INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 94 DO ESTATUTO DO IDOSO

Juliana Vasconcelos de Oliveira
Bacharela em Direito, formada pela Universidade Tiradentes. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Unisul, Pós-Graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal pela FaSe/Esmese. Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe.

RESUMO: A Lei 10.741, publicada em 03 de outubro de 2003, conhecida como o Estatuto do Idoso, introduziu um conjunto de normas destinadas a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos (art. 1º). Muito embora a maior parte dos dispositivos deste estatuto evidencie a preocupação do legislador em garantir às pessoas mais velhas o direito à dignidade, o art. 94 desta lei feriu alguns princípios constitucionais ao estabelecer que aos crimes previstos nesta lei, cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e , subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal. Isto porque a aplicação da Lei 9.099/95 nos crimes previstos no Estatuto do Idoso, na forma do art. 94 da Lei 10.741/2003, implicará na vedação da prisão em flagrante ao autor do delito que se comprometer a comparecer ao Juizado Especial (art.69, parágrafo único, da Lei 9.099/95), acordo de composição dos danos entre autor e vítima (art.74), transação penal (art.76), dentre outros benefícios aos autores de delitos contra idosos. Devendo-se ressaltar, que duas correntes interpretativas passaram a analisar o artigo 94 do Estatuto do Idoso. Por um lado, sustentavam alguns que a Lei 9.099/95 seria aplicada por completo aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, em que a pena máxima privativa de liberdade não ultrapassasse 4 (quatro) anos. Para outra corrente, aos crimes previstos Estatuto do Idoso aplica-se o procedimento célere da lei 9099/95, mas não a transação ou a suspensão condicional do processo. O art. 94 do estatuto do Idoso incentiva o delito contra idosos, porquanto, em que pese estes delitos serem mais graves (pena máxima de quatro anos), admite-se a

aplicação dos institutos despenalizadores do Juizado Especial Criminal, ao passo que se o crime fosse cometido contra uma pessoa qualquer, só caberiam tais institutos se a pena máxima fosse de 2(dois) anos, pois vários dos crimes previstos no Estatuto também encontram previsão no Código Penal, diferenciado deste apenas em relação à vitima idosa. Assim, analisamos nesta pesquisa que princípios constitucionais foram feridos por este artigo do Estatuto do Idoso, já que esta norma ao invés de proteger, torna o idoso uma vítima mais vulnerável.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade; idoso; vulnerabilidade; juizado

ABSTRACT: Law 10,741, published on October 3, 2003, known as the Statute of the Elderly, introduced a set of rules to regulate the rights guaranteed to persons aged less than sixty years (art. 1). Although most of the provisions of this statute evidences the legislature's concern to ensure older people the right to dignity, art. 94 of this law struck some constitutional principles by requiring that the crimes under this Law, whose term of imprisonment not exceeding four (4) years, apply the procedure prescribed by law 9099, to September 26, 1995, or, alternatively, where applicable, the provisions of the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure. This is because the implementation of Law 9.099/95 the crimes set out in the Elderly, in the form of art. 94 10.741/2003 law, will result in the sealing of arrest in flagrante to the offender to commit to attend the Special Court (art.69, sole paragraph, of Law 9.099/95), the damage settlement agreement between author and victim (art.74), accord (art.76), among other benefits to perpetrators of crimes against the elderly. Should be noted, two interpretive trends that began to examine Article 94 of the Statute of the Elderly. On the one hand, some argued that the law would be applied for 9099/95 complete the crimes set out in the Elderly, in which the maximum penalty of imprisonment not to exceed four (4) years. For another chain, the crimes provided for the Elderly apply the procedure of law 9099/95 swift, but not the transaction or the conditional suspension of proceedings. Art. 94 of the Statute of the Elderly encourages crime against the elderly, because, despite these crimes are more serious (maximum sentence of four years), it is assumed the application of the institutes of the Special

Criminal Court decriminalized, while the crime was committed against any one person, such institutes would fit only if the maximum penalty was two (2) years, as several of the crimes envisaged in the Statute are also forecast in the Criminal Code, which differs from this only in relation to the elderly victim. Thus, we analyzed in this research that constitutional principles were injured by this article of the Statute of the Elderly, as this norm rather than protect, the elder makes a victim more vulnerable.

KEYWORDS: Unconstitutional; elderly; vulnerability; Special Criminal Court.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo analisa como a aplicação do procedimento mais célere dos juizados especiais criminais, na apuração dos crimes perpetrados contra idosos, cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos de reclusão poderá tornar o idoso uma vítima mais vulnerável e trazer diversos benefícios para os infratores que cometem crimes contra idosos.

