

Direito dos Contratos e Dignidade Humana.
Segunda Lição Memorial Ole Lando, Viena 2020
Contract Law and Human Dignity.
Second Ole Lando Memorial Lecture, Vienna 2020

Christian von Bar

Professor Emeritus e Diretor do European Legal Studies Institute,
Universidade de Osnabrück,
Süsterstraße 28, 49074 Osnabrück, Alemanha
cvbar@uni-osnabrueck.de

<https://orcid.org/0000-0002-7700-470X>

Maio de 2022

RESUMO: O direito privado moderno precisa de ser moldado pelos direitos humanos e fundamentais. As regras que regem o direito da pessoa singular têm de estar enraizadas na exigência constitucional de proteção da dignidade humana. Este princípio geral é também relevante para o direito dos contratos. Os contratos que não respeitam a dignidade humana são inexecutáveis. A dignidade humana é especialmente vulnerável no fim da vida. O direito sobre a morte assistida tem de ter isso em conta. Deve libertar-se da ideologia e dos conceitos religiosos simplificadores.

PALAVRAS-CHAVE: Direito dos Contratos; Direitos Fundamentais; Contratos em Desrespeito à Dignidade Humana; Direito da Pessoa Singular; Morte Assistida.

ABSTRACT: Modern private law needs to be shaped by human and fundamental rights. The rules governing the law of the natural person have to be rooted in the constitutional demand of protecting human dignity. This overarching principle is also relevant for contract law. Contracts in disregard of human dignity are unenforceable. Human dignity is particularly vulnerable at the end of life. The law on assisted dying has to take that into account. It should free itself from ideology and simplifying religious concepts.

KEY WORDS: Contract Law; Fundamental Rights; Contracts in Disrespect of Human Dignity; Law governing the Natural Person; Assisted Dying.

SUMÁRIO*:

1. Introdução
2. Pessoas
3. Acesso às formas de direito privado
4. Corpo e dignidade
5. Sexo
6. Participação em relações jurídicas privadas
7. Jus cogens
8. Terminologia
9. Sensibilidade do direito privado da pessoa singular ao direito constitucional
10. As Fontes dos Direitos Humanos
11. A distinção entre propriedade e exercício dos direitos
12. Escravidão
13. Tipos de violações consensuais da dignidade
14. Morrer com assistência
15. Declaração de factos
16. Sem pontos de referência de direitos privados
17. Equilibrando os interesses envolvidos
18. Concordância prática
19. A solução belga
20. Observações finais

* Lição proferida no dia 8 de Setembro de 2020, em formato on-line, no âmbito da Conferência anual do ELI — *European Law Institute*. Tradução do Dr. iur. José Carlos de Medeiros Nóbrega, Investigador postdoc contratado (*wissenschaftlicher Mitarbeiter*) no *European Legal Studies Institute* da Universidade de Osnabrück, Alemanha, integrando o grupo de investigação *Das gemeineuropäische Privatrecht der natürlichen Person* (O direito comum europeu privado da pessoa singular), coordenado pelo Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Christian von Bar. A versão original do texto encontra-se publicada como "Ole Lando Memorial Lecture: Contract Law and Human Dignity. Second Ole Lando Memorial Lecture, Vienna 2020", na *European Review of Private Law*, volume 30, n.º 6, 2020, pp. 1195-1206.

1. Introdução

A paixão de Ole Lando era o direito que regia os contratos comerciais. Esta segunda palestra realizada em sua memória (o Professor Hugh Beale realizou a primeira há um ano em Copenhaga) será, como prometi aos seus filhos, também sobre o direito dos contratos, mas não será sobre contratos comerciais. Em vez disso, decidi dirigir a minha (e espero que a vossa) atenção para os aspectos do direito dos contratos que são diretamente afetados pelo Direito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Poder-se-ia pensar que um e o outro só raramente entram em conflito. Os acordos são normalmente vistos como algo “bom”; como podem entrar em conflito com os direitos humanos? Espero poder mostrar que, numa análise mais aprofundada, há muito a dizer sobre acordos que, por razões essencialmente ou pelo menos predominantemente constitucionais, não podem ser considerados como contratos vinculativos.

2. Pessoas

O meu tema está estreitamente relacionado ao direito que rege a pessoa singular (ou física ou natural). Tal “pessoa” é um ser humano que, no quadro do direito privado, lida com outros seres humanos (e as chamadas “pessoas jurídicas ou coletivas”). Trata-se da “face pública” do ser humano. *Persona* era a máscara de um ator através da qual se podia reconhecer a personagem que interpretava e que ajudava a compreender melhor a sua voz. Um ser humano aparece como uma pessoa quando entra em contato com outros sujeitos de direito privado e coloca a sua “máscara de personagem” para este fim. O direito da pessoa física não se preocupa portanto com a questão filosófica do que “é” um ser humano, mas com a sua relação frente a outros, e portanto também, em grande medida, com o quadro dentro do qual ele ou ela pode celebrar contratos com os demais.

