

O CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS PÉTREAS
À LUZ DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO
CONSTITUCIONALISMO: A REDUÇÃO DA
MAIORIDADE PENAL É CLÁUSULA PÉTREA?

*THE CONTENT OF THE CLAUSES STONY
THE LIGHT OF HISTORICAL CONSTITUTIONALISM
EVOLUTION: THE REDUCTION OF MAJORITY
IS CRIMINAL ETERNITY CLAUSE?*

Flavia de Campos Pinheiro¹
Nuno Roberto Coelho Pio²

RESUMO:

As diversas manifestações pela mudança na Constituição para reduzir a maioria penal apresentaram-se como fonte de inspiração para se empreender a uma análise a respeito dos limites materiais ao Poder Reformador da Constituição, sobretudo o atinente aos direitos e garantias individuais, previstos no art. 60, §4, IV do Texto. Desse modo, partindo da evolução histórica do constitucionalismo, procurou-se fazer um estudo sobre o Poder Constituinte Originário e Derivado Reformador, analisando o conteúdo das limitações materiais à Constituição, tendo como pretexto da discussão a redução da maioria penal.

PALAVRAS-CHAVES: *Constitucionalismo. Direitos Fundamentais. Poder Constituinte Originário. Poder Constituinte Derivado. Redução da maioria penal.*

¹ Mestre e doutoranda em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professora de Direito Constitucional da PUC/SP. Email: flavia_pinheiro@terra.com.br

² Mestrando em Direito Administrativo pela PUC/SP.

ABSTRACT:

The recent several intents in changing the Constitution to reduce the constitutional defense of infancy represented a source of inspiration to engage an analysis in which concerns the material limitations to the Reformer Constituent Power, mainly about the individual rights and guarantees, provided by article 60, §4, IV of the Constitution. Thus, starting from a historical evolution of constitutionalism, we sought to make a study about the Reformer and Original Constituent Power, analyzing the content of material limitations to constitutional changes, taking as pretext the discussion of the constitutional defense of infancy.

KEYWORDS: *Constitutionalism. Fundamental Rights. Original Constituent Power. Constituent Power.*

I INTRODUÇÃO

Tendo em vista diversas manifestações pela reforma da Constituição de 1988 para se estabelecer a redução da maioria penal, nasceu o anseio de se empreender uma análise sobre essa possibilidade, com base na construção de um conteúdo para as cláusulas pétreas materiais, à luz da evolução histórica do Constitucionalismo.

É dizer, a Constituição Federal, fruto do Poder Constituinte soberano, criada, sobretudo, com a finalidade de garantir direitos de diversas ordens à sociedade, carrega um significado que se construiu, não todos de uma vez, nem de uma vez por todas, mas sim paulatinamente, no decorrer da história, como fruto de acontecimentos históricos.

Com esse significado dinâmico, nasce com o propósito de permanecer no ordenamento jurídico, como documento fundante do Estado e garantidor de direitos. Isso não significa que ela não possa ser modificada para acompanhar às mudanças ocorridas na sociedade, sempre respeitando seu núcleo básico, que lhe dá sua estrutura, seu sentido, sua essência. Esse cerne, também chamado de cláusulas pétreas, representa as opções essenciais do constituinte sobre determinados assuntos tão caros a ele e à sociedade, que devem ser respeitados e preservados de qualquer tentativa de mudança.

Diante da preocupação com a preservação desse núcleo intangível, questiona-se: qual é o alcance e o limite dessa limitação material? Se os “direitos individuais” são cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, §4º, IV da Constituição, qual é a interpretação dada a essa expressão? Como interpretá-la de forma coerente com o neoconstitucionalismo?

São algumas questões que o texto pretende analisar.

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO SOB O ENFOQUE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO

Na tentativa de satisfazer a pretensão de refletir sobre o alcance das cláusulas pétreas no sistema constitucional brasileiro e engendrar solidamente um raciocínio que a isto se preste, faz-se necessário retomar as suas mais profundas raízes. Como premissa primeira de qualquer reflexão acerca da imutabilidade de parte de uma Constituição, sobejamente acerca do conteúdo e limite dessa imutabilidade, é necessário estabelecer muito claramente o sentido ontológico, deontológico, político e social de uma Constituição, e também onde as chamadas cláusulas pétreas se inserem na construção destes sentidos.

O estudo pretende realizar uma reflexão acerca do conteúdo das cláusulas pétreas, contextualizando-a com o atual debate sobre a possibilidade de redução da maioria penal. Para tanto, serão utilizadas ferramentas epistemológicas e conceituais que envolvem criação, legitimidade e características de uma Constituição.

Nesta toada, para melhor compreender seu conceito, é preciso observar sua evolução através dos tempos. Será visto adiante que este conceito não é uma verdade imutável, mas depende dos fatores históricos, filosóficos e políticos, premissas para a formulação deste conceito. Assim, a seguir passar-se-á à análise das diferentes acepções do Documento Maior até chegar-se ao constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, que aponta para o que hoje se entende por Constituição. Muito embora festejados autores tenham identificado na antiguidade³ e no medievo⁴ traços deste movimento, não parece próprio falar-se em constitucionalismo,

³ Karl Lowenstein citado por TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, p. 5. São Paulo: Saraiva, 2010 identifica um traço de constitucionalismo no povo hebreu ao enxergar que a atuação dos governantes daquele povo era limitada pelos profetas e sua interpretação dos textos religiosos, identificando-se assim um Estado teocrático. CAPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, a seu turno, enxerga rudimentos de um controle de constitucionalidade na hierarquia sob critério material de normas fundamentais (*nomos*) e meras regras (*pséfismata*) na antiga Grécia. Neste sentido também ARNAOUTOGLU, Ilias. Leis da Grécia Antiga. São Paulo: Odysseus, 2002.

⁴ Mesmo a afamada *Magna Charta* não foi um propriamente um documento constitucional, mas antes um prelúdio do constitucionalismo. Isto pois tratava-se de um documento que não atingia a todos, mas somente produzia efeitos entre o rei e os barões. Além disso, não tinha qualquer força jurídica, mas tão somente um significado político. Por isso mesmo não foi cumprida tão logo alteraram-se as relações de poder entre o rei João I e os barões do reino. Neste sentido cf. SCHMITT, Carl. Teoría de La Constitución. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928, em tradução livre e CAENEGEM, Raoul van. Uma introdução histórica ao Direito Constitucional ocidental. Trad. Alexandre Vaz Pereira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 35-36.

ao menos em constitucionalismo moderno, sem pressupor a concepção de instituição do Estado moderno.

Isto porque o constitucionalismo traz em sua origem e razão de existência, uma relação de poder: o exercício e limite do poder no seio do Estado. É exatamente por isso que a ideia-chave do constitucionalismo é a ideia de limite. De limitação do poder.

Deveras, o constitucionalismo nasce como uma afirmação de liberdade frente aos poderes autoritários e absolutistas de finais do século XVIII, inspirado pelo direito natural e pelas ideias iluministas.

