exigência seria precisamente atendida com no mínimo a assinatura de 27 senadores), porém, se fosse para apresentar um projeto de lei só seria necessária uma única assinatura de um deputado federal ou de um senador, portanto, note a diferença de 171 para apenas 1 no caso das proposições comparando-se uma PEC e um projeto de lei. E mais, para deliberar sobre a proposta é necessária a aprovação de 3/5 dos membros de cada casa e ainda em dois turnos de votação (uma primeira votação na câmara que deverá ter um mínimo de 308 votos a favor da PEC em meio a todos os 513 deputados. Resultado que depois de algumas sessões deverá acontecer novamente, em segunda deliberação e nesta segunda votação é também exigido o mínimo de votos a favor, ou seja, 3/5 dos 513 membros. De forma que, se após todo esse esforço hercúleo for a PEC aprovada na Câmara seguirá para o Senado que também deverá votá-la em dois turnos, respeitando em cada votação em favor de sua aprovação o mínimo de 3/5 dos votos e, 3/5 de 81 senadores correspondem a 49 votos. Caso contrário a PEC será rejeitada). Entretanto, se for um projeto de lei ordinária que se encontra em deliberação, para que seja aprovado, basta que a maioria simples dentre os presentes na casa

Por conta dessa diferenciação formal entre a possibilidade de mudança das normas constitucionais e infraconstitucionais a Constituição passa a ter um posicionamento hierarquicamente favorecido em relação às outras normas existentes no ordenamento jurídico inclusive servindo como parâmetro ao controle de constitucionalidade que é um juízo de adequação das leis e atos normativos aos comandos de quem lhes é suprema⁷.

Curioso é que, como a Constituição da República Federativa do Brasil é formal o *status* de norma suprema é dado a qualquer dispositivo que nela esteja inserido independentemente de versar sobre conteúdo típico de Constituição que, se assim o fosse, só permitiria constar nos textos das constituições matéria propriamente constitucional, ou seja, normas constitucionais de organização da estrutura do Estado, normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, normas definidoras de princípios, normas de repartição de competências, forma de aquisição e exercício do poder, etc.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, diz que o que ocorreu com a nossa Constituição, do tipo formal, tem a ver com o fato de que: “[...] as circunstâncias políticas do momento histórico em que são elaboradas ou reformadas fazem com que as Constituições, invariavelmente, contenham normas que não correspondem ao conteúdo explicitado acima.” (2011, p. 105-106) De maneira que, dentre muitos, o exemplo mais citado na doutrina é o artigo 242, § 2º, que trata do *status* federal de um colégio de ensino médio do Rio de Janeiro, Colégio Pedro II, e que pelo fato de constar na Constituição se coloca no mesmo patamar hierárquico de qualquer outra norma dela, mesmo sem ter qualquer relação com matéria tipicamente constitucional.

Diz ainda referido autor que: “Tal fato levou a doutrina a cunhar o conteúdo de *normas apenas formalmente constitucionais*, que têm essa natureza por integrarem o documento formal Constituição, mas não pela matéria de que tratam⁸.” (BARROSO, 2011, p. 106. Grifo do autor)

legislativa assim decida. Exigi-se não mais do que um único voto de diferença entre os que aprovam e os que não aprovam, e ainda, em um único turno de votação. O que em regra começa pela Câmara e depois segue para o Senado. Repare que para se emendar a constituição é exigido um processo mais dificultoso em relação ao processo legislativo ordinário ou comum, com isso, se é mais fácil mover algo, subtede-se que o que é mais difícil é conseqüentemente mais rígido.

7 O controle de constitucionalidade é o mecanismo de proteção presente na constituição como um instrumento garantidor da prevalência de seus ditames em relação a qualquer outra espécie normativa. É verdadeira garantia de sua supremacia. Algo que anula qualquer tentativa de desrespeitá-la, de modo que, em um eventual conflito entre uma norma infraconstitucional e a constituição esta sempre prevalecerá e acarretará, em regra, a nulidade do dispositivo que com ela vai de encontro.