3. Acesso às formas de direito privado

Uma pessoa é uma pessoa porque tem acesso às formas de direito privado. O que pressupõe isso? Na minha opinião, existem cinco componentes. Uma pessoa deve ser (i) titular de direitos e obrigações; sem este requisito básico, não poderia entrar em contato com outra pessoa de uma forma que seja relevante no contexto do direito privado. Por conseguinte, corretamente formulado, um ser humano não “é” uma pessoa, ele ou ela “tem” uma pessoa. Em qualquer

caso, nos termos do artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos “todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica”. A existência humana tem não só um lado físico, mas também um lado mental e espiritual. Por esta razão, o sistema jurídico (ii) deve excluir o corpo e a dignidade do ser humano das transações de direito privado interno (o “comércio”). Dispor do substrato corpo-alma da pessoa deve ser proibido, ou mesmo impossível. Pois se um ser humano fosse capaz de se objectivar a si próprio ou em cooperação com outros, ele ou ela seria privado ou privada do seu papel como pessoa e, portanto, da sua capacidade de participar na vida jurídica. Cada indivíduo “tem” (iii) um sexo. Se, por outro lado, for considerado (relativamente a outras pessoas) como uma pessoa, é-lhe atribuído um género para propósitos específicos. Quais são ou podem ser estes propósitos, quantos géneros o ordenamento jurídico “permite”, a quem é permitido mudar de que género para que outro género, de que forma e com que consequências, são portanto também questões do direito da pessoa física. Parte da pessoa é (iv) o seu nome. Se uma pessoa não tivesse nenhum nome, áreas inteiras do direito lhe permaneceriam fechadas. Todos os direitos vinculados ao registo, por exemplo, são necessariamente direitos vinculados ao nome. Finalmente, (v) é inerente à pessoa que ele ou ela (com reservas quanto à idade e à capacidade natural) está autorizada a organizar a sua vida jurídica privada de forma autónoma. Ele ou ela tem *capacidade para contratar*.

4. Corpo e dignidade

O corpo humano é legalmente considerado como um todo. Um ser humano não pode dividir o seu corpo por contrato, dispor dele ou das suas partes como um proprietário, vendê-lo ou oferecê-lo. Estreitamente ligado ao corpo humano está a sua dignidade. A insistência na dignidade do ser humano também estabelece limites à sua autonomia privada. A “dignidade” surge sempre quando as pessoas se tentam transformar a si próprias ou aos outros em objetos. Hoje em dia, nos meios de comunicação é comum falar e escrever que o clube de futebol Y “comprou” o jogador A e que este jogador tem atualmente um “valor” de X milhões. Embora seja uma simplificação para referir-se a um acordo em torno da celebração de um contrato de trabalho, falar de uma “venda” desrespeita a dignidade humana. Problema semelhante seria levantado por um contrato ao abrigo do qual os pais da noiva permitem ao noivo ou aos seus pais prometer-lhes dinheiro para o casamento. Sustentar tal “contrato” em tribunal significaria degradar a noiva para uma espécie de mercadoria, independentemente de um “dote de casamento” ser ainda o costume em algumas sociedades não-europeias e independentemente da nossa própria história. Outros exemplos são as questões de saber se uma mulher pode efetivamente vincular-se contratualmente com o seu parceiro a utilizar contraceptivos regularmente e se um empregador pode insistir numa cláusula no contrato de trabalho sob a qual a relação de trabalho é sujeita à condição resolutiva do casamento do empregado. Os tribunais alemães responderam negativamente a essas duas questões. Na minha opinião, o resultado decorre diretamente da consideração de que o direito contratual

não deve dar lugar a acordos que violem a constituição. Muito corretamente, o Conseil d'État francês proibiu um espectáculo anunciado como "lançamento de anões" com o fundamento de que "une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine".

