



5102020013500000000000000100100420001128164246

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO

**PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 171/93
APENSADAS 37/95, 301/96, 531/97, 91/95, 386/96, 426/96, 633/99,
68/99, 133/99, 150/99, 167/99, 169/99 e 260/2000.**

**Altera a redação do Artigo 228
da Constituição Federal –
imputabilidade penal do maior de
dezesseis anos.**

Autor: Deputado Benedito Domingos e
outros

Relator: Deputado Inaldo Leitão

I – RELATÓRIO

A presente proposta de emenda à Constituição, de autoria do Deputado Benedito Domingos e outros, seguida da apensação

de outras propostas iguais ou assemelhadas, visa a alteração do art. 228 da Constituição Federal, que estabelece atualmente a inimputabilidade penal para os menores de dezoito anos, com a sujeição às normas da legislação especial.

Se acolhida a presente alteração, seria reduzida a maioria penal para dezesseis anos, como propõe a maioria dos autores, ou para catorze anos, consoante o conteúdo de uma das PECs.

Na justificação da proposta originária (171/93), assim também nas subsequentes, os autores uniformizam o discurso em defesa da alteração do dispositivo constitucional sob comento, salientando o desenvolvimento mental dos jovens de hoje, comparando-se com a época da vigência do Código Penal (1940), e o amplo acesso que têm à informação, o que lhes possibilitaria maior capacidade de discernimento para compreender os atos que devem praticar.

A matéria tramita nesta douta Comissão há aproximadamente 7 anos, tendo recebido parecer reformulado da lavra do então Deputado José Luiz Clerot, pela inadmissibilidade, não chegando, porém, a ser apreciado pelo conjunto dos parlamentares.

Designado relator, apresentei sucinto parecer pela admissibilidade da PEC 171/93 e apensadas, que foi lido no Plenário desta Comissão. Depois de acalorado e rico debate, foi adiada a discussão do parecer, tendo o então Presidente, Deputado José Carlos Aleluia,

tomado a acertada decisão de realizar duas audiências públicas para uma mais profunda discussão da matéria, de forma a estabelecer maior interlocução entre a Casa do Povo, a sociedade civil organizada e setores do Governo que atuam na área do direito infanto-juvenil.

DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

A primeira audiência pública foi realizada no dia 10 de novembro de 1999, tendo como convidados os jurista Miguel Reale Júnior, a representante da UNICEF Arabela Rota, o desembargador Alyrio Cavallieri, a Secretária Nacional de Justiça Elizabeth Sussekind, o representante da OAB Nabor Bulhões, o Secretário de Justiça do Estado de Minas Gerais Luiz Tadeu Leite, o ex-ministro e prefeito da cidade de Pato Branco Alcení Guerra e o representante da ABRINQ deputado Emerson Kapaz.

Todas as manifestações feitas pelos palestrantes, sem exceção, foram no sentido de se rejeitar a matéria. Isto quanto ao mérito. O argumento central: o falido Sistema Penitenciário Nacional, brutalizador, desumano e incapaz de ressocializar o apenado.

Citando dados do Ministério da Justiça, o jurista Miguel Reale Júnior lembrou que há no Brasil cerca de 20 milhões de menores entre 12 e 17 anos. Destes, 22 mil estão submetidos às medidas

sócio-educativas. A maior parte dos atos infracionais, sustenta Real Júnior, são praticados por adolescentes de 16 e 17 anos. Isso, no entanto, não significa que exista uma avalanche de atos infracionais praticados por menores em comparação com os praticados pelos adultos.

“Devemos desfazer o mito de que existe um aumento (da criminalidade infanto-juvenil)”, ressaltou Reale Júnior lembrando que, pelo último senso penitenciário, haveria no Brasil 85 pessoas encarceradas para cada 100 mil habitantes.

Estatísticas da UNICEF apresentadas pelo pesquisador Mário Volpi revelam que os atos infracionais praticados por adolescentes correspondem a 3,5% por 100 mil habitantes.

