

# **Boletim Científico**

Escola Superior do Ministério Público da União

# Seção II

Interesses Difusos e Coletivos

# Idoso-vítima e idoso-agente: legitimidade da distinção

Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior\*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Evolução do conceito de idoso para fins penais. 3 Inexistência de dualidade no conceito de idoso para fins penais. 4 Legitimidade na diferença de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

A Lei n. 10.741/2003, que instituiu o Estatuto do Idoso, definiu, em seu art. 1º, o conceito de pessoa idosa, ao dizer que se destinava a regular os direitos das pessoas com idade igual ou superior a *sessenta* anos. Como os arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, parte final, todos do Código Penal, e o art. 117, I, da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) conferem um tratamento penal diferenciado somente a quem tem *setenta* anos, surgiu na doutrina e foi suscitado na casuística entendimento conforme o qual seria descabido um regime penal diverso entre quem tem sessenta e setenta anos, impondo-se a adoção de um conceito uniforme de idoso para fins penais.

Neste texto, discorrer-se-á a respeito do conceito de idoso para fins penais, tentando-se mostrar que o conceito de idoso, inclusive para fins penais, é apenas um e isso, por si só, não impede a diferença de tratamento penal entre quem tem sessenta e quem tem setenta anos.

---

\* Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior é Procurador da República, graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP).

## 2 Evolução do conceito de idoso para fins penais

Segundo se mostrou, hoje é o art. 1º da Lei n. 10.741/2003 que dá o conceito de idoso, considerando como tal a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. No regime jurídico-penal anterior ao advento do Estatuto do Idoso, o Código Penal, em seu art. 61, II, *h*, tratando de circunstâncias agravantes, não falava em idoso nem em pessoa idosa (termos empregados como sinônimos tanto na Lei n. 10.741/2003 quanto neste trabalho). A referência era a “velho”. Tal dispositivo foi alterado pelo art. 110 da Lei n. 10.741/2003 e agora a circunstância agravante do art. 61, II, *h*, incide quando o crime for praticado contra pessoa “maior de sessenta anos”, ou seja, contra idoso, segundo o referido art. 1º da Lei n. 10.741/2003.

Em face da redação anterior do Código Penal, que impunha o aumento da pena no caso de a vítima ser velho, havia entendimento segundo o qual, para poder ser aplicada a circunstância agravante, era necessário que o sujeito passivo (vítima) efetivamente estivesse em uma situação de inferioridade em relação ao sujeito ativo (agente) do crime, sem o que o aumento da pena era injustificado. Não se fazia menção a nenhuma idade<sup>1</sup>. Outra corrente defendia que velho era quem se encontrasse em situação de senilidade, de decrepitude, independentemente da idade, presumindo-se, contudo, a velhice no caso de idade igual ou superior a setenta anos, por força do tratamento mais benéfico que o Código Penal dava (e ainda dá) às pessoas com essa idade (arts. 65, I, 77, § 2º, e 115)<sup>2</sup>. Há, inclusive, aresto no qual, tratando especifica-

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, JESUS, 2000, p. 216-217.

<sup>2</sup> Assim NUCCI, 2002, p. 252; MIRABETE, 2002, p. 300; DELMANTO, 2002, p. 122; e CAPEZ, 2001, p. 411-412. O Supremo Tribunal Federal também assim já decidiu: “consoante o sistema do Código Penal, há a presunção *juris et de jure* de que velho é aquele que atinge os 70 anos, sendo que, com relação aos de idade inferior a essa,

mente da agravante no caso de crime cometido contra “velho”, lê-se que

o dado cronológico, por si só, é insuficiente. Só ocorre o recrudescimento da pena quando o agente se vale das conseqüências físicas, mentais ou psíquicas que a idade pode acarretar. O delinqüente, por exemplo, prevalece-se do maior vigor físico para alcançar a consumação. Urge, pois, caracterizar o aproveitamento das disparidades, ou do enfraquecimento das reações. Caso contrário, não incidirá a agravante. O conceito é normativo. Insuficiente o dado biológico<sup>3</sup>.