De uma forma mais rigorosa, podem-se anotar dois marcos fundamentais no nascedouro do constitucionalismo. Primeiro, um marco filosófico-teórico consistente no direito natural inerente à pessoa humana e nas ideias iluministas, notadamente as teorias de limitação de poder enunciadas por Montesquieu e a teoria contratualista de Rousseau segundo a qual todos os cidadãos nascem livres e iguais. Ao lado deste, um marco político-histórico evidenciado pelas revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, notadamente a revolução americana, revolução francesa e mais perto do nosso Direito, a revolução do Porto de 1820.

Apesar das origens jusnaturalistas que justificaram, do ponto de vista teórico-filosófico, a ruptura com o *ancien régime*, o constitucionalismo logo ganhou sabores positivistas. É dizer, os princípios de justiça universal, igualdade e liberdade que deram o combustível teórico das revoluções que sacudiram a Europa neste citado momento histórico foram, depois do seu apogeu revolucionário vitorioso, considerados metafísicos e anticientíficos no momento em que triunfava o direito escrito, posto, e as codificações.

Este nascente direito positivo pós-revolucionário dava como dogmas os princípios de direito natural, e, uma vez positivados tais princípios, só se tornaria relevante o direito posto, sem influências do direito natural, empurrado para a margem.⁵

No contexto das revoluções liberais, sob a inspiração do positivismo jurídico, gestaram-se documentos constitucionais escritos e sob esta orientação política - liberal.

⁵ BARROSO Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>..

As características principais do constitucionalismo deste momento, chamado clássico ou liberal, figuram na prevalência de direitos fundamentais de primeira dimensão⁶ - direitos de defesa⁷ ou de liberdade - de um marcado absentismo estatal e da soberania da vontade geral captada no seio dos parlamentos⁸, consagrando uma prevalência quase que absoluta da vontade da maioria. A isso, a doutrina convencionou chamar procedimentalismo ou constitucionalismo procedimental⁹.

O constitucionalismo, como antes se expôs, é apoiado em pressupostos de ordem histórica, teórica, sociológica, filosófica e política. Assim, quando há alteração significativa nestes pressupostos, é natural que ele próprio - e o conceito de Constituição inerente a ele - também se modifique.

Logo no primeiro quartel do século XX, este quadro de pressupostos começou a mudar, inspirado na via teórico-filosófica pela filosofia de Marx e pela nascente doutrina social da Igreja, marcadamente a encíclica papal *Rerum Novarum*; e do ponto de vista histórico-político, pela constatação das falhas do sistema produtivo adotado pós-revolução industrial.

Este momento viu o início da constitucionalização de direitos chamados de segunda dimensão - direitos prestacionais, econômicos, sociais e culturais - que teve como palco as Constituições de Weimar, de 1919, e a Mexicana, de 1917.

Testemunhava-se a adoção de um novo modelo de constitucionalismo, diante do qual se iniciou um profundo debate entre os grandes juristas da época, Hans Kelsen e Carl Schmitt¹⁰, que foi interrompido pela segunda Grande Guerra, e que, justamente em razão desta, tornou-se ainda mais profícuo em questionar as bases do constitucionalismo liberal.

Mesmo a Constituição de Weimar, tida por avançada e de vanguarda em razão da citada constitucionalização dos direitos sociais, viu nascerem sob a sua vigência os terrores do nazismo.

⁶ Classificação de BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2004.

⁷ Classificação de JELLINECK, citado por ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 2. Ed., São Paulo: Livraria Almedina, 2001.

⁸ Tão severo era o dogma da soberania dos parlamentos, que ela estava a salvo até mesmo do Poder Judiciário. Vigia, sobretudo na França, a tese do "juiz boca da lei" que devia limitar-se ao exercício de subsunção, e, se tivesse qualquer dúvida sobre a interpretação de determinada norma, deveria submetê-la ao próprio parlamento para que este fizesse a interpretação autêntica. Neste contexto, o constitucionalismo inglês manteve o dogma da soberania do parlamento e só recentemente - e muito pela atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos - tem relativizado este dogma.

⁹ Na visão de Canotilho, a nomenclatura seria a de constituição-garantia. CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Almedina, 1993, p. 358-359, 369 e 390-395.

¹⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 47.

O fracasso político¹¹ do positivismo estrito, evidenciado pelos regimes fascista e nazista deram ainda mais combustível para o debate e as críticas que já se faziam - mesmo por Kelsen que jamais adotara a ideia do “juiz boca da lei” - dando azo ao nascimento das posições ditas pós-positivistas¹².

Essa nova inclinação teórica atingiu o constitucionalismo com uma força incomensurável, dando nascimento ao que se convencionou chamar neoconstitucionalismo, tamanha a alteração nas suas características. Ao sutil movimento de incorporação dos direitos sociais nas cartas constitucionais, verificou-se uma verdadeira revolução de sentido jurídico nas características do antigo constitucionalismo. Se, outrora o norte havia sido a liberdade, a palavra de ordem do novo constitucionalismo torna-se, sem dúvida a “efetividade”.

As doutrinas pós-positivistas acenaram com a força normativa dos princípios, com a positivação dos valores da sociedade na forma de princípios¹³. Isso resvala no constitucionalismo na medida em que a Constituição passa a não só definir o funcionamento dos órgãos políticos, mas também servirá de abrigo para “um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais.”¹⁴ Trata-se da superação de uma fase procedimentalista do constitucionalismo para uma fase substancialista.

Trata-se de algo diferente daquele Estado liberal tido como ideologicamente neutro, que mais não é que casulo jurídico para os cidadãos poderem viver autonomamente as suas vidas, mas senão um Estado ideologicamente motivado, conduzido, teleológico.¹⁵

Para além dessa considerável mudança de conteúdo, há também uma substancial alteração na forma. O modelo da supremacia do parlamento cede a uma nova visão de supremacia da Constituição, que tem por inerentes a força normativa da Constituição¹⁶, a hierarquia superior da Constituição e o controle de constitucionalidade inclusive em sua faceta contramajoritária.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto, *op. cit.*

¹² Cf. neste sentido John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1993.

¹³ É importante ressaltar que não se deve confundir valores e princípios jurídicos. Os princípios são os valores positivados, juridicizados, extraíveis do ordenamento jurídico positivo. O raciocínio jurídico dogmático deve ater-se somente a estes últimos, ao passo que os primeiros – os valores não positivados – constituem objetos de ciências outras, tais como a ciência política, sociologia, filosofia, etc.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Mundo Jurídico, p. 6-7.

¹⁵ Cf. CAENEGEM, R.C. van. *Op. cit.*, p. 318.

¹⁶ Para um maior aprofundamento, ver HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

Explica-se: a Constituição passa a ser considerada norma jurídica exigível e não mera carta programática ou declaração de intenções. Ademais, coloca-se em posição superior em relação a todo ordenamento jurídico, de modo que a legislação ordinária deveria se conformar a ela e jamais contrariá-la. Isto pois, como norma estruturante dos poderes constituídos, se estes pudessem alterá-la ordinariamente, seria vazia a sua força normativa.