Portanto, para o palestrante, a resposta para a redução da criminalidade infanto-juvenil não está na mudança da Lei e sim na efetiva implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. “A falta de aplicação do Estatuto gera uma reincidência que beira os 40%”, concluiu o professor Miguel Reale Júnior.

Quanto à existência de óbice para a alteração do texto do art. 228 da Constituição Federal – considerada por uma corrente de juristas como **cláusula pétrea** – o palestrante assinalou, **verbis**:

“Concordo integralmente com a tese de que os direitos e garantias individuais não se limitam

àqueles que estão estabelecidos no art.5º. Lembro, por exemplo, o direito à anualidade que consta do Capítulo do Direito Tributário. Não há, a meu ver, uma limitação espacial com relação aos direitos e garantias individuais.

“Entendo, por outro lado, que não se estabelece no art. 228 um direito e garantia individual fundamental que deva ser preservado como cláusula pétrea. Acredito que não exista no direito pétreo a inimizabilidade. Ou seja, não há nada que justifique que se deva considerar como imutável, como fundamental, além da estrutura do Estado Democrático, porque foi isso que a Constituição pretendeu fazer ao estabelecer as cláusulas pétreas. Isto é, além da proibição de abolição da Federação, da autonomia e da independência dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico e, ao mesmo tempo, falando dos direitos e garantias individuais enquanto estruturas fundamentais para a preservação do Estado Democrático. Não vejo, portanto, que no art. 228 esteja contido um princípio fundamental, um direito fundamental que deva ser basilar para a manutenção do Estado Democrático.

“Por esta razão não entendo que o preceito que está estabelecido no art. 228 venha a se constituir numa cláusula pétrea.”

Portador da posição oficial da Ordem dos Advogados do Brasil, o jurista e advogado Antônio Nabor Areias Bulhões manifestou-se pela rejeição de proposta desta natureza por diversas ordens de objeções, de natureza de inconveniência e de natureza jurídica, pondo-se a matéria de alguma forma em âmbito até de admissibilidade.

Autor do voto acolhido à unanimidade no Conselho Pleno da OAB, Nabor Bulhões considerou um equívoco pretender fazer crer que a solução para o problema da delinqüência juvenil passaria necessariamente pela responsabilização penal dos adolescentes (a partir dos dezesseis anos).

Para ele, as propostas são fruto de equívocos emergentes de movimentos radicais de política criminal – a exemplo da corrente de Lei e Ordem (*Law and Order*) – responsáveis pela difusão da crença errônea, arraigada na consciência de parcela do povo brasileiro, de que somente o Direito Penal fornece resposta adequada à prevenção e solução dos desvios sociais.

Bulhões cita análise de Damásio de Jesus para fulminar a possibilidade de se inserir no Sistema Ordinário de Justiça Criminal os jovens a partir dos dezesseis anos:

“O Direito Penal Brasileiro mostra-se em fase de concordata. Incursionando no rumo do terreno da corrente de “Lei e Ordem” (Francisco de Assis Toledo, Crimes Hediondos, Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 5:59, n.2), está colhendo o fracasso de seus princípios. Além de não conseguir baixar a criminalidade a índices razoáveis, geram a sensação popular da impunidade, a morosidade da Justiça Criminal e o grave problema penitenciário (sobre o tema: Alberto Zacharias Torom – “Prevenção, retribuição e criminalidade violenta”, RT, 694:275)”.

Sempre tendo como alvo o Sistema prisional brasileiro, Nabor Bulhões reproduz outras menções dignas de registro, por Damásio de Jesus:

César Roberto Bitencourt (Falência da pena de prisão, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993): “A pena privativa de liberdade, como sanção principal e de aplicação genérica, está falida. Não readapta o delinqüente.”

Evandro Lins e Silva (De Beccaria a Filippo Gramática, **in** Sistema Penal para o terceiro milênio,

Rio de Janeiro, Ed. Revam, 1991, p. 33 e 34): “Ela (a prisão) perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável.”

