

J. M. Othon Sidou

J. M. Sidou é Presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e Advogado. Tendo sido Foi Professor nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ).

Nascido em Fortaleza/CE. Bacharelou-se em direito e em ciências jurídicas e sociais pela Faculdade de Direito do Ceará (UFC). Foi professor titular de direito romano na Faculdade de Direito de Uberlândia (1960-1967), professor nos Cursos de Pós-graduação da Faculdade Nacional de Direito (atual UFRJ) (1981-1987) e professor titular no Curso de Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro (1994-1995).

É presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas desde 1978, tendo sido reeleito para o 13º biênio consecutivo. Foi membro titular (cadeira 7) da Academia Carioca de Letras (1988), conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil (1975-1987), diretor-tesoureiro e presidente da Terceira Câmara (reeleito, 1981-1987), primeiro vice-presidente (1978-1979) e membro do Conselho Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros desde 1974.

Exerceu diversos cargos, entre os quais: consultor jurídico do Governo do Território Federal de Rondônia (1955-1958), membro do Conselho Consultivo do Banco da Amazônia (BASA), Belém (1952-1964), juiz do Conselho de Árbitros da Organização da Aviação Civil Internacional (Montreal, Canadá - 1979- 1983).

É autor de mais de 70 livros e separatas sobre direito e economia, e de mais de 300 trabalhos esparsos, em publicações especializadas do Brasil, Itália, México, Portugal e Argentina. É autor do verbete “Brazil”, da Internacional encyclopedia of comparative law, de Hamburgo, e de 75 verbetes, cobrindo diversos ramos do direito, da Enciclopédia Saraiva do direito. Dentre seus livros, “Fundamentos do direito aplicado”, “Processo civil comparado - histórico e contemporâneo”, “Sobre o novo Código Civil” e “Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas”.

6

A CLÁUSULA PÉTREA E A REDUÇÃO DA MENORIDADE

1. A expressão é um neologismo jurídico. Mas o seu objeto não é novo; ao contrário, sempre integrou o texto das Cartas políticas, escritas e não escritas, rígidas ou flexíveis. É nessa expressão, ou que nome tenha noutra idioma, onde desponta a salvaguarda posta pelo Poder constituinte originário, atalhando ação desembaraçada eventualmente exercida pelo Poder constituinte derivado.

Atribui-se a expressão “cláusula pétrea”, no sentido de regra indelocável, a Pontes de Miranda; ele que, tal como o apologista Tertuliano, foi exímio criador de expressões jurídicas; o romano, a largo do latim, com o fito de serem seus sermões bem assimilados pelos gentios cristãos, o brasileiro, no afã de dar vazão a sua estupenda capacidade criativa.

Como quer que seja, “cláusula pétrea” passou a ter mais extração comunicativa nos tempos modernos, depois que a Carta constitucional de 1988 tornou a expressão aparentemente mais clara, muito embora ainda omissa nos vocabulários pátrios da Ciência do direito; salvo o *Dicionário Jurídico* da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, que assim a alfabeta: “No campo do Direito Constitucional, diz-se das disposições que a Carta de princípios erige como insuscetíveis de ser abolidas por emenda. Dita também “cláusula de supremacia”.

Ao generalizado intuito de elaborar uma Constituição estável e o mais possível duradoura, antepõe-se a circunstância de que, sendo lei, é serva do direito, e o direito, como a vida, é sempre passível de transformações. De nada valeria, com efeito, um estatuto anacrônico que ficasse em distonia com os anseios do povo para o qual foi editado. Justiniano, em sua *Novella CXXXVII*, já prevenia que *–Emendare nostras leges nos non piget ubique subiectis invenire volentes.* Aí está: “não nos enfada emendar nossas leis, sempre que

entendemos ser útil aos nossos cidadãos”.

Nisto se baseia o princípio da emendabilidade aplicado às Constituições políticas. E daí vem que, não de agora, ditas Cartas estabelecem um freio para as reformas, erguendo os pontos mínimos em respeito aos quais elas se possam levar a efeito sem a destruição constitucional. É essa a *cláusula de supremacia*, porque se sobrepõe à própria letra das Constituições.

2. Dissemos “aparentemente” claro o vigente texto constitucional brasileiro, e é disto que iremos tratar. Antes, porém, clareia o caminho enfileirar os dispositivos atinentes à matéria, tal como aparecem nas várias versões do nosso estatuto fundamental.

Sinal evidente de cláusula pétrea ostenta a Constituição do Império, de 1824, no art. 179, que enumera o item XXIV nestes termos: “Os Poderes constitucionais não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuais”.

Atente-se para o fato de que, além de ser essa a primeira vez onde aparece tal preceito proibitivo, a referência à intangibilidade dos direitos individuais foi omitida em todas as versões da Carta republicana, e somente voltou a aparecer na Constituição de 1988, vigente.