Ao lado disto, reconhece-se a falha política da supremacia dos parlamentos na medida em que as minorias ficam sujeitas a tiranias de maioria. Deste modo, assegurados os direitos da minoria na Constituição e imunizados estes direitos, em relação ao processo político majoritário, diante da força e hierarquia da Constituição, fica o Judiciário autorizado, portanto, a fazer valer a Constituição ainda que contra a maioria e ainda que contra a vontade da maioria expressada no parlamento.¹⁷

Assim, sob o neoconstitucionalismo, observa-se não só o nascimento de novas Constituições (Alemanha, 1949, Itália 1947), mas também a instalação de Cortes Constitucionais: Alemanha, 1951, Itália, 1956, Portugal, 1976, Espanha, 1978.

Pode-se então dizer, que o conceito de Constituição - longe dos documentos programáticos sob a soberania dos parlamentos - para nós, hoje, apoiado nas ideias do neoconstitucionalismo - notadamente a força normativa da Constituição e dos Princípios - aponta duas acepções fundamentais: (i) conceito político - enunciado por Carl Schmitt¹⁸, deriva das inflexões pós-positivistas e positivamente de valores de modo que a Constituição é o conjunto de decisões políticas fundamentais da sociedade, tanto quanto ao funcionamento dos órgãos políticos quanto os fins e valores daquela sociedade (posição decisionista); (ii) conceito jurídico: enunciado por Hans Kelsen¹⁹, reflete a supremacia da Constituição, conceituando como norma em posição de hierarquia máxima sobre as demais no sistema jurídico (pirâmide normativa).

¹⁷ É importante salientar que a ideia de supremacia da Constituição não é inédita e já vigorava na experiência constitucional americana desde o famoso precedente *Marbury x Madison* (1803). Nota-se, ainda, a esse respeito, que a ideia de supremacia da Constituição, soprada pelos ventos americanos aportou entre nós na forma de controle difuso de constitucionalidade em 1890, ao passo que novamente esta ideia influenciou o direito pátrio, mas dessa vez com a roupagem que tomou na experiência continental europeia, aportando entre nós na forma de controle concentrado de constitucionalidade em 1965. Assim, ambos os modelos convivem paralelamente em nosso sistema constitucional embora derivem de origens e momentos históricos radicalmente distintos.

¹⁸ SCHMITT, *op cit.* p. 27.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 247.

3 ORIGEM DA CONSTITUIÇÃO: PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Como visto anteriormente, o constitucionalismo nasceu marcado pelas teorias de limitação do poder e pelas revoluções liberais dos Séculos XVIII e XIX. A teoria contratualista determinava que a sociedade, composta por cidadãos livres e iguais determinava-se pelo contrato social. A Constituição seria, portanto, a lei fundamental elaborada por este contrato social. Todavia, Rousseau²⁰ considerava que a vontade geral não se expressava unicamente na elaboração da lei fundamental, mas se expressava diuturnamente nos parlamentos. É dizer, se o poder constituinte tem por raiz a vontade geral e esta é colhida, a todo momento, na reunião dos representantes da sociedade, então o poder constituinte é perene e assim, está em constante manifestação nas casas parlamentares.

A noção de que a elaboração da lei fundamental e a elaboração ordinária de legislação são momentos distintos deriva dos escritos pós-revolucionários do Abade Sieyès, o primeiro a separar a ideia de poder constituinte da de poder constituído. Ideia esta que não ganhou muitos adeptos durante a fase do constitucionalismo liberal, mas que “caiu como uma luva” para as concepções neoconstitucionalistas de supremacia da Constituição e da superação do dogma da soberania dos parlamentos. Isto porque, para Sieyès, o poder constituinte é soberano, e os poderes constituídos - aí incluídos os parlamentos - a ele estão submetidos.

Para chegar-se a isto, ele inicia por responder a pergunta-título de seu estudo, concluindo que o “terceiro Estado” é a nação, o povo na sua totalidade, e só este povo, esta nação, pode ser autora do contrato social, só o povo na sua totalidade e não apenas a maioria do povo.

A nação, para Sieyès²¹, poderia sempre alterar o pacto social, mas somente quando agisse como nação. Somente o povo na sua totalidade -

²⁰ “Não existe, nem pode existir nenhum tipo de lei fundamental obrigatória para o corpo do povo, nem sequer o contrato social, que pode ser alterado, quantas vezes se fizer necessário, pela convenção da vontade geral”. ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato social**, Livro 1, Cap. 7.

²¹ “Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seus primeiro grau. As segundas devem ser estabelecidas por uma vontade representativa especial. [...] Como é que um corpo constituído pode decidir sobre sua Constituição? Uma ou várias partes integrantes de um corpo moral não são nada separadamente. O poder só pertence ao conjunto. [...] Os representantes ordinários de um povo estão encarregados de exercer, nas formas constitucionais, toda esta porção da vontade comum que é necessária para a manutenção de uma boa administração. Seu poder se limita aos assuntos do governo. Os representantes extraordinários terão um novo poder que a nação lhes dará como lhe aprouver. Como uma grande nação não pode, na realidade, se reunir todas as vezes que circunstâncias fora da ordem comum exigem, é preciso que ela confie a representantes extraordinários os poderes necessários a essas ocasiões. [...] Mas é verdade que uma representação extraordinária não se parece em nada com a legislatura ordinária. São poderes diferentes. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Considerações Preliminares sobre o que é o Terceiro Estado**. Estado. *passim*.

nação - teria, portanto poder constituinte que obrigaria seus membros. Já as representações ordinárias, os membros da nação, os mandatários - que não se confundem com a nação assim como a parte não se confunde com o todo - teriam poderes constituídos, limitados pela vontade da nação expressa pelo poder constituinte.

Diante da impossibilidade fática de reunir-se a nação em sua totalidade para deliberar e decidir, Sieyès propõe, como alternativa para que se faça a necessária separação entre poder constituinte e poder constituído - que para o primeiro se elejam representantes extraordinários, com poderes especiais em relação à legislatura ordinária, responsável pelo segundo.

Sieyès não abandona a tese do poder constituinte permanente, perene, como se depreende de suas palavras: “Eu entendo que ela [nação] pode obrigar seus membros, seus mandatários, e tudo o que lhe pertence; mas será que ela pode impor deveres a si mesma? O que é um contrato consigo mesma? Sendo as duas partes a mesma vontade, ela pode sempre desobriga-se de tal compromisso.” Todavia, para ele, este poder constituinte tem um tempero diferente. Deveras, este poder se apresenta permanente, mas em estado de latência: elabora uma constituição por meio de representantes extraordinários, e recolhe-se à latência aguardando um momento de ruptura, um hiato constitucional²², que justifique nova convocação da nação, por meio da representação extraordinária, para a elaboração de uma nova lei fundamental.

Novamente recorrendo às palavras do Abade francês: “uma nação é independente de qualquer formalização positiva, basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo”. Do que se extraem com absoluta clareza as características do poder constituinte originário. Isto porque, se para este poder - entendido como a manifestação da nação independente - não há “formalização positiva” para sua manifestação, então ele há de ser incondicionado. Se “basta que a vontade apareça para que todo direito político cesse” ele há de ser inicial, pois que construirá originariamente um novo direito político. E por fim, se ele é “fonte e mestre supremo do direito positivo”, há de ser ilimitado juridicamente²³. Consti-

²² Trata-se de situação na qual há rompimento absoluto entre o conteúdo da Constituição e a vontade da nação. Cf. DANTAS, Ivo. **Poder Constituinte e Revolução**, Rio de Janeiro: Rio sociedade cultural Ltda, 1978.