Na sistemática atual, o conceito de “idoso” ou de “pessoa idosa” é objetivo, unicamente cronológico. Por exemplo, os crimes que falam em “idoso” ou em “pessoa idosa” têm como sujeito passivo as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, não havendo mais que se falar em conceito normativo, aberto, a ser determinado pela presença ou não, no caso concreto, de uma situação de inferioridade, de maior debilidade ou sensibilidade, até porque, conforme a seguir se verá, a razão de ser da proteção ao idoso não reside mais apenas nas condições físicas da pessoa idosa, mas também, e principalmente, em uma tutela de sua qualidade de vida (ver item 4). O Estatuto do Idoso passou a tipificar determinadas condutas quando elas são praticadas contra pessoas de idade igual ou superior a sessenta anos, não sendo legítimo concluir que tal diploma legislativo, de cunho assumidamente protetor das vítimas dessa faixa

---

não há limite certo para a fixação de quando começa a velhice, razão por que o saber se alguém, menor de 70 anos, é, ou não, velho depende de circunstâncias de fato aferíveis caso por caso” (RE 85414/MG, 2ª T., rel. min. Moreira Alves, unânime, j. em 24.8.1976, *DJ* de 29 set. 1976).

<sup>3</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 15340/SP, 6ª T., rel. min. Vicente Cernicchiaro, unânime, j. em 11.2.1992, *DJ* de 23 mar. 1992, p. 3491. Igualmente exigindo superioridade física do sujeito ativo, v. NORONHA (1997, p. 261).

etária, deixou espaço para indagações casuísticas sobre a presença de senilidade, inferioridade, decrepitude, enfraquecimento ou qualquer outra circunstância. Assim como o tratamento mais benéfico para as pessoas maiores de setenta anos que praticam crimes sempre foi e ainda é objetivo (Código Penal, arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, e art. 117, I, da Lei n. 7.210/1984), a proteção penal para as de idade igual ou superior a sessenta anos que são vítimas também passou a ser, a partir do art. 1º da Lei n. 10.741/2003. A mudança na redação do art. 61, II, *h*, do Código Penal, feita pela Lei n. 10.741/2003 (art. 110), trocando a denominação “velho” por “maior de sessenta anos”, é muito significativa desse tratamento puramente objetivo.

### **3 Inexistência de dualidade no conceito de idoso para fins penais**

O art. 61, II, *h*, do Código Penal, em sua redação atual, agrava a pena quando o crime tiver como vítima pessoa maior de sessenta anos. Também todos os crimes previstos na Lei n. 10.741/2003 têm como vítima o idoso ou a pessoa idosa, assim entendida como aquela com sessenta anos ou mais (p. ex., arts. 96 a 108 do Estatuto do Idoso). Igualmente aplica-se aos crimes praticados contra vítimas idosas a causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, que também fala em sessenta anos. Tem-se aqui, nesses casos, a figura do idoso-vítima.

Os arts. 65, I, 77, § 2º, 115, todos do Código Penal, e 117, I, da Lei de Execução Penal, por sua vez, dão tratamento mais benéfico a quem conta setenta anos e é sujeito ativo de crime. Com efeito, tais dispositivos atenuam a pena, aumentam o âmbito de incidência da suspensão condicional da pena, reduzem o prazo prescricional e permitem o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar para quem tem mais de setenta anos. Todos os dispositivos estabelecem a idade de setenta anos como aquela

a partir da qual o agente do crime deve receber tratamento mais favorável. É a figura do idoso-agente.

Em doutrina já se sustentou que essa (aparente) diversidade no conceito de idoso para fins penais significaria uma antinomia, além de agressão ao princípio da igualdade. Sugeriu-se, então, uma uniformidade de tratamento tanto para o idoso-vítima quanto para o idoso-agente, adotando-se como parâmetro a idade de sessenta anos<sup>4</sup>.

Essa tese, contudo, não é a melhor, por diversas razões, sendo a primeira delas histórica. É que sempre houve uma distinção no regime jurídico destinado ao idoso-agente e ao idoso-vítima. Os arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, que tratam do idoso-agente, têm seus textos e posições topográficas atuais dados pela Lei n. 7.209/1984. Na redação original do Código Penal (a de 1940, isto é, antes da Lei n. 7.209/1984), esses artigos correspondiam, respectivamente, aos arts. 30, § 3º, 48, I, e 115. Já nessa versão de 1940 do Código Penal, o tratamento jurídico do idoso-agente era vinculado expressamente à idade de setenta anos. A Lei n. 7.209/1984, embora tenha alterado o conteúdo e a localização dos (então) arts. 30, § 3º, 48, I, e 115 do Código Penal, manteve na redação dos (hoje) arts. 65, I, 77, § 2º, 115, do Código Penal a mesma menção explícita, já existente, à idade de setenta anos.

