

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

CENTRO REGIONAL DO PORTO

ESCOLA DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO PRIVADO



DANOS NÃO PATRIMONIAIS LATERAIS

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO EXMO. SR.
PROFESSOR DOUTOR BRANDÃO PROENÇA

LUÍS FILIPE TAVARES MOURÃO PEREIRA RODRIGUES

Dezembro de 2013.

**DANOS NÃO PATRIMONIAIS
LATERAIS**

*A meu Pai,
perpetuado em tudo que faço
e sou.*

AGRADECIMENTOS

Cumpro fletir-me orgulhosa e respeitosamente - com a “devida vénia” - perante todos aqueles que me têm segurado neste horizonte onde quotidianamente deambulo. Poucos e bons - em boa verdade, os que me rodeiam têm tanto de bom quanto de excepcional - permitam-me que o diga, apesar de ser suspeito no que escrevo, mas de considerar justo - justíssimo - o que vai escrito.

Considero-me “inconscientemente” privilegiado, neste aspecto, pelas pessoas que até mim chegaram:

À minha Mãe devo-Lhe (devo-Te), também, tudo o que sou e faço (e o “tudo” será pouco - pouquíssimo), panaceia voluntariosa e matriz essencialíssima do homem criado;

Ao meu Irmão por ser espelho no íntimo e poço de compreensão e cumplicidade;

A todos os meus amigos, em especial aos órgãos sociais dos Papi - S.A.D. e aos “Setembristas”;

Ao Miguel Almeida Loureiro e ao Tiago Ramalho por toda a ajuda e discussão na feitura do presente escrito;

Ao Professor Doutor Brandão Proença pela orientação, disponibilidade, paciência (na troca de ideias), cuidado e honestidade em mim investidos, pelos quais Lhe estou profundamente grato e que não sei como retribuir. Devo-Lhe, por tudo, este reconhecimento enquanto principal cicerone (de discussão e alento) do trabalho ora apresentado.

O cenário (ficcional) onde termino os presentes agradecimentos - e no qual me encontro presentemente - é do mais pitoresco que os meus olhos já viram: rostos conhecidos daqueles que me “põe a viver”.

Porto, Dezembro de 2013.

“23 de Novembro

(...)

Siga a vida seu curso esplêndido. Sabe a sonho e a ferro. E ternura, desgraça e desespero. Leva-nos, arrasta-nos, impele-nos, enche-nos de ilusão, dispersa-nos pelos quatro cantos do Globo. Amolga-nos. Levanta-nos. Aturde-nos. Ampara-nos.”

RAÚL BRANDÃO, *Húmus*

“(...) Conta, bom homem, conta o teu sonho perdido. Tinhas, pois, uma boa mão de semeador bíblico. Atiravas a semente e a vida nascia a teus pés. Eras senhor da criação e o universo cumpria-se no teu gesto. E, enquanto o homem falava, eu olhava-lhe a face escurecida dos séculos, os olhos doridos da sua divindade morta. Imaginava-o outrora dominando a planície com a sua mão poderosa. A terra abria-se à sua passagem como à passagem de um deus. A terra conhecia-o seu irmão como à chuva e ao sol, identificado à sua força germinadora.

(...)

Que fazemos nós na vida? Que incrível pertinácia nos resolve numa ilusão toda a imensidade do milagre de estar vivo?”

“(...) Fixar uma vida em torno de uma ideia, de um sentimento, como é difícil! À unidade que nos pré-existe a cada um, à unidade de sermos, a vida imediata, quotidiana, é uma selva de caminhos, de veredas, de confusa vegetação. Tão fácil perdermo-nos! O mais grave, porém, é que na sua rede muitas vezes não sentimos que nos perdemos. Cada caminho impõe-se-nos na sua presença imediata.”

VERGÍLIO FERREIRA, *Aparição*

LISTA DE ABREVIATURAS

A. / AA.	<i>Autor / Autores</i>
Ac.	<i>Acórdão</i>
Art./Arts.	<i>Artigo/Artigos</i>
BFD	<i>Boletim da Faculdade de Direito</i>
BMJ	<i>Boletim do Ministério da Justiça</i>
CC	<i>Código Civil</i>
Cfr.	<i>Confrontar/confira</i>
CJ	<i>Colectânea de Jurisprudência</i>
CJ/STJ	<i>Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça</i>
CP	<i>Código Penal</i>
CPC	<i>Código de Processo Civil</i>
CRP	<i>Constituição da República Portuguesa</i>
CPP	<i>Código de Processo Penal</i>
DL	<i>Decreto-Lei</i>
ed.	<i>Edição</i>
p./pp.	<i>Página/Páginas</i>
Proc.	<i>Processo</i>

DANOS NÃO PATRIMONIAIS LATERAIS

SUMÁRIO: CAPÍTULO I – Introdução. 1. Demarcação do problema singular perspectivado e delimitação do campo de investigação. 2. Universo eminentemente prático da compensabilidade dos danos não patrimoniais laterais. 3. Danos patrimoniais e danos não patrimoniais. O *dano biológico* e o *dano existencial*. Novelo terminológico e conceptual. CAPÍTULO II - O problema metodológico. 4. A problematicidade primária dos *danos não patrimoniais laterais* em caso de lesão não fatal no nosso ordenamento jurídico: a questão metodológica. Esboço das alternativas possíveis para a admissibilidade da sua ressarcibilidade. 4.1. A menor amplitude do elemento gramatical relativamente à *ratio legis*. A solução proporcionada pela interpretação extensiva. 4.2. A presença de uma *lacuna de regulamentação* ou a consideração de uma *lacuna teleológica* (segundo a interpretação de BAPTISTA MACHADO). As soluções possíveis. 5. A evolução histórica, os *Trabalhos Preparatórios* e o direito comparado dos danos não patrimoniais (laterais). 5.1. A tendência negacionista dos danos não patrimoniais laterais em caso de lesão não fatal da vítima primária. 5.2. Teses favoráveis à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais dos conviventes da vítima primária. 6. A tendência jurisprudencial. CAPÍTULO III - Os principais problemas do 496.º do CC. 7. O critério da gravidade do dano não patrimonial – o 496.º, n.º 1. 8. A titularidade do direito de compensação por *danos não patrimoniais laterais*. CAPÍTULO IV - O tratamento individualizado dos pressupostos da responsabilidade civil aquiliana. 9. A determinação dos pressupostos para a verificação do *dano não patrimonial lateral*. 10. O nexos de causalidade e os *danos não patrimoniais* das vítimas laterais: a causalidade indireta. 11. A ilicitude. 12. A noção jurídica de *dano* e de *dano não patrimonial*. 12.1. *O puro dano não patrimonial*. CAPÍTULO V - 13. *Proposta responsabilizante* para imputação do dano não patrimonial lateral. Perspetiva dinâmico-funcional. CAPÍTULO VI - Reminiscências conclusivas.

ADVERTÊNCIAS:

1.ª *Nas referências bibliográficas apresentadas ao longo da presente dissertação apenas constarão o nome do autor, o nome da obra e as páginas mencionadas. A referência bibliográfica integral reservar-se-á para a bibliografia final.*

2.ª *O n.º 3 do art. 496.º do Código Civil, referido por alguns autores nas suas obras, corresponderá ao actual n.º 4, fruto da redacção dada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto ao presente preceito normativo. Actualmente, o art. 496.º, n.º 3 protege o unido de acto com quem a vítima falecida vivia.*

CAPÍTULO I

Introdução¹

1. Demarcação do problema singular perspectivado e delimitação do campo de investigação.

A problemática da compensabilidade dos danos não patrimoniais laterais (ou indiretos²) sofridos por aqueles que são os conviventes da vítima primária (em caso de lesão não fatal) do facto constitutivo da obrigação de indemnizar tem criado, na doutrina e jurisprudência portuguesas (assim como nos ordenamentos jurídicos mais próximos) posições mais ao menos controvertidas de difícil maneio.