²³ A doutrina entende que a ausência de limitação está no campo jurídico, havendo quem defenda a existência de limitações morais, de direito natural, de direito internacional, etc.

tuindo-se, portanto, como um poder de fato, um poder político que rompe com a ordem jurídica anterior inaugurando uma ordem jurídica nova, e, por conseguinte, um novo Estado - não geográfica, mas juridicamente - que sob a nova ordem jurídica se estrutura.

Todavia, somente o hiato constitucional severo, uma ruptura de grandes proporções autoriza o exercício do poder constituinte originário. Quando haja alterações menos sensíveis no tecido social, que não justifiquem essa medida abrupta, mas necessitem de uma adequação constitucional - até mesmo para que não se chegue à situação extrema do hiato - entra em cena a mudança constitucional, como adiante se detalha.

4 MUDANÇA CONSTITUCIONAL

Denomina-se mudança constitucional todo procedimento utilizado para a reforma da Lei Maior, com o intuito de adaptá-la às transformações sociais, permitindo sua atualização constante.

A Constituição Federal pode ser alterada por um processo formal de Emendas, bem como pelo desenvolvimento progressivo da jurisprudência, pelo surgimento de novos costumes. Trata-se de mudança decorrente de uma nova forma de interpretar a Constituição, sem que haja mudança em seu texto.

É verdade que em alguns momentos, não é possível trilhar esse caminho, tornando-se necessário buscar o processo formal de mudança.

Independentemente do caminho, fato é que a Constituição é texto vivo, que deve refletir os anseios da sociedade e acompanhar seu desenvolvimento, razão pela qual as mudanças lhe são inerentes.

5 MUTAÇÃO

Existe uma forma de mudança na Constituição que decorre de nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade sem que haja modificação no texto da norma. Ou seja, o texto continua o mesmo, mas se atribui outro significado à norma. Quando isso ocorre em âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.

A mutação constitucional é processo interpretativo com utilização mais acentuada como decorrência da abertura da Constituição. As normas constitucionais no constitucionalismo moderno apresentam, não raras vezes, alto

teor abstrato, o que revela dificuldades interpretativas maiores do que as apresentadas em outros segmentos jurídicos. Esse cenário fortalece a tarefa dos intérpretes em identificar o conteúdo e alcance da norma. Soma-se a isso a possibilidade de evolução do texto constitucional por meio da interpretação, permitida por essa abertura. Essa evolução é conhecida como mutação constitucional informal, que ocorre sem qualquer alteração do texto.

De acordo com André Ramos Tavares, essa mutação constitucional pressupõe a fixação de uma interpretação anterior pela Justiça Constitucional a posterior fixação de outra interpretação para o mesmo suporte normativo, pela mesma instância. Nesse sentido, “a afirmação da ocorrência de mutação informal, portanto, pressupõe uma comparação temporal que conclua pela diversidade de compreensão de um mesmo enunciado normativo²⁴”.

É de se ressaltar que a nova interpretação deve encontrar apoio no texto da norma, sem desprezitar princípios básicos do Texto Maior.

5.1 Reforma da Constituição: Poder Constituinte Derivado

A reforma da Constituição, assim como a mutação, tem por finalidade básica revitalizar o Texto, atualizá-lo, acompanhando as transformações constantemente ocorridas na sociedade. Visa a “prevenir um processo de erosão da Constituição²⁵”.

Desse modo, a própria Constituição institui uma maneira de modificar o seu texto por meio de processo formal de alteração.

É de se ressaltar que a ideia do poder reformador não é criar nova Constituição, mas sim ajustá-la às novas conjunturas sociais. Por essa razão, existe uma competência que cria o Texto Maior - por meio da manifestação da Nação independente - e a competência que o modifica para permitir sua constante atualização. Fala-se, então, em Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado ou Reformador, ambas formas de expressão da soberania do Estado, mas com funções distintas.

Há controvérsia doutrinária a respeito da natureza dos Poderes Originário e Derivado. Há quem entenda que não haveria diferença substancial entre o Poder Constituinte originário e o derivado, uma vez que ambos constituem forma de expressão da soberania estatal. Entre-

²⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 10 ed., p.107.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 123.

tanto, conforme foi visto, o Poder Constituinte Originário tem um tempero diferente. Considerado manifestação da Nação independente, ele se manifesta em momento de ruptura política de grandes proporções, absoluta, em que aquele modelo, considerado no todo, não se ajusta mais àquela sociedade. Quando esse momento se aproxima, justifica-se a convocação da Nação por meio da representação extraordinária para elaboração de novo Texto.

Para o presente trabalho, o Poder Revisional, criado pela Constituição, deve se limitar aos parâmetros previstos no próprio ente criador, lembrando que seu propósito não é criar nova Constituição, mas ajustá-la às novas conjunturas emergentes. Por essa razão, limita-se aos parâmetros das opções essenciais feitas pelo Constituinte originário.

O Constituinte Originário, conforme foi visto, é forma de expressão da soberania para dar início a novo Texto Constitucional, rompendo com o ordenamento jurídico anterior e criando novas regras para fundamentar juridicamente o Estado. Todavia, somente uma ruptura de grandes proporções autoriza seu exercício.

Por outro lado, o Poder Constituinte derivado, reformador, tem o propósito de modificar a Lei Suprema de acordo com o previsto pelo Constituinte Originário. Não há criação. Não há elaboração de novo documento estruturante do Estado por meio desse procedimento. A Constituição é a mesma, com os mesmos princípios e estruturas. Há, apenas, reforma. Partindo-se dessa ideia, é possível entender que a identidade básica do texto deve ser preservada. Nesse sentido, o Constituinte Originário estabeleceu os preceitos que não devem ser modificados, como forma de manter a unidade de seu trabalho.

A principal característica da reforma concerne à existência de um procedimento formal de alteração, com regras próprias, previstas no próprio Texto, atribuído a um órgão com competência para realizar tais alterações. A expressão “Reforma Constitucional” é utilizada para designar esse processo formal de mudança, que engloba duas modalidades, a saber, a Emenda e a Revisão, sendo a primeira a regra efetiva de mudanças, e a segunda, o recurso excepcional previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Portanto, a Emenda é o meio normal de modificar a Constituição, excluídas as limitações materiais impostas pelo art. 60, §4º do Texto Maior.

Esse procedimento decorre de uma competência atribuída a alguém para reformar a Constituição, denominada de Competência Reformadora, também conhecida como Poder Constituinte Derivado. Desse modo, Poder Constituinte Derivado é a competência prevista no Texto para modificar a Constituição Federal, conforme anota André Ramos Tavares: “O poder constituinte derivado, por sua vez, designa a parcela de competência atribuída ao próprio corpo legislativo encarregado de elaborar as leis em geral, por meio da qual se confere a faculdade de modificação da Lei Magna²⁶”.