5. Sexo

Na Europa, o direito dos contratos já não distingue entre homens e mulheres. (Isso poderia ser de outra forma, por exemplo, ao abrigo de algumas leis religiosas). No âmbito dos contratos, a questão de uma pessoa ser homem ou mulher ou membro de outro (e então: qual) sexo surge, portanto, apenas ao nível de alguns arranjos particulares, por exemplo, quando um banho público estará aberto, durante um horário específico, apenas às "mulheres". A questão de uma pessoa ser homem ou mulher ainda desempenha, no entanto, um papel significativo em algumas outras áreas do direito, por exemplo, no direito da família, direito penal, direito do trabalho e direito das sociedades. Pelo menos os tempos em que uma mulher (casada ou solteira) era privada do direito de dispor dos seus próprios bens ou de adquirir bens de forma independente, terminaram. Quando algumas áreas do direito ainda se baseiam no género, as regras correspondentes estão sujeitas a uma pressão cada vez maior para justificar a sua aplicação. A longo prazo, a questão fundamental é se a distinção legal entre homem e mulher ou entre pai e mãe deve e pode ser mantida de todo. Para os nossos propósitos, é igualmente importante que na Europa atual não se possa mudar o género em nenhum lugar exclusivamente numa base privada; isto requer sempre alguma forma de envolvimento estatal. Tão-pouco se pode adquirir o género por contrato, seja permanentemente ou por um período de tempo limitado. Para alguns homens ou mulheres desportistas nascidos ou nascidas com características de ambos os sexos, esta seria a solução para o seu problema.

6. Participação em relações jurídicas privadas

Nem todas as entidades de direito privado estão abertas a todas as pessoas físicas sem restrições. Pelo contrário, o sistema jurídico torna mais difícil para alguns grupos de pessoas o acesso a certas opções de direito privado ou mesmo recusa o acesso. Isto também se encontra sob crescente pressão dos direitos humanos. Conforme a seção 1(6) da *Law of Property Act* (Lei inglesa do direito de propriedade) de 9 de abril de 1925 "a legal estate is not capable of ... being held by an infant". Isto não é compatível com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, apesar das atenuações desta estrita regra no âmbito do direito do *trust* e apesar do possível contra-argumento de que esta é apenas outra forma de distinguir entre "active and passive capacity" (a criança tem os direitos, o *trustee* [fiduciário] exerce-os em nome da criança). Continua a ser verdade, que a criança não tem quaisquer

rights at law [mas *rights in equity*]. Por outro lado, no entanto, é concebível que o direito das coisas conceda às pessoas com deficiências físicas *mais* direitos frente aos seus concidadãos do que às pessoas que não sofrem de tais particularidades. Isto pode ser observado, por exemplo, na jurisprudência italiana sobre as servidões de passagem sobre a propriedade privada para pessoas com deficiências motoras.

7. Jus cogens

O direito privado da pessoa singular estabelece, assegura e molda a participação do indivíduo no sistema de direito privado. A subjetividade legal (ou personalidade) é o pré-requisito para a *active legal capacity* [capacidade de exercício de direitos], a capacidade jurídica ativa é uma expressão da subjetividade legal. A integridade física e a dignidade sustentam e requerem capacidade jurídica passiva e activa. A atribuição a um género abre e fecha, pelo menos atualmente, o acesso a certas áreas do direito privado. E finalmente, o ser humano não só tem um nome para que lhe possam ser atribuídos direitos, mas também para que não tenha de ser identificado com sinais, números ou mesmo apenas com códigos de barras (como bens). Certamente, muitas pessoas partilham um nome *semelhante*, mas isso não é, pelo menos não sob os sistemas continentais, o *mesmo* nome. Nas circunstâncias existentes na Europa, não seria aceitável, do ponto de vista da proteção da dignidade, substituir nomes por números, mesmo que os chamados códigos de identificação estejam a aumentar em todo o lado.

O direito privado da pessoa singular trata de regras que escapam da autonomia privada. Ninguém, nem mesmo um adulto saudável, pode decidir sobre as características que o sistema legal lhe atribui em nome da sua personalidade. “Os direitos naturais ligados à personalidade de uma pessoa não podem ser alienados ou renunciados” (§ 19(2) Código Civil da República Checa); em França, aplica-se o princípio da *indisponibilité de l'état des personnes*. Consequentemente, é sempre uma questão de distinguir entre transações que ainda podem ser organizadas sob as formas de direito privado e aquelas para as quais o direito privado já não oferece ou já não está autorizado a oferecer um enquadramento. O direito da pessoa singular impede as pessoas de se colocarem a si próprias ou aos outros acima de si mesmas. A dignidade humana implica limites ao poder de disposição sobre si próprio.