8 Fiz questão de transcrever a título de esclarecimento ao leitor a nota de referência de nº 24 trazida em relação a esta citação no livro do autor Luís Roberto Barroso (2011, p. 106): “Usualmente, a doutrina emprega a expressão ‘normas materialmente constitucionais’ para designar as normas que tratam de questões fundamentais e integram a Constituição. A rigor, portanto, essas normas são formal e materialmente constitucionais. E emprega a expressão ‘normas formalmente constitucionais’ para identificar as que integram a Constituição mas não têm o conteúdo típico, isto é, normas ‘apenas’ formalmente constitucionais.

Neste diapasão, também é clara a lição de Paulo Bonavides (2001, p. 64):

As Constituições não raro inserem matéria de aparência *constitucional*. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.

Entra essa matéria, pois, a gozar da garantia e do valor superior que lhe confere o texto constitucional. De certo tal não aconteceria se ela houvesse sido deferida à legislação ordinária. O paradoxo maior acontece porém nos sistemas de Constituição formal ou rígida, onde copiosa matéria de índole constitucional pode ficar excluída do texto constitucional, bem como sua regulamentação relegada à órbita da legislação ordinária.

Então diante do que foi exposto a norma que versa sobre a maioria penal de dezoito anos no texto da Constituição já se torna algo em destaque, pois, diante do prisma da formalidade não pode pairar qualquer dúvida acerca de seu *status* de norma formalmente constitucional e, conseqüentemente, superior a todas as outras normas infraconstitucionais. Fato este que implica uma imposição para qualquer eventual tentativa de alteração de seu texto, ou seja, que só possa ser feito pelo procedimento rígido do artigo 60 da Constituição desde que também possível à luz dos limites materiais. Sob pena de nulidade.

De forma que, como já amplamente ressaltado, a idade em que se adquire a maioria penal foi definida pela Constituição Federal de 1988 e qualquer dispositivo da lei maior para que seja alterado deverá observar o processo de reforma previsto em seu artigo 60.

LIMITES À REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Processo é meio pelo qual se exerce poder e no caso em destaque, a tentativa de alterar a Constituição com o fito de reduzir a maioria penal deverá respeitar as condições preestabelecidas por quem criou a Constituição e este Poder foi o Poder Constituinte Originário que permitiu a um outro Poder, também criado por ele, conhecido como Poder Constituinte de Reforma ou Reformador, essa prerrogativa⁹. Ressalte-se que este Poder Reformador está adstrito a parâmetros de ordem formal e material.

⁹ É salutar à própria existência ou continuidade da Constituição que ela institua a possibilidade de mudança de seu texto, pois uma Constituição legítima é fruto de uma assembleia nacional constituinte que se reúne em determinado momento para constituir um novo estado do ponto de vista jurídico e estabelecer de maneira dogmática os valores de sua época. Mas a sociedade que é organizada pela Constituição é dinâmica e ainda resta a cada dia mais complexa, pois, está em um processo de constante mudança. Então, se não fosse possível uma via de adaptação ou uma possibilidade da Constituição se adequar às mudanças sociais (diante de uma constituição imutável se estaria) ela facilmente tornar-se-ia

Assim sendo, do ponto de vista formal alterar dispositivo da Constituição não representa um grande empecilho, pois basta que se obedeça ao rito de elaboração de uma emenda à Constituição e então as questões formais jamais ensejarão uma nulidade do ato a partir de uma inconstitucionalidade desta natureza, de maneira a não incorrer em vícios de ordem procedimental.

Mas o problema a ser enfrentado está na questão material, e é preciso fazer o seguinte questionamento: a redução da maioria penal esbarraria em uma cláusula impeditiva de reforma diminutiva de seu núcleo de proteção?