Bulhões cita Manoel Pedro Pimentel para quem nesse campo “nosso insucesso é total” (**Estado de S. Paulo**, 1º/07/77, declaração recordada e mencionada por Virgílio Domici, “A Criminalidade no Brasil”, RJ, Forense, 1984, p.98).

Outros estudiosos consagrados como René Ariel Dotti (“A reforma penitenciária”, Curitiba, Livraria Glignome, 1980; “Bases e alternativas para o Sistema de penas”, Curitiba, Ed. Lútero-Tecnica, 1980) e Jason Albergaria (“Das penas e da execução penal” Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p.38, n. 5.3), são referenciados pelo palestrante como testemunhos do descalabro que é o sistema de penas e degeneração do modelo prisional.

Como caminhos para o enfrentamento deste grave problema, entende Nabor Bulhões que é urgente que a prisão seja imposta somente em relação aos crimes graves e delinquentes de intensa periculosidade.

Nos demais casos, a prisão deve ser substituída pelas medidas e penas alternativas e restritivas de direitos (multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, interdição de direitos, sursis), na mesma linha defendida pelo advogado (e hoje Deputado Federal) José Roberto Batochio, “Alternativas à Pena Criminal”, trabalho aprovado na XVI Conferência Nacional dos Advogados.

Em conclusão, Nabor Bulhões revela dados do último senso penitenciário realizado pelo Ministério da Justiça (1995), objeto de extensa matéria publicada pela revista **Veja** de 23 de outubro de 1996 (p.50). Destaque-se dois pontos da reportagem como síntese da exaustão do Sistema Penitenciário do País: a superpopulação carcerária e a incontrolável propagação do vírus HIV (AIDS), que já atinge entre 10% e 20% dos presos.

E chama a atenção para o fato de que as propostas em análise nesta Comissão conflitam radicalmente com os princípios que o Brasil tem adotado, nos planos interno e internacional, em tema de infância e de juventude.

Reporta-se especialmente à vinculação do Brasil às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, Regras de Beijing (Resolução nº 40/33 da Assembléia-Geral de 29/11/85); às Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, Diretrizes de Riad

(Assembléia-Geral da ONU, novembro de 1990); bem como às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (Assembléia-Geral da ONU, novembro de 1990).

No plano interno, ressalta que a legislação brasileira é a primeira legislação latino-americana a ter incorporado em seu texto tanto as regras de proteção e de garantia dos direitos do menor infrator como as de proteção da criança vítima de abandono ou de outra violência, como se pode ver nos art. 227 e 228 da Constituição Federal, no Decreto-Legislativo nº 28, de 14/09/90, e no Decreto nº 99.710, de 21/11/90, que aprovaram e promulgaram a Convenção da Assembléia-Geral da ONU sobre o Direito da Criança e do Adolescente, e na Lei nº 8.069, de 13/07/90.

Todos os outros palestrantes fizeram análise de **mérito** na mesma linha de censura à alteração do art. 228 da Constituição Federal, centrando suas críticas no Sistema Penitenciário, de forma vigorosa, e apontando como solução para o problema do menor infrator a efetiva implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Durante os debates houve várias intervenções deste relator e dos deputados José Antônio, Nair Xavier Lobo, Iédio Rosa, Marcos Rolim, Jair Bolsonaro, José Roberto Batochio, Fernando Coruja e Geovan Freitas.

A deputada Nair Xavier Lobo indagou diretamente ao advogado Nabor Bulhões se o art. 228 da Carta Política constituía ou não cláusula pétrea, assim entendida como aquela cláusula que só é modificável pelo Poder Constituinte originário.

Em resposta, o palestrante esclareceu que iria manifestar sua opinião pessoal, uma vez que a OAB não havia discutido a admissibilidade da matéria do ponto de vista constitucional. Na verdade, a Ordem verificou que, independentemente da discussão de admissibilidade, era de todo inconveniente, inoportuno e não razoável que se propusesse tal modificação.