8. Terminologia

Nos sistemas jurídicos europeus, fala-se repetidamente de seres humanos com direitos “inalienáveis”, “indisponíveis”, “invendáveis” ou “intransmissíveis”. Isto não é muito satisfatório. A forma de falar de “conveyancing [transmissão]” (etc.) refere-se a direitos patrimoniais individuais. Mas não é disso que se trata. O homem não “adquire” a sua personalidade, nem sequer “por nascimento”; é-lhe atribuída pelo sistema jurídico desde o

nascimento. Na sua essência, o sistema jurídico privado retira dos seus mecanismos de ação todas as características que, na sua opinião, constituem o homem como pessoa. Por outras palavras, nenhum ser humano pode libertar-se da sua própria pessoa, dividi-la ou deixá-la a outra pessoa, nem por declaração unilateral nem por contrato. De uma perspetiva constitucional, isto é evidente; de uma perspectiva puramente de direito privado, este ponto é muito mais difícil de lidar.

9. Sensibilidade do direito privado da pessoa singular ao direito constitucional

A própria natureza do direito privado da pessoa singular é moldada pelos direitos humanos e fundamentais. Afinal de contas, estas duas áreas de direito tratam de assuntos relacionados. Mais uma vez, no entanto, a terminologia torna-se um problema. Entendo por “direitos humanos” os direitos subjetivos que têm a sua fonte num tratado internacional e por “direitos fundamentais” os direitos que têm a sua fonte na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou numa constituição escrita de um Estado, e conto ambos, *em termos do seu conteúdo*, entre os objetos do direito constitucional. Em princípio, os “direitos humanos” aplicam-se a todos; os “direitos fundamentais” podem ter um âmbito pessoal ou territorial mais restrito. Uma questão independente disto é a do estatuto de tal direito constitucional em termos de hierarquia das leis. As “liberdades fundamentais” são também ambíguas. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem define-as como *direitos humanos e liberdades fundamentais*. Num contexto do direito da União Europeia, por outro lado, “liberdades fundamentais” representam as liberdades dos cidadãos da UE relacionadas com o mercado interno. Estas liberdades criam, entre outras coisas, um direito abrangente à mobilidade, que não deve ser violado nem mesmo por regras do direito pessoal (por exemplo, regras sobre a indicação de nomes às crianças, o reconhecimento de casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados dentro da UE e o casamento de menores).

10. As Fontes dos Direitos Humanos

Infelizmente, não tenho tempo para abordar aqui sequer as mais importantes fontes de direitos humanos e fundamentais. Para além da Declaração Universal dos Direitos Humanos com as suas proibições de escravatura (art. 4.º) e discriminação racial (art. 2.º), gostaria de mencionar especialmente o artigo 5.º (2) da Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, que diz: “Os Estados Partes reconhecem às mulheres, em matéria civil, capacidade jurídica idêntica à dos homens e as mesmas possibilidades de exercício dessa capacidade. Reconhecem-lhes, em particular, direitos iguais no que respeita à celebração de contratos e à administração dos bens e

concedem-lhes o mesmo tratamento em todos os estádios do processo judicial". Isto é claramente dirigido, *inter alia*, contra a Sharia, com base na qual um grande número de contratos são celebrados hoje em dia, mesmo na Europa. O artigo 15.º (3) da Convenção é ainda mais específico: "Os Estados Partes acordam em que qualquer contrato e qualquer outro instrumento privado, seja de que tipo for, que vise limitar a capacidade jurídica da mulher deve ser considerado como nulo". O artigo 16.º (1)(g) também obriga os Estados a conceder às esposas "o mesmo direito à escolha de um nome de família" que aos homens. Nos termos do artigo 7.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989, todas as crianças devem ser inscritas num registo imediatamente após o nascimento e têm o direito, desde o nascimento, a um nome. (Por conseguinte, seria contrário à Convenção atribuir o efeito constitutivo apenas ao registo. Uma pessoa não tem um nome porque está registada. O nome é registado porque lhe é atribuído pela aplicação da lei). O artigo 8.º estabelece um dever estatal de proteção, que é especificado nos artigos 34.º e 36.º (proteção contra a exploração), e o artigo 35.º prescreve medidas contra o tráfico de crianças. O artigo 12.º (2) da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconhece "que as pessoas com deficiências têm capacidade jurídica, em condições de igualdade com as outras, em todos os aspectos da vida". Para implementar este princípio, o artigo 12.º (3) da Convenção estabelece que os Estados Partes devem tomar "medidas apropriadas para providenciar acesso às pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar no exercício da sua capacidade jurídica". Esta é uma clara rejeição do direito da incapacidade [interdições e inabilitações].

Evidentemente, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e os seus protocolos adicionais (CEDH) é particularmente relevante para nós europeus. As suas garantias mais importantes do ponto de vista do direito privado encontram-se no artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e no artigo 14.º, que estabelece que "o gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo...". De uma importância crescente é o artigo 21.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina (Convenção de Oviedo), de 4 de abril de 1997, que estabelece que "o corpo humano e as suas partes ... não serão utilizados como tal para fins lucrativos".

