

O Estatuto do idoso em Benefício do Réu.

Roberto Dantes Schuman de Paula*

DA NOVATIO LEGIS IN PEJUS

Em outubro de 2003 a ordem jurídica foi inovada com o advento da lei 10741/03, conhecida como a Lei de Idoso, que culminou por permear importantes inovações em várias áreas do direito, como cível, família, previdenciária, processual, e penal, dentre outras.

Assim, quanto à seara penal, tem-se que ao lado da criação de novos tipos penais, o artigo 110 modificou vários artigos no Código Penal e em leis especiais, notadamente agravando a situação daquele que comete crime cuja vítima possua a qualidade de idoso, assim entendido tanto em cada novel disposição como pelo artigo 1o da citada lei a pessoa ora com idade igual ou superior a 60 anos, ora apenas com mais de 60 anos.

Por conseguinte, nas hipóteses em que o sujeito passivo de uma determinada prática delitiva for idoso com idade superior a 60 anos, o legislador entendeu que o atuar do sujeito ativo deve ser censurado de forma mais severa, devido ao estado, em tese, mais vulnerável do idoso, que conta com uma idade mais avançada.

De outro lado, o agente, maior de 70 anos sempre obteve, sem prejuízo de outras, três situações mais favoráveis, quais sejam: a circunstância atenuante prevista no inciso I do

artigo 65, a redução pela metade do prazo prescricional, esta elencada no artigo 115, e o sursis etário do artigo 77, § 2º, todos do Código Penal.

As regras dos artigos 115, 65 inciso I, 61 inciso II, alínea "h", e 77 §2º, todos do Código Penal, sempre tiveram por inspiração a idade avançada do agente, seja este ativo ou passivo, que, por medida de política criminal, deveria ter uma situação pessoal mais favorável que a de outra pessoa qualquer, seja quando aquele que cometeu um crime do qual tenha sido vítima tenha a pena agravada, seja quando tiver praticado uma infração penal ao obter a atenuação de sua pena, gozar do sursis denominado etário, bem como a redução pela metade do prazo prescricional, que, uma vez verificado, acarretará a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IV, 1ª figura, do Código Penal.

DA NOVATIO LEGIS IN MELLIUS

lei nova, ao substituir o termo "velho", que era ultrapassado e pejorativo, pela expressão "maior de 60 anos", sem alterar por esta a expressão "maior de 70 anos" prevista nos artigos 115 e 65, inciso I do mesmo diploma legal, acabou por tratar diversamente situações iguais dentro do sistema penal, ofendendo o Princípio da Isonomia encartado no artigo 5º, caput, da Constituição da República.

Basta imaginar que um senhor de 69 anos de idade, descontente com a proteção integral que o Estado lhe deve, e indignado com a inobservância do seu direito ao atendimento preferencial em um determinado Banco, resolve agredir um dos clientes, que contava com 61 anos de idade, praticando o delito de lesões corporais leves.

Então, não tendo aceitado qualquer benefício despenalizador da Lei 9099/95, é condenado nas penas do crime de lesões corporais leves com a majoração em sua pena pelo fato de o sujeito passivo contar com idade superior a 60 anos, não obtendo atenuação em sua pena por não contar com mais de 70 anos.

Assim, mesmo que a vítima seja 8 anos mais nova que ele, para o direito penal a vítima é idosa por contar com mais de 60 anos e ele, com 69 anos não é idoso, para fins de ser beneficiado, mas apenas prejudicado, já que não incidiria circunstância atenuante e sim agravante ou causa de aumento de pena, dependendo do tipo penal.

De tal arte, há o idoso com mais de 60 anos a ensejar a agravação da pena e o idoso com mais de 70 anos para ensejar a atenuação da pena.

Se o argumento fosse o de que a Lei do Idoso surgiu para proteger o idoso, que normalmente é a vítima dos crimes em geral tão somente, nada mais incorreto, já que nas situações em que ele, idoso, fosse réu, aí sim há de ter maior tutela em razão do seu estado peculiar.

É certo que a Lei Penal não pode apenas considerar idoso aquele com idade superior a 60 anos para punir quem pratique algum crime contra ele e, no momento em que este idoso venha a praticar algum crime, seja tratado desigualmente.

O artigo 4º da lei do Idoso assim dispõe:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Ora, tal distinção nada mais seria do que discriminar o idoso que figure no pólo passivo da relação processual penal em relação á vitima idosa, violando-se o própria Lei do Idoso, acarretando uma contradição da própria lei.