Como facilmente se intuirá, foi neste desconforto hermenêutico que o nosso *élan* se deixou cativar e será dele que se alimentará, doravante, o expediente para o presente desaforo temático-teórico³.

Inteirarmo-nos da presente matéria exige, *ab initio*, o reconhecimento de uma realidade que não deve – porque não pode – ser insondável ao Direito (ou por ele propositadamente esquecida). Falamos, concretamente, de uma atmosfera emocional intersubjectiva, produto do mundo da natureza (intrínseca) do próprio Homem, que fica

¹ Os *danos não patrimoniais* e sua ramificação a outras realidades próximas originam temas que são de tratamento controvertido *maxime* a problematidade da ressarcibilidade do dano contratual moral ou o problema da ressarcibilidade de danos morais de pessoas coletivas. Vide BRANQUINHO DIAS, *O Dano Moral na Doutrina e na Jurisprudência*, pp. 33 a 40, RUI SOARES PEREIRA, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil*, MARIA MANUEL VELOSO, *A Compensação do Dano Contratual Não Patrimonial (em especial no direito de Autor)*, pp. 179 a 192 e NUNO ALONSO PAIXÃO, *Danos Não Patrimoniais em Pessoas Coletivas*.

² Na obra de ANTUNES VARELA distinguiu-se o *danos direto* do *danos indireto*. O primeiro constituía efeito imediato do facto ilícito ou a perda causada nos bens ou valores juridicamente tutelados. O segundo correspondia às consequências mediatas ou remotas do dano directo, v. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, p. 572.

Para VAZ SERRA os *danos diretos* eram a “*modificação prejudicial que no bem atingido pelo facto danoso é causada por este mesmo facto responsabilizante*”, apareciam, primeiramente, como *dano real* e a sua extensão resultava da comparação entre o estado actual do bem danificado e o seu estado antes de ser danificado. Por sua vez, o *dano indireto* (que qualificou como *dano mediato*, por contraposição aos primeiros) compreendiam os prejuízos que mais tarde se juntariam e que, em regra, se davam, já não no próprio objecto do dano, mas só no património. Acrescentou o A. que “*o dever de indemnizar abrange, em princípio, os danos imediatos e os mediatos, LARENZ refere que a opinião dominante não costuma fazer tal distinção, mas observa que esta é importante no que toca ao cálculo do ganho perdido e ao problema da causa hipotética do dano*, v. VAZ SERRA, *Obrigações de Indemnização*, BMJ, n.º 84, p. 15 e nota 23.

³ O presente ensaio mais não é do que uma série de humildes traços - leves traços - para um esboço de resposta proposta relativamente à compensabilidade dos danos não patrimoniais laterais. Como se negou - e se defende, ainda, uma posição de tendencial negacionismo - face à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais decorrentes de uma lesão não fatal da vítima primária?

imersa no mundo da Cultura (e por assim ser, do Direito) e que é, por assim dizer, sujeita às suas formas, estruturas e procedimentos (modos de pensar).

O termo visado neste ensaio, o ponto de convergência de toda a problemática ora enunciada, é o da conquista da plenitude das relações dos (e entre) indivíduos e o reconhecimento da sua perturbação aquando de um facto responsabilizante que encontre numa vítima primária (imediate) e nas vítimas secundárias (laterais e mediatas – os tais “conviventes”) pólos intersubjectivos suscetíveis da criação de danos não patrimoniais.

Ora, a natureza do problema, no seu âmago, reduzi-la-emos, desde já, ao seguinte tópico: poder-se-á inserir, no âmbito de proteção do 496.º do CC, a tutela de vítimas laterais nos quadros de lesão não mortal da vítima primária⁴, integrando a mera exegese do preceito normativo? Ou deveremos, diferentemente, deambular (sem cicerone que nos valha) na procura de outras normas (e outras soluções jurídicas...) do nosso ordenamento jurídico que nos permitam responder à sua compensabilidade?

À questão central acrescem outras⁵: que danos são suscetíveis de integração no art. 496.º? O que consubstancia o critério de gravidade erigido pelo Legislador? Qual o esquema responsabilizante para que ocorra a imputação dos danos não patrimoniais laterais ao autor do facto responsabilizante? Qual o elenco de titulares da compensação por danos não patrimoniais laterais previsto no art. 496.º, n.º 2 e n.º 3?

O campo eminentemente dogmático em que iniciamos a nossa marcha coenvolve uma série de matérias de difícil manuseamento: a construção de um patamar de ilicitude que possibilite o dano não patrimonial lateral, chamando-se à colação a sua

⁴ A preocupação com os conviventes da vítima primária corresponde a uma tendência do direito da responsabilidade civil que perturbou a relação bilateral - de equilíbrio - e que atendeu, sobretudo, à posição dos lesados – e de um modo geral de todos os danos (porque o dano “impessoalizou-se”) - e as repercussões do facto responsabilizante em todo o universo imediata e mediatamente afetado – ou seja, em todo o desequilíbrio social provocado pelo dano e pela necessidade de se proceder à sua reparação. Este reconhecimento do dano - da sua extensão - para além da vítima direta e imediata inserir-se-á na *doutrina da garantia*, autoria do autor francês BORIS STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, 1947.

Vocacionada essencialmente por um prisma objetivo que se alicerça na *posição da vítima*, a responsabilidade civil dever-se-ia incumbir da salvaguarda da sua esfera jurídica, prevalecendo o direito à segurança quando se colocassem em perspectiva ofensas a bens corporais ou imateriais. Como escreveu SANTOS JÚNIOR, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por lesão do Direito de Crédito*, p. 234, “a teoria da garantia (...) explicaria assim a existência de uma responsabilidade subjectiva e de uma responsabilidade objectiva. Contudo, a responsabilidade não deixaria de ter um fundamento único: a garantia dos direitos essenciais do indivíduo e dos grupos.”

⁵ Como se poderá retirar da leitura de VAZ SERRA, *Trabalhos Preparatórios*, sobre a *Reparação do Dano Não Patrimonial*, BMJ, n.º 83, Fevereiro de 1958, pp. 69 a 111 e da vasta discussão doutrinal e jurisprudencial posteriormente gerada pela introdução da cláusula geral de ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no Código Civil de 1966.

relação intrinsecamente íntima com os direitos de personalidade, *maxime* o direito à integridade física, psíquica e social (na qual releva um *elemento relacional* enquanto dimensão constituinte dessa mesma integridade); a problematização do nexo de causalidade que responda adequadamente a este tipo de danos⁶; a configuração do dano não patrimonial lateral e indireto (que nos obrigará a repensar o conceito jurídico de dano, ou pelo menos, a revisitá-lo).

2. Universo eminentemente prático da compensabilidade dos danos não patrimoniais laterais.

Completando a exposição da temática que ora nos move, exemplificaremos o crescente teor tópico-problemático assumido pela problemática da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais na tipicidade sociológica vigente:

I. Analise-se o quadro que emerge de um acidente de viação de elevada gravidade. A é condutor do veículo que segue o seu normal curso, até que uma outra viatura, conduzida por B, em grosseiro desrespeito pelas mais elementares prescrições legais rodoviárias, embate, violentamente, no primeiro veículo. Resultado directo e imediato do acidente: A, jovem profissionalmente promissor, por força de uma lesão medular traumática ficará paraplégico. Podem C e D, pais do lesado, requerer competente compensação por danos não patrimoniais próprios⁷?

II. A é uma vítima menor de crime de violação agravado, por parte de B, seu vizinho. Sempre viveu com a sua tia, C, que exerceu o poder paternal sobre a criança.

⁶ Em virtude dos requisitos formais da presente dissertação, dos cinco pressupostos da teoria geral de responsabilidade civil apenas serão trabalhados a *ilicitude*, o *nexo de causalidade* e o *dano*.

⁷ Problematizando a hipótese fáctica colocada, v. ac. da RL, de 6/6/99, que negou a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais dos pais no caso de dano corporal do filho (CJ, tomo III, p. 88); ac. do STJ, de 21/03/00, em que não se reconheceu a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais dos pais no caso de acidente que afetou o filho menor (CJSTJ, tomo I, p. 138); ac. do STJ, de 25/11/98, que admitiu a compensação por danos não patrimoniais a favor dos pais de menor na sequência de um acidente no infantário (BMJ, 481, p.470).