Vejamos.

A Constituição de 1891, em seu art. 90 § 4º, impedia serem admitidas como objeto de deliberação “emendas tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade da representação dos Estados no Senado”.

Na Carta política de 1934, de vida efêmera, o impeditivo foi restrito aos projetos de emenda tendentes a abolir a forma republicana federativa. Não há falar no estatuto de índole fascista de 1937, que implantou a ditadura do Estado Novo.

As Constituições editadas em 1946 e em 1967, esta já sob o regime ditatorial militar, mantiveram (arts. 217 § 6º e 50 § 1º, respectivamente) a vedação de projetos de emenda tendentes a abolir a Federação e a República.

3. A integridade dos direitos e garantias fundamentais não é ponto comum expressamente preservado nas diversas Constituições nacionais. Rápida mirada no cenário jurídico forâneo denota que esses direitos e garantias não são erigidos em cânone constitucional imutável no maior

número de estatutos políticos.

A Constituição da Itália (1946) recita, no art. 139, que “a forma republicana não pode ser objeto de revisão constitucional”. Do mesmo modo enfático, e nisto se exaure a cláusula de supremacia, aparece o art. 102 (4) da Constituição da Turquia (1924).

A Carta política da Noruega, reformada até 1980, admite emenda que não contravenha os princípios nela contidos, mas tão só referentes a modificações que lhe não alterem o espírito (art. 112). Obviamente estão sob resguardo os direitos fundamentais, como princípio constitucional.

Dispõe a Constituição Francesa (atualizada até 1982), no art. 89, *fine*, que “a forma republicana de governo não poderá ser objeto de reforma”.

A Constituição da Argentina (1853, reformada até 1998) adota sistema diverso, embora tendente ao mesmo resultado, porque admite a reforma total ou parcial, subordinada a uma convenção convocada para esse fim (art. 30); o que faz restringir a interferência do Poder constituinte derivado, geralmente exercitado no âmbito da legislação ordinária.

O estatuto da Alemanha (1949) dispõe no § 79(3), que é interdita toda revisão da Lei fundamental modificativa da organização da Federação em *Länder* e a participação dos *Länder* no Poder legislativo, ou ainda os preceitos dos artigos 1º (direitos fundamentais) e 20 (sistema federativo).

A Carta da Colômbia (1991) estipula no art. 377 que “deverão submeter-se a referendo as reformas constitucionais aprovadas pelo Congresso, quando se referirem aos direitos individuais e a suas garantias. Semelhante ao preceito constante da Constituição da Argentina, o da Colômbia dele difere, porque, enquanto aquela submete a matéria a uma convenção prévia, revestida das características de Poder constituinte originário, o outro decide, posteriormente, sobre o que foi feito pelo Poder constituinte derivado.

A Constituição Portuguesa (1976, até a 3ª revisão, de 1993) dita, no art. 288, que as leis de revisão terão de respeitar quatorze itens, entre eles “a forma republicana de governo e os direitos e garantias dos cidadãos”.

4. É na Constituição brasileira vigente, já o dissemos, que a “cláusula pétrea” passou a mencionar os direitos fundamentais, ao dispor descontraidamente, no art. 60 § 4º, não poder ser objeto de deliberação “a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa do Estado;

- II - o voto secreto nominal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais”.

Observa-se que o mencionado dispositivo constitucional pátrio enumera os preceitos da cláusula de supremacia em três itens expostos em redação simplista, ou que se revelam pela simples interpretação gramatical. O quarto inciso, relativo aos *direitos e garantias individuais*, exige maior esforço interpretativo, porque amplia indiretamente a cláusula restritiva, uma vez que o enlaça com o art. 5º § 2º da Carta, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esse é um preceito comum a todas as Cartas do sistema republicano.

Excluindo o texto final, aqui irrelevante, direitos e garantias fundamentais, ou direitos individuais, são todos os decorrentes do regime e dos princípios constitucionais adotados e que aparecem em diversos escaninhos da Constituição. O regime instituído é o do Estado de direito democrático, tendo por fundamentos, *inter alia*, a dignidade da pessoa do ser humano. Tudo quanto, no texto da Carta, se relacionar com a dignidade do ser humano constitui, portanto, cláusula pétrea e será inabroquelável. Por exemplo. São direitos fundamentais o proibitivo da exigência de tributos no mesmo exercício fiscal em que foram por lei instituídos ou aumentados (art. 150, III, *b*); a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos (art. 230 § 2º); o proibitório de designações discriminativas quanto à filiação (art. 227 § 6º).

5. No art. 5º § 2º constitucional também se encontra um preceito que passou recentemente a ser mais fixado pela ótica jurídica. É o constante do art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos; sujeitos às normas da legislação especial”.

Constituindo um inquestionável quesito integrante dos direitos fundamentais, conseqüentemente na mira da cláusula pétrea, levanta-se a dúvida relacionada com a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos. Poderia a idade ser reduzida, e tanto equivaleria, à letra do art. 60 § 4º, a *abolir* um direito fundamental?

O ingresso na maioridade, tanto quanto a saída da menoridade, é um *fenômeno jurídico* natural, ou seja, um acontecimento potencialmente capaz

de produzir eficácia na ordem jurídica. Enquanto tal eficácia não se produz, concretizando um *fato jurídico*, tal fenômeno está ao largo do direito individual, portanto não pode gerar direito adquirido. É uma expectativa de direito, posta na dependência de um requisito legal, que é arbitrativo, haja vista a dessimetria no índice adotado por numerosos países: enquanto Colômbia e Venezuela estabelecem o limite dos 18 anos para a menoridade penal (em compasso com o Brasil), Bélgica, China e Cuba adotam o critério dos 16 anos; Alemanha, Itália, Japão e Rússia fixam-se em 14 anos; Espanha e Canadá, em 12 anos; Austrália e Índia em 7 anos; e Reino Unido em 8 anos. Nos Estados Unidos a menoridade varia entre as unidades federadas entre sete e quatorze anos. Portanto, é a lei que dita a idade, em obediência a preceitos nem sempre de natureza social, ou bioética. E sempre foi assim.

Os romanos, conquanto levassem em conta o fator procriativo, doze anos para a mulher, quatorze para o homem, fixaram a *maioritas* nos 25 anos, e, mais arbitrativamente ainda, porque ao líbito do príncipe, concediam a *venia aetatis* depois dos vinte anos, para o exercício de certos atos pelo menor ainda não provido da *toga virilis*.

A lei, portanto, é livre para fixar o termo da menoridade, e, conseqüentemente, o ingresso do indivíduo na plenitude da vida civil.

Em estudo recente que escrevemos sob o título “O ingresso na Maioridade”, deixamos claro que, em regra, os códigos inspirados no espelho francês e mesmo alguns sem nele se refletirem, adotaram os 21 anos como patamar da maioridade. Mas nem todos seguiram o marco etário inaugurado pela França em 1810. A Áustria (1811) e o Chile (1855) mantiveram o limite dos vinte e cinco anos. A Argentina (1869) fixou o meio termo, nos vinte e dois anos. E a Suíça (1907), o Japão (1898) e a China (1930) regrediram a idade para os vinte anos. Mais recentemente, quase todo esse elenco de nações encurtou a menoridade civil para os dezoito anos completos.

No Brasil, a maioridade aos 25 anos constante das Ordenações, foi mantida até 1831, no final do primeiro Império, quando passou a ser fixada nos 21 anos. Esse marco foi modificado para efeitos civis e penais: 18 anos, regredindo ainda mais para o exercício ativo de direito eleitoral (16 anos).

Matéria de lei ordinária e de índole do direito civil, a fixação da idade aparece como preceito constitucional para garantir a inimputabilidade penal do menor, o que, de certa forma, lhe dá mais ênfase.

6. É de ter por cristalino claro que o Poder constituinte derivado pode fazer retrair o limite da menoridade constante do art. 228 da Carta de princípios, porque o resguardo do direito fundamental se exerce sobre a inimizabilidade, não sobre o número de anos vivido pelo indivíduo.

Por óbvio, uma emenda constitucional nesse sentido não terá efeito com respeito a quem estiver na faixa entre os dezoito anos e a data de sua edição. Colhidos que sejam pela reforma, eles deterão inconfutavelmente, não mais uma expectativa de direito, porém um direito adquirido já consolidado, e permanecerão como penalmente inimputáveis. Deixa a circunstância exposta de ser a garantia de um direito fundamental coberto pela cláusula pétrea, para obedecer apenas aos ditames do direito intertemporal.

Todo o exposto pode ser assim resumido:

I. A inimizabilidade penal do menor é um direito fundamental, à raiz do art. 5º § 2º da Constituição.

II. Como direito fundamental, a inimizabilidade é insuscetível de ser *abolida* pelo Poder constituinte derivado, por comando da cláusula pétrea (art. 60 § 4º, IV, da Constituição).

III. O marco transitório da menoridade não inibe o Poder constituinte derivado de modificá-lo razoavelmente, em atendimento apenas a fatores bioéticos ou de conveniência social.

IV. Retrotraída a medida da menoridade, a nova situação não atingirá os indivíduos já acobertados pelo preceito modificado, em razão de terem em seu favor o princípio do direito adquirido.