Também o atual art. 61, II, *h*, do Código Penal, que cuida do idoso-vítima, teve sua redação e posição topográfica estabelecidas pela Lei n. 7.209/1984. Esse artigo equivale ao art. 44, II, *i*, do Código Penal, em sua redação original de 1940. Tanto no texto original quanto no de 1984 a referência a “velho” estava presente,

---

<sup>4</sup> Cf. MARTY, 2005. O autor diz ser a doutrina de Luiz Régis Prado no mesmo sentido.

só tendo sido alterada, conforme se mostrou no item anterior, pelo art. 110 do Estatuto do Idoso.

Pode-se concluir, então, que em 1940 e de novo em 1984 o legislador do Código Penal tratou de modo diverso o idoso-agente, vinculando objetivamente seu tratamento jurídico diferenciado à idade de setenta anos, e o idoso-vítima, para este valendo-se do conceito aberto “velho”, o qual, como se viu, ligava-se à inferioridade ou à debilidade e não à idade. O tratamento jurídico do idoso-vítima e o do idoso-agente, portanto, era diferenciado. A idade do idoso-vítima, em razão da vagueza do conceito de velho, podia ou não coincidir com a idade de setenta anos, que sempre foi o (único) parâmetro objetivo para o idoso-agente.

Essa conclusão é reforçada quando se observa que o art. 117, I, já agora da Lei n. 7.210/1984, mais uma vez, tratando do idoso-agente, valeu-se da idade de setenta anos, quando poderia ter equiparado o tratamento jurídico do idoso-agente e do idoso-vítima.

Nesse contexto, a Lei n. 10.741/2003, editada precisa e especificamente para cuidar dos direitos dos idosos, apenas manteve a sistemática anterior de diversidade de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente. Por isso, não obstante tenha feito diversas alterações no Código Penal (v. art. 110 do Estatuto do Idoso), a Lei n. 10.741/2003 não procedeu a qualquer mudança nos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, *in fine*, todos do Código Penal, nem no art. 117, I, da Lei n. 7.210/1984. Na verdade, não efetuou nenhuma mudança no tratamento dado ao idoso-agente.

A diferença de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente, inequivocamente mantida e, mais ainda, reforçada pelo Estatuto do Idoso, não tem o condão de criar uma dualidade no conceito de idoso para fins penais. Idoso, ou pessoa idosa, é quem tem mais de sessenta anos, nos termos do art. 1º da Lei n. 10.741/2003.



Esse conceito, aliás, é válido para qualquer fim e não só para fins penais. O que há é a possibilidade de alguém já ser idoso e mesmo assim não dispor ainda das benesses conferidas pelos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, e 117, I, da Lei de Execução Penal, sendo isso perfeitamente legítimo.

#### **4 Legitimidade na diferença de tratamento entre o idoso-vítima e o idoso-agente**

Não existe antinomia nem agressão ao postulado da igualdade quando se trata de modo diferente o idoso-vítima e o idoso-agente, isso porque o critério utilizado para diferenciação (exigir-se setenta anos para o idoso-agente e só sessenta para o idoso-vítima) é perfeitamente razoável. A Lei n. 10.741/2003 é legislação que, ciente de que a população brasileira está, por diversos fatores, vivendo mais, ou seja, de que existe hoje, em relação a épocas anteriores, uma maior quantidade de pessoas idosas, veio fixar objetivamente o conceito de idoso e conferir a este uma série de direitos, visando concretizar, de modo particular, a sua cidadania e propiciar-lhe qualidade de vida.

No âmbito penal, o Estatuto do Idoso buscou proteger, de modo especial, a pessoa idosa contra crimes praticados em seu detrimento, coerente com a *ratio legis* de tentar dar aos idosos maior qualidade de vida. O legislador entendeu que, para o efetivo gozo dos direitos que estava a assegurar, era preciso um reforço na proteção penal do idoso-vítima de crimes. E, nesse contexto e com esse desiderato, alterar o tratamento jurídico do idoso-agente seria desvirtuar o objeto e a finalidade da Lei n. 10.741/2003, porquanto estender o regime penal das pessoas maiores de setenta anos agentes de crime para também abranger as de sessenta não tem qualquer relação com a pretendida melhoria na qualidade de vida dos idosos.