Será C, tia, lesada numa dimensão não patrimonial por força da factualidade ora exposta⁸?

III. A, figura pública de incontornável relevo na praça pública portuguesa, é vítima de uma campanha difamatória meticulosamente arquitetada por um determinado grupo de imprensa. Pode o filho B, também afetado por esse comportamento persecutório atentado contra A, em que é dissecada a intimidade deste último, considerar-se mediatamente lesado e peticionar a compensação por danos não patrimoniais?

IV. Fruto de uma lesão sofrida por A, perpetrada por B, ficou C, cônjuge, privada permanentemente do seu normal relacionamento sexual com A. *Quid iuris*⁹?

V. Na sequência de um tratamento médico experimental levado a cabo por uma unidade hospitalar, apurou-se que algumas pessoas teriam sido contaminadas por HIV. Dever-se-ão ressarcir os danos não patrimoniais dos familiares das vítimas primárias?

3. Danos patrimoniais e danos não patrimoniais. O *dano biológico* e o *dano existencial*. Novelo terminológico e conceptual.

O modelo ressarcitório português estriba-se no binómio patrimonialidade/não patrimonialidade. Reconduz cada uma dessas categorias de dano a diferentes critérios ressarcitórios (esta dicotomia continua a ser, ainda, *per si*, apta a abarcar a totalidade do dano). No entanto, a teoria da diferença (art. 562.º) não tem a capacidade de responder, só por si, à frustração de utilidades não patrimoniais – encontra-se tendencialmente pensada para os *danos patrimoniais*. Dever-se-á estabelecer, à partida, esta distinção entre *danos patrimoniais* e *não patrimoniais*.

⁸ Num crime sexual cometido contra menor recusou-se a ressarcibilidade de danos não patrimoniais sofridos pelos pais da vítima, v. ac. do STJ, 28/04/93 (CJSTJ, tomo II, p. 207), tomando por fundamento a excecionalidade do art. 496.º, n.º 2 do CC.

⁹ O *leading case* sobre o débito conjugal ocorreu no ordenamento jurídico italiano no caso SANTARELLI vs. SANTANDREA E LUCIDI, inicialmente decidido pelo Tribunal de Roma e posteriormente objeto de acórdão da *Corte di Cassazione*, a 11/11/86. Em especial, v. ac. da RP de 26/06/03 que determinou a indemnização por danos não patrimoniais, devida à mulher, por ofensa direta, devido a impotência sexual do marido (CJ, tomo III, p. 201).

Esta diferenciação não reside na natureza do bem afetado, mas no tipo de utilidade que o mesmo proporciona relativamente ao fim a que se encontra adstrito.

Recordemos, ainda, que o nosso *direito da responsabilidade civil* “prescinde” de um princípio de taxatividade do dano. Veja-se, recentemente, o tratamento que tem sido dado ao *dano biológico*¹⁰ e ao *dano existencial*¹¹.

O primeiro, independentemente dos seus reflexos patrimoniais e não patrimoniais, acabou por ser consagrado no II Anexo do DL n.º 352/2007, de 23/10, que aprovou a *Tabela Indicativa para Avaliação das Incapacidades Permanentes em Direito Civil*¹² e é mencionado em decisões jurisprudenciais. Originário do direito italiano, foi na *Corte Costituzionale*, a 14/07/86, que se consagrou o *dano biológico* enquanto dano-evento, anterior à conceção de dano patrimonial consequencial¹³ (na nossa doutrina insere-se na cisão dogmática entre o *dano-evento* e o *dano-consequência*).

No entanto, o recorte da figura continua pouco clara, paredes-meias com o *dano existencial*.

Para MARIA DA GRAÇA TRIGO, “a adopção do dano biológico não apenas não foi efectuada, como provavelmente não precisará de o ser”¹⁴.

Contudo, a mesma A. reconhece que esta categoria permite uma superior compreensão do dano sofrido pela vítima, nele abarcando possíveis sub-categorias como o dano de afirmação pessoal, à vida de relação, estético, psíquico, sexual e à capacidade laboral¹⁵.

Ora, o *dano biológico* consubstanciará a lesão da integridade física e psíquica do indivíduo, não apenas da sua aptidão para a produção de riqueza, mas também do valor essencial do homem, em toda a sua dimensão¹⁶.

Posto isto, que espaço reservar para o *dano existencial*? Proveniente do labor jurídico italiano, encontrou eco na literatura jurídica de CARNEIRO DA FRADA. Ao *dano*

¹⁰ Cfr. MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Adopção do Conceito de Dano Biológico pelo Direito Português*, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal...* e SOUSA DINIS, *Dano Corporal em Acidentes de Viação*.

¹¹ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Tutela da Personalidade e Dano Existencial*, Themis, pp. 47 a 68.

¹² Tem, como salienta MARIA DA GRAÇA TRIGO, a capacidade de dissociar a *incapacidade laboral* da *incapacidade para a vida em geral*, *ob. cit.*, p. 170.

¹³ *Ibidem*, pp. 164 e 165.

¹⁴ *Ibidem*, p. 166.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 167 e 168.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 272 e 273.

existencial é reservada uma dimensão mais ampla, que abrange aspetos dinâmicos do homem (do seu *dever*) que se estendem para além da sua componente biológica. Espelha uma verdadeira manifestação de um sentido de humanidade (*maxime*, no “*ser com os outros*”, na sua sociabilidade). Veja-se o elenco (“*instrumental e provisório*”) não exaustivo proposto pelo Professor Doutor CARNEIRO DA FRADA.

Aí insere, no que aqui interessa, *os danos não patrimoniais laterais das vítimas indirectas*¹⁷.

¹⁷ CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, pp. 56 e 57.

CAPÍTULO II

O Problema Metodológico

4. A problematidade primária dos *danos não patrimoniais laterais* em caso de lesão não fatal no nosso ordenamento jurídico: a questão metodológica. Esboço das alternativas possíveis para a admissibilidade da sua ressarcibilidade.

Refugiado sob a epígrafe *Danos não patrimoniais*, decantar-se-á do texto-norma do actual art. 496.º, n.º 4 *in fine* o alargamento do âmbito subjetivo do direito de indemnização pelo tipo de danos aí epigrafados aos familiares da vítima primária falecida.

A colocação da hipótese de um quadro de *lesão corporal* da vítima primária - e já não de *morte* da vítima primária - em que se estabelece um dos pólos do facto responsabilizante e do qual advêm, inexoravelmente, danos laterais que se repercutem sobre os familiares, deixa o intérprete sem amparo legal que lhe valha uma solução jurídica dotada de completude para o caso *sub judice*.

Considerar a inserção deste quadro legalmente atípico (a hipótese de lesão corporal) no 496.º, n.º 1, como é feito por grande parte dos autores que admitem a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais, é, como se defenderá, percurso metodologicamente incorrecto por dois motivos: não são eles lesados imediatos e só indirectamente se podem considera lesados.

Isto sucede, desde logo, porque a responsabilidade civil estabelece-se na relação intersubjetiva de transferência de um dano do lesado para o lesante e parece-nos que apenas o próprio lesado se insere no âmbito do 496.º, n.º 1. Dito de outra maneira, entre os sujeitos que diretamente protagonizam o esquema responsabilizante¹⁸ e não o terceiro que só reflexa (indirectamente ou lateralmente) se vê prejudicado. Não se deverá

¹⁸ O que também se poderá problematizar neste sentido: porque não considerar os lesados laterais (reflexos) como lesados imediatos, assim considerados por alguma jurisprudência quando se colocam perante os tribunais casos de *débito conjugal* e integrá-los aí, sem dificuldade superior, no 496.º, n.º 1? Neste sentido VAZ SERRA e ABRANTES GERALDES.

encontrar uma janela quando os mesmos AA. defendem que a porta foi fechada, como parece suceder, à primeira vista¹⁹, no 496.º, n.º 4.