No dia 18 de dezembro de 1999 foi realizada a segunda audiência pública com a participação do presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Penais LICÍNIO LEAL BARBOSA, do Presidente do Conselho de Segurança da Região Central Norte NELSON REMY GILLET, da jornalista VALÉRIA VELASCO, da Diretoria do Hospital São Francisco de Goiânia ELIANA FROTA, do presidente do Movimento da Paz e Justiça “Ives Ota” MATAZAKA OTA, do presidente da Associação Paulista de Defesa dos Direitos e das Liberdades Individuais LUIZ AFONSO SANTOS e do presidente da ONG Reação ULISMIR ZANETTA VICENTE, no Plenário desta Comissão.

Coube-me fazer um relato sucinto do conteúdo e da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição e apensadas, assim

como a síntese das posições dos que participaram da audiência pública anterior.

O primeiro a se manifestar foi o Sr. Licínio Leal Barbosa, que fez um histórico da fixação da idade penal desde o primeiro Código Penal Republicano(1890), que estabelecia a imputabilidade penal aos 14 anos, até a promulgação do Código Penal de 1940, que ampliou essa idade para 18 anos.

O expositor fez referência ao direito penal comparado, citando vários países que adotam idade penal em faixa etária inferior a 18 anos: França (13 anos), Espanha (16 anos), Itália (14 anos), Alemanha (14 anos), Suíça (15 anos), Portugal (16 anos), Nicarágua (10 anos), Paraguai (15 anos), Venezuela (12 anos), Chile (16 anos), Cuba (12 anos) e Honduras (12 anos). Lembrou que o Código Penal Tipo para a América Latina preconiza a responsabilidade penal aos 14 anos.

O Sr. Licínio Leal Barbosa assinalou que o tema da imputabilidade penal foi abordado de forma objetiva no anteprojeto do Código Penal de 1969, elaborado pela Comissão Revisora do Anteprojeto Nelson Hungria. Naquela ocasião, o limite da imputabilidade foi mantido nos 18 anos, mas permitindo-se ser imputável o menor de 16 anos a 18 anos desde que revele suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e governar a própria conduta.

Defendendo a redução da idade penal para 16 anos, o Sr. Licínio fez menção ao VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, remido em Roma em 1953, que fixou em 16 anos o limite para a aplicação da pena, conforme consta dos anais publicados em Milão em 1957.

Os demais participantes da audiência pública seguiram a mesma ordem de idéias do Sr. Licínio Leal Barbosa, apelando no sentido de que a matéria fosse aprovada pelo Congresso Nacional.

Quase todos os debatedores relataram casos de parentes que foram vítimas da violência praticada por menores de 18 anos, sustentando que eles tinham plena consciência da conduta delituosa e do caráter ilícito do fato praticado.

Outros debates e entrevistas aconteceram em diferentes pontos do país. Jornais e emissoras de rádio e televisão expuseram a matéria a público, questionando o aumento das ocorrências criminais envolvendo menores de 18 anos. Sobretudo uma pergunta era constante: a redução da maioridade penal inibe a delinquência infanto-juvenil?

Convidado pela direção do curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal da Paraíba (Campus VI, Sousa/PB), discuti com professores, estudantes e operadores de direito a matéria. Depois de acalorado debate, uma

conclusão: a grande maioria propugna pela redução da maioridade penal de 18 anos para 16 anos.

DAS PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

1 - PEC Nº 171/93 – Do Sr. Benedito Domingos e Outros

“Art. 228 – São Penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

2 - PEC Nº 37/95 – Do Sr. Telmo Kirst e outros.

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

3 – PEC Nº 301/96 – Do Sr. Jair Bolsonaro e Outros

“Art. 228 – Os menores de dezesseis anos são inimputáveis, sujeitando-se às normas da legislação especial”.

4 –PEC Nº 531/97 – Do Sr. Feu Rosa e Outros

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

5.- **PEC Nº 91/95** – Do Sr. Aracely de Paula e outros

“Art. 228 – Os menores de dezesseis anos são penalmente inimputáveis, sujeitando-se às normas da legislação especial”.