O Art. 60 da Constituição estabelece que para que se possa reformá-la, além de se observar às limitações de ordem formal ou procedimental, há também de se pautar pelas limitações de ordem material ou de conteúdo. Então, há um conteúdo protegido na Constituição que é insuscetível de alteração supressiva ou diminutiva. Um núcleo duro de matérias que impossibilita o poder de reforma de fazer qualquer alteração de modo a diminuir o seu campo de proteção, o que no dizer de André Ramos Tavares correspondem ao “cerne intangível da Constituição” (2012, p. 1295).

Este cerne são as cláusulas de pedra, o sustentáculo ou o arcabouço das Constituições, portanto, qualquer tentativa de supressão destas cláusulas acarretaria grande mácula na estrutura da lei maior. Daí a impossibilidade absoluta de serem alteradas para menos.

Para entender melhor essa questão imaginem a Constituição como um prédio ou edifício que começa pelas fundações e depois passa a ser estruturado por pilares e vigas de sustentação, estes são feitos a partir dos materiais mais resistentes e seguros para que desempenhem uma função de arcabouço, agora, os compare com o material que constitui as paredes de tijolos de barro ou até de gesso.

As vigas e os pilares são compostos de ferro ou aço e ainda com pedras e de uma argamassa de grande quantidade de cimento que se torna o concreto armado. Já os tijolos revestem os espaços maiores da construção porém não representam a estrutura do prédio, ou seja, algo que lhe dê sustentação. Imaginem agora a tentativa de modificar o prédio retirando uma parede da sala para tentar ampliar ou melhor redefinir seu espaço, tal mudança não seria qualquer ameaça de modo a acarretar qualquer risco ao sustentáculo da obra, agora, remova um pilar ou uma viga e todo o prédio poderia desabar. Pois bem, as cláusulas pétreas são as vigas e os pilares que sustentam a Constituição e conseqüentemente não deve ser admitida qualquer tentativa de retirá-las, sob pena de acarretar no colapso do ordenamento jurídico que ela comanda.

algo obsoleto e conseqüentemente, rapidamente, algo descartável. É preciso destacar que uma constituição deve ser feita para se “eternizar”, ou seja, ser elaborada sem prazo de validade e para assegurar tal condição só se for permitido sua mudanças natural, uma vez que todo povo tem direito de rever sua norma magna.

Na Constituição da República Federativa do Brasil o artigo 60, §4º elenca as *cláusulas pétreas explícitas como sendo: I - A forma Federativa de Estado, II - O voto direto, secreto, universal e periódico, III - A separação dos poderes e IV - Os direitos e garantias individuais.*

Pois é justamente no inciso IV do mencionado dispositivo que reside a questão da eventual possibilidade de se alterar a idade penal de dezoito anos para algo menor que isso. Porque se o artigo que traz a previsão da maioridade penal na Constituição for considerado um direito individual então, a princípio, por força de cláusula pétrea não poderá ser modificado para algo menor que os dezoito anos estabelecidos por ela, impossibilitando juridicamente qualquer tentativa de mudança neste sentido.

Sobre o tema, Marcelo Novelino afirma que: “Os direitos individuais são aqueles conferidos ao indivíduo para protegê-lo contra o arbítrio do Estado ou de outros particulares (*direitos de defesa ou direitos de resistência*)”. (2013, p. 69. Grifo do autor). Portanto, é inegável que o aumento das possibilidades de se sofrer a restrição da liberdade pode configurar, a depender do caso, em um exercício arbitrário por parte do Estado que é quem tem o monopólio da aplicação de penas.

Sabe-se que parcela significativa da sociedade deseja que os que tenham idade maior de dezesseis ou até mesmo maior de quatorze anos possam responder penalmente por seus atos.

Para os que se posicionam de modo contrário isso aumentaria o poder do Estado e diminuiria a esfera de liberdade destes sujeitos que não fariam mais jus a uma medida sócio educativa que se comparada ao cumprimento de uma pena pode ser considerada uma benesse.