Isto porque a aplicação da Lei 9.099/95 nos crimes previstos no Estatuto do Idoso, na forma do art. 94 da lei 10.741/2003, implicará na vedação da prisão em flagrante ao autor do delito que se comprometer a comparecer ao Juizado Especial (art.69, parágrafo único, da Lei 9.099/95), acordo de composição dos danos entre autor e vítima (art.74), transação penal (art.76), dentre outros benefícios aos autores de delitos contra idosos.

Será exposta uma noção geral do controle de constitucionalidade, observando o princípio da supremacia da Constituição, as espécies de controle de constitucionalidade aplicadas no Brasil, sendo especialmente analisado o controle concentrado de constitucionalidade através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3096-5 proposta pelo Procurador Geral da República, em dezembro de 2003, questionando a inconstitucionalidade do art. 94 do Estatuto do Idoso.

Ademais também será analisado o procedimento do Juizado Especial Criminal, com as suas principais características que demonstram como o art. 94 do estatuto do idoso tornou o idoso mais vulnerável, posto que o procedimento mais célere do da lei 9099/1995, trouxe diversos

benefícios para o agente que comete crime contra o idoso, que não poderá ser preso em flagrante e poderá ser beneficiado com a transação penal, composição dos danos civis, dentre outros.

Encerra a obra a exposição da violação a algumas normas e princípios constitucionais, como: segurança e proteção jurídica, igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, o direito a dignidade da pessoa humana, sendo todos analisados de acordo com a sua aplicação ou a sua mitigação diante do artigo 94 da lei 10.741/2003, explicitando os direitos dos idosos que passam a ser desrespeitados com a aplicação do procedimento sumaríssimo na apuração de delitos, cuja pena máxima não ultrapasse quatro anos, perpetrados contra os idosos e a necessidade do controle da constitucionalidade deste dispositivo legal.

Esta pesquisa foi desenvolvida tendo como base o estudo de leis, artigos, jurisprudências e principalmente da doutrina referente a inconstitucionalidade do art. 94 do estatuto do idoso, sendo feita portanto uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e jurisprudencial.

2. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Sendo a Constituição, a organização jurídica fundamental de um Estado e existindo um escalonamento normativo em que as normas constitucionais ocupam a supremacia, ou seja, colocam-se no vértice do sistema jurídico do país e sendo todos os poderes estatais legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos, emana como princípio constitucional a Supremacia da Constituição.

A doutrina distingue a supremacia material e formal da Constituição, sendo a supremacia material vista em relação ao seu conteúdo e a supremacia formal vista em relação aos procedimentos e competências pelos quais os preceitos se inter-relacionam com os demais, indicando relação de hierarquia.

José Afonso da Silva ao comentar sobre a hierarquia material e a formal afirma:

> Reconhece a primeira até nas constituições costumeiras e nas flexíveis. Isso é certo do ponto de vista sociológico, tal como também se lhes admite rigidez sócio-política. Mas, do ponto

> de vista jurídico, só é concebível a supremacia formal, que se apoia na regra de rigidez, de que é o primeiro e principal corolário. (1999, p.48)

Ademais, torna-se necessário frisar que este princípio da supremacia da Constituição decorre do princípio da rigidez para a reforma da Constituição, que não pode ser feita pelo mesmo procedimento de elaboração de norma comum e que se aplica à Constituição brasileira que é rígida.

No Brasil, graças à rigidez da Constituição é preciso um *quorum* especialíssimo para reformar o texto constitucional através do procedimento formal da emenda (art. 60, CF). Por esse método, pode-se ter assegurada a certeza de que para reformá-la, não serão utilizados os mesmos métodos utilizados na legislação ordinária. Isso tudo justifica a supremacia da Constituição, que não deve ser imutável. Entretanto, sendo um documento para dar consistência a todo um ordenamento jurídico estatal, bem como dar segurança a essa ordem jurídica, deve obedecer a procedimentos mais formais e solenes para a sua reforma.

Se a ordem jurídica deve ser um sistema uno, completo e coerente, se a Constituição de 1988 é rígida, é a lei suprema e se esta supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os ditames da Carta, então é necessária uma apropriada fiscalização dos atos jurídicos constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que diante desta hierarquia do sistema normativo, torna-se fundamental a existência de um controle para que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorra venha a contrariá-la, modificá-la ou suprimi-la.