6 – **PEC Nº 386/96** – Do Sr. Pedrinho Abrão e outros

“Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, excetuados os de idade acima de dezesseis anos no caso de delitos contra a pessoa e o patrimônio e dos definidos em lei como crimes hediondos, observado o que determina o inciso XLVIII do art. 5º”

7 – **PEC Nº 426/96** – Da Sra. Nair Xavier Lobo e Outros

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

8 – **PEC Nº 633/99** – Do Sr. Osório Adriano e outros

“Art. 228 – São penalmente inimputáveis os menores de dezesseis anos, sujeitos às normas da legislação especial, podendo responder processo mesmo quando entre dezesseis e dezoito anos tenham ou não obtido emancipação”.

9 – **PEC Nº 68/99** – Do Sr. Luiz Antônio Fleury e Outros

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

10-PEC Nº 133/99 – Do Sr. Ricardo Izar e outros

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

11 – PEC Nº 150/99 – Do Sr. Maçal Filho e Outros

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

12 – PEC Nº 167/99 – Do Sr. Ronaldo Vasconcelos e Outros

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

13 – PEC Nº 169/99 – Do Sr. Nelo Rodolfo e outros

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

14 – PEC Nº 260/00 – Do Sr. Pompeo de Mattos e outros

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

A Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93 e apensadas cumpriram o requisito formal previsto no art. 60, I, da Constituição Federal.

É o relatório.

II – VOTO DO RELATOR

Compete a esta Comissão de Constituição e Justiça e de Redação o exame da admissibilidade de proposta de emenda à Constituição, a teor do art. 32, inciso III, alínea *b*, e art. 202, *caput*, todos do Regimento Interno .

A apreciação do mérito da matéria refoge à competência deste Órgão Técnico, cabendo essa tarefa à Comissão Especial a ser constituída (RICD, art. 202, § 2º), na hipótese de admissão da proposição.

Passa-se, então, ao exame da admissibilidade da PEC 171/93 e apensadas, que têm por escopo reduzir a maioria penal, alterando a redação do art. 228 da Carta Política.

A matéria é polêmica e vem suscitando intensos debates no Congresso Nacional, na Ordem dos Advogados do Brasil e na sociedade civil organizada. Pesquisas de opinião pública são realizadas e

sempre revelam a intenção da maioria dos entrevistados favoravelmente à mudança.

O instituto da imputabilidade penal está presente em todos os Estatutos Punitivos de que se tem ciência. O que os diferencia é quanto à fixação da idade penal, isto é, a partir de que idade o jovem pode responder penalmente pela prática de um fato definido como crime.

O nosso Código Penal (Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com as alterações na Parte Geral pelas Leis 6.416/77 e 7.209/84) adotou os sistemas *biopsicológico* e o *biológico* para determinar a imputabilidade penal.

Pelo *método biopsicológico* (CP, art. 26, caput), está isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Já o *método biológico* – considerado exceção à regra do art. 26, retro – estabelece a inimputabilidade penal em função da idade do agente independentemente de qualquer das capacidades psicológicas: intelectual ou volitiva. A idade do agente basta, por si só, irrestritamente, sem qualquer aferição psicológica, para que se estabeleça a responsabilidade ou a irresponsabilidade penal.

Para Damásio de Jesus, a imputabilidade penal “é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível” (Código Penal Anotado, Saraiva, 9º ed., 1999, p. 107).

Imputável, assim, é o agente mentalmente são e desenvolvido, pessoalmente capaz de entender o caráter ilícito do fato e possuidor de condições intelectuais para determinar a sua conduta.

O primeiro Código Penal da República (1890) estabelecia a inimputabilidade absoluta aos nove anos de idade. Dos nove aos catorze anos adotava-se o critério do discernimento, através da aferição psicológica, para que se estabelecesse a responsabilidade ou a irresponsabilidade penal, à semelhança do atual modelo alemão. Assim, a imputabilidade estava condicionada à verificação da capacidade de entendimento e autodeterminação dos agentes infratores.