Ora, o art. 496.º apresenta, para nós, desde já, uma estrutura interna que postula uma ideia de coerência e que contém, salvo melhor entendimento, uma norma aplicável que é adequada ao tratamento *judicativo-decisório* do concreto problema jurídico (os danos não patrimoniais resultantes de lesão não fatal).

Neste sentido, a possibilidade de tomar em consideração os danos não patrimoniais de terceiros, que não os da vítima primária, parece-nos ser dado pelo n.º 4 do art. 496.º.

Não pelo 496.º, n.º 1. Admiti-lo é subverter a adequação *intencional-normativa* do aludido preceito. Não nos parece adequado, portanto, admitir, sem mais, um princípio de ressarcibilidade de todos os danos não patrimoniais, tidos por graves, que “mereçam a tutela do direito” e incluir, aí, os danos não patrimoniais laterais, por força da articulação do quadro legal formado pelo 496.º, n.º 1 (numa interpretação extensiva) e o 483.º, n.º 1 (apenas porque nesta última disposição normativa se consagrou uma cláusula de ilicitude abrangente).

Tal solução seria, assim, a alternativa possível caso não existisse, entre nós, o 496.º, n.º 4 enquanto critério *judicativo* mais próximo do circunstancialismo fáctico do grupo de casos ora em estudo.

Coloquemos o sentido da nossa marcha nesta direção: a do 496.º, n.º 4.

Dele extrai-se *expressis verbis* que no caso de morte podem ser atendidos os danos não patrimoniais sofridos pelas pessoas com direito de indemnização nos termos do 496.º, n.º 2 (cônjuge e filhos, pais e outros ascendentes ou irmãos e sobrinhos) e n.º 3 (unido de facto). O Legislador apenas consagrou literalmente a factualidade da perda de vida da vítima primária.

Diferentemente, na disposição normativa contígua - o 495.º- o Legislador admitiu o tratamento dos danos patrimoniais laterais perante lesão corporal da vítima primária (*vide* art. 495.º²⁰)²¹. Resta-nos-á indagar a razão do silêncio da opção de

¹⁹ À primeira vista, reiteramos. Numa perspetiva exegética do elemento normativo. Temos para nós que a *ratio legis* que se poderá extrair do preceito normativo é, contudo, significativamente profícua face ao tema que nos move. Ver-se-á *infra*.

²⁰ No art. 495.º, n.º 2 e n.º 3 acolheu-se, inequivocamente, os danos indirectos de natureza patrimonial, mesmo em caso de mera lesão corporal.

política legislativa trilhada, compreender a sua razão de ser e propormos, consoante é nosso entendimento, solução adequada às exigências que hoje se confrontam com o texto normativo.

Da história recente da norma, extraída dos *Trabalhos Preparatórios* de VAZ SERRA²², encontramos a seguinte alusão aquando da formulação da proposta de redação do art. que tomou por objeto a *Satisfação do dano não patrimonial*: “No caso de dano que atinja uma pessoa de modo diferente do previsto no § 2.º, têm os familiares dela direito de satisfação pelo dano a eles pessoalmente causado. Aplica-se a estes familiares o disposto no referido parágrafo; mas o aludido direito não pode prejudicar o da vítima imediata”.

A mesma proposta sobre o problema singular ora tratado surgiu sem que VAZ SERRA lhe tivesse dedicado uma atenção especial (atenção especial tal como dedicou à hereditabilidade da indemnização por danos morais da própria vítima ou à indemnização pelo *dano da morte*²³) escrevendo, apenas, sobre os danos não patrimoniais dos familiares resultantes da morte de uma pessoa e qual o seu tratamento pela doutrina e jurisprudência francesas²⁴.

A Comissão de Revisão apenas consagrou no CC de 66 a hipótese de *dano da morte* do lesado primário como requisito de indemnizabilidade dos danos não patrimoniais laterais.

Compreender-se-á a opção positivada numa perspectiva histórico-social balizada na década de 70, anterior, ainda, ao dinamismo evolutivo tecnológico, científico, cultural e mesmo social (portanto, de diferentes condições histórico-sociais e axiológico-culturais) - prenunciadora da mudança que se viria a registar em que a tipicidade da factualidade existente exigiria, apenas, a tutela dos danos não patrimoniais de terceiros na hipótese de lesão fatal.

²¹ O que também coloca algumas reticências. Veja-se: admitem-se os *danos patrimoniais laterais* (ou reflexos) no caso de lesão não mortal, mas fecha-se a hipótese aos *danos não patrimoniais laterais* perante o mesmo quadro. Se se reconhecem danos patrimoniais dos familiares da vítima primária, dever-se-á erigir semelhante limitação para os danos de natureza imaterial que, não raras vezes, acompanham os primeiros? Fará sentido esta alergia legal a partir do momento em que se reconhecem inconvenientes sobre terceiros decorrentes de uma lesão não mortal, vedando-a quando surjam *danos não patrimoniais laterais*?

²² Concretamente sobre o valor a atribuir aos *Trabalhos Preparatórios*, v. MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 4ª ed., pp. 144 a 146.

²³ Cfr. VAZ SERRA, *Trabalhos Preparatórios*, BMJ, n.º 83.

²⁴ *Ibidem*, em especial pp. 90 a 94.

Encontramo-nos, como não podemos deixar de recordar, numa fase da responsabilidade civil predominantemente subjetiva, que só depois conheceríamos os novos desafios que lhe seriam radicalmente lançados pelos maquinismos, pela integração em estruturas técnicas complexas, sem que pudesse existir um apuramento líquido e individualizado da culpa ou da ilicitude, pela socialização do risco sem a natural identificação do responsável ou até, não raras vezes, sem responsável. Nas melhores palavras de CASTANHEIRA NEVES, *tudo isto (...) resultante do desenvolvimento social da base científico-tecnológica em que a ação, agora na sua funcionalidade, se objectiva nos resultados ou no risco de os produzir, em que os prejuízos procuram a sua compreensão em benefícios, em que certos riscos assumidos são também compensados pelos benefícios que produzem em outros ou em geral, em que os riscos se consideram sociais(...)*²⁵.

Para além de todo o “caldo” que constitui o elemento histórico-social, intrinsecamente afivelado ao Legislador, do qual este se alimenta - e do qual é naturalmente produto - aliado ao desconhecimento de um tratamento jurídico autónomo da categoria do *dano corporal*²⁶, assim como (provavelmente) pela atipicidade sociológica até aí verificada dos *danos não patrimoniais laterais*, juntar-se-ia um outro problema que contendria com os princípios de segurança e de certeza inerentes à sua admissibilidade (de ressarcibilidade dos *danos não patrimoniais laterais*) e que se entrecruza com os próprios requisitos da responsabilidade civil (nomeadamente a ilicitude e o nexo de causalidade), face à possibilidade do *dano corporal* da vítima primária e dos *danos não patrimoniais laterais* que se increvem na esfera jurídica do lesado mediato. Neste sentido, ter admitido o *dano da morte* como pressuposto da compensabilidade dos *danos não patrimoniais laterais* foi mais seguro do que ter aceite a possibilidade de “mera” lesão corporal como pressuposto de ressarcibilidade dos *danos não patrimoniais laterais*, tendo em conta a flutuação que um critério de gravidade dessa lesão não mortal poderia conduzir em função da casuística colocada perante o julgador. Relevantemente, SANTI ROMANO referiu “*o que se chama de interpretação da lei (...) é sempre interpretação, não de uma lei ou norma singular,*

²⁵ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Pessoa, Direito e Responsabilidade in Digesta*, pp. 129 a 158, em especial p. 140.

²⁶ Cujas sedimentações se devem, em parte, à obra de ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal, Quadro Epistemológico...*

mas de uma lei ou norma que se examina atendendo à posição que ocupa no ordenamento jurídico em globo: o que quer dizer que o que efectivamente se interpreta é esse ordenamento e, como consequência, a norma singular.”

