

# A Condição de Idoso e a Incidência da Norma Penal

**Nagib Slaibi Filho**

*Magistrado – RJ*

*Professor EMERJ e UNIVERSO*

Tema em voga nos auditórios forenses e acadêmicos é a causa excludente de isenção de pena, prevista no inciso III, do artigo 183 do Código Penal, decorrente da alteração introduzida pelo Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, que desautoriza a utilização das imunidades, absolutas e relativas, previstas nos arts. 181 e 182, daquele diploma legal, quando se tratar de crime praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade.

Os mencionados dispositivos têm a seguinte redação:

*Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:*

*I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;*

*II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.*

*Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:*

*I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;*

*II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;*

*III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.*

*Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:*

*I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;*

*II - ao estranho que participa do crime.*

*III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela L-010.741-2003).*

Em voto brilhante na 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Desembargador Geraldo Prado ensinou que o dispositivo que impede a utilização das causas de isenção para o idoso não estaria atendendo a natureza de ação positiva a que se destina, uma vez que estaria inviabilizando a paz social.

Do voto do eminente Relator extraem-se os seguintes trechos:

*Impõe-se a análise de uma questão prévia, de natureza constitucional, antes do exame das demais matérias meritórias. Refere-se à incidência da escusa absolutória, prevista no inciso II, do artigo 181 do Código Penal, vez que o alegado delito teria sido praticado pelo descendente contra seu genitor. Determina o legislador, nessa hipótese, a imunidade substancial - escusa absolutória, constituindo verdadeira condição negativa de punibilidade do crime. Todavia, o magistrado sentenciante não reconheceu a referida imunidade porque a vítima, à época dos fatos, contava com 81 anos de idade, o que atrai a aplicação do artigo 95 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) que, dando nova redação ao art. 183 do Código Penal, através da inclusão do inciso III, passou a tornar inaplicáveis tanto a isenção de pena ao agente, nos crimes contra o patrimônio, quando se tratar de vítima com idade igual ou superior a 60 anos.*

*É evidente a inconstitucionalidade do dispositivo legal, que atenta contra os princípios constitucionais do **substantive due process of Law** e da isonomia. Com efeito, a norma reduz a autonomia do idoso e restringe indevidamente sua autodeterminação.*

*Ressalte-se que o objetivo da norma permissiva é a renúncia do Estado ao **ius puniendi** com vistas a preservar a paz social e familiar, por razões de conveniência em matéria de política criminal. **In casu**, o genitor deixou claro durante o processo que não tinha a intenção de ver seu filho condenado, salientando que os problemas com o uso de drogas foram superados e que a família convive em total equilíbrio, tendo, inclusive, manifestado expressamente seu desejo ao órgão ministerial de retirar a imputação (“retirar a queixa”) e paralisar a ação penal.*

*Portanto, vislumbra-se, no caso em apreço, desvio de poder no plano das atividades legislativas do Estado. Não se admite que disponha da competência para legislar ilimitadamente e de forma imoderada, até mesmo sob alegação de proteção do idoso, gerando situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.*

*Ademais, o disposto no artigo 183, III, do Código Penal tem a natureza de uma discriminante positiva, também denominada ação positiva, e não se pode admiti-la em sede penal, para criminalizar condutas, ou para excluir uma isenção de pena, que é a hipótese.*

*Para explicar as ações positivas, parte-se do raciocínio de que o princípio da igualdade, por si só, não é suficiente para promover a igualdade fática. As ações positivas, assim, visam à concreção do princípio da igualdade, sempre que for necessária uma ação estatal dirigida a equilibrar uma situação de desigualdade. São comumente aceitas as ações positivas que visam a aumentar a participação das minorias em vários setores da vida social. A doutrina aponta os seguintes exemplos de ações positivas: acesso ao trabalho privado e à função pública, quotas destinadas aos negros em universidades e as quotas para as mulheres para o desempenho de cargos legislativos.*

*As características das ações positivas são de visarem à igualdade de oportunidades e, não, de resultados, bem como se destinarem a uma coletividade e, não, a pessoas individualizadas, acarretando ao grupo todo um benefício imediato.*

*Há, contudo, autores que distinguem as ações positivas das discriminações positivas. Elena Larrauri, citando Fernando Rey e Ruiz Miguel, esclarece que as primeiras são medidas destinadas a conseguir a igualdade de modo genérico, enquanto as segundas representam uma quota rígida e que requerem cinco condições para sua implementação: a) uma coletividade com características bem marcadas e que são va-*