Digo o seguinte: é possível ser contra a redução da maioridade penal sem ter de apelar para a interpretação de que isso seria vedado juridicamente pela Constituição.

Os crimes praticados por menores de dezoito anos são chamados pela lei especial de atos infracionais e seus autores de menores infratores. As sanções previstas são chamadas de medidas socioeducativas e se limitam apenas aos adolescentes que são os sujeitos com idade entre doze anos completos e dezoito anos de idade incompletos. Contudo é possível que a sanção efetivada através da tal medida socioeducativa de internação possa ser em caráter excepcional, aplicada ao garoto de até vinte e um anos, o que para uma sociedade indignada é muito pouco, verdadeiro privilégio de que goza o menor por mais cruel que tenha sido o seu ato.

Estabelece também o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 121, § 3º, que: “em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos”, isso por cada ato infracional de natureza grave. E ainda, estabelece que após esse período deve ele passar ao sistema de liberdade assistida ou semiliberdade. Assim sendo, se restar configurada a impossibilidade jurídica da mudança, a sociedade deverá encontrar outros meios para sancionar as condutas atentatórias cometidas por estes menores de modo a sancioná-los por outra via que não seja a pena em si, mas algo que tenha um resultado eficaz.

MAIORIDADE PENAL COMO CLÁUSULA PÉTREA

Curioso é que topograficamente o artigo 228 da Constituição Federal não faz parte de seu rol expresso de direitos fundamentais, o que vai do art. 5º ao 17. Também é fato que dentre estes há o rol dos direitos individuais que são tornados cláusulas pétreas por força do parágrafo 4º, inc. IV do art. 60 da Constituição federal. Então, como poderia o art. 228 ser uma cláusula pétrea se tampouco está entre os direitos previstos no Título II da Constituição Federal que trata dos fundamentais e dos individuais?

A doutrina de Gilmar Mendes (*Curso de Direito Constitucional*, p. 145) responde de maneira clara a esse questionamento quando afirma que os direitos individuais vão além do rol exemplificativo e não taxativo do art. 5º, portanto, é perfeitamente possível a previsão constitucional de direitos individuais fora do art. 5º da Constituição da República.

Para Marcelo Novelino (2013, p. 1054), a questão do menor é um direito individual e consequentemente uma cláusula pétrea, o constitucionalista destaca inclusive que o constituinte utilizou o critério biopsicológico para chegar à idade de dezoito anos e que, portanto, alguém de menor idade não tem plena capacidade de entender os seus atos. Confira *infra*:

A Constituição proteceu como *penalmente inimputáveis* os menores de 18 anos, os quais estão sujeitos às normas da legislação especial (CF, art. 228). Em harmonia com a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), que define como tal todo ser humano menor de 18 anos de idade, o constituinte utilizou o critério biopsicológico para considerar que o indivíduo menor de 18 anos não tem plena capacidade de entender os seus atos. Como garantia individual decorrente do processo de universalização dos direitos humanos, a *inimputabilidade penal para menores de 18 anos* deve ser considerada *cláusula pétrea*.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, retrata o seguinte:

[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Sob esse prisma, o da proteção apenas do núcleo essencial de direitos fundamentais, seria possível a redução da maioridade penal, sobretudo se for utilizado do critério biopsicológico¹⁰ que é

¹⁰ *Crítérios utilizados para Aferição da Inimputabilidade* - Três são os critérios que buscam definir a inimputabilidade: a) Critério biológico; b) Critério psicológico; c) Critério biopsicológico ou misto. De acordo com o critério biológico, a inimputabilidade decorre da simples presença de causa mental deficiente. Não há qualquer indagação psicológica a respeito da capacidade de autodeterminação do agente. Estando presente uma das causas mentais deficientes (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior),

algo indissociável da questão que justifica a idade da inimputabilidade. O referido critério considera ao tempo do crime que o indivíduo apresenta uma causa mental deficiente e aí, portanto, por não possuir ainda capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento é inimputável.