4.1. A menor amplitude do elemento gramatical relativamente à *ratio legis*²⁷. A solução proporcionada pela interpretação extensiva²⁸.

Uma das posições possíveis pode residir na não aceitação de uma lacuna jurídica enquanto espaço de incompletude²⁹, órfão de regulamentação relativamente à questão tópico-problemática que emerge da realidade social, mas encontrar-se-ia eco na realidade jurídica consagrada pelo Legislador, apesar de não ter sido gramaticamente consagrada³⁰. Nesta perspetiva, na *ratio legis* do art. 496.º, n.º 4 admitir-se-ia uma preocupação vincada do Legislador com o universo afetivo do lesado primário que, em articulação com o reconhecimento dos *danos reflexos* (como sucede com os danos patrimoniais laterais, no artigo 495.º, n.º 3) provenientes de um facto responsabilizante, o perturbam gravemente e tal como aí, se reconheceriam os *danos não patrimoniais laterais*.

É esta preocupação com os lesados mediatos e o princípio da ressarcibilidade dos danos aí sentidos que parecem tornar, para nós, o n.º 4 do art. 496.º *a norma-critério judicativa adequada*.

²⁷ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Temas de Metodologia Jurídica*, Digesta, II, pp. 366 e 367.

²⁸ Salienta-se que apesar de nos estribarmos em problemas interpretativos e de integração, toda a realização do Direito é tendencialmente unitária, como escreveu, v.g. MENEZES CORDEIRO na introdução à edição portuguesa da tradução da obra de CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, p. CIV. Só em abstrato é que se decompõe várias fases que funcionam conjuntamente sendo, neste sentido, superada a cisão entre a interpretação e a aplicação jurídicas. Ou seja, interpretar corresponderá já à aplicação do Direito (*modo de realização uno*) – isto porque interpretar é, inexoravelmente, conhecer e decidir em função do concreto problema normativo-material.

²⁹ Recorde-se que KARL ENGISH reuniu *lacunas* e *incorreções* sob o conceito de “deficiências”. Enquanto que as primeiras seriam superadas por meio da integração jurídica as segundas afastar-se-iam por meio da correção da lei. A terminologia é, no entanto, criticada por ARTHUR KAUFMANN que admite a incompletude legal, mas não a concebe como uma “falha”, mas sim como “*mutabilidade das situações da vida*”, v. KARL ENGISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, pp. 275 e 343.

³⁰ CASTANHEIRA NEVES refere-se a *assimilação por adaptação extensiva* que se consubstancia no facto de o juízo analógico de juricidade apurar que a “*relevância material do caso tem um sentido intencional nuclearmente assimilável à relevância material da norma, muito embora as circunstâncias juridicamente relevantes daquele excedam o tipo de relevância nesta previsto*”, v. *Metodologia Jurídica*, pp. 177 e 178.

Através de uma interpretação extensiva do 496.º, n.º 4 poder-se-ia contemplar o problema dos *danos não patrimoniais laterais* dos lesados mediatos colocados perante os casos de lesão corporal, superando a sua literalidade.

Aliás, em *ultima ratio* a unidade do sistema jurídico (art. 9.º, n.º 1, enquanto fator primordial dos três elementos interpretativos) deveria ser tida em consideração como fator decisivo exigido pelo princípio da coerência axiológica e valorativa da ordem jurídica, para superar a incompreensão dos juristas que negaram (e alguns ainda negam) a ressarcibilidade dos prejuízos de elevada gravidade suportados por pessoas próximas do lesado e sobre os quais recaem os incómodos inapagáveis que decorrem de situações progressivamente deteriorantes, de natural desgaste físico e psicológico.

4.2. A presença de uma *lacuna de regulamentação* ou a consideração de uma *lacuna teleológica* (segundo a interpretação de BAPTISTA MACHADO³¹). As soluções possíveis.

As lacunas admitem-se em várias espécies. Intencionais ou involuntárias, caso a intenção do Legislador tenha sido omitir deliberadamente a regulação de certas situações que não encontram ainda maturidade para uma disciplina própria (reservando a sua decisão à doutrina e jurisprudência), ou o insuficiente da regulamentação jurídica provém da ausência de uma visão completa sobre o assunto a regular (parece-nos ter sido esse o caso do dano corporal da vítima primária relativamente à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais).

Podem ser, ainda, lacunas ao nível das normas, lacunas teleológicas ou lacunas de direito³². Centrar-nos-emos nas lacunas da lei. Verificar-se-á a existência de uma lacuna a nível da “*primeira camada*” quando um preceito normativo não possa ser aplicado sem que ao mesmo se faça acrescer uma nova determinação que a lei não contém³³ (como parece poder suceder no caso de lesão corporal da vítima primária para que possa haver o reconhecimento dos danos não patrimoniais laterais).

³¹ V. BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, pp. 196, 200, 201 e 202.

³² V. BATISTA MACHADO, *ob. cit.*, pp. 195 a 197.

³³ *Ibidem*, p. 196.

Diversamente, as lacunas teleológicas consubstanciam a determinação de um problema jurídico suscitado face a *ratio legis* visada pelo Legislador. Portanto, saber se o *dano corporal* pode ser integrado ao lado do *dano da morte* da vítima primária para se poder atender aos danos não patrimoniais dos familiares enquanto finalidade que o Legislador também tutelaria.

Diferentemente, poder-se-á problematizar se essa “não referência” consiste já, não numa lacuna, mas num silêncio propositado (que nos remete para a fronteira entre a completude ou incompletude do sistema³⁴).

Somos tributários da seguinte posição: que a não consagração histórico-jurídica positivada da nossa temática corresponde a um desconhecimento - e não omissão propositada - daquele que viria a ser o evoluir de uma realidade que, hodiernamente, torna necessária a regulamentação de um domínio de relações que até à *occasio legis* não se tinham revelado juridicamente significativa ou merecedor de tutela jurídica.

Na presente categoria de lacunas a doutrina alemã distingue entre *patentes* e *latentes*³⁵. Aquelas correspondem a uma ausência de regulamentação ainda que a teleologia e a sua coerência devam conter tal regulamentação³⁶, enquanto que as *latentes* sucedem quando a lei contém uma regra aplicável a uma categoria de casos que pela sua finalidade, abrange uma subcategoria cuja especialidade não foi considerada³⁷.

De tudo que vem sendo exposto retirar-se-á o seguinte: ou se considera a existência de uma lacuna ao nível da norma, no seu elemento gramatical, que decorre de um critério de pura lógica, como escreve BAPTISTA MACHADO³⁸ e cujo preenchimento, sempre que seja possível, dever-se-á realizar com base na analogia com uma norma existente no sistema³⁹ (que será o 496.º, n.º 4, apesar da sua excecionalidade); ou considerar-se-á a existência de uma lacuna teleológica (*patente*) relativamente à hipótese dos danos laterais não patrimoniais que deverá ser preenchida, também ela, pelo recurso à analogia (art. 10.º, n.º 1).

Portanto, ambas as hipóteses suscitam um outro problema subsequente: o da aplicação analógica de uma norma excecional, ou pelo menos, reconhecida como tal por

³⁴ Sobre a completude ou incompletude da lei, v. BATISTA MACHADO, *ob cit.*, p. 201.

³⁵ Assim, BATISTA MACHADO, *ob. cit.*, p. 196 e 197, por forte influência da obra de KARL ENGISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, de cuja tradução se ocupou.

³⁶ *Ibidem*, p. 196 e 197.

³⁷ *Ibidem*, p. 196 e 197.

³⁸ *Ibidem*, p. 200.

³⁹ Apesar de reconhecer o A. que em certos casos o seu preenchimento é impossível sem uma intervenção legislativa, *ibidem*, p. 200.

grande parte da doutrina portuguesa. No entanto, se o pensamento jurídico é em grande medida analógico e tipológico, quer na integração intrassistemática, quer no seu desenvolvimento a partir desta perspectiva sistemática, fará sentido não admitir a aplicação do 496.º, n.º 4 às hipóteses de lesão corporal?