Em 1921 a idade penal foi ampliada para catorze anos e a partir daí até os dezoito anos o infrator era submetido a um processo especial.

A fixação da idade de dezoito anos – em vigor até hoje – adveio com o Código Penal de 1940.

Nenhuma Constituição do Brasil havia incorporado no seu texto o instituto da imputabilidade penal. Mas a Carta de 1988,

promulgada pelo poder Constituinte originário, elevou à categoria de garantia Constitucional a imputabilidade penal, materializada no art. 228, em sintonia com o velho Código Penal: dezoito anos.

Com efeito, os menores de dezoito anos estão sujeitos às normas da legislação especial – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE).

Não há registro de que algum país trate da imputabilidade penal em sede Constitucional. A matéria é disciplinada, nos demais países, em lei ordinária. Muitos códigos fixam limite de dezesseis anos para a responsabilização penal, a exemplo do Canadá, Bélgica, Hong Kong, Israel, Filipinas, Cingapura, África Ocidental Francesa e alguns estados dos Estados Unidos (Nova York, entre eles).

O Código Penal espanhol prevê (art. 8º, nº. 2) que são isentos de responsabilidade criminal os menores de dezesseis anos. A legislação penal italiana considera inimputáveis apenas os menores de catorze anos.

O ordenamento jurídico alemão estabelece a inimputabilidade absoluta para os menores de catorze anos e a inimputabilidade condicionada à verificação da capacidade de entendimento e autogoverno para os maiores de catorze e menores de dezoito anos.

Feitas estas considerações a título de ilustração, passa-se ao núcleo da questão ora examinada: o art. 228 da Constituição Federal é ou não *cláusula pétrea*?

De começo, convém assinalar que, no campo Constitucional, cláusula pétrea é aquela imodificável, irreformável e insuscetível de mudança formal, senão pelos detentores do poder constituinte originário.

O próprio sentido etimológico do vocábulo é tão forte quanto a conceituação: o adjetivo pétrea vem de pedra, significando “duro como pedra”.

O poder derivado pode alterar a Constituição, desde que preservados as cláusulas pétreas. O art. 60 da Suprema Lei possibilita a proposta de emenda mediante os requisitos que menciona (incisos I, II e III), impõe a votação em dois turnos e quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros das duas casas do Congresso Nacional (§ 2º) e veda a iniciativa de emenda na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (§1º).

Não será, porém, objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (C.F., art. 60, § 4º):

“ *I – a forma federativa de Estado;*

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

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.”

Importa perquirir, na hipótese sob comento, se o art. 228 da Magna Carta conforma uma cláusula pétrea. As normas imodificáveis relativas aos direitos e garantias individuais não são apenas as que estão no rol do art. 5º, mas por força do seu § 2º, incluem outras que se espalham pelo texto da Constituição.

Exemplo típico de outros direitos e garantias individuais deslocados para outro eixo da Lei Suprema está esculpido no art. 150, onde estão hospedados princípios como o da legalidade, da isonomia, da irretroatividade e da anterioridade no que diz respeito às garantias dos contribuintes.

Albergado no capítulo do Sistema Tributário, o art. 150 da Constituição encerra norma pétrea evidente, eis que expressamente reporta-se a direitos e garantias individuais. Assim sendo, é indudável que está-se falando de direitos e garantias individuais enquanto **estruturas fundamentais** para a preservação do estado Democrático.

Neste campo, decidiu o Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea e conseqüentemente intocável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, *b*, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um óbice intransponível, a teor do art. 60, § 4º, IV, do Estatuto Básico.

No seu voto, o Ministro Celso de Melo sustentou: “admitir que a União, no exercício de sua competência residual, ainda que por emenda Constitucional, pudesse excepcionar a aplicação desta garantia individual do contribuinte, implica em conceder ao ente tributante poder que o constituinte expressamente lhe subtraiu ao vedar a deliberação de Proposta de Emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais, constitucionalmente assegurados.” (Ementário nº 1.730-10/ STF).