Pois é exatamente nisso que se pode ter a brecha para que, sem ofender cláusula pétrea, se possa alterar o art. 228 da Constituição da República.

Em síntese, a teoria da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais diz que estes direitos só são aparentemente imutáveis quando interpretados *prima facie*, mas que na verdade sob uma análise sistemática, razoável e proporcional é possível se alterar o texto de cláusula pétrea sem, contudo, lhe retirar o núcleo de proteção.

Portanto, no caso da maioria penal, mesmo que sofrendo uma redução é possível manter a mudança dentro dos parâmetros constitucionais desde que respeitados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade na alteração.

Tampouco os menores ficariam sem o tratamento diferenciado que merecem, pois, não é a regra que os diferencia por uma capacidade de discernimento distinta que será extinta. De maneira que não se iria igualar o menor ao maior, jamais, a proposta iria, ainda que com a redução, manter uma proteção aos menores que realmente merecem um tratamento diferenciado nos termos do critério biopsicológico.

Destaco que um comparativo entre o cenário de 1988 (data de promulgação da Constituição e inserção do art. 228) e o atual cenário sobre a capacidade de discernimento do brasileiro já revela que atualmente estas gerações “evoluem” de maneira mais rápida. De modo que pela média do brasileiro a capacidade de compreensão dos fatos em um sujeito de dezessete anos nos idos de 1988 não resistiria numa relação com a dos jovens de mesma idade na contemporaneidade.

Não haveria na redução equilibrada qualquer inconstitucionalidade material porque é inegável que os adolescentes do século XXI não são mais os mesmos do milênio passado. É isso o que se constata, e de maneira redundante repito o entendimento de que pelo mencionado critério os nossos menores entre dezesseis e dezoito anos de idade não se igualam aos de vinte e cinco anos atrás, época

exclui-se a imputabilidade penal, ainda que o agente tenha se mostrado lúcido no momento da prática do crime. Conforme o critério psicológico, a inimputabilidade só ocorre quando o agente, ao tempo do crime, encontra-se privado de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento. Neste sistema, não há necessidade que a incapacidade de entender ou querer derive de uma causa mental preexistente. Finalmente para o critério biopsicológico, a inimputabilidade decorre da junção dos dois critérios anteriores. Senso inimputável o sujeito que ao tempo do crime, apresenta uma causa mental deficiente, não possuindo ainda capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1239/1181>>.

em que o mesmo critério foi utilizado para definir a idade da incapacidade penal. Naquele tempo chegou-se a conclusão que o razoável e o proporcional não eram os menores de vinte e cinco ou vinte e um e sim os menores de dezoito anos de idade que não atingiram a maturidade mínima exigida para se tornar alguém imputável, hoje seria uma idade menor ainda.

CONCLUSÃO

Dentre as diversas espécies normativas que existem no ordenamento jurídico é possível diferenciá-las entre norma que gozam de um *status* constitucional e outras que têm um *status* inferior, este complexo sistema de normas jurídicas se encontra escalonado em face da rigidez constitucional e, portanto, a Constituição em razão desta técnica se coloca como a norma suprema perante todas as outras normas.

Nesse contexto a previsão legislativa da maioridade penal é mencionada em três dispositivos normativos, a saber: no art. 27 do Código Penal Brasileiro, com o texto: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”, e em outros dois dispositivos um na lei geral que não se aplicará aos sujeitos considerados menores, uma vez que estes terão tratamento em lei especial. Essa lei especial é a lei 8.069 de 13 de julho de 1990 que instituiu o *Estatuto da Criança e do Adolescente* que em seu artigo 2º menciona que “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”, portanto, o tratamento ao menor na legislação infraconstitucional foi regulamentado em lei especial, mas consta também na Constituição que o conferiu *status* de norma constitucional.