CASTANHEIRA NEVES admite que a não aplicação analógica das normas excepcionais não pode ser tida por absoluta, mas que a mesma implica a consideração da normatividade fundamental da exceção e os princípios normativos que pressupõe⁴⁰.

Se é a casuística que nos indica qual a norma (subsunção) e depois que elemento da norma carece ser mais preciso e aprofundado é o próprio problema jurídico suscitado pelo caso concreto que define o horizonte normativo e quais as soluções possíveis. Ou seja, se temos uma fórmula decisória encerrada num comando normativo para um grupo de casos que pela sua especificidade e proximidade material se aproxima da factualidade dos casos atipicamente colocados, dever-se-á negar a sua aplicação quando o resultado alcançado seja igualmente paritário?

Compreende-se que uma disposição “*editada*” para um determinado caso excepcional não possa ser analogicamente aplicada a casos nos quais não se verifique essa situação excepcional. Mas não seria isto que substancialmente sucederia caso se admitisse a lesão corporal, ao lado do dano da morte, no 496.º, n.º 4?

Acreditamos que nos limites do preceito, mesmo sendo ele excepcional, deva ser possível o recurso à analogia. Isto porque, no seu âmago, o argumento de analogia não será prejudicado pela sua excepcionalidade – muito menos pela arbitrariedade de casos julgados.

Veja-se: se duas situações são semelhantes do ponto de vista de uma determinada norma jurídica e coincidem em aspetos essenciais (a nível das consequências jurídicas, nomeadamente, para o que aqui interessa, na perturbação do universo pessoal da vítima imediata), devem ter o mesmo tratamento jurídico [e releva aqui o juízo de similitude jurídica (igualdade jurídica⁴¹) realizado entre casos subsumíveis à norma]. Daqui se retira que é a própria proibição de aplicação analógica de normas excepcionais que prejudica o equilíbrio e a unidade do sistema.

⁴⁰ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 85.

⁴¹ Sobretudo quando os danos sofridos pelo lesado imediato sejam *equiparáveis* aos que podem resultar da sua morte – o que poderá suscitar as suas dúvidas. Veja-se a hipótese de coma profundo, tetraparegia, cegueira, infeção por HIV.

Não se deveria reservar ao intérprete a capacidade de temperar a possibilidade de resolução de um caso mediante recurso a um juízo analógico quando a atipicidade legal coincida com a *factispecies* do texto normativo e se reclame, por isso, tratamento jurídico análogo?

Pelo exposto, levando-nos por este que é o nosso entendimento, a matriz fundamental do preceito normativo consiste no reconhecimento de tutela dos lesados mediatos quando na sua esfera jurídica surjam *danos não patrimoniais* que, pela sua gravidade, comportem a possibilidade de compensação – é esta a *ratio* da norma. Isto tanto decorrerá no caso de lesão corporal grave ou de dano da morte da vítima primária.

5. A evolução histórica, os *Trabalhos Preparatórios* e o direito comparado dos danos não patrimoniais (laterais).

Conhecer os danos não patrimoniais laterais é aprofundar i) as coordenadas de reflexão que outrora se colocaram relativamente à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais propriamente ditos⁴², ii) o seu tratamento nos *Trabalhos Preparatórios*⁴³ e

⁴² Relatar-se-á apenas o lastro de tendências doutrinárias de maior relevo que se debruçaram sobre uma resposta tendencialmente positiva à tese da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais na vigência do Código de Seabra.

De todas as concepções doutrinárias eminentes da literatura jurídica portuguesa à época, releva a especial sensibilidade para o problema e a tendência marcadamente progressista da concepção de CUNHA GONÇALVES, que colheu, à partida, a nossa simpatia pelo mérito da sua construção.

JOSÉ TAVARES com base nas disposições normativas do Código de Seabra (*maxime* os artigos 2361º e 238º do CC de 1867), avançou fundamentos para a admissibilidade dos danos não patrimoniais. Fê-lo com base na tutela da personalidade moral e num princípio geral de responsabilidade (cfr. JOSÉ TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Primeira Parte (Teoria Geral do Direito Civil), pp. 546 a 547). Considerou que apesar de não se regular diretamente esse tipo de danos, da articulação daqueles dois princípios, reservar-se-ia ao “*prudente arbítrio dos tribunais, em harmonia com a natureza do ilícito e as circunstâncias em que foi praticado (...)*” a sua reparação.

JAIME DE GOUVEIA diferencia os prejuízos em *morais* e *materiais*.

Novidade à época. Subdividiu os *materiais* em “*prejuízos no património económico*” e “*prejuízos na pessoa física*” e os *morais* em “*prejuízos na parte social do património moral*” e “*prejuízos na parte afetiva do património moral*” (cfr. JAIME DE GOUVEIA, *Da Responsabilidade Contratual*, Dissertação para o Concurso de Professor Auxiliar do Grupo de Ciências Jurídicas na FDUL, 1932, pp. 111 a 120). Nega, no entanto, a indemnização destes últimos por três razões: *primo*, não haveria “*elementos apreciáveis*” para a sua determinação; *secundo*, na ausência desses elementos o juiz calcularia o montante a ser ressarcido com base na gravidade da culpa o que seria contrário aos princípios de responsabilidade civil; *tertio*, não se conseguiria determinar a quem devesse ser paga a indemnização. Viria a ser esta doutrina, bem arquitetada, a solução admitida pelo Código de Seabra. Apenas os “*prejuízos na parte social do património moral*” seriam reparados. Já assim não seria com a componente afetiva do património moral do lesado, procurando o A. estancar o subjetivismo desmedido de certas pretensões e erigir um critério de gravidade para aferição do dano concreto.

Neste contexto seguir-se-ia o subsídio de CUNHA GONÇALVES que defendeu a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais. Para o A. a expressão “perdas e danos” utilizadas pelo legislador português na redação do Código de Seabra nos artigos 706.º e 2364.º não excluía a “*personalidade moral*”,

consagrada no artigo 2383.º do CC. Esses mesmos bens, espirituais e morais, que integravam o indivíduo, eram tão ou mais preciosos que os bens materiais, cuja lesão é, *per si*, tão dolorosa como aquelas que fossem perpetradas contra a personalidade física do sujeito (cfr. CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, XII, p. 433). Não admite a cisão anteriormente proposta por JAIME DE GOUVEIA no que toca aos prejuízos morais, sustentando essa oposição na inexistência de critérios teóricos para que se procedesse a tal divisão. Estriba-se CUNHA GONÇALVES numa verdadeira dimensão espiritual do homem, transversal ao direito constituído português à altura, tornando relevante, na lógica da sua construção, uma tutela da *personalidade moral* e admitindo, por aí, a importância da função consolatória da indemnização que viesse a ser atribuída a título de dano não patrimonial no direito civil (*idem*, *ob. cit.*, p. 543). Louva-se, neste âmbito, a capacidade construtiva do A., o seu ensejo e sensibilidade para a dimensão moral dos indivíduos, relançando, ele mesmo, fortes alicerces para a discussão doutrinal que contaminaria a jurisprudência nacional e que constituiria importante ponto de partida para uma posição favorável à tutela dos danos não patrimoniais.

Favoravelmente, ZULMIRA PIRES DE LIMA, centrou-se numa perspectiva utilitarista da vida humana e privilegiou os bens espirituais do indivíduo. Enquadrou um conjunto de situações que se situariam no âmbito da responsabilidade delitual e que envolviam a ressarcibilidade de danos não patrimoniais: v.g. a ofensa contra a vida, a integridade pessoal, o bom-nome, a reputação e a liberdade no exercício das faculdades físicas e intelectuais (cfr. ZULMIRA PIRES DE LIMA, *Algumas Considerações sobre a Responsabilidade Civil por Danos Morais*, p. 279 e 280).