11. A distinção entre propriedade e exercício dos direitos

Hoje em dia quase nada mais está tão bem protegido em termos de direitos fundamentais e humanos como a capacidade de gozo de direitos (*passive legal capacity*) da pessoa singular. Quem goza de capacidade jurídica é uma pessoa, e por isso não pertence nem a si próprio nem aos outros. O homem é uma "pessoa natural" simplesmente porque é um ser humano. Este é um axioma que não está aberto a qualquer outra justificação. É acompanhado por um

direito constitucionalmente protegido “à” capacidade jurídica. Está intimamente ligado com a proteção constitucional do direito à vida do homem. O homem tem capacidade jurídica enquanto viver; quem ainda não está ou já não está vivo não tem capacidade jurídica. A vida humana é o lado fatural da capacidade legal; a capacidade jurídica é o lado legal da existência como ser humano.

É normalmente feita uma distinção entre “passive legal capacity”, a *capacidade de gozo* (*capacité de jouissance*) da *personalidade jurídica* ou *Rechtsfähigkeit*, e “active legal capacity”, a capacidade de exercício (*capacité d'exercice*) ou *Geschäftsfähigkeit*. Capacidade jurídica passiva significa então a capacidade (abstrata) de ser titular de direitos e obrigações, capacidade jurídica ativa significa a capacidade (concreta) de adquirir e dispor de direitos através da sua própria ação legal, e também de se vincular à sua própria vontade, assumindo obrigações. Contudo, a distinção continental entre capacidade jurídica passiva e capacidade jurídica activa, e esta lição é ensinada pelo direito inglês, não é isenta de problemas. O direito que rege a capacidade legal quer ser executado sob controlo constitucional. O direito humano a ser reconhecido pelo sistema jurídico como titular de direitos e deveres tem a sua razão última na proteção da sua dignidade. Isto significa que todo o ser humano deve ser dotado da capacidade de participar *substancialmente* na vida jurídica. Por esta razão, como já foi referido, é problemático em termos de direitos humanos privar os menores da “propriedade” de terras. E, em última análise, pela mesma razão, a incapacidade já não é defensável em termos de direitos humanos. Nunca devemos esquecer que a separação entre a propriedade e o poder de exercer direitos é um truque popular de todos os Estados totalitários.

12. Escravidão

Uma consequência direta do direito à capacidade legal passiva é, evidentemente, a proibição da escravatura, que hoje em dia tomamos como certa. Na realidade, porém, a escravatura ainda existe e é conhecida como escravatura moderna. A escravatura moderna não é “escravatura” na aceção do artigo 4.º da CEDH que utiliza a noção no sentido tradicional desse conceito. As suas manifestações cruéis devem ser combatidas acima de tudo através do direito penal. Do ponto de vista do direito privado, é uma questão de violação da dignidade. As vítimas da escravatura moderna não podem ser objecto de um contrato (válido). Para realizar pedidos de indemnização extra-contratuais, por responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, é importante dar às vítimas melhores oportunidades para intentarem ações judiciais contra grandes empresas que não controlam adequadamente os seus subcontratantes em países de baixos níveis salariais, e também para fornecerem aos explorados uma assistência jurídica rápida e eficaz.

13. Tipos de violações consensuais da dignidade

Na tentativa de reduzir a distinção entre contrato e responsabilidade civil a um simples denominador, talvez se possa dizer que um contrato é algo fundamentalmente bom e que um facto danoso é algo fundamentalmente mau. Os factos ilícitos violam o direito de outrem; os contratos são baseados no acordo das partes. Existem, evidentemente, limites à relevância jurídica de tais acordos. No domínio do direito contratual, isto é frequentemente expresso no sentido de que os contratos que são contrários à lei e à moral são nulos (ou pelo menos “inexecutáveis”). Esta perspectiva interna do direito dos contratos, naturalmente, data de uma época em que os direitos fundamentais e humanos ainda não desempenhavam qualquer papel, ou na melhor das hipóteses um papel político e programático. Atualmente, as coisas são fundamentalmente diferentes, pelo menos na Europa continental. O direito constitucional, e não o direito contratual, merece precedência. Por conseguinte, é essencialmente irrelevante a forma como o direito contratual reage a violações dos direitos fundamentais e humanos por sua própria iniciativa, incluindo se classifica os artigos constitucionais pertinentes, que desencadeiam a sanção de direito privado de nulidade, entre a “lei” ou a “moral”. Trata-se apenas de determinar o âmbito de ação que o direito constitucional atribui ao direito dos contratos ao abrigo do direito privado. Isto aplica-se em particular ao direito contra as violações da dignidade. Na medida em que a conduta que viola a dignidade é sistematicamente uma questão de direito de responsabilidade civil, este último já se tornou, em alguns lugares, uma genuína peça de direito constitucional privado. O direito dos contratos deve seguir nesta direção. A dignidade humana é uma categoria tão fundamental que não depende de argumentos auxiliares, tais como o de que os contratos desumanos são “imorais”, mesmo que uma das partes tenha concordado com a sua própria degradação. É precisamente nestes casos que não se trata de forma alguma de um evento ao abrigo do direito interno dos contratos, mas de um evento puramente factual que ocorre fora da organização juridicamente possível da vida, não por ser imoral ou ilícito, mas porque o direito constitucional fecha o acesso das partes aos regulamentos do direito dos contratos. Quando se trata de violações da dignidade humana, já não há forma de distinguir entre efeitos “verticais” e “horizontais” de direitos constitucionais e direitos humanos.