Em conformidade com este entendimento é a posição de Dirley da Cunha Júnior que expõe:

> Assim, rigidez e supremacia constitucional constituem pressupostos indeclináveis do controle de constitucionalidade, de modo que inexistirá este inexistindo aqueles. Desse modo a ideia de controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público surge como decorrência lógica da noção de rigidez constitucional. Deveras,

> se no sistema das Constituições rígidas estas não podem ser modificadas por leis ordinárias, mas tão somente mediante processos especiais agravados de emenda ou revisão constitucional, tracejados pela própria Constituição, segue-se logicamente que toda lei ordinária contrária à Constituição não pode ter validez, é radicalmente nula, é inconstitucional, devendo ser expulsa do sistema jurídico (2007, p 40).

3. ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com a literatura atual existem vários tipos de controles constitucionais. Dependendo da situação e do momento será utilizado aquele que mais se enquadre ao problema a ser solucionado. Dentre os diversos tipos de controle atualmente utilizados, destacaremos o controle jurisdicional repressivo.

Controle Jurisdicional - É a verificação da adequação (compatibilidade) dos atos normativos com a Constituição feita pelo Poder Judiciário. Aqui pode ser analisada a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem formalmente ou materialmente preceitos e princípios constitucionais. Neste tipo de controle, o responsável é um órgão jurisdicional, consagrando duas formas básicas de controle: por via de exceção e por via de ação.

No controle repressivo judicial, o Poder Judiciário usa métodos que pode ser considerado difuso ou concentrado. Neste último, controle concreto (ou jurisdição constitucional difusa) possibilita-se o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário, quando qualquer pessoa utilize-se da arguição de inconstitucionalidade de ato do poder público, no processo judicial em que estejam em jogo interesses subjetivos concretos.

O Responsável pelo julgamento é o próprio juiz que está presidindo o caso, este é quem irá declarar a inconstitucionalidade ou não da lei em análise. Entretanto, esta declaração não é o objeto principal do litígio, mas uma questão incidente surgida num caso concreto.

Na via de exceção a declaração da inconstitucionalidade constitui uma situação que deve ser solucionada, pois dela depende a resolução da causa

principal do litígio. Não é ainda declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas tão-somente declaração de inconstitucionalidade num caso concreto.

Na Constituição brasileira existe uma verdadeira cláusula de reserva de plenário que funciona como uma condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público tanto na via difusa, quanto no controle concentrado.

> A inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. (MORAES, 2004, p. 611)

Método de controle concentrado (ou jurisdição constitucional concentrada) - adota o sistema abstrato de fiscalização da constitucionalidade, em que é examinado o ato normativo em tese, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Pedro Lenza, o Controle Concentrado de Constitucionalidade de lei ou ato normativo recebe tal denominação pelo fato de "concentrar-se" em um único tribunal. (LENZA, 2010, pg.237)

Este sistema é o contrário do controle na via de exceção (ou controle abstrato). Neste o fim é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, conforme o caso. Não há um caso concreto de onde surge uma questão incidente, porque o único objeto da ação já é a inconstitucionalidade da lei em tese. Não interessa, portanto, que haja previamente uma lide entre particulares. A ação surge por si mesma para expurgar do ordenamento jurídico a norma que se encontra em desacordo com a Constituição.

São várias as espécies de controle por via de ação direta contempladas pela Constituição Federal de 1988: ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória

de constitucionalidade, argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Após esta noção acerca do controle de constitucionalidade, nos deteremos na análise do controle concentrado de constitucionalidade exercido através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3096-5 proposta pelo Procurador Geral da República em dezembro de 2003 que questiona a inconstitucionalidade do art. 94 do Estatuto do Idoso.

4. PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Os Juizados Especiais Criminais estão regulamentados, em nível de Justiça Estadual, pela Lei 9.099/1995, sendo destinados à conciliação, julgamento e execução das infrações de menor potencial ofensivo (art. 60), como tais considerados as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2(dois) anos, cumulada ou não com multa.

A Lei 10.259/2001, que regula os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal não fazia restrição alguma quanto à existência ou não do rito especial. Por outro lado, o mesmo crime no âmbito da Justiça Estadual, ficaria alheio ao Juizado Especial Criminal, pois nesta, incidente a Lei 9.099/1995, proibia-se, expressamente, que ficassem sob o alcance do Juizado Especial Criminal delitos de rito especial.

Norberto Avena ao analisar o procedimento dos Juizados Especiais Criminais afirmou:

> Nada mais disso persiste agora, desimportando, como visto, tanto na Justiça Estadual como na Federal, a existência de rito especial para o crime em apuração, bastando então que a pena máxima abstratamente prevista não ultrapasse o patamar estabelecido (dois anos). (AVENA, 2009: pg. 667).