Esse “Poder” apresenta algumas características, que contribuem para definir seu formato e seus limites, que serão vistas adiante.

6 CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

A primeira característica que decorre de uma de suas denominações se justifica pela vinculação ao Poder que lhe dá origem. É dizer, ele é derivado, pois deriva do Poder Constituinte Originário.

É jurídico, pois encontra seu fundamento de validade no ordenamento jurídico, ou seja, na Constituição. Significa que, para que o Poder Constituinte Derivado seja exercido, dando ensejo à mudança no texto, deve-se respeitar o procedimento de alteração previsto no ordenamento jurídico. Esse procedimento dá ensejo à terceira característica. O Poder Constituinte Derivado é condicionado. Ou seja, seu exercício deve seguir regras previamente estabelecidas na Constituição Federal. O processo de modificação é feito por meio de Emendas à Constituição. A Emenda é a espécie normativa, prevista no artigo 59, inciso I, para a modificação do Texto. São regras do processo de Emenda à Constituição: iniciativa, discussão e votação, aprovação, promulgação e publicação. A proposta de emenda deve ser aprovada pelo voto de 3/5 dos membros de cada Casa Legislativa, em dois turnos de votação.

Por fim, o Poder Constituinte Derivado é limitado. Quer dizer que o Congresso Nacional, em sua função de reformar a Constituição, esbarra em uma série de restrições, normalmente previstas no próprio Texto Constitucional. São denominadas de limites ou vedações.

²⁶ Op. Cit., p. 73.

6.1 Limites

Existem algumas espécies de limites ou vedações à reforma constitucional. Os limites processuais dizem respeito ao procedimento que deve ser observado na criação de uma Emenda à Constituição. Referem-se à competência, iniciativa, quórum para a aprovação da proposta de Emenda à Constituição. É importante mencionar que as Emendas não passam pela manifestação do Poder Executivo, na medida em que não cabe ao Presidente da República sancionar ou vetar proposta de Emenda. Conforme visto, alguns autores incluem esse limite (processual) no rol de características, denominando-o de Poder Constituinte condicionado.

As vedações circunstanciais correspondem à impossibilidade de reforma da Constituição em determinadas situações anormais, expressamente previstas. Na vigência de Estado de Sítio, Estado de Defesa e Intervenção Federal, não é permitido modificar a Constituição.

Além disso, existe disposição constitucional estabelecendo restrição à reapresentação de proposta de emenda que tenha sido rejeitada ou prejudicada na mesma sessão legislativa. É a denominada vedação procedimental.

Por fim, o limite sujeito a maiores controvérsias é aquele que impede a modificação de determinados assuntos, comumente denominados de cláusulas pétreas, que serão analisadas abaixo. São aquelas vedações que se referem ao conteúdo de certas normas estabelecidas pelo Poder Constituinte e que não podem ser objetos de reforma.

6.2 Cláusulas pétreas

É frequente o Legislador Constituinte Originário entender por bem estabelecer a impossibilidade de alteração de determinados assuntos considerados estruturantes do Estado. O conjunto de normas componentes do conteúdo imutável, conforme mencionado acima, é denominado de “cláusulas pétreas”.

Em que pese a maior parte dos doutrinadores encontrar-se a favor de tais limitações, é de se mencionar a existência de vozes divergentes, expendendo argumentos contra as cláusulas pétreas, tais como: se é função do poder reformador evitar o surgimento do poder constituinte originário, as cláusulas pétreas, paradoxalmente, fazem desaparecer essa função; não conseguem se manter além dos tempos e fracassam em tempos de crise; admite-se que o Estado pode decidir por sua própria extinção, logo, não há razão para que ele não possa modificar seu próprio ordenamento constitucional.

Os limites materiais correspondem ao conteúdo imutável do Texto. Conforme foi visto, a reforma tem por objetivo revitalizar a Constituição como um todo, preservando-se a identidade básica do texto.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco comentam que a ideia de limites ao exercício do poder de reforma é controversa. Os autores questionam se há justificativa para que uma decisão tomada no passado não possa ser revista no futuro em virtude de um novo consenso criado em torno do assunto petrificado²⁷.

Além disso, a ilegitimidade das cláusulas pétreas fundamentar-se-ia na inexistência de diferença entre o Poder Constituinte Originário e o Derivado, na medida em que ambos são formas de expressão da soberania estatal. Nesse rumo, não teria sentido considerar o Poder Constituinte Originário, por ser anterior, superior à vontade do Poder Constituinte Revisional.

A contrario sensu, um dos argumentos é que o procedimento de elaboração da Lei Maior teve uma perspectiva supostamente universalista e atemporal que justifica as limitações aos poderes constituídos. Outro argumento que justifica a existência dessas cláusulas de limitabilidade é que elas compõem o núcleo essencial da Constituição, que deve ser preservado de qualquer mudança institucionalizada. E o Poder Constituinte pode estabelecer essas restrições por ser juridicamente superior ao poder de reforma.

O Poder Revisional criado pela Constituição deve se limitar aos parâmetros das opções essenciais feitas pelo Constituinte Originário, na medida em que não tem o propósito de criar nova Constituição, mas sim adaptá-la às mudanças. Portanto, as cláusulas pétreas serviriam para manter inalterável a essência do projeto do Constituinte Originário. Esse é o entendimento que predomina no Brasil e o adotado no trabalho.

Ao se reconhecer a possibilidade de o Poder Constituinte estabelecer tais restrições, não significa que a geração seguinte esteja presa às decisões da geração anterior. Ela aceita enquanto concordar com elas. Nada impede que o povo rompa com as limitações impostas pela Constituição, por meio da manifestação do Poder Constituinte Originário.

Essa linha de raciocínio caminha ao encontro do pensamento de Sieyès, no sentido de que os poderes constituídos, incluindo o de reforma, são limitados pelo Poder Constituinte Originário e suas escolhas, cabendo tão

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Op.cit.*, p. 120-121.

somente a este rever suas escolhas quando o consenso se desfça. Ressalta-se, ainda, a dicotomia legitimidade ordinária *versus* extraordinária de um e outro titular de tais Poderes, o que fortalece a assertiva de que o Poder Constituinte Originário e juridicamente superior ao Poder Constituinte Derivado.

Nesse passo, as cláusulas pétreas apresentam papel importante: preservar a essência do Texto legitimamente criado. As cláusulas pétreas não têm por meta preservar a redação da norma, mas sim impedir a ruptura com as estruturas essenciais da Constituição. Nesse sentido, a alteração da redação da norma, se não comprometer seu sentido e sua essência, não será inconstitucional.

De todo modo, saber quando uma modificação afeta ou não cláusula pétrea depende de análise do caso concreto.

A Constituição prevê, em seu art. 60, §4º, as cláusulas pétreas, a saber: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a Separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. O trabalho terá por enfoque a análise do campo coberto pela cláusula atinente aos direitos individuais.

Existem cláusulas pétreas expressas, que são aquelas que retiram a possibilidade de reforma das matérias expressamente designadas como tais.