É claro que as violações da dignidade que foram realizadas de comum acordo ocorrem com muito menos frequência do que as que são causadas por outros. Podem-se distinguir duas formas básicas. Uma trata de intervenções no corpo, a outra de degradações que deixam intocadas as condições físicas da pessoa afetada. Já demos exemplos da segunda forma na seção anterior. Diretamente com referência ao artigo 1.º Constituição alemã e sem o “desvio” através do § 138 do Código Civil alemão (contratos imorais), o Tribunal de Apelação do Trabalho de Düsseldorf também considerou corretamente as chamadas “diretrizes éticas” (!) de uma cadeia de lojas de departamento americana como ineficazes, as quais pretendiam proibir as relações pessoais privadas entre os seus empregados se afetassem as “condições de trabalho”. No entanto, o foco da discussão mais recente sobre o significado do direito constitucional para a autonomia privada deslocou-se para acordos que tratam quer da

eutanásia quer de outros contratos que afectam as funções corporais do ser humano: maternidade de substituição, comércio de órgãos e tecidos, mudança cirúrgica de sexo. Por razões de tempo, limitar-me-ei aqui a algumas observações conclusivas sobre a morte assistida.

14. Morrer com assistência

A morte assistida é um tema muito sensível. É melhor entendido como um grupo de casos variados, que está mais próximo de matar outros do que de se suicidar, mas é no entanto caracterizada pela peculiaridade de se tratar de pessoas que querem deixar a vida de uma forma auto-determinada, mas que (já) não podem realizar este desejo através do seu próprio comportamento. Estão dependentes de ajuda externa. O Estado tem o dever de proteger tanto a dignidade como a vida das pessoas que vivem na sua esfera de influência; consequentemente, tanto a dignidade quanto a vida estão subtraídas não apenas da arbitrariedade estatal, mas também da arbitrariedade privada. Ninguém pode elevar-se a senhor da vida e da morte de outro, nem mesmo com o seu consentimento ou como seu “representante”, nem importa se se trata de um adulto saudável ou de uma criança recém-nascida doente.

15. Declaração de factos

A morte assistida abrange uma vasta gama de circunstâncias. (i) A forma de eutanásia (indireta) é comparativamente não problemática, pois é um mero tratamento da dor (ou cuidados paliativos) concebido para facilitar o “crepúsculo” de uma pessoa moribunda e, portanto, também é permitida se for acompanhada por um encurtamento da vida como um efeito secundário não intencional mas inevitável. Não há, estritamente falando, nenhuma razão convincente para reservar esta forma de eutanásia à equipa médica ou mesmo aos médicos. É sempre apenas uma questão de evitar abusos e dificuldades em provar os factos. (ii) A eutanásia sob a forma de suicídio assistido ocorre quando um médico ou uma pessoa próxima da vítima de suicídio permanece ao lado da pessoa em causa até ao último ato necessário ao suicídio, mas não intervém e respeita o desejo da pessoa de não ser ressuscitada. A pessoa que sofre apressa a sua própria morte, e o profissional da saúde não intervém. Isto, segundo a opinião correta, também não é um crime, porque reforça o direito de autodeterminação do paciente, que é característico da sua dignidade. O médico não viola as suas obrigações contratuais; ele cumpre-as porque o seu conteúdo mudou.