Inicialmente esclareça-se que quanto aos delitos previstos no Estatuto do Idoso que tenham pena máxima de até dois anos, não há qualquer dúvida quanto ao seu normal enquadramento no conceito de infração

penal de menor potencial ofensivo, nos termos da competência prevista no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, que se aplica por extensão à Justiça Estadual, conforme reiteradas decisões dos Tribunais Superiores.

Da mesma forma, os delitos com pena máxima superior a quatro anos, permanecem normalmente fora do alcance das disposições da Lei nº 9.099/95, sendo processados perante o juízo comum.

Assim, a controvérsia do art. 94 do Estatuto do Idoso recai sobre as infrações contidas naquele diploma legal que teriam pena máxima superior a dois anos e igual ou inferior a quatro anos.

A título de esclarecimento, são as seguintes infrações que se encontram nesta zona cinzenta: abandono de idoso (art. 98), maus tratos qualificados por lesão corporal grave (art. 99, § 1º), apropriação indébita de proventos, pensão ou renda do idoso (art. 102), exibição de informações ou imagens depreciativas ou injuriosas ao idoso (art. 105), indução do idoso sem discernimento à assinatura de procuração para administração de bens (art. 106), lavratura de ato notarial que envolva idoso sem discernimento e sem representação legal (art. 108).

Impende registrar que nos Juizados Criminais se aplicam os princípios da celeridade, economia processual, informalidade, oralidade e simplicidade, por isso os autores de crimes que se sujeitam a este procedimento têm diversos benefícios, tais como: fase preliminar, composição civil, transação penal, dentre outros.

A) Fase preliminar

Sendo comunicada à autoridade policial a ocorrência de Infração de Menor Potencial Ofensivo, esta providencia a elaboração do Termo de Ocorrência Circunstanciado, com posterior encaminhamento ao Juizado. O que ocorre na verdade é a notificação posterior dos envolvidos para comparecerem ao Juizado em data aprazada.

Devendo ser ressaltado que não se imporá prisão em flagrante e nem se exigirá fiança ao autor do fato que, após a lavratura do termo for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Conforme dispõe o art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/1995.

Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. De Almeida Delmanto ao comentarem o art. 94 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) assim expuseram:

> Ao contrário do que seria lógico e constitucional – beneficiar o acusado idoso, como já faz o Código Penal em relação aos maiores de 70 anos, considerando a idade circunstância atenuante (art.65 I) prevendo o *sursis* etário (art 77, § 2 º) e reduzindo o prazo prescricional (art.115), o legislador, de acordo com este artigo, favorece o agente de qualquer idade que praticar crimes contra o idoso previstos nesta lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos. Estatui, assim, que tais fatos estão sujeitos ao procedimento estabelecido para as infrações de menor potencial ofensivo pela Lei 9.099/95, o qual, por exemplo, obsta a prisão em flagrante, desde que haja compromisso do autor do fato de comparecimento em juízo, e admite a transação penal. (DELMANTO; DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2006: pg.598) .

No juizado, a próxima etapa do procedimento será a realização da audiência preliminar com o Ministério Público, autor do fato, vítima e responsável civil, acompanhados por advogados, onde o juiz indagará das partes sobre a possibilidade de conciliação e composição de dano civil.

B) Transação Penal

Nos crimes de ação penal pública incondicionada ou havendo representação da vítima na hipótese de se tratar de delito de ação penal pública condicionada o juiz facultará, imediatamente ao Ministério Público propor, se for cabível, a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa ao autor do fato (art. 76 da Lei 9.099/1995).

No entanto, a legitimação exclusiva do órgão ministerial impõe que se

aguarde sua manifestação durante a audiência preliminar. Fa-lo-á, quando presentes requisitos objetivos e subjetivos favoráveis do art. 76. Se o MP se recusar, segundo entendimento prevalente nos Tribunais Superiores, não pode o juiz ofertar de ofício, pois não é parte, devendo o autor do fato impetrar habeas corpus ou o magistrado aplicar o art. 28 do CPP.

E em ação penal privada, quem tem legitimidade para transacionar? Aqui, vigem os princípios da disponibilidade e da oportunidade, de sorte que o juiz somente indaga ao querelante se deseja oferecer proposta; caso se negue, o feito prossegue com oferecimento de queixa-crime; se fizer a mesma será submetida ao querelado e seu patrono.