Acresceria o contributo de GOMES DA SILVA (cfr. GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, pp. 65 e ss.) que estabeleceu, em coerência com uma conceção personalista da vida o horizonte favorável aos danos não patrimoniais. Partiu, para tal, do art. 2389.º do Código de 1867, que tinha em linha de atuação os danos não patrimoniais, inferindo que, da falta de regulamentação nas disposições subsequentes ao 2383.º, dever-se-ia retirar a consagração, sem restrições, da sua ressarcibilidade, munindo-se, para mais, de disposições constitucionais e processuais penais: “A reparação civil, mesmo nos casos de responsabilidade conexa com a criminal, tem natureza e fundamento civis”. Os danos não patrimoniais deveriam configurar elevada gravidade entendida no sentido de perturbação da personalidade moral do indivíduo, não bastando o mero desgosto decorrente da violação de um direito.

No sentido da matriz que vem sido gizada, ergue-se VAZ SERRA, perpetrando a admissibilidade da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais com base no § 2.º do art. 34.º do CPP de 1929, não restringindo essa tutela aos danos provenientes de ilícitos criminais, mas estendendo-a ao ilícito civil.

Para MANUEL DE ANDRADE apenas se admitiria a ressarcibilidade dos danos morais no ilícito penal, partindo do mesmo preceito normativo de VAZ SERRA. Considerou que do n.º 2 do art. 56.º do Código da Estrada e do art. 28.º do Decreto 32 171, de 29 de julho de 1942 não era possível extrair um princípio geral de ressarcibilidade, ficando as alterações limitadas aos seus próprios domínios e aos casos de responsabilidade extracontratual fundada na culpa (cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Sobre a Recente Evolução do Direito Privado Português*, BFDUC, vol XXII (1946), pp. 307 e 308).

⁴³ No início do século XX o civilismo português desenraizou-se da linha napoleónica e deslocou-se para o modelo germânico.

O Anteprojeto do Código Civil de 1966 não mudou a linha doutrinal traçada por VAZ SERRA e consubstanciou fundamento para a consagração expressa dos danos não patrimoniais no futuro Código. Esta ressarcibilidade foi admitida nos *Trabalhos Preparatórios*.

Depois de colocar os argumentos adversos à admissibilidade desta tipologia de danos e de referir que as respostas a essas objeções teriam sido já há muito elucidadas, mencionou, o ilustre A., que alguns diplomas (nomeadamente o art. 58.º n.º 2 do Código da Estrada e Decreto n.º 32 171, de 29 de Julho de 1942, art. 28.º) admitiam a reparação do dano moral para além dos casos de ilícito penal. Admitiu, portanto, de um modo geral – sistematicamente - a compensação ou satisfação pecuniária do dano não patrimonial e concluiu que as dificuldades se centrariam na determinação dos danos não patrimoniais tidos por compensáveis alicerçando a sua posição num critério de gravidade que cumpriria ao juiz aferir.

Considerou viável o dano não patrimonial anterior à morte por parte da vítima (que se transmitiria aos seus herdeiros) e o direito à satisfação pela dor sofrida a pessoas ligadas a essa vítima por vínculos de afeição, no sentido de “*compelir o responsável a dar-lhes uma satisfação, mesmo pecuniária, pela dor que o facto lhes causou*”.

⁴⁴ A conceção do instituto da responsabilidade civil espanhol recebeu influência francesa. Neste modelo não existia uma referência expressa à categoria dogmática de *daño extrapatrimonial*, cfr. RUI

SOARES PEREIRA, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil*, p. 119. A sua admissibilidade ressarcitória foi timidamente aceite na decisão de 6/12/1912 do Tribunal Supremo (e apenas quando acompanhando danos patrimoniais (cfr. CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, *Derecho de Daños*, 2ª Ed., Bosch, Barcelona, 1999, p. 75 *apud*. RUI SOARES PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 120 e 121)).

Posteriormente, numa decisão de 9/02/49 determinou-se a autonomia de tais danos e da sua ressarcibilidade (cfr. RUI SOARES PEREIRA, *ob. cit.*, p. 121). Posteriormente, só através da Lei n.º 1/1982 de 5/06 (*Ley Orgánica de Protección Civil de los Derechos Fundamentales al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propria Imagen*) a solução afirmativa veio a ser consagrada (cfr. RUI SOARES PEREIRA, *ob. cit.*, p.121).

Em Espanha o tema abrange um grupo específico de casos em que se reconhece a ressarcibilidade de danos não patrimoniais laterais. Destaca-se o papel desempenhado pela Lei n.º 30/95 (*Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*), em que a figura do *daño moral* veio a ser aplicada à sinistralidade rodoviária na tutela de “*personas afectadas com secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria*”.

Quando surgissem danos não patrimoniais laterais proporcionar-se-ia, neste contexto, a atribuição de uma compensação aos “*familiares próximos al incapacitado en atención a la substancial alteración de la vida y convivencia derivada d tos cuidados y atención continuada*”.

A jurisprudência espanhola tem-se encaminhado no sentido da proteção de terceiros, familiares do lesado direto, quando se venha a confirmar a gravidade do sofrimento anímico sentido (cfr. ABRANTES GERALDES, “*Indemnização dos Danos Reflexos*”, pp. 61 a 63).

Em França, releva o pioneirismo com que a problemática dos danos não patrimoniais de terceiros foi trabalhada. O contexto francês foi especialmente fecundo tendo por base uma conceção doutrinal e jurisprudencial sobre o conceito central de “*faute*” enquanto perspetiva de violação objetiva de uma norma de direito, acompanhada da interpretação extensiva dada ao termo “*autrui*”, que se retira do art. 1382.º do *Code Civil*, e que equivale à expressão “*outrem*”, que brota, também, da nossa norma central de responsabilidade civil (cfr. ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, p. 58, n. 75).

A par das situações decorrentes da morte da vítima primária, a jurisprudência tem, paulatinamente, avançando para a afirmação da ressarcibilidade do “*dommage par ricochet*”⁴² de lesado mediatos, mesmo no caso de sobrevivência do lesado direto. Aceita-se a extensão dos danos não patrimoniais a relações afetivas que não correspondem a um vínculo familiar (uniões de facto). Estribando-se numa base legal semelhante à nossa, os tribunais franceses sustentam a atribuição de indemnizações destinadas a compensar o “*préjudice d’accompagnement*” ou o “*préjudice d’affliction*”. Análoga orientação tem sido adotada nos caso de “*préjudice sexuel*”.

A jurisprudência francesa mais recente (e mais profícua, diga-se) encaminha-se para a extensão gradual da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, dispensando, em certos casos, a *diabólica probatio* da excecional gravidade do dano, bastando-se na prova rigorosa da existência de danos morais na esfera dos lesados mediatos (*vide* YVES CHATIER, *Repáration du Préjudice*, Dalloz, 1983, p. 251 e ss., MAX LE ROY, *L’Evaluation du Préjudice Corporel*, p. 92 e LAURA GÁSQUEZ SERRANO, *La indemnización por Causa de Muerte*, Dykinson, 2000, pp. 162 a 170 *apud*. ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, p. 56).

Em Itália, consagrou-se um princípio de tipicidade dos danos não patrimoniais. SALVATORE PATTI (cfr. SALVATORE PATTI, *Famiglia e Responsabilità*, 1984, p. 202, *apud*. ABRANTES GERALDES, *ob. cit.* p. 59) relatou a negação da ressarcibilidade do *pretium doloris* dos familiares da vítima no caso de lesões físicas dos familiares das vítimas.

Considerava-se insubsistente o requisito do 1223.º que determinava que o dano representasse uma resposta positiva. Hodiernamente, a jurisprudência admite o ressarcimento de danos reflexos causados a conviventes da vítima afetada (aprofundadamente, ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, pp. 59 e 60, n. 92, 93 e 94).

No direito da União Europeia, destituído de valor normativo face a cada Estado, destacar-se-á a Resolução n.º 75/7 do Comité de Ministros do Conselho da Europa de 14.3.75, que admitiu a compensação de danos reflexos caso haja um sofrimento excecional, limitando a compensação aos pais e ao cônjuge da vítima.

Dos *Princípios de Direito Europeu de Responsabilidade Civil* retirar-se-á do seu art. 2:101 que o dano ressarcível consiste numa lesão material ou imaterial de um interesse juridicamente protegido. De uma interpretação conjunta dos preceitos normativos n.º 2:102 (interesses protegidos) 10:202 (danos pessoais e morte) e 10:301 (danos não patrimoniais) admitir-se-á nos casos de morte ou de lesão corporal

iii) a diversidade doutrinal que é hoje conhecida e que tem no 496.º um objeto normativo complexo de indagações mais ao menos controvertidas (diversidade que poderá extrair, também, de uma breve resenha ora apresentada de direito comparado sobre a presente matéria⁴⁴).

5.1. A tendência negacionista dos danos não patrimoniais laterais em caso de lesão não fatal da vítima primária.

Num entendimento clássico da responsabilidade civil só o titular do direito violado ou do interesse imediatamente lesado é ressarcido. Apenas se admite excepcionalmente os *danos não patrimoniais laterais* no quadro de *dano da morte* da vítima primária. Esta posição configura-se como concretização de um princípio de segurança (e certeza jurídicas), nomeadamente quanto à previsibilidade e extensão das consequências de um facto responsabilizante.

No entanto, este entendimento peca pelo seguinte motivo: pela excessiva manutenção do seu sentido literal, que amputa, verdadeiramente, a capacidade teleológica e funcionalizada de um preceito que pode encerrar, para nós, a virtualidade de responder a um conjunto de situações que carecem, gradualmente, de uma tutela efetiva e que não fique arrimada ao dano da morte da vítima primária como pressuposto da compensabilidade dos danos não patrimoniais laterais. Pertinentemente, enquanto raciocínio favorável à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, para além da exigência do dano-morte da vítima primária, focando-se na interpretação restritiva do preceito, é o seguinte excerto de JORGE ARCANJO, no ac. da RC, de 25/06/2004, segundo o qual será de *“rejeitar a doutrina clássica, eivada de uma lógica demasiado formal, sem atentar que o direito deve servir para a vida e a jurisprudência, que tem desempenhado um papel preponderante na reelaboração do direito da responsabilidade civil, designadamente no âmbito dos acidentes de viação, não pode*

muito grave a atribuição de uma compensação por danos não patrimoniais às *“pessoas que tenham uma relação de grande proximidade como o lesado”*.

deixar de utilizar todo o arsenal metodológico que possibilite adequar eficazmente o direito à realidade social dos tempos modernos, o que implica no dizer do grande pensador do século XX, que foi MICHEL FOUCAULT, transformar o direito civil numa “jurisdição de tipo sociológico”.

Neste sentido, dever-nos-emos livrar, primeiramente, de uma postura puramente formalista, de forma a superar a interpretação das normas que se encontrem, *à priori*, limitadas, por argumentos históricos e literais, vocacionando a exegese do preceito normativo para a *ratio legis* que seja possível almejar (elemento teleológico) através de uma visão integrada do sistema jurídico (elementos sistemático) recorrendo, quando disso haja necessidade e neste problema singular dos danos não patrimoniais de terceiros à transversalidade do *direito geral de personalidade*.

Aliás, o pensamento em que mergulhara VAZ SERRA na feitura da norma e que veio, posteriormente, a ser alterada por parte da Comissão de Revisão, não é o pensamento que deverá estar subjacente à interpretação do mesmo preceito legal hodiernamente. Da mesma forma, a interpretação daquela redação não poderá ser a mesma num futuro próximo.

Como argumentos, que servem de freio a esta posição tradicional, apresentam-se a ausência de uma norma que preveja, expressamente, a possibilidade de terceiros serem vítimas laterais, com base na defesa acérrima da excecionalidade do art. 496.º, n.º 2, considerando-se o direito de indemnização reservado para os casos de morte da vítima primária.

Esta natureza excecional⁴⁵ da norma priva a sua possibilidade de aplicação extensiva ou analógica⁴⁶; outro argumento, de matriz histórica, estriba-se na rejeição expressa da proposta avançada por VAZ SERRA que admitia, abertamente, a possibilidade de ressarcibilidade dos danos patrimoniais laterais; finalmente, a ausência de um grau de certeza na identificação dos sujeitos a quem se devesse reconhecer esse direito obstará ao seu alargamento.

Consubstanciando, de forma mais ao menos direta os presentes argumentos, surgem ANTUNES VARELA, ALMEIDA COSTA, MENEZES LEITÃO, MENEZES CORDEIRO, SINDE MONTEIRO e FILIPE ALBUQUERQUE.

⁴⁵ Cfr. BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado...*, p. 699, nota 2388.

⁴⁶ Vide, neste sentido, ac. do STJ, de 30 de Abril, de 2003 (FERREIRA DE SOUSA) e ac. do STJ, de 26 de Fevereiro, de 2004 (DUARTE SOARES).

ANTUNES VARELA recusou a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais dada a não cobertura inequívoca que resulta do preceito normativo⁴⁷.

Posição idêntica foi perfilhada por ALMEIDA COSTA, que relevou o teor excecional dos arts. 495.º e 496.º, n.º 2. Apesar de não se ter debruçado expressamente sobre a sua inadmissibilidade, poder-se-á retirar que apenas os reconheceria nos casos de morte do lesado imediato, pela ordem estabelecida no art. 496.º, n.º 2.

Da Escola de Lisboa, MENEZES LEITÃO não considerou a integração dos danos não patrimoniais no rol de direitos invocáveis por terceiros dado o titular do direito de indemnização ser, tão-só, o lesado que a lei visa proteger⁴⁸. Mesmo que um terceiro sofresse um dano reflexo, consequência da atuação do lesante, este não se encontraria abrangido⁴⁹. Por sua vez, MENEZES CORDEIRO criticou o arcaísmo do art. 496.º, n.º 1. Dever-se-ia alargar o preceito normativo, que considerou “*menos conseguido*”⁵⁰, remetendo para uma articulação com o disposto no art. 70.º do CC. No entanto, ficou subentendido, no nosso entender, que apenas as situações de morte são merecedoras de tutela⁵¹. Os artigos 495.º e 496.º encontram-se presos a um “*ideário restritivo*” que normaliza o círculo de pessoas indemnizáveis quando haja morte da vítima primária.

Esta é também a posição sufragada por FILIPE ALBUQUERQUE⁵².

Para SINDE MONTEIRO o dano não patrimonial dos lesados mediatos não seria ressarcível caso não ocorresse a morte do lesado direto⁵³.

Enraizando-se nestas conceções doutrinárias, a jurisprudência portuguesa caracterizou-se pelo ceticismo relativamente a rejeição da atribuição de qualquer compensação autónoma de danos ocorridos na esfera de terceiros quando primariamente existisse um quadro factual de lesão corporal, ainda que substancialmente grave ou

⁴⁷ Cfr. ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, pp. 621 e 622.

⁴⁸ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, p.380.

⁴⁹ *Ibidem*, pp.381 e ss.

⁵⁰ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol I, tomo I, p. 167.

⁵¹ *Idem, ob. cit.*, p. 168.

⁵² Vide FILIPE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Civil por Ofensa...*, pp. 595 e 596.

⁵³ Cfr. SINDE MONTEIRO, *Dano Corporal (um roteiro do direito português)*, Revista de Direito e Economia, ano XV, 1989, Universidade de Coimbra, p. 370. Escreveu SINDE MONTEIRO, “ (...) que para além destas pessoas, no caso de dano corporal do qual não sobreveio a morte, apenas o próprio lesado tem o direito de ser indemnizado pelo dano patrimonial e não patrimonial”.

incapacitante, elegendo como cicerone a excecionalidade da tutela de terceiros dos arts. 495.º e 496.º⁵⁴.

5.2. Teses favoráveis à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais dos conviventes da vítima primária.

Os subsídios teóricos para o reconhecimento da tese atributiva de uma compensação por danos não patrimoniais de terceiros aquando de lesão não mortal encontram-se no legado teórico de VAZ SERRA, RIBEIRO DE FARIA, AMÉRICO MARCELINO, SOUSA DINIS, DUARTE