Há, ainda, as cláusulas pétreas implícitas, que são aquelas que decorrem do espírito da Constituição, também passíveis de polêmicas, em maior grau. A principal delas decorre da incerteza em sua indicação. Nelson de Sousa Sampaio menciona as relativas aos direitos fundamentais, à titularidade do poder constituinte e do poder reformador, as concernentes ao processo da própria emenda. Maurice Hauriou fala em princípios superiores à Constituição escrita, tais como a Separação de Poderes, aqueles contidos na Declaração Francesa de Direitos. Celso Bastos se apoia na ideia de formulá-las a partir do direito positivo de determinado Estado e na necessidade de se identificar um sistema de princípios que, se desrespeitados, implicaria a ruptura da ordem constitucional²⁸. Para o autor, uma cláusula pétrea implícita comum a todos os ordenamentos é o que estabelece o titular do poder reformador.

A área de proteção é ampla. Nada que tenda a abolir os objetos ali protegidos pode ser modificado. Na esteira dos ensinamentos de André Ra-

²⁸ Op. Cit., p. 53.

mos Tavares, a imutabilidade das cláusulas pétreas apresenta as seguintes características: “i) refere-se a qualquer norma constitucional que contenha (veicule) alguma dessas matérias; ii) impede apenas que a reforma seja tendente a abolir, não impedindo o alargamento ou reforço dessas matérias, especialmente dos direitos fundamentais”²⁹.

Tema de grande preocupação concentra-se na amplitude conferida à expressão “direitos individuais”, cláusula pétrea prevista no artigo 60, §4º, IV da Constituição. É dizer: tendo em vista a redação literal do referido dispositivo, que estabelece que não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os direitos individuais, a Constituição permite a alteração restritiva de direitos sociais?

Em que pesem vozes divergentes, a doutrina majoritária atribui ao termo aceção ampla³⁰, incluindo no núcleo imutável os direitos sociais, fundamentando-se na inexistência de primazia entre os direitos individuais e sociais. Reconhece-se, ainda, que os direitos sociais e coletivos, no fundo, são também interesses de cunho individual, embora de expressão coletiva. Nesse sentido, o trabalho caminha no sentido de atribuir aos direitos sociais o manto da imutabilidade.

7 DOS DIREITOS SOCIAIS E DA ORDEM SOCIAL

A Constituição Federal dedica um Título à ordem social. É de se notar, todavia, que esse mesmo Texto, alhures, reservou um Capítulo à tutela de direitos revestidos de caráter social.

Nesse sentido, inicialmente, o Texto enumerou, no artigo 6º, os direitos sociais, pormenorizando sua disciplina no Título da Ordem Social.

Pode-se afirmar que a Constituição deu bastante relevo à ordem social. Nas palavras de José Afonso da Silva, ela forma, “com o título dos direitos fundamentais, o núcleo substancial do regime democrático instituído”³¹.

É importante mencionar que o Título da Ordem Social misturou assuntos que não se afinam a direitos dessa natureza. Há matérias que não apresentam conteúdo típico de ordem social.

²⁹ *Op. Cit.*, p. 79.

³⁰ Ver: André R. Tavares, Paulo Bonavides, Ingo W. Sarlet, Gilmar Ferreira Mendes, Paulo G. Gonet Branco.

³¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 828.

Em que pese a atecnia na formulação desse Título, o trabalho parte do reconhecimento de que a proteção à família, à criança, ao adolescente e idosos compõe a ordem social, por serem, nomeadamente, direitos sociais.

7.1 A criança e o adolescente na Constituição de 1988

Vê-se, neste diapasão, a Constituição de 1988 como Constituição Dirigente de nítida inspiração social, na medida em que compõe um documento que estabelece opções políticas no que concerne à Ordem Social. Em outras palavras: a Constituição organiza a ordem social axiológica e teleologicamente sob o vetor da dignidade da pessoa humana, do qual espraiam-se todos os comandos normativos e interpretações sob a nova ordem jurídica instaurada.

É possível perceber, portanto, que a adoção da dignidade da pessoa humana como norte normativo e interpretativo tem como decorrência lógica a proteção jurídica de todos aspectos concernentes à dignidade da pessoa. Por exemplo: a proteção aos direitos da personalidade, o direito ao mínimo existencial e o reconhecimento à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento³². É este último aspecto, especificamente, que merecerá maior aprofundamento neste estudo.

O reconhecimento dessa condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, faz sobressair dentre as opções políticas do Constituinte para a organização da ordem social a explícita proteção constitucional dada a crianças e adolescentes. O que acarreta na ordem jurídica nacional a superação da chamada doutrina “menorista” pela doutrina da proteção integral.

A doutrina dita “menorista”, vigente entre nós no período pré-1988 era calcada no binômio carência-delinquência³³. Isto é: só havia previsão de políticas públicas e tratamento legal específico para os menores que se encontrassem em duas situações bastante marcadas: (i) risco social de me-

³² Neste sentido ver: GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. “Criança e Dignidade da Pessoa Humana”, In: Tratado Luso-Brasileiro da Pessoa Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 1049.

³³ Como se percebe pela reprodução literal do Código de Menores quando elenca os sujeitos submetidos às suas disposições: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.

nores abandonados ou em condições precárias para seu desenvolvimento; e (ii) menores quando cometessem infrações penais.

A doutrina da proteção integral, a seu turno - justamente em razão da já citada condição peculiar de pessoa em desenvolvimento - acena com a necessidade de proteção que atinge todos os indivíduos nestas condições. Abandona-se a ideia do menor visto sob uma ótica de objeto de direitos, sob autoridade do pátrio poder, submetido à intervenção estatal somente nas hipóteses de carência/delinquência; por uma nova concepção de cidadão-criança e cidadão-adolescente, sujeitos de direitos, submetidos a um dever-poder familiar - cujo objetivo é garantir os tais direitos - e sujeitos à proteção integral a ser conferida pelo Estado.

A adoção da proteção integral possui diversas consequências jurídicas: a expressa prioridade e garantia dos direitos sociais de crianças e adolescentes, a passagem da centralidade do sistema de proteção do judiciário para órgãos municipais de atenção e, sobretudo no tratamento dado a crianças e adolescentes no cometimento de infrações penais. Com relação a esta consequência, a doutrina da proteção integral redundou na previsão constitucional da inimputabilidade penal de crianças e adolescentes.³⁴

A inimputabilidade é excludente da culpabilidade, entre os elementos caracterizadores do crime. Há, na doutrina penalista, a defesa de que a inimputabilidade esteja intimamente relacionada à capacidade de compreender a ilicitude da conduta.³⁵ Todavia, parece mais adequado um conceito mais abrangente de inimputabilidade, tal qual o enunciado por Aníbal Bruno para quem esta seria o “conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível”³⁶

Nestes termos, para fixação da inimputabilidade, três são os critérios possíveis no que concerne a crianças e adolescentes: (i) critério etário ou biológico - para o qual se fixa uma presunção absoluta de que antes de determinada idade o indivíduo não reúne o conjunto de condições necessárias para a imputação penal; (ii) critério do discernimento ou psicológico - não estabelece presunções, sendo determinado caso a caso se as referidas condições estão ou não presentes; e (iii) critério misto ou biopsicológico -

³⁴ CF, Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

³⁵ Neste sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 242.

³⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 2. p. 65.

estabelece uma presunção relativa de que antes de determinada idade o indivíduo não reúne as referidas condições, podendo esta presunção - como relativa que é - ser elidida por prova em contrário. Ressalte-se que tanto o critério do discernimento quanto o critério misto partem do princípio de que as condições necessárias para a imputação penal resumem-se ao discernimento, isto é, a compreensão ético-jurídica da conduta e a capacidade de autogoverno, ao passo que o critério biológico leva outros fatores em consideração, como se verá adiante.

Para melhor compreensão dos citados critérios e de modo a evidenciar tanto o critério atualmente adotado como os motivos para tanto à luz dos aspectos constitucionais observados no início deste capítulo, passa-se agora a uma descrição sucinta do tratamento dado à inimputabilidade penal de crianças e adolescentes ao longo da evolução jurídica brasileira.

7.2 Inimputabilidade penal de crianças e adolescentes no Brasil

A primeira lei penal do Brasil independente é o Código Criminal do Império de 1830. De inspiração no Código Napoleônico de 1810, empregou o critério biopsicológico. A maioria penal era fixada aos 14 anos mas se admitia a imputação de maiores de 8 anos e menores de 14 anos se comprovado o discernimento na prática do ato.³⁷

A este Código Criminal se seguiu o Código Penal de 1890, já sob a República. Bastante criticado à época por retrocessos em termos de direitos e garantias, bem como por preceder a ordem constitucional. Este Código afastou a presunção relativa vigente no Código Imperial, decretou a inimputabilidade absoluta antes de 9 anos e estabeleceu a consulta de discernimento, caso a caso, dos maiores de 9 e menores de 14, mantendo-se a maioria penal nesta faixa etária.³⁸

Em razão do alto grau de subjetivismo deste critério e a completa ausência de isonomia e segurança jurídica nas decisões, resultando em verdadeiro fracasso do modelo, esta sistemática foi revogada pelas leis 4.242/21 e pelo Código de Menores de 1926 que adotaram o critério biológico e estabeleceram a inimputabilidade como presunção absoluta

³⁷ Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commetido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.

³⁸ Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 annos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

antes dos 18 anos. Neste novo sistema, o maior de 14 e menor de 18 que incidisse em conduta tipificada como criminosa, “conforme sua condição de abandono ou perversão” tinha como destino casas de educação e preservação ou era confiada à guarda de pessoa idônea, ambos até a idade máxima de 21 anos.

O Código Penal de 1940, atualmente vigente³⁹, manteve a adoção do critério biológico, convivendo com a já citada disposição do Código de Menores para os casos de “menores infratores”. Nelson Hungria, comentando tal dispositivo, atesta ser esta uma opção de política criminal ao estabelecer a presunção absoluta de que menores de 18 anos são desprovidos das condições da responsabilidade penal. Em suas palavras: “ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará, talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício”.

Como se percebe, o festejado penalista dissocia a imputabilidade da mera capacidade de discernimento, mas detectando neste conceito, como aqui anteriormente exposto, outras condições relevantes. Notadamente o que o indigitado mestre refere em sua preocupação com a condenação criminal arruinar existência do adolescente condenado, é senão a adoção - ainda que sem este nome - do reconhecimento de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Em outras palavras, dentre condições pessoais do agente relevantes para a imputação ou não de um ilícito penal, como enunciado por Aníbal Bruno, está também, além do discernimento, a “modificabilidade do comportamento do adolescente e sua potencialidade para beneficiar-se dos processos pedagógicos, dada sua condição de pessoa em desenvolvimento”⁴⁰. Se este raciocínio fazia sentido e era adotado sob a “polaca” Constituição do Estado Novo, por maior razão há de o ser sob a Constituição Cidadã de 1988, que dá status constitucional no mais alto grau à dignidade da pessoa humana, ao reconhecimento da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e à proteção integral da criança e do adolescente.

³⁹ O Código Penal de 1969, nunca vigente pois que revogado ainda em sua *vacatio legis*, buscou reintroduzir o critério biopsicológico em seu artigo 33 possibilitando a aplicação de pena com redução de 1/3 ao maior de 16 e menor de 18 se comprovado o seu discernimento.

⁴⁰ LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Org.). **Idade da responsabilidade penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 60.

7.3 Redução da maioria penal e cláusulas pétreas

Como anteriormente aqui já se afirmou, o objetivo deste estudo não é fornecer uma resposta fechada e conclusiva acerca da constitucionalidade de possível redução da maioria penal. Deveras, este estudo se propõe a partir de premissas que fundamentam conceitos, tais como o Constitucionalismo, o Poder Constituinte, da Ordem Social, dos Direitos Sociais e a própria noção de cláusulas pétreas.

O assunto da redução da maioria penal se torna, então, um pano de fundo para o desenvolvimento de silogismos a partir destas premissas e do diálogo que se estabeleça entre elas. Isto em mente, prossegue-se.

O que se pode depreender dos capítulos imediatamente anteriores a este, o que fica claro na demonstração tocante à Ordem Social constitucionalizada em 1988 e aos contornos da imputabilidade penal dos menores de 18 anos é de que existe uma pertinência claramente identificável entre o modelo social previsto em 1988 e esta disposição específica.

Explica-se: A imputabilidade penal revela em seu íntimo uma opção política social da Constituição por uma postura ideológica, porque não dizer, teleológica, sobre como encarar a juventude. Esta opção política faz parte do modelo que a Constituição elaborou para a Ordem Social nacional. A imputabilidade dos menores, como visto e avalizado pela mais festejada doutrina penalista, funda-se na concepção da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento. Trata-se de desdobramento direto do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, como acima verificado, o rompimento da doutrina menorista e sua substituição pela doutrina da proteção integral – de que, repete-se, a imputabilidade é reflexo direto – revela um elemento estrutural da ordem social definida pela Constituição. Essa troca de modelos – com todas as consequências a ela atinentes – é uma das pedras de toque da nova ordem social inspirada pelo vetor interpretativo da dignidade da pessoa humana, faz parte, nitidamente, do núcleo identitário da nova ordem constitucional.

A Constituição, ao proteger com a máxima rigidez determinados aspectos de seu texto, procurou, com isto, selar um mínimo do modelo constitucional adotado. Procurou resguardar um campo mínimo que resumisse os anseios mais profundos da lei maior, postos a salvo para que o sistema não fosse desfigurado. Em outras palavras: as engrenagens mestras do sis-

tema, que dão liga e ditam o ritmo de todas as demais, deveriam estar protegidas. Um câmbio de foco, em verdade, representaria uma ruptura, um verdadeiro hiato constitucional. Não se pode compactuar com uma ruptura de tal ordem que abale os fundamentos da ordem constitucional e que se dê sob o amparo da mesma Constituição que esta ruptura se cria e transfigura. As cláusulas pétreas demandam então que esta ruptura não se faça por vias transversas, mas sim, por nova manifestação do poder constituinte originário.