Note-se que a Jurisprudência tem admitido, neste tipo de crime, a transação penal, havendo, contudo, divergências sobre quem será o autor da proposta nestes casos, o querelante ou o Ministério Público.

C) Sentença Homologatória da Transação Penal

A sentença homologatória cuja natureza é condenatória imprópria, porque embora imponha pena não privativa de liberdade ou multa, não gera qualquer efeito penal. Vale dizer, não gera reincidência e nem constará de registros criminais, mas impõe limitações quanto ao cumprimento da pena imposta e de impedir nova transação no prazo de cinco anos.

Em caso de descumprimento da pena imposta, é necessário analisar: se o réu não pagou a pena pecuniária aplicada em virtude da transação penal, esta deve ser cobrada em execução penal, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não sendo admissível o oferecimento de denúncia; se não cumpriu a pena restritiva de direitos imposta, duas soluções são possíveis: a) conversão em pena pecuniária; e b) oferecimento de denúncia. Defendemos que a última medida é a mais adequada, em especial se o magistrado reservou-se para homologar o acordo celebrado após seu devido cumprimento.

D) Do Procedimento Sumaríssimo

O procedimento sumaríssimo é regrado pelos artigos 77 a 81 da lei 9099/1995 e o art. 396 do CPP, devendo-se ressaltar que somente se ingressará no procedimento propriamente dito se não houve acordo

entre as partes ou entre o autor do fato e o MP, quando então o querelante ofertará queixa oral ou o MP denúncia oral. Neste momento, o autor do fato é citado pessoalmente e intimado para audiência de instrução e julgamento em data a ser marcada pelo juiz.

Impende registrar que o juiz, antes de receber a inicial, possibilitará ao acusado apresentar a resposta prevista no artigo 81 da referida lei, oportunidade em que poderá alegar qualquer das vertentes contempladas no art. 395 do CPP.

E) Audiência do rito Sumaríssimo

Na impossibilidade de composição civil de danos ou de transação penal porque o autor do fato, regularmente intimado, deixou de comparecer à audiência preliminar, tentar-se-á a aplicação dos institutos despenalizadores, a fim de se evitar a ação penal (art. 79).

Antes do recebimento da denúncia, o juiz dará a palavra ao defensor para sua resposta prévia à acusação. Em seguida, decide pelo recebimento ou rejeição, inclusive para eventual proposta de sursis processual. Se a inicial for rejeitada, caberá ao autor da ação penal recorrer via apelação (art. 82); sendo recebida, o juiz avaliará a possibilidade de ser proposto o sursis processual pelo acusador.

Se o MP se negar, caso o juiz entenda estarem presentes os requisitos legais, pode se valer da aplicação analógica do art. 28 do CPP. Se, em ação privada, o querelante se negar, o juiz dará o devido prosseguimento, pois não pode se substituir às partes, oferecendo a suspensão condicional do processo ao acusado/querelado (princípio da inércia; *ne procedat judex ex officio*). Se não for aceita a suspensão, inicia-se a instrução propriamente dita com o juiz inquirindo a vítima, testemunhas de acusação e defesa, e interrogando o réu, a final, em seguida passa aos debates orais e prolata.

A sentença prescinde de relatório, mas deve trazer a fundamentação e o dispositivo. A fundamentação decorre de imperativo constitucional para todas as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). A ausência de relatório se coaduna com a celeridade e informalidade/simplicidade dos atos processuais (art. 81, § 3º c.c. os arts. 3º e 62).

5. CORRENTES INTERPRETATIVAS

Inicialmente, deve-se esclarecer que duas correntes interpretativas passaram a analisar o artigo 94 do Estatuto do Idoso.

Por um lado, sustentavam alguns que a Lei 9.099/95 seria aplicada por completo aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, em que a pena máxima privativa de liberdade não ultrapassasse 4 (quatro) anos, ou seja, cabe transação penal, suspensão condicional do processo, bem como na impossibilidade destes benefícios, o procedimento célere lá previsto.

Para outra corrente, aos crimes previstos Estatuto do Idoso aplica-se o procedimento célere da Lei 9.099/95, mas não a transação ou a suspensão condicional do processo. Esses benefícios seriam válidos somente se não ultrapassem os limites legais (dois anos de pena máxima para transação; um ano de pena mínima para a suspensão condicional do processo).