A distinção entre idoso-vítima e idoso-agente desde sempre e ainda hoje albergada pelo sistema penal é inteiramente razoável. Existe uma gradação na proteção do idoso. Se ele é vítima, ou seja, se é sujeito passivo de infração penal, a lei já lhe dá tratamento jurídico diferenciado a partir dos sessenta anos. Por outro lado, se é agente de infração penal, isto é, se é seu sujeito ativo, somente aos setenta anos é que vai passar a dispor dos benefícios concedidos pelos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, e 117, I, da Lei n. 7.210/1984. A lei, ao assim dispor, concilia a proteção da qualidade de vida de quem tem sessenta anos (garantia penal do idoso-vítima) com o direito do Estado de perseguir e reprimir também pessoas idosas (tratamento diferenciado para o idoso-agente somente a partir dos setenta anos). Não se trata simplesmente de uma menor proteção do idoso-agente (que dispõe de todo o regime destinado ao idoso-vítima), mas de um equilíbrio de valores. Vale dizer: a posição jurídica do idoso, se agente ou vítima, é, por si só, fator de diferenciação válido, porque as situações são justificáveis e inteiramente distintas.

Afora isso, enquanto as disposições que protegem penalmente o idoso-vítima centram-se em reforçar a garantia de que ele fruirá seus direitos e viverá o restante de sua vida sem perturbações de índole penal, o tratamento do idoso-agente funda-se em razões puramente humanitárias e de expectativa de vida, ou seja, é uma norma baseada em argumentos de misericórdia, para diminuir as chances de que idoso-agente passe o final de sua vida a receber reprimendas penais<sup>5</sup>. É por isso, aliás, que o art. 5º, XLVIII, da

---

<sup>5</sup> O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, referindo-se expressamente aos setenta anos mencionados na norma do art. 115 do Código Penal, em data anterior ao advento da Lei n. 10.741/2003, já consignou que “o espírito da norma deve ser entendido no sentido de se evitar a segregação da pessoa idosa, já imune a qualquer tipo de ressociação, diante de sua reduzida expectativa de vida”, a confirmar ter o art. 115 do Código Penal uma *ratio* eminentemente humanitária e não de

Constituição prevê que o cumprimento da pena levará em conta a idade do apenado.

Se antes, quando o tratamento do idoso-vítima tinha por razão de ser a presença de senilidade, inferioridade, decrepitude ou enfraquecimento (ou seja, a *ratio* da proteção era parecida com os motivos humanitários e de misericórdia que são a base do regime destinado ao idoso-agente), já existia uma diferença entre os regimes do idoso-agente e do idoso-vítima (ver itens 2 e 3), com muito mais razão a partir da vigência da Lei n. 10.741/2003, quando tal tratamento do idoso-vítima passou a ser objetivo e puramente cronológico, baseado na tentativa de assegurar às pessoas maiores de sessenta anos melhor qualidade de vida.

Também comprova ter legitimidade a opção legislativa por tratar diferentemente o idoso-agente e o idoso-vítima – que não é recente, recorde-se (ver item 3) – o fato de o ordenamento conhe-

---

realização de direitos de cidadania ou de qualidade de vida (ACR 92030719717/SP, 5ª T., rel. juíza Ramza Tartuce, j. em 23.6.1997, unânime, DJ de 5 ago. 1997, p. 59532). Também o Supremo Tribunal Federal tem julgado relativamente a idoso-agente visivelmente apoiado em argumentos humanitários e de misericórdia, reforçando a conclusão de que o tratamento mais benéfico a ele destinado, além de ser excepcional, tem lastro puramente na piedade. Segue: “*Habeas Corpus. Paciente idoso condenado por atentado violento ao pudor. Pretensão de transferência para prisão domiciliar em razão do precário estado de saúde do detento.* O fato de o paciente estar condenado por delito tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República (art. 1º, inciso III, da CF/88). Por outro lado, incontroverso que essa mesma dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionabilíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado. No caso, deixou de haver demonstração satisfatória da situação extraordinária autorizadora da custódia domiciliar. *Habeas corpus* indeferido” (HC 83358/SP, 1ª T., rel. min. Carlos Britto, unânime, j. em 4.5.2004, DJ de 4 jun. 2004, p. 47).