Colhendo no próprio rol de estrutura mínima protegido pela rigidez máxima encontra-se o dos direitos e garantias fundamentais, rol que a nossa doutrina e jurisprudência há muito já não vê limitado apenas ao artigo 5º da Lei Maior.⁴¹

Tem-se certo que todos os direitos fundamentais se colocam como princípios⁴², na medida em “que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”, não sendo demais afirmar então, que, erigidos como cláusulas pétreas, são, os direitos fundamentais, princípios estruturantes do Estado brasileiro.

É neste contexto que aqui se identifica que a mudança de paradigma da doutrina menorista para a proteção integral – de que a inimizabilidade é indissociável reflexo – representa uma clara opção política de organização da ordem social, um dos pilares na qual esta se funda. Passar a considerar crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, com a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento é uma opção de pesada carga valorativa e que representa o tratamento jurídico mínimo de uma parcela significativa da sociedade. Este postulado – da proteção integral – é basilar. Sobre ele se erigirão todas as relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes.

Assim como todas as relações jurídicas processuais se apoiam na cláusula do devido processo legal, como todas as relações de trabalho e emprego se apoiam sobre o princípio da proteção ao trabalhador, como todas as relações jurídicas consumeristas se apoiam no princípio da defesa do consumidor hipossuficiente, como todas as relações jurídicas ambientais se apoiam no

⁴¹ Por todos: “Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura de direitos sociais, no art. 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do §2º, do art. 5º, segundo o qual ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’”. Voto do Ministro Celso de Mello, Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ementário nº 1730-10/STF

⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 35-36.

princípio-direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, todas as relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes se apoiam no princípio da proteção integral. Neste passo, seria ilógico reconhecer a todas as situações precedentes a sua condição estrutural da ordem jurídica brasileira como engendrada pela Constituição de 1988 – e naturalmente direitos fundamentais, cláusulas pétreas – e não reconhecê-lo para esta última.

Assim, do que vai dito acima se tem que os direitos fundamentais, como cláusulas pétreas, devem ser identificados porque marcas estruturais da ordem jurídica. As reflexões sobre a inimputabilidade penal de crianças e adolescentes, parecem aproximar-se naturalmente junto a este conceito de caráter estrutural. Levando-se assim a inferir que se trata de um direito fundamental erigido como cláusula pétrea.

8 CONCLUSÕES

A análise do conceito de Constituição e do constitucionalismo, bem como de seu processo de surgimento e modificação de suas normas permitiram algumas conclusões a respeito dos limites materiais ao seu Poder de Reforma, que serão alinhavadas a seguir.

O conceito de Constituição foi construído a partir da evolução histórica do Constitucionalismo. Esse conceito se relaciona a fatores históricos, filosóficos e políticos e, por sua imbricada relação com a evolução do constitucionalismo, não tende à solidez imutável.

A primeira fase do constitucionalismo – chamado clássico ou liberal – foi marcada pela prevalência dos direitos fundamentais de primeira dimensão (direitos de defesa ou de liberdade), o que significa a presença de forte absenteísmo estatal.

Com a evolução histórica e conseqüente alteração nos pressupostos sociológicos, políticos e filosóficos, o constitucionalismo e, conseqüentemente o conceito de Constituição sofreram alteração semântica.

A questão social posta em causa no início do século XX, conjuntamente com a trágica experiência política de duas grandes guerras, forja no constitucionalismo as concepções pós-positivistas, ou ainda neoconstitucionalistas, marcando a superação de uma fase procedimentalista para uma fase substancialista, formatando um Estado ideologicamente motivado, conduzido, teleológico.

A análise da evolução histórica do constitucionalismo deu ensejo ao reconhecimento de um novo modelo de Estado.

Essa nova inclinação filosófico-política revigora a concepção de que poder constituinte e poder constituído são momentos e manifestações, lógica e cronologicamente, distintas e subsequentes. O poder constituinte é soberano, e os poderes constituídos - aí incluídos os parlamentos - a ele estão submetidos.

Considerada esta distinção, os contornos do poder constituinte originário se revelam como a manifestação da nação independente por meio de representantes extraordinários, em momentos de gravíssima ruptura política - hiato constitucional.

Somente o hiato constitucional severo, uma ruptura de grandes proporções autoriza o exercício do poder constituinte originário. Quando haja alterações menos sensíveis no tecido social, que não justifiquem essa medida abrupta, mas necessitem de uma adequação constitucional, entra em cena a mudança constitucional, seja por um processo formal de emenda, bem como pelo desenvolvimento progressivo da jurisprudência, pelo surgimento de novos costumes.

Esta mudança formal é feita por um poder constituído, e, portanto, deve se limitar aos parâmetros previstos no próprio ente criador, lembrando que seu propósito não é criar uma nova Constituição, mas ajustá-la às novas conjunturas emergentes. Por essa razão, limita-se aos parâmetros das opções essenciais feitas pelo Constituinte originário, que em nossa experiência positiva estão alocadas nas cláusulas pétreas.

Dentre as cláusulas pétreas está a previsão de rigidez máxima conferida aos direitos e garantias individuais. Há muito já foi superado o critério topológico de identificação de tais direitos que os restringia àqueles previstos no art. 5º do texto constitucional.

Tal critério de identificação, considerando a própria natureza das cláusulas pétreas, só pode ser o da essencialidade. Só pode ser considerado como direito individual dotado de rigidez máxima aquele que é basilar, que estrutura um sistema normativo, que tem, portanto, a feição de princípio estruturante de determinado sistema jurídico.

Tendo a inimputabilidade penal de crianças e adolescentes como pano de fundo desta demonstração, o critério se demonstra com maior clareza: a mudança de paradigma da doutrina menorista para a proteção integral

– de que a inimputabilidade é indissociável reflexo – representa uma clara opção política de organização da ordem social, um dos pilares na qual esta se funda. Trata-se de um princípio estrutural do sistema que regerá todas as relações jurídicas envolvendo crianças e adolescentes. Assim, denota-se o seu caráter de direito individual como cláusula pétrea.

Como aqui muito se asseverou, este estudo não tem a pretensão de chegar a uma conclusão fechada e definitiva, mas somente partir de premissas sólidas e desenvolver o raciocínio silogístico a partir delas como contribuição para (re)preencher o tema da modificação constitucional e das cláusulas pétreas. Sob este prisma, é esta demonstração e reflexão.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- ARNAOUTOGLU, Ilias. **Leis da Grécia Antiga**. São Paulo: Odysseus, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Salvador, **Revista Diálogo Jurídico**, nº 15, jan-mar, 2007.
- BARROSO Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 26 set. 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 4. ed. T. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CAENEGEM, Raoul van. **Uma introdução histórica ao Direito Constitucional ocidental**. Trad. Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993
- CAPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- DANTAS, Ivo. **Poder Constituinte e Revolução**. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural Ltda, 1978.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, Criança e Dignidade da Pessoa Humana, in Tratado Luso-Brasileiro da Pessoa Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Org.). **Idade da responsabilidade penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Discursos sobre a Economia Política**. São Paulo: Hemus, 1981.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