Ao analisar estas correntes, Nucci se pronunciou da seguinte forma:

> Adotar a primeira interpretação seria exterminar a principal meta da Lei 10.741/2003, que é a consagração da maior proteção ao idoso. Assim ao invés disso, estar-se-ia permitindo transação a infrações cujas penas atingissem até 04 anos de reclusão. E se assim fosse, logo surgiriam as interpretações tendentes a considerar, genericamente, por uma questão de isonomia, todas as infrações punidas com penas de até quatro anos como de menor potencial ofensivo o que seria um absurdo maior. (NUCCI, 2008: pg. 847)

Já Norberto Avena analisou estas posições da seguinte forma:

> Primeira no sentido de que é impossível aplicar a essa ordem de delitos, integralmente, as normas da Lei 9.099/1995. Isto implica dizer que podem ser utilizados na respectiva apuração os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Não sendo possível, entretanto,

> a aplicação desses benefícios a tramitação do processo criminal deverá ocorrer de acordo com o rito célere previsto nos arts. 77a 81 da lei dos Juizados Especiais Criminais. Segundo esta linha de pensamento, precitado art. 94 do Estatuto do Idoso ampliou o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, abrangendo nesta definição todos os delitos sujeitos ao apenamento máximo nele definido. (AVENA, 2009 : pg. 754) Segunda, compreendendo que, a teor da redação do art. 94, aos crimes previstos no Estatuto com pena máxima de até quatro anos deve ser estabelecida a seguinte disciplina : Regra geral -aplica-se o procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/1995(arts.77 a 81); Exceção 1- possível aplicar às infrações penais tipificadas no Estatuto do Idoso o instituto da transação penal apenas quando a pena máxima cominada *in abstrato* não for superior a dois anos; Exceção 2- possível aplicar às infrações penais tipificadas no Estatuto do Idoso o instituto da suspensão condicional do processo apenas quando a pena mínima cominada não for superior a um ano . (AVENA, 2009 : pg. 754)

Entretanto, pode-se considerar que as duas correntes interpretativas encontram óbices em princípios constitucionais, e por isso, não são sustentáveis. O procedimento célere da Lei 9.099/1995 é reservado às infrações de menor potencial ofensivo, o que, definitivamente não é o caso dos crimes cuja pena máxima atinge quatro anos.

6. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O art. 94 do Estatuto do Idoso incentiva o delito contra idosos, porquanto, em que pese estes delitos serem mais graves (pena máxima de quatro anos), admite-se a aplicação dos institutos despenalizadores do JECRIM, ao passo que se o crime fosse cometido contra uma pessoa qualquer, só caberiam tais institutos se a pena máxima fosse de 2(dois) anos, pois vários dos crimes previstos no Estatuto também encontram

previsão no Código Penal, diferenciado deste apenas em relação à vitima idosa.

Assim, clara a violação aos princípios da solidariedade e proteção, já que esta norma ao invés de proteger torna o idoso muito mais vulnerável.

> Nos termos do art. 230, à luz dos princípios da solidariedade e proteção, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida (LENZA, 2010, pg. 965).
>
> Mas o amparo à velhice vai um pouco mais longe, daí o texto do art. 230, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, bem como a gratuidade dos transportes coletivos urbanos e, tanto quanto possível a convivência em seu lar (SILVA, 2000: p 318).

Observa-se também o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana - pois incentiva o ataque a bens jurídicos daquele que já tem a própria vida enfraquecida pela ação do tempo e aos princípios da proporcionalidade e da igualdade também foram esquecidos - já que crimes mais graves tiveram soluções menos severas.

> Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. (LENZA, 2010, pg. 751)
>
> Todavia caso este artigo venha a ser mantido, o conceito de infração de menor potencial ofensivo das Leis 9.099/95 e da Lei 10.259/01 será,

> inarredavelmente ampliado para todas as infrações punidas com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, em decorrência dos referidos princípios da isonomia e proporcionalidade (Fernando Augusto Henrique Fernandes apud DELMANTO; DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2006: pg.598)

Ademais, para que seja considerado constitucional o art. 94 do Estatuto do Idoso, assim como aconteceu com a Lei 10.259/2001(Lei dos Juizados Especiais Federais), o conceito de crime de menor potencial ofensivo teria que ser modificado, pois estar-se-ia tratando crimes de mesma gravidade de maneira diferente, apenas em razão das qualidades pessoais da vítima, o que nos afigura desarrazoado.

> De forma mais restritiva, entendendo que além de não ter sido ampliado o rol das infrações de menor potencial, os feitos cuja vítima for idosa deverão tramitar perante o juízo comum. (Marcos Vinícius de Viveiros Dias, *apud* DELMANTO;DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2006: pg.599).