cer outras distinções igualmente razoáveis feitas em razão da idade<sup>6</sup>. Os arts. 227 e 230 da Lei Fundamental conferem uma particular proteção às crianças, aos adolescentes e aos idosos. Isso, todavia, não impediu que o Código Penal, a exemplo do que ocorre com as pessoas idosas, fizesse diferenciações entre as crianças e os adolescentes, conforme se observa, por exemplo, nos arts. 121, § 4º, 126, parágrafo único, 136, § 3º, e 224, *a*, nos quais há uma especial proteção para as pessoas menores de catorze anos. Repare-se que nem todos os adolescentes (que são as pessoas entre doze e dezoito anos de idade – art. 2º da Lei n. 8.069/1990) são abrangidos pela tutela penal (que só vai até os catorze anos), sem que se possa falar em qualquer falta de razoabilidade no sistema. Verifica-se, assim, que, apesar de, constitucionalmente, idosos, crianças e adolescentes serem sujeitos especiais de direitos, as diferenças de tratamento outorgadas a uns e outros pela legislação atendem aos padrões de legitimidade, sendo, por isso mesmo, inteiramente válidas.

Assenta-se, portanto, que as disposições dos arts. 65, I, 77, § 2º, e 115, do Código Penal, e 117, I, da Lei n. 7.210/1984, que tratam, respectivamente, de circunstância atenuante de pena, do âmbito de incidência da suspensão condicional da pena, da redução do prazo prescricional e da permissão para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime domiciliar, não são destinadas aos idosos em geral, tais como definidos no art. 1º da Lei n. 10.741/2003, mas tão-só àqueles que, no momento previsto em cada norma, contarem com setenta anos de idade, como expressamente determinam os textos legais.

---

<sup>6</sup> A própria Constituição, documento legislativo em que consta o princípio da igualdade, faz exigências e diferenciações relativamente à idade (p. ex.: arts. 15, § 3º, VI; 73, § 1º, I; 87, *caput*; 89, VII; 101, *caput*; 104, parágrafo único; 107, *caput*; 111, § 1º; 123, parágrafo único; 128, § 1º; 131, § 1º; e 142, X).

O tema já foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. Acompanhando inteiramente o parecer do Ministério Público Federal, firmado pela subprocuradora-geral da República Zélia Oliveira Gomes, segundo a qual o Estatuto do Idoso “não se presta a redefinir, ilimitadamente, a faixa etária de abrangência dos benefícios concedidos aos idosos – nos termos da lei –, a não ser aqueles definidos no seu próprio texto”, o ministro Félix Fischer consignou que

o Estatuto do Idoso não deve ser interpretado de forma ilimitada, de modo a alterar dispositivo legal específico do CP, referente à redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença (art. 115 do CP)<sup>7</sup>.

A mesma corte também já entendeu que “o art. 1º do Estatuto do Idoso não alterou o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença”<sup>8</sup>.

## 5 Conclusão

Observa-se, portanto, que o tratamento diferenciado entre o idoso-vítima e o idoso-agente é historicamente consagrado no Direito Penal do Brasil. Essa distinção, para além de ser legítima (porque são diversas as finalidades dos respectivos preceitos legais), é recomendável, porque harmoniza a proteção da qualidade de vida de quem tem sessenta anos com o direito do Estado de perseguir e reprimir também pessoas idosas. Não há, portanto, como se buscar

---

<sup>7</sup> HC 37752/BA, 5ª T., rel. min. Félix Fischer, unânime, j. em 16.12.2004, *DJ* de 21 fev. 2005, p. 200.

<sup>8</sup> RHC 16856/RJ, 5ª T., rel. min. Gilson Dipp, unânime, j. em 2.6.2005, *DJ* de 20 jun. 2005, p. 295.

tratamento idêntico entre o idoso-vítima e o idoso-agente, sendo inaplicável a analogia *in bonam partem* nas duas situações, seja pelo prisma histórico, seja pelo fim a que se destina a lei.

## **Referências**

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MARTY, Diego Viola. O Estatuto do Idoso, o Código Penal brasileiro e o princípio constitucional da igualdade: qual o “conceito de idoso” para fins penais? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 153, p. 12, ago. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.