O título II da Constituição Federal de 1988 estabeleceu os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos:

I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos;

II - Dos Direitos Sociais;

III – Da Nacionalidade;

IV – Dos Direitos Políticos;

V – Dos Partidos Políticos.

A moderna doutrina classifica os direitos fundamentais como sendo de *primeira, segunda e terceira gerações*, considerada a ordem histórica cronológica a partir do seu reconhecimento constitucional.

No dizer do Ministro Celso de Mello (STF – Pleno – MS nº 22.164/SP, Diário da Justiça, Seção I, 17/11/95, V. 39.206):

“enquanto os *direitos de primeira geração* (direito civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos

direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”

Classificada como sendo *rígida* – para alguns *super-rígida* – a Carta Política de 1988 somente pode ser alterada ou modificada preenchidos certos requisitos (Art. 60, já citado), assim como em alguns temas é ela imutável (§ 4º, I, II, III e IV de igual artigo).

Também porque *analítica* – contrapondo-se ao modelo *sintético*-a Constituição examina e regulamenta todos os assuntos que sejam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado.

Conforme salienta José Afonso da Silva, *verbis*:

“Assumi o novo texto a característica de constituição dirigente, enquanto define fins e programas de ação futura, menos no sentimento socialista do que no de uma orientação social-democrática imperfeita, reconheça-se” (**in** Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, Prefácio, p. 8).

A verdade, reconhecida por todos, é que os Constituintes de 1988 fizeram incorporar no texto da Constituição Federal dispositivos de conteúdo infra-constitucional, que deviam ser

tratados em sede de lei ordinária. Este fato certamente não deslustra o monumental trabalho de elaboração da Carta Cidadã e tampouco desqualifica a extraordinária interlocução que o Congresso Constituinte conseguiu estabelecer com a sociedade brasileira.

O que não se pode admitir é que normas que não deveriam estar obrigadas na Constituição - dada a sua inferioridade hierárquica - sejam elevadas à categoria de cláusulas pétreas e, por conseguinte, apresentem-se como imutáveis.

Reconheça-se - fugindo dos estilos exegéticos tradicionais - que a Lei Fundamental contém no seu corpo normas pétreas implícitas, mesmo que ainda não identificadas. Assim como encorpa normas *implícitas inequívocas*. Mas tanto a doutrina quanto a jurisprudência avançaram pouquíssimo no esforço de ir além do rol exemplificativo do art. 5º da Constituição.

Em conclusão, pois, e consciente de que cabe a esta douta Comissão o relevante papel de exercer criteriosamente o controle sobre a constitucionalidade das proposições que são submetidas ao seu exame, notadamente no tocante à matéria em apreciação, é imperioso salientar:

1. As cláusulas pétreas constituem um núcleo indevassável que instrumentaliza a construção do Estado Democrático de Direito.

2. Não é possível identificar no texto do art. 228 da Constituição da República uma norma pétrea, isto é, um direito e uma garantia individual que se afigure como um princípio fundamental para a manutenção da estabilidade da Ordem Constitucional e a preservação do Estado Democrático de Direito.
3. Princípios definidos como o da *não conveniência*, da *não razoabilidade* ou da *inoportunidade* de se promover a modificação da proposição em comento refogem ao exame da admissibilidade, eis que tocam diretamente na questão de mérito, a ser apreciada em outra instância.

COM ESTAS CONSIDERAÇÕES, voto pela admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93 e apensados, posto que preenchidos os requisitos do art. 60, I, da Constituição.

De mais, incoerrem quaisquer das situações impeditivas mencionadas no art. 60, § 1º, do Código Supremo, bem assim não há ofensa ao disposto no art. 60, § 4º, I a IV, da Lei das Leis.

Sala da CCJR, 6 de novembro de 2000.

Deputado **INALDO LEITÃO**

Relator