Impende registrar que a garantia constitucional da ampla defesa também foi desrespeitada pelo legislador no art. 94 do Estatuto do Idoso . Corroborando este entendimento NUCCI afirmou:

> Não se pode subtrair a garantia constitucional da ampla defesa, implementando procedimento célere para crime comum sob a ótica de ser a vítima pessoa idosa. Ademais, não haverá maior ou menor proteção a quem tenha mais de 60 anos se for adotado o procedimento da Lei 9.099/95, mas somente um estreitamento da amplitude de defesa, o que é inconstitucional.

Por fim, observa-se trecho da ADIN interposta pelo Procurador Geral da República comentado por Roberto Delmanto, Roberto

Delmanto Júnior e Fábio M. De Almeida ao comentarem o art. 94 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) que corroboram a inconstitucionalidade deste artigo.

> O procurador – geral da República ajuizou, em 19.12.2003, a Adin3.096-5, com referência a este art. 94, salientando que "a escolha com como critério discriminante tão somente da idade da vítima de determinados crimes para garantir ao autor os benefícios de uma justiça especializada, a dos Juizados Especiais, não é razoável, é flagrantemente inconstitucional" Lembrou, a propósito: "... pelo texto da lei impugnada, poder-se- ia ter um agente respondendo perante o Sistema Judiciário Comum e outro com todos os benefícios da Lei nº 9.099/95, mesmo que praticado crime da mesma gravidade (pena máxima não superior a 4 anos). Apenas por um diferencial a idade da vítima e concluiu: De fato, houve erro sobre a pessoa visada (*error in persona*). O legislador assim agindo, ao invés de proteger o idoso, acaba beneficiando aquele comete crime contra o maior de 65 anos" (DELMANTO; DELMANTO JÚNIOR; DELMANTO, 2006: pg.598) .

7. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3096-5

Em dezembro de 2003 foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3096-5, proposta pelo Procurador Geral da República, em face dos artigos 39 e 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Entretanto como esta pesquisa se restringe a análise da inconstitucionalidade do art. 94 do Estatuto do Idoso, somente serão feitas referências aos fundamentos da ação que dispõem sobre este artigo e sua inconstitucionalidade.

Eis o teor do art. 94 da Lei 10.741/2003:

> Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4

> (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Aduziu o Procurador Geral como fundamento para a ADIN:

> Desta forma, todos aqueles que cometeram os crimes previstos na lei 10.791/03 serão beneficiados pelos institutos da lei 9.099/95.
> Afirma ainda que a norma ora impugnada está criando uma discriminação para os autores dos crimes descritos no estatuto do Idoso, permitindo que lhes sejam aplicados um sistema jurídico próprio tratado pela lei dos Juizados Especiais. Resta-nos avaliar se tal discriminação é proporcional.
> Nos parece que a discriminação instituída está a afrontar o princípio da isonomia insculpido no *caput* do art. 5º da Carta Federal.

Impende registrar que a referida ADIN foi julgada em 16/06/2010:

> O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou parcialmente procedente a ação direta, contra o voto do Senhor Ministro Eros Grau, que a julgava improcedente, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava totalmente procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 16.06.2010. (ADI 3096)

> Em conclusão, o Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República para dar interpretação

conforme ao art. 94 da Lei 10.741/2003 ["*Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.*"], no sentido de que aos crimes previstos nessa lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos, aplica-se a Lei 9.099/95 apenas nos aspectos estritamente processuais, não se admitindo, em favor do autor do crime, a incidência de qualquer medida despenalizadora . Concluiu-se que, dessa forma, o idoso seria beneficiado com a celeridade processual, mas o autor do crime não seria beneficiado com eventual composição civil de danos, transação penal ou suspensão condicional do processo. Vencidos o Min. Eros Grau, que julgava improcedente o pleito, e o Min. Marco Aurélio, que o julgava totalmente procedente. (ADI 3096/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 16.6.2010.)

8. CONCLUSÃO

Neste artigo foi abordada a inconstitucionalidade do art. 94 do Estatuto do Idoso, analisando as ideias de doutrinadores renomados e a jurisprudência atual sobre o tema.

Foi iniciada a pesquisa com a análise da Supremacia da Constituição, na organização jurídica do Estado, informando a existência de um escalonamento normativo em que as normas constitucionais ocupam a supremacia, ou seja, colocam-se no vértice do sistema jurídico do país e sendo todos os poderes estatais legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.

No decorrer desta obra, trouxemos uma noção dos principais aspectos do controle de constitucionalidade, observando a supremacia da Constituição sobre as diversas espécies normativas.