Esse *status* de norma formal e materialmente constitucional implicou na discussão se era ou não possível a alteração de cláusula pétrea, além de só poder ser o texto alterado por procedimento próprio de reforma à Constituição e, do ponto de vista do campo de proteção impresso como limite material ao poder de reforma esse tipo de norma é *prima facie* insuscetível de mudança supressiva do seu núcleo de proteção.

Chego à conclusão que o artigo da maioridade na Constituição é considerado direito individual fora do rol exemplificativo do art. 5º do texto magno, portanto, cláusula pétrea.

Mas sob esse prisma da proteção apenas do núcleo essencial de direitos fundamentais é possível a redução da maioridade penal ao se utilizar do critério biopsicológico que é algo indissociável dessa questão, pois, é o que justifica a idade da inimputabilidade ao considerar ao tempo do crime que o indivíduo apresenta uma causa mental deficiente, portanto, não possuindo ainda capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento.

Assim sendo, é exatamente nisso que se têm a via para que, sem ofender o núcleo de proteção da cláusula pétrea, se possa alterar o art. 228 da Constituição da República.

O caso da maioria penal pode sofrer sim uma redução, desde que respeitados os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade e o mantimento no texto da constituição de uma proteção aos menores que realmente merecem um tratamento diferenciado por se enquadrarem nos termos do critério biopsicológico do século XXI e não nos do milênio passado. Concluo que não haveria qualquer inconstitucionalidade material, afinal, é inegável que os adolescentes do século XXI não são mais os mesmos do milênio passado e não se igualam, portanto, aos de vinte e cinco anos atrás, quando segundo o referido critério utilizado para definir a idade da incapacidade penal chegou-se a conclusão que o razoável e proporcional à época, não eram os menores de vinte e cinco ou vinte e um anos, e sim os menores de 18 anos de idade. Hoje a partir de vários estudos de universidades americanas, com certeza, seria uma idade menor ainda.

Não poderia deixar de ressaltar que a própria Constituição em seu artigo 14 reconhece a capacidade de discernimento do maior de dezesseis para a escolha dos destinos políticos do país quando lhes assegura o direito de sufrágio que é exercido pelo voto.

Mas a despeito de restar configurada esta possibilidade jurídica da redução da maioria penal, penso que a sociedade deverá encontrar outros meios para sancionar as condutas atentatórias cometidas por estes menores, de modo a sancioná-las por outra via que não seja apenas a da pena em si, mas algo que tenha um resultado eficaz.

Seria mais racional do que a ameaça de repressão de trancafiar com “doutores” do crime meninos de quatorze a dezessete anos mantê-los cientes de que há uma sanção diferenciada para eles e que será efetivamente cumprida e que eles jamais sairão impunes. Também se poderia trabalhar e protestar socialmente por políticas públicas que combatam a corrupção e que mantenham todas as crianças e adolescentes dentro da escola de qualidade dos quatro aos dezessete anos, das 8 às 18h. Isso seria um ponto de partida para a solução do problema do menor infrator.

Por fim, afirmo que aqueles que como eu, que não são a favor da redução, têm todo o direito do mundo de assim se posicionarem, mas o motivo que os legitima a isso não deve ser jurídico, porque como demonstrado a Constituição pode sim ser emendada neste sentido.

REDUCTION OF CRIMINAL MAJORITY A (IM) POSSIBILITY OF THE POWER CONSTITUENT REFORM LEGISLATION

Abstract: This article has the purpose to determine whether it is constitutionally possible to reduce the age of criminal responsibility before the limitations imposed on the power to reform the constitution by the original constituent power.

Keywords: *Rights of constitutional status. Limits to Power of Reform Constitution. Criminal Age.*

REFERÊNCIAS

- BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990*. 5ª Ed. Salvador - BA. Editora: Juspodivm, 2011 .
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso De Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001 .
- BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011 .
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Recebido em 14/05/2013. Aprovado em 18/09/2013.