(iii) A eutanásia sob a forma de descontinuação do tratamento é muitas vezes incorretamente chamada de “eutanásia passiva”. Uma interrupção do tratamento é, em princípio, possível a qualquer momento a pedido do doente; ninguém que possa fazer uma declaração

juridicamente vinculativa pode ser tratado contra a sua vontade fora de relações especiais ao abrigo do direito público (por exemplo, nas prisões). Qualquer outra coisa constituiria uma violação do direito do doente à autodeterminação e do seu direito à vida privada. Não faz qualquer diferença se ele ou ela está dependente de tratamento para prolongar a sua vida, nem faz qualquer diferença se ele ou ela sofre de uma doença que é curável. A interrupção do tratamento só é problemática se um paciente já não puder suportá-lo devido ao seu estado de saúde atual.

A situação mais difícil e ao mesmo tempo mais controversa é (iv) aquela em que um paciente que se tornou incapaz de formar a sua própria vontade (por exemplo, devido a uma demência avançada) já não pode ser “tratado” clinicamente. Ele ou ela só pode receber cuidados, mas sofre incuravelmente de condições insuportáveis e expressou a sua vontade de morrer em livre autodeterminação, mas já não é capaz de a pôr em prática. O último passo deve ser dado por um médico que tenha previamente consultado outros médicos e familiares próximos cuidadosamente. Trata-se, então, de um caso especial de homicídio a pedido. Não se trata de um caso de interrupção de tratamento, mas sim de uma interrupção de cuidados. Embora seja levado a cabo por homicídio ativo, serve para pôr fim a um sofrimento grave, em conformidade com as normas de procedimento e de diligência. Em contraste com a forma básica de homicídio a pedido, é um ato de cuidados médicos. O paciente não utiliza a sua situação para fazer dos outros o instrumento do seu desejo de morte; ele ou ela já não é capaz de o fazer, mesmo que esperasse fazê-lo enquanto ainda se encontrava num estado saudável. O desejo de morrer anteriormente expresso é agora apenas um indicador de que o sofrimento se tornou verdadeiramente insuportável. Uma situação destas não pode ser decidida reduzindo-a a uma disputa sobre a existência ou ausência de um “direito de morrer”.

16. Sem pontos de referência de direitos privados

Viver e morrer não são pontos de referência de direitos privados que estão sujeitos ao poder de disposição do indivíduo. Quem se mata a si próprio não disponibiliza de sua vida. Uma pessoa que comete suicídio não atua, se e na medida em que nenhuma outra pessoa estiver envolvida, no exercício de um direito subjetivo, pois atua completamente fora do sistema legal. Para efeitos do Estado de direito pressupõe-se sempre a presença de pelo menos duas pessoas. Hoje em dia, o suicídio é apenas e no máximo um acontecimento juridicamente relevante se estiver envolvido um incitador ou um cúmplice. No direito da morte assistida, uma pessoa permanece dentro da ordem jurídica pela mesma razão; também aqui, uma segunda pessoa deve estar envolvida. No entanto, esta última pessoa também não “dispõe” da vida, porque não existe qualquer direito capaz de “disposição”. A vida, mesmo a própria vida, não é um direito subjetivo prescindível, e certamente não de direito privado. Consequentemente, todas as discussões sobre se um “direito de morrer” complementar decorre do “direito à vida”, que

é protegido pelo direito constitucional e pelos direitos humanos, desviam a atenção. Existe apenas um *direito (objetivo) da vida e da morte*, não um *direito (subjetivo) a viver e a morrer*.

17. Equilibrando os interesses envolvidos

A principal dificuldade é desenvolver um conjunto de regras para as pessoas que querem partir da vida de uma forma auto-determinada, mas que (já) não podem realizar este desejo através de suas próprias ações. Estão dependentes de ajuda externa, o que ao mesmo tempo significa que não se trata apenas da dignidade da pessoa doente, mas também da dignidade dos membros da sua família e do profissional médico e farmacêutico que a acompanha. Nos termos do direito constitucional, o interesse público em prevenir abusos, incluindo o abuso dos cuidados parentais, também desempenha um papel considerável, porque o Estado tem o dever de proteger a vida das pessoas sujeitas à sua autoridade. Por outro lado, não se pode deduzir de qualquer texto constitucional que existe um interesse público na prevenção da morte, de modo que o sofrimento de uma pessoa teria de ser preservado a todo o custo, mesmo contra a sua vontade.

O direito da morte assistida deve-se orientar principalmente pela situação da pessoa afetada. Ele ou ela está no centro. No entanto, existem limites absolutos que são aparentes em toda a parte se o homicídio a pedido ocorrer fora dos cuidados médicos de pacientes gravemente doentes. Mas a situação em que tal pessoa se encontra não pode ser comparada com a situação em que um homem cansado da vida arrasta outros para a sua própria miséria por causa do seu desejo de morrer. A forma de falar do direito de viver ou de morrer só causa um endurecimento desnecessário da lei numa situação extrema da existência humana, em que a pessoa em causa está dependente de cuidados. Não existe nem um "credor" nem um "devedor" de um suposto "direito privado" subjetivo de morrer. Mas isto não altera o facto de que, dependendo do contexto, a morte auto-determinada tem implicações para os direitos públicos subjetivos daqueles que querem respeitar a auto-determinação do paciente.