Observou-se o conteúdo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3096-5 ajuizada pelo Procurador Geral da República, em face dos artigos

39 e 94 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Dentre outras particularidades, pudemos observar que no procedimento do juizado especial criminal aplicam-se os princípios da celeridade, economia processual, informalidade, oralidade e simplicidade, por isso os autores de crimes que se sujeitam a este procedimento têm diversos benefícios, tais como: fase preliminar, composição civil, transação penal, dentre outros.

Neste trabalho ficou esclarecido que quanto aos delitos previstos no Estatuto do Idoso que tenham pena máxima de até dois anos, não houve qualquer dúvida quanto ao seu normal enquadramento no conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, nos termos da competência prevista no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01, que se aplica por extensão à Justiça Estadual, conforme reiteradas decisões dos Tribunais Superiores.

Da mesma forma, os delitos com pena máxima superior a quatro anos, permanecem normalmente fora do alcance das disposições da Lei nº 9.099/95, sendo processados perante o juízo comum.

Assim, a controvérsia do art. 94 do Estatuto do Idoso recai sobre as infrações contidas naquele diploma legal que teriam pena máxima superior a dois anos e igual ou inferior a quatro anos, tais como: abandono de idoso (art. 98), maus tratos qualificado por lesão corporal grave (art. 99, § 1º), apropriação indébita de proventos, pensão ou renda do idoso (art. 102), dentre outros.

Sendo assim, ao contrário do que seria lógico e constitucional – beneficiar o acusado idoso, como já faz o Código Penal em relação aos maiores de 70 anos, considerando a idade circunstância atenuante (art.65 I) prevendo o *sursis* etário (art. 77, § 2 º) e reduzindo o prazo prescricional (art.115), o legislador, de acordo com este artigo, favorece o agente de qualquer idade que praticar crimes contra o idoso previstos nesta lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos.

Assim, tais fatos estariam sujeitos ao procedimento estabelecido para as infrações de menor potencial ofensivo pela Lei 9.099/95, o qual, por exemplo, obsta a prisão em flagrante, desde que haja compromisso do autor do fato de comparecimento em juízo, e admite a transação penal.

Diante desta desproporção e desigualdade de tratamento, observa-se que surgiram duas correntes doutrinárias sobre o tema, em que sustentam alguns autores que a Lei 9.099/95 seria aplicada por completo

aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, em que a pena máxima privativa de liberdade não ultrapassasse 4 (quatro) anos, ou seja, cabe transação penal, suspensão condicional do processo, bem como na impossibilidade destes benefícios, o procedimento célere lá previsto.

Para outra corrente, aos crimes previstos Estatuto do Idoso aplica-se o procedimento célere da Lei 9.099/95, mas não a transação ou a suspensão condicional do processo. Esses benefícios seriam válidos somente se não ultrapassem os limites legais (dois anos de pena máxima para transação; um ano de pena mínima para a suspensão condicional do processo).

Entretanto, pode-se considerar que as duas correntes interpretativas encontraram óbices em princípios constitucionais, e por isso, não poderiam ser sustentadas. Assim, clara a violação aos princípios da solidariedade e proteção, já que esta norma ao invés de proteger torna o idoso muito mais vulnerável.

Observa-se também o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana- pois incentiva o ataque a bens jurídicos daquele que já tem a própria vida enfraquecida pela ação do tempo e aos princípios da proporcionalidade e da igualdade também foram esquecidos - já que crimes mais graves tiveram soluções menos severas.

Ante o exposto, conclui-se que todos os pontos abordados foram de fundamental importância para desvendar a inconstitucionalidade do art. 94, tema que merece especial atenção uma vez que o Estatuto do Idoso estipulado para impedir violações aos direitos da população da terceira idade, não trouxe somente benefícios, no momento em que eclodem em todo país notícias de maus-tratos e abusos de todo o tipo contra os idosos. Ocorre justamente o contrário, pelo que a nova lei demonstra em seu texto.

9. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado.* São Paulo: Método, 2009.
CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia científica*. 4ª Ed. São Paulo: Makrom Books, 1996.
CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de constitucionalidade*. 2ª ed . Bahia: Podium, 2007.
GIL, Antônio Carlos, *Como elaborar projetos de pesquisa*, 4ª Ed. São Paulo:

Atlas, 2009
GONÇALVES, Hortência de Abreu. *Manual de projetos de pesquisa científica.* São Paulo: Avercamp, 2003.
LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos.* 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado,* 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado.* 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
ROBERTO Delmanto, Roberto Delmanto Júnior, Fábio Machado de Almeida Delmanto - *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional.* 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.