*loradas negativamente; b) um contexto de especial escassez de bens que precisam ser concedidos a tais grupos; c) uma justificação para remediar os efeitos desta discriminação; d) a temporalidade das medidas discriminatórias; e) a proporcionalidade das medidas, cujos objetivos não poderiam ser alcançados por meio menos gravoso.*

*Pois bem, tais características, sejam de ações positivas, ou de discriminações positivas, não se apresentam no âmbito penal, nem no processual penal. A ação positiva agora examinada – a exclusão da isenção de pena e a vedação de retratação da representação, nos crimes patrimoniais praticados contra ascendente com idade igual ou superior a 60 anos – não tem caráter genérico, pois não beneficia a coletividade de idosos, mas somente um idoso determinado, que é a suposta vítima do crime. Tampouco a medida gera uma igualdade de oportunidades entre idosos e não idosos, pois não se trata disso, nos âmbitos enfocados.*

*Ainda mais: não leva em consideração se a vítima, com idade igual ou superior a 60 anos, está realmente em condições concretas que justifiquem maior proteção estatal, ao ponto de excluir a isenção de pena e a vedação de retratação da representação, afigurando-se irrazoável o critério de idade, apenas, sem levar em consideração a situação concreta da vítima.*

*Isso porque um genitor com idade inferior a 60 anos, mas doente, carecerá mais de proteção do que um genitor maior de 60 anos, mas em plena saúde. A irrazoabilidade da discriminação positiva, para excluir isenção de pena e proibir a retratação da representação, arranha a constitucionalidade do devido processo legal no sentido substantivo.*

*Por tais razões, as ações positivas, que são tão bem-vindas e necessárias quanto ao gozo de direitos de cidadania e fundamentais, não se adaptam ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, que não visam a promover a igualdade de coletividades minoritárias ou fragilizadas socialmente.*

*A finalidade do Direito Penal é a aplicação de sanção penal a um indivíduo específico que delinuiu, na medida de sua culpabilidade, enquanto a do Direito Processual Penal é o de regular um julgamento justo, com contraditório e ampla defesa, e legitimar a intervenção estatal no direito individual, quando for estritamente necessária, adequada e proporcional. Os objetivos, portanto, são incompatíveis.*

*A doutrina estrangeira tem se inclinado por entender inconstitucional qualquer medida que, a pretexto de adotar uma ação positiva no interesse de uma determinada coletividade, acaba por afrontar os fins do Direito Penal e do Direito Processual Penal, gerando desigualdade no processo.*

[...]

*Veja-se que o argumento agora adotado não colide com a agravante genérica prevista no artigo 61, II, h, (maior de 60 anos), do Código Penal, porque se trata de mero agravamento de pena, dentro da autorização constitucional de individualização da pena, enquanto que, no caso em exame, trata-se de política criminal de definir condutas típicas e de excluir a criminalização, o que só pode ser feito de acordo com os valores constitucionais.*

[...]

*Funcionando na arguição de inconstitucionalidade perante o Órgão Especial do mesmo Tribunal, o Procurador de Justiça .... opinou no sentido de que a norma em julgamento deve ser considerada constitucional, haja vista a espécie do Direito tutelado e em razão de natureza de ação positiva que se verifica da normatividade extraída do dispositivo impugnado.*

*Segundo o douto parecer ministerial, “a violação de seus direitos, na medida em que, na maioria das vezes, dependem de seus familiares em diversos aspectos, seja nos cuidados da saúde, nas relações sociais, financeiramente ou até, mesmo pela simples convivência, circunstâncias que dificultam, ou mesmo impedem, a tomada de qualquer atitude contra sua família”.*

Não obstante, apesar da compatibilidade da norma impugnada com o texto constitucional, deve ser conferido à mesma interpretação conforme a Constituição, uma vez que, embora a norma leve à proteção efetiva do idoso, por outro lado reduz sua autonomia e autodeterminação, atingindo aquele idoso que não se enquadra na qualidade geral de hipossuficiência descrita na norma protetiva em questão.

O tema referente à idade dos envolvidos, tanto vítima, quanto acusado, no que concerne ao Direito Penal, é matéria de suma importância.

Questões atinentes à punibilidade, prescrição, imputabilidade, o resultado etc., dependem, em muitos casos, da análise da idade do autor do fato ou da vítima, como fator de política criminal, para se definir a tipicidade ou permitir alguma benesse legal ao envolvido e acusado.

Neste sentido, importante trazer à baila a posição do Professor Guilherme de Souza Nucci, em seu livro **Leis penais e Processuais Penais Comentadas**, 5ª ed. Ed. RT, p. 697, de onde se extrai o seguinte trecho:

*Preceitua o art. 230 da Constituição Federal que “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. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”. O Estatuto do Idoso elegeu a idade de 60 anos para caracterizar a pessoa idosa, embora tenha sido assegurada a gratuidade dos transportes coletivos urbanos somente aos maiores de 65 anos, na Constituição Federal, o que é uma nítida contradição. Por outro lado, nem sempre a pessoa com mais de 60 anos, no mundo moderno de hoje, deve ser considerada hipossuficiente, como se prevê, na Lei 10.741/2003, para os diversos fins de amparo e proteção. Foi uma opção legislativa, afinal, anteriormente, quando o Código Penal se referia ao velho, interpretava-se como sendo aquele que atingira 70 anos (idade, aliás, utilizada como parâmetro para aposentadoria compulsória do funcionário público e para o fim de cálculo atenuado da prescrição, conforme art. 115 do Código Penal, bem como para a finalidade*

*de se conceder atenuante ao criminoso, de acordo com o art. 65, I, também do Código Penal). Temos, atualmente, três estágios de idades: a) 60 anos, para ser uma pessoa considerada idosa; b) 65 anos, para que tenha benefício do transporte coletivo público gratuito; c) 70 anos para a contagem da prescrição pela metade (art. 115, CP): STJ: "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. Precedente." (RHC 16856-RJ, 5ª T. r. Gilson Dipp, 02.06.2005, DJ 20.06.2005, p. 295, v.u)*

As causas de isenção de pena visam a proteger, em razão de escolha legislativa, bens jurídicos que, além daqueles penalmente tutelados, também devem ser juridicamente amparados.

Dessa forma, deixa-se de lado a proteção estatal penal, pautada no conceito da *ultima ratio*, e se prestigiam outros valores que, em determinados casos, por política criminal, devem preponderar.

Os dispositivos acima descritos tutelam, por determinação legal, diversos outros valores, dentre eles a proteção do núcleo familiar, incluindo-se aí, a harmonia e a preservação da família.

Este também é o entendimento de diversos doutrinadores, dentre eles o professor Silvio Maciel, através de matéria retirada da Internet:

*Sem embargo do sistema de proteção que traz e de suas explícitas finalidades, é o próprio Estatuto que, paradoxalmente, desrespeita os idosos, tratando-os com discriminação e desigualdade e considerando-os incapazes de autodeterminação. E a ofensa provém, como não poderia deixar de ser, de uma disposição criminal do novo diploma legal, qual seja, seu artigo 110[5], que acrescenta um inciso III ao artigo 183, do Código Penal, para afastar a aplicação das imunidades absoluta (art. 181, CP) e relativa (art. 182, do CP) nos crimes patrimoniais praticados contra pessoas com 60 anos ou mais.*

*Como se sabe, o artigo 181, I e II, do C.P. cuida das chamadas imunidades absolutas ou escusas absolutórias, isentando de pena o cônjuge ou companheiro na constância do casamento ou da convivência, ascendentes ou descendentes da vítima,*

*nos crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa; por sua vez, o artigo 182, I a III trata das imunidades relativas, que tornam a ação penal condicionada à representação da vítima quando o autor da infração patrimonial for cônjuge separado, irmão, tio ou sobrinho com quem o agente coabita.*

*É explícita a intenção da lei, nesses casos, de colocar os valores sociais da família, os laços consanguíneos e afetivos, os sentimentos oriundos da coabitação diária, acima de interesses patrimoniais e mesmo dos interesses sociais de punição do infrator. Em um típico caso de ponderação de valores, optou o legislador em preservar aqueles considerados, na hipótese, mais relevantes – os valores familiares e humanitários.*

*Os artigos 181 e 182 do C.P. são dispositivos sábios, pois não é mesmo possível exigir de uma pessoa que acuse ou aceite a punição de um ente querido, que muitas vezes lhe representa o que de mais importante tem na vida (um filho, por exemplo) em razão, v.g., de um estelionato, um furto ou uma apropriação indébita de um bem perfeitamente substituível e muitas vezes de valor secundário.*

*Ao dispor que as escusas do Código Penal não se aplicam aos crimes patrimoniais praticados em desfavor das pessoas com sessenta anos ou mais, nosso legislador outra vez demonstrou que seu furor punitivo e seu amor pela lei e ordem não têm limites, confirmando uma prática perversa que tem se reiterado nos últimos tempos de inserir, em nosso ordenamento penal, dispositivos que violam a ordem constitucional.*

*O combatido artigo 110, do Estatuto do Idoso atinge em cheio a dignidade dos idosos, ao negar-lhes o direito de não ver um ente querido ser processado e até preso por um isolado crime patrimonial; ainda ofende o direito de igualdade, autodeterminação e não discriminação ao subtrair-lhes a prerrogativa, conferida às demais vítimas, de decidir sobre a representação para o início da persecução penal, considerando-os, assim, pessoas destituídas dessa capacidade de decisão.*

*No caso da representação criminal, o dispositivo mencionado retira do idoso o direito de sentir piedade de um parente querido, o direito de colocar seus valores afetivos, emocionais e espirituais acima de suas coisas materiais, justamente um dos sentimentos mais fortes e presentes em pessoas cuja experiência de vida já lhes tornaram capazes de perceber que a companhia, amizade, respeito e carinho de um ente próximo são valores inafastáveis.*

*É mais um caso de desrespeito à vítima, cujos interesses e sentimentos sempre foram desconsiderados no fenômeno do crime e na sistemática processual. É um dispositivo opressor e insensível, que expõe o idoso a um constrangimento indevido, de eventualmente ver, contra sua vontade, um parente ou companheiro querido ser processado criminalmente por um delito patrimonial do qual ele foi a própria vítima. E, repita-se, é um dispositivo discriminatório, na medida em que retira dos idosos um direito reconhecido às demais pessoas (direito de representar ou não) sem um critério razoável que justifique a diferenciação de tratamento. É, enfim, a errônea suposição de nossos legisladores de estarem em mais condições de sentir e decidir do que os idosos.*

*Caminharam nossos legisladores penais na contramão da evolução histórica, que cada vez mais potencializa os valores da pessoa humana, colocando o homem como limite de tudo, inclusive do direito[6]. E mais: com tal dispositivo, reafirmaram que os valores patrimoniais continuam sendo mais caros do que qualquer outro. O bem patrimonial, ainda hoje, continua sendo, aos olhos da lei, mais importante do que a família.*

*Nem se argumente que os dispositivos visaram a aumentar a esfera de proteção dos idosos, porque as escusas dos artigos 181 e 182 do C.P. têm por objetivo proteger justamente interesses da vítima (a harmonia e a integridade familiares) e não, interesses do infrator de se manter impune. Então, a norma do artigo 110, do Estatuto do Idoso não aumenta, mas ao contrário, pode diminuir a esfera de proteção dos interesses dos idosos.*

*Também não é válido o argumento de que os idosos são pessoas sem condições de se defender, uma vez que as escusas penais, como se sabe, somente são aplicáveis aos delitos patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.*

*E não é plausível, ainda, a sustentação de que a medida do art. 110, da Lei. 10.741/03 visa a proteger os idosos de desfalques permanentes ao seu patrimônio, praticados por parentes inescrupulosos que os relegam à miséria (o que realmente ocorre no cotidiano). Isso porque tais condutas foram tipificadas como crimes autônomos no próprio Estatuto do Idoso (artigos 102, 103, 106, 107 e 108), todos de ação pública incondicionada e sem possibilidade de aplicação das imunidades do Código Penal (artigo 95, do Estatuto).*

*Forçoso concluir, assim, que o artigo 110, do Estatuto do Idoso contraria vários princípios constitucionais, por ser discriminatório e irrazoável, na medida em que pressupõe, sem motivo plausível, que todas as vítimas idosas não têm condições, como as outras pessoas, de decidir sobre a representação criminal[7]; por ser não isonômico, já que não confere aos idosos o mesmo direito das outras pessoas de não ver o parente ou cônjuge ser processado pela prática de um delito cujo bem jurídico atingido é disponível (o patrimônio); por ofender, principalmente, a dignidade do idoso, impondo-lhe, opressivamente, uma ordem de valores[8] que pode não ser a dele, submetendo-o a uma situação no mínimo constrangedora, de assistir a uma incriminação indesejada de uma pessoa próxima.*

*Além disso, o citado artigo 110 contraria a própria essência do Estatuto do Idoso. Afinal de contas, não é outra lei, senão o próprio Estatuto, que reconhece a importância da convivência e dos laços familiares para os idosos, ao dispor no artigo 3º, § único, III, “a priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar (...)” e impor às entidades de acolhimento a “preservação dos vínculos familiares” (arts. 49, I e 50, VI).*

*É também o próprio Estatuto que proíbe qualquer forma de opressão ou discriminação contra o idoso (art. 4º), colocando-o a salvo de qualquer tratamento vexatório ou constrangedor (art. 10, § 3º). E não há nada mais opressor e constrangedor do que, por exemplo, obrigar uma pessoa a presenciar e até mesmo participar da formalização de uma prisão em flagrante contra um parente próximo ou companheiro e vê-lo ser recolhido aos nossos promíscuos estabelecimentos prisionais; ou obrigá-la a participar, contra sua vontade, de uma instrução criminal na qual está sentado no banco dos réus, por exemplo, seu cônjuge.*

*É ainda a Lei 10.741/03 que garante o direito à preservação da autonomia dos idosos (art. 10, § 2º), a qual é evidentemente violada ao se retirar deles a prerrogativa de escolher entre representar criminalmente contra um parente, cônjuge ou companheiro, em razão da prática de um crime patrimonial esporádico. Com efeito, não se permite ao idoso exercer uma das mais importantes oportunidades de sua autonomia, que é a decisão sobre a liberdade de um parente ou companheiro.*

*É o Estatuto, finalmente, que considera como criminosas as condutas, por motivo de idade, de impedir o idoso de ocupar cargo público (art. 100, I), de trabalhar (art. 100, II), de realizar operações bancárias ou contratar (art. 96). É de se perguntar, então, por que, se os idosos podem trabalhar, ocupar cargos públicos, contratar e controlar seus rendimentos – o que pressupõe o reconhecimento de que são pessoas com pleno discernimento – não lhes é permitido decidir sobre a representação criminal?[9].*

*As referências a esses dispositivos bastam para evidenciar o descompasso do artigo 110 com o “espírito da lei”. Eles quebram a harmonia e unidade sistemática da Lei 10.741/03 e, por isso, atingem também o princípio constitucional da razoabilidade, pois como diz Canotilho “(...) a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma”[10].*

*Mais do que ser impróprio, o dispositivo citado atinge direitos fundamentais dos idosos, e por isso está eivado de inconstitucionalidade. Como é cediço, as normas constitucionais garantidoras de direito fundamentais dirigem-se, especialmente, aos detentores do poder, entre os quais está o próprio legislador, que também pode oprimir, discriminar, enfim, violar normas da nossa Constituição Federal. As leis mal elaboradas podem, é certo, contrariar a essência da Constituição. E nesse caso o dispositivo em tela, inegavelmente, contraria normas-princípio da Constituição que veiculam valores supremos e possuem não só positividade idêntica à das normas-regra, mas proeminência axiológica sobre estas.*

*Mais uma vez se faz necessária a aplicação da teoria pós-positivista ou principiológica (que reconhece a normatividade dos princípios[11]), em face de mais um excesso do legislador penal, inadmissível a um sistema de direitos e garantias constitucionais que representa a essência do nosso sistema jurídico. Afinal de contas, o Estado Democrático de Direito não é o Estado de legalidade estrita, mas um Estado que aspira à Justiça. E são justamente os princípios que conferem ao sistema jurídico uma maleabilidade capaz de retirá-lo do limbo do formalismo positivista, da aplicação cega e mecanicista da lei e aproximá-lo da ideia de um direito justo.*

*O Judiciário não pode, portanto, deixar de efetivar o controle de constitucionalidade (concentrado ou incidental) do artigo 110 do Estatuto do Idoso, reconhecendo sua colisão com os princípios da Carta Magna mencionados. Assim impedirá que direitos fundamentais dos idosos (como a igualdade, a dignidade, a não discriminação etc) sejam violados, justamente, pela Lei que surgiu para protegê-los.*

*(<http://atualidadesdodireito.com.br/silviomaciell/2011/09/06/o-preconceito-do-estatuto-do-idoso/>)*

A propósito, e no mesmo sentido, veja, ainda, o texto “Inovações Penais do Estatuto do Idoso”, extraído do site Jus Navigandi, de autoria de Gleuso de Almeida França:

*Cumprе lembrar que os artigos 181 e 182 do CP tratam, respectivamente, das escusas absolutórias e necessidade de representação do ofendido para deflagração da ação penal (2). Não obstante a intenção do legislador tenha sido dar maior proteção ao bem jurídico, visando desestimular a prática de violência (doméstica) pelos familiares, deixou o idoso em situação de inferioridade, na medida em que cria uma presunção **juris et juris** da sua incapacidade de determinar-se com seu desejo de ver ou não sujeito a uma sanção penal um parente seu. Criou-se a ridícula situação de um cônjuge (até mesmo maior de 60 anos) cometer um crime contra o outro idoso estar sujeito a todos os rigores do processo e da pena, de forma que mesmo diante da indiferença da vítima, em relação ao fato supostamente ilícito, seria o cônjuge processado e até mesmo condenado. De igual forma ocorreria com os ascendentes e descendentes do idoso, bem como com relação aos sujeitos do art. 182 do CP.*

*Atente-se que o escopo de proteção pode na verdade transformar-se em um dano infinitamente superior, pois, por vezes, o sofrimento de ver um parente ser processado pode ser muito maior do que a lesão patrimonial.*

*Com efeito, considerando-se o idoso como hipossuficiente na relação familiar, infere-se que condutas ofensivas ao seu patrimônio pelo parente agressor poderiam ficar fora do controle social. Essa a razão da restrição das escusas. Entretanto, não trilhou bem o legislador pela generalização. Vejo desnecessária esta intervenção, vez que o art. 183 do CP resolve, genericamente, essa situação. Isso porque quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça, não se aplica o disposto no art. 181 e 182 do CP. Por óbvio não se olvidam as situações em que o idoso realmente não tem capacidade de autodeterminação. Entretanto, tomar a exceção por regra, para promover a limitação de institutos que têm por princípio a prevalência da harmonia familiar, mesmo que em detrimento do patrimônio, não foi a melhor opção. Poderia ter-se acrescentado um inciso no art. 183, excluindo as hipóteses do 181 e 182 quando a vítima maior de 60 anos tiver sua capacidade de autodeterminação reduzida.*

Por fim, considerando o aspecto temporal dessa espécie de interpretação constitucional sem redução de texto, mostra-se oportuno trazer a lume, também, o disposto no livro **Direito Fundamental à Tutela Cautelar**, Ed. GZ, p. 68/71, de autoria deste subscritor:

#### **5.4. *Ex facto oritur jus*: a modulação dos efeitos como consectário da efetividade da decisão**

*Reitere-se que os pressupostos da cautelar são normativos, a demonstrar a inutilidade dos textos legais que pretendem limitá-los nas mais diversas situações, sem conseguir derrotar o empirismo que nos impregna em cada situação concreta.*

*Em cada situação a ser examinada é que o juiz, o administrador e/ou quem tem o dever de decidir no mundo fático, procura a ocorrência da urgência, da plausibilidade ou da proporcionalidade entre a decisão cautelar e a situação concreta que tutela.*

*Nestes anos iniciais do século XXI, cada vez mais o jargão forense assimila a expressão modulação dos efeitos, importada do Direito Constitucional, para significar que a decisão final deve levar em conta os efeitos práticos produzidos pela cautelar e, mais, que a decisão final deve corresponder à ideia de que sua eficácia no mundo real corresponde a importante fator de sua legitimação:*

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.**

*I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário.*

*II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico.*

*III – Embargos de declaração acolhidos (RE nº 500.171 ED, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16 de março de 2011, DJe-106, divulg. 02.06.2011, public. 03.06.2011. Ement. vol. 02536-02, p. 00220, RT v. 100, nº 912, 2011, p. 526-536).*

*As decisões devem produzir efeitos, ser eficazes.*

*Não basta ao juiz lançar a decisão, incidental ou conclusiva, em processo que atenda aos princípios que a Constituição de 1988 englobou na expressão devido processo de lei (art. 5º, LIV).*

*A decisão judicial há de ser densa e suficientemente motivada, isto é, deve transcender dos autos e encontrar na vida real a sua causa, buscando a eficácia da transformação da realidade.*

*O exercício do poder, para ser legítimo, deve ser razoável:*

*Eu desejava ver um pôr do sol... Fazei-me esse favor. Ordenai ao sol que se ponha...*

*– Se eu ordenasse a meu general voar de uma flor a outra como borboleta, ou escrever uma tragédia, ou transformar-se em gaivota, e o general não executasse a ordem recebida, quem – ele ou eu – estaria errado?*

*– Vós, respondeu com firmeza o príncipezinho.*

*– Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance no mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis.*

*Diz o art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, indicando que a situação fática é que rege os efeitos da decisão cautelar e, se o faz, é a mesma que também rege a decisão definitiva.*

*A modulação dos efeitos também é reconhecida em sede do processo legislativo, mandando o art. 62 da Constituição que as medidas provisórias devem ser submetidas à conversão de seus efeitos, ainda que a mesma seja rejeitada.*

*No controle da constitucionalidade há hoje ampla utilização da modulação dos efeitos.*

*Embora seja a regra, em sede de controle judicial de constitucionalidade, assim na esteira da prática americana e dos ensinamentos de Rui Barbosa, no início do século XX, de que o que é inconstitucional é nulo e não produz efeitos, é possível que os efeitos temporais da decisão sejam modulados, de forma a atender questões de segurança jurídica ou interesse social.*

*Assim está previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, diploma legal que decorreu da prática do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional da Alemanha, por meio de diversos arestos divulgados em nosso país pelo hoje Ministro do Excelso Pretório, Gilmar Ferreira Mendes, o qual integrou a comissão de notáveis juristas que elaborou o anteprojeto que deu causa à mencionada lei.*

*Observe-se a redação do referido dispositivo:*

*Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

*Atente-se a surpreendente contradição decorrente de tal dispositivo e da regra desde a Constituição de 1934 e hoje no art. 97 da Carta da República, quando à reserva de plenário, ou seja, somente pela maioria absoluta (mais da metade de seus membros) poderão os Tribunais, pelo pleno ou por seu órgão especial, reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público: para declarar a inconstitucionalidade, seu aproveitamento e sua modulação, de modo ex tunc, basta a maioria absoluta; modular os efeitos, ajustar a norma ao caso, necessários dois terços dos membros da Corte...*

*Sempre que se concede tutela antecipada, deverá a ulterior decisão definitiva dispor sobre os efeitos até então, pois nem sempre a decisão definitiva mantém integralmente o que antes fora deferido.*

*E também quando se julgar extinto o processo ou improcedente a demanda, havendo antecipação dos efeitos da pretendida tutela definitiva, deverá o julgador dispor sobre os efeitos já passados, inclusive, se for o caso, condenando o beneficiário a devolver o que recebeu indevidamente ou o equivalente em dinheiro. Neste sentido, a Súmula nº 405 do Supremo Tribunal Federal.*

*Utiliza-se a expressão modulação dos efeitos como decorrência do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, reguladas pela Lei nº 9.868/99, que consolidou precedentes do Supremo Tribunal Federal colhidos na prática do Tribunal Constitucional alemão. O jargão forense já estendeu a expressão aos demais processos, como, por exemplo, em ação de alimentos em que se modula os efeitos para conceder os alimentos por determinado prazo.*

*Caso clássico de modulação dos efeitos em antecipação de tutela decorre da edição de medidas provisórias, consoante o disposto no art. 62, §§ 3º, 4º, 11 e 12, pois em caso de rejeição, total ou parcial, deve o Congresso regular os efeitos dos atos já praticados, como decorre da Emenda Constitucional nº 32, de agosto de 2001:*

*Art. 62. [...]*

*§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.*

*§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.*

*[...]*

*§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.*

*§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta se manterá integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.*

*A modulação dos efeitos não é consectário necessário só da cautelar, mas do dever do juiz, do administrador ou do legislador de prover para que a sua decisão seja eficaz e suficiente em cada caso.*

Ante tais considerações, entendo que se deve reconhecer a constitucionalidade do art. 183, inc. III, do Código Penal, conferindo, no entanto, interpretação conforme a Constituição, para permitir ao Magistrado da causa verificar, em cada caso, a vulnerabilidade do ofendido idoso, para incidência das normas dos arts. 181 e 182 do Código Penal, valendo tal interpretação conforme a Constituição a partir da publicação desta decisão, sem prejuízo da cognição judicial em cada caso anteriormente decidido.❖