18. Concordância prática

Ambas as posições devem ser levadas a uma concordância prática dentro de um quadro objectivo que previna o abuso. Isto não pode ser alcançado pelas distinções tradicionais entre ação e omissão, pela distinção entre eutanásia "ativa" e "passiva", nem convincentemente pela noção de controlo físico do ato em questão. Trata-se antes de determinar os limites do dever do Estado de proteger a vida de acordo com os princípios da dignidade e da proporcionalidade. Para tal, um legislador necessita de uma ampla margem de apreciação, mas também da força para se libertar sem perda de segurança jurídica das simplificações abruptas apresentadas há alguns tempos. A questão-chave, que está sempre em jogo no final,

é quando é que a morte de uma pessoa deve ser atribuída à ação e à vontade de outrem, e este é um problema normativo que só pode ser respondido através da avaliação de todas as circunstâncias do caso individual.

19. A solução belga

Uma das leis que tem sido particularmente bem sucedida na realização deste ato de equilíbrio no espírito da Convenção de Oviedo é a Lei belga sobre Eutanásia de 28 de maio de 2002. A lei define a eutanásia como “um ato praticado por um terceiro, de dar intencionalmente fim à vida de uma pessoa, a pedido desta” (art. 2.º) e acrescenta no art. 3.º § 1, que um médico que pratica eutanásia “não comete uma infração penal” se estiver convencido de que o paciente é maior de idade ou emancipado e, no momento do pedido, “é capaz de agir e está consciente de que o pedido foi feito de maneira voluntária, refletida e repetidamente e não foi feito sob pressão externa, que o paciente se encontra numa situação médica sem esperanças e invoca um sofrimento físico ou mental constante e insuportável que não pode ser aliviado, por ser a consequência de um acidente ou doença grave e incurável, e que observa as condições e procedimentos prescritos pela presente lei”. O médico deve consultar um colega independente, dar o aconselhamento necessário ao doente e chegar à conclusão de que “não há outra solução razoável”. O paciente deve ter a oportunidade de “discutir o seu pedido com as pessoas que desejava encontrar” (art. 3.º § 2). Aplicam-se precauções especiais no caso de a morte ser claramente improvável num futuro previsível (art. 2.º § 3). A vontade do doente deve ser registada por escrito e pode ser revogada a qualquer momento (art. 4.º). Num capítulo separado, a lei regula a diretiva antecipada, que convincentemente denomina de “declaração antecipada de intenção” (art. 4.º § 1). Nela, “qualquer adulto capaz de agir ou um menor que tenha sido declarado maior de idade pode, no caso de já não ser capaz de expressar a sua vontade, fazer uma declaração escrita declarando o seu desejo de ser assistido por um médico” em circunstâncias que são descritas em pormenor “para assistir na eutanásia”. Um médico que cumpra esta declaração prévia de intenção não comete uma infracção penal nas circunstâncias especificadas no artigo 4.º § 2. Uma Comissão federal de controlo e avaliação com 16 membros prepara, entre outras coisas, um documento de registo e, com base no mesmo, verifica a legalidade das medidas médicas (arts. 6.º a 13.º). A lei representa um grande ganho para a morte humanizada. Despenalizou a assim chamada eutanásia, porque o legislador quis dar prioridade à autonomia do paciente sobre a defesa da vida a todo o custo. Um regime semelhante aplica-se nos Países Baixos.

20. Observações finais

Como disse anteriormente, poderia ter exemplificado o meu tema com outras questões como a maternidade de substituição ou as inúmeras implicações constitucionais que caracterizam o direito moderno de pertencer a um sexo. Infelizmente, tive que me contentar com um exemplo. O que era importante para mim era mostrar que o direito contratual moderno deve ser orientado em muito maior medida do que é hoje geralmente percebido para o direito constitucional que lhe é superior e, sendo assim, para o conceito de dignidade humana. O direito dos contratos só existe dentro do quadro que lhe é atribuído pelo direito constitucional. Tudo o que ocorre fora deste quadro não é objeto de uma obrigação relevante para o direito dos contratos. Parece agora ser necessário definir este quadro de forma mais consciente. Talvez tenhamos também de reconsiderar a atitude tradicional dos académicos que trabalham no direito privado por considerarem a sua área como a disciplina suprema do direito.