

## A IDADE E O DIREITO

Tradicionalmente, a idade tem servido ao Direito para delimitar o “patamar” mínimo acima do qual se reconhece ao indivíduo capacidade para responder pelos actos que pratica. É, assim, no direito civil quando se prescreve que “aquele que perfizer dezoito anos de idade adquire plena capacidade de exercício de direitos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens” (art.130.º, CC); no direito do trabalho, estatuiu-se aí que “a idade mínima de admissão para prestar trabalho é de 16 anos” (art. 68.º, n.º 2, CT); no direito penal, que considera inimputáveis os menores de 16 anos (cfr. art. 19.º, CP); etc.

A este respeito tem-se dito que a *ratio iuris* destas incapacidades legais reside, sobretudo, no interesse público de preservar o normal desenvolvimento psico-físico e moral dos mais jovens protegendo-os das consequências sancionatórias que o Direito em geral prevê para as proibições que estabelece. É, pois, uma preocupação de Justiça que inspira o legislador na particular tutela que dispensa àqueles que em virtude da sua menoridade se apresentam como a parte “fraca” das relações diárias da nossa vida em sociedade.

Todavia, assiste-se hoje - muitas vezes sub-repticiamente - a um efeito jurídico contrário e perverso da idade: ela deixa de ser a “razão” a coberto da qual o mais “novo” se acolhe convertendo-se no móbil por força do qual o mais “velho” é excluído. Dito de outro modo: a Justiça que subjaz às sobreditas soluções legais cede perante critérios normativos cuja fonte está para além das “fronteiras” tradicionais do Direito.

Certo que o sistema jurídico não constitui em si uma “ilha” imune às vagas que se abatem à sua volta e inelutavelmente o vão moldando. Acontece, porém, que o *homo* que nela habita não se esgota na racionalidade económica (*homo economicus*) nem faz da racionalidade política a sua meta (*homo politicus*). É um “sobrevivente” que apesar da formalidade do seu discurso se alimenta de uma certa irracionalidade comunitariamente enraizada que à falta de outra expressão mais fidedigna os antigos romanos condensaram na máxima *honeste vivere*.

É, pois, o Direito o domínio do *homo melior*<sup>1</sup> que, seguindo a lição de António Hespanha, procura através do direito “antecipar a ética (um pouco como, na teoria

---

<sup>1</sup> *Quia per opus charitatis crescit charitas et fit homo melior, sed per venias non fit melior sed tantummodo a pena liberior* (Porque o Amor cresce através das obras de Amor, o Homem torna-se melhor; mas por meio das indulgências não se torna melhor ficando apenas mais livre da pena). Esta é a 44.ª tese contra o tráfico das indulgências das 95 Teses afixadas por Lutero na porta da Igreja de Wittenberg e que lhe valeram a excomunhão decretada pelo Papa Leão X.

medieval do direito, a Cidade Terrena devia antecipar e preparar a Cidade Divina)” na convicção que “...pelo menos, o clássico princípio da mera tolerância (viver *com* o Outro) com que o direito moderno se bastava (...) tem que ser substituído por um princípio mais exigente – o de uma solidariedade mais fundamental (viver *para*, viver *como se o Outro fosse Eu*)<sup>2</sup>”. Não do *homo politicus* que se serve do Direito como instrumento de afirmação de uma ideologia circunstancialmente dominante convertendo-o na esteira da doutrina marxista num simples epifenómeno: “as leis e o Direito, enquanto peças-chave das multidimensionadas ‘superestruturas ideológicas’ das sociedades, constituiriam habituais e vigorosas (ainda que *não* inevitáveis) ‘armas de classe’, sendo no essencial e no fundo outros tantos instrumentos utilizados para facilitar o exercício de dominação e opressão de grupos uns sobre os outros<sup>3</sup>”.

Mas não o é, também, do *homo economicus* pese todo o acolhimento académico que hoje se dispensa à chamada “análise económica do direito”( *Law and Economics*). Partindo em Coase (*The Problem of Social Cost*) da problemática dos direitos de propriedade a nova teoria alargou-se rapidamente aos mais diversos domínios jurídicos. Circunscrevendo-me apenas ao sector da minha especialidade – o direito penal -, deve-se à AED a aposta renovada no ideário da prevenção especial negativa ou inocuização (isto é, a segregação do criminoso tendo em vista a neutralização da sua perigosidade social). Assim, à luz do postulado “Direito é eficiência” procura-se promover a gestão racional dos riscos sociais inerentes à prática de crimes através da seleção dos delinquentes mais perigosos (*high risk offenders*) aplicando, preferentemente, na sua inocuização os recursos escassos disponíveis (inocuização selectiva). Destarte, assegura-se uma maximização dos ganhos sociais (*cost-benefit-analysis*)<sup>4</sup>.

É, precisamente, neste enquadramento cultural e sócio-jurídico, cujos critérios visam “o cálculo económico próprio do mercado, não uma valoração axiológica<sup>5</sup>”, que se inscreve a crescente relevância negativa da idade conduzindo à exclusão ou, ao menos, à “despromoção” relativa dos mais velhos, vítimas de uma qualquer “seleção adversa”<sup>6</sup>. Portanto, àqueles que num sentido excludente sentenciosamente me afiançam: “quem não compreende a importância que a idade tem para o direito, não

---

<sup>2</sup> HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 515 e s. (os grifos contidos no texto citado são do Autor).

<sup>3</sup> GUEDES, Armando Marques. *Entre factos e razões: contextos e enquadramentos da antropologia jurídica*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 70 e s.

<sup>4</sup> Por exemplo: “encarcerar por 2 anos 5 delinquentes, cuja taxa previsível de criminalidade é de 4 delitos por ano, representa um ‘aforro’ para a sociedade de 40 delitos e um custo de 10 anos de prisão. Todavia, se se aplicar esse mesmo custo de 10 anos de prisão no encarceramento por 5 anos de 2 delinquentes, cuja taxa previsível de criminalidade é de 20 delitos por ano, o ‘aforro’ social será de 200 crimes, e assim sucessivamente” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. 2.<sup>a</sup> edição. Buenos Aires: B de f, 2006, p. 159).

<sup>5</sup> Assim, NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito: apontamentos complementares*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 38.

<sup>6</sup> Na análise económica do direito do trabalho, diz-se que há uma “seleção adversa” à época da contratação de trabalhadores em virtude de uma “assimetria informativa” desfavorável ao empregador que conduz à progressiva eliminação dos mais capazes. Daí a vantagem que existe para os candidatos na “sinalização” da respectiva oferta, designadamente mediante a apresentação de *curricula vitae*.

entende nada de direito<sup>7</sup>”, responderei servindo-me do discurso argumentativo de Atienza: “Ahora bien, el **principio de la dignidade humana** – si no se lo quiere entender en forma puramente retórica – plantea como exigencia fundamental la de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan de su control<sup>8</sup>”.

Ou seja: à Economia com os seus critérios de eficiência e gestão racional contraporei o Direito com os seus princípios de justiça e solidariedade!

Coimbra, 23 de Setembro de 2011

João Varela

---

<sup>7</sup> Este entendimento está hoje presente, expressa ou implicitamente, nos mais diversos regulamentos, designadamente nos “programas” normativos de formação académica, não sendo raras as vezes em que os critérios de seriação aí incluídos contêm uma cláusula relativa à idade atribuindo preferência aos candidatos mais jovens.

<sup>8</sup> ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel Derecho, 2003, pp. 234 e s.