Ademais, não estaria sendo homenageada a analogia *in bonam partem*.

Nem se argumente que diante de uma interpretação literal não há se falar na

aplicação do novo conceito de idoso em prol do réu, quando este mesmo for idoso, pois, como sabido, esta é a mais pobre das interpretações.

Some-se ainda a regra básica de hermenêutica jurídica que diz onde há a mesma razão fundamental deve haver a aplicação da mesma regra de direito.

Em doutrina, a obra do Professor Mirabete (MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de direito Penal, vol. 01, 21ª edição, ed. Atlas, 2004, pg. 300), há o comentário à inovação legislativa nos seguintes termos:

"Ao referir-se ao maior de 60 anos, a Lei 10.741 (Estatuto do Idoso, de 1º-10-2003), que deu nova redação ao art. 61, inciso II, alínea h, adotou o critério cronológico, a exemplo de outros dispositivos (arts. 65, inciso I, 77, 2º, 115 do CP), diversamente da lei anterior, que previa como circunstância agravante ter sido o crime praticado contra velho, o que exigia a consideração da idade de 70 anos, referida em outros dispositivos, e, abaixo dessa idade, o exame do caso concreto para avaliação do grau de senilidade e das condições físicas e de resistência da vítima frente ao contendor.

Já o Professor Ney Moura Teles, in (TELES, Ney Moura, Direito Penal, vol. 01, 1ª edição, ed. Atlas, 2004, pg. 420) assim se manifesta acerca do *thema*:

"A lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, publicada no DOU de 3-10-2003, com vigência 90 dias após a publicação, deu nova redação à alínea h do inciso II do art. 61 do Código Penal, substituindo a expressão "idoso", por "maior de 60 (sessenta) anos", dispensando-se, a partir daí, qualquer consideração acerca do vigor físico da vítima. Assim, ainda que ela seja fisicamente robusta, mas tendo 61 anos de idade, incidirá a agravante".

Por último, veja-se a matéria tratada pelo festejado autor Luiz Regis Prado, em seu "Curso de Direito Penal Brasileiro", pág. 494, vol. 01, 4ª edição, ed. Revista dos Tribunais, *in verbis*:

“Com a advento da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), o art. 110 estabelece em 60 (sessenta) anos o marco etário para caracterização da pessoa como idosa. Saliente-se ainda o fato de a pessoa ser maior de sessenta anos constitui causa de aumento de pena prevista na parte especial do Código Penal, no caso de homicídio doloso (art. 121, §4º). Trata-se de circunstância agravante que atua sobre a magnitude do injusto, implicando maior desvalor da ação, já que a qualidade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação criminosa e, conseqüentemente, aumenta a probabilidade de produção do resultado delitivo. Assim, o aumento do desvalor da ação está calcado não apenas na presumida vulnerabilidade da vítima, na desproporção de forças entre sujeito ativo e passivo e no prevailecimento voluntário e consciente pelo agente de tal superioridade, mas também na maior periculosidade da ação”.

Corroborando a idéia acima exposta, o renomado autor afirma que a idade de sessenta anos é o novo marco etário para a caracterização da pessoa como idosa, logo, tal marco não deve somente existir contra o réu, mas também em prol do mesmo.

Com os mesmos fundamentos alinhavados, deve o sursis etário previsto no artigo 77, § 2º ser concedido ao condenado maior de 60 anos, já que é idoso, e como tal, é mais vulnerável e tem o seu estado de saúde mais delicado que os demais, justificando a adoção da medida.

Cabe assinalar, por último, que o tema ainda não foi devidamente enfrentado pela doutrina, inobstante sua relevância para os operadores do direito, e as implicações aqui hauridas certamente aplicam-se a outros dispositivos legais.

CONCLUSÃO

1. Lançadas estas breves linhas, tem-se o entendimento de que a não aplicação da atenuante prevista no inciso I do artigo 65, a não redução pela metade do prazo prescricional estatuída no artigo 115, e a não concessão do sursis etário, todos do Código Penal, quando tratar-se de réu com idade acima de 60 e abaixo de 70 anos

de idade ofende o Princípio da Isonomia encartado no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, devendo, *ipso facto*, serem as normas em comento aplicadas em uma interpretação conforme a Constituição, e ainda em observância à analogia *in bonam partem*.

* Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Licenciado de Direito Penal da Universidade Cândido Mendes de Nova Friburgo-RJ.

Disponível em: <http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art160.htm>

Acesso: 17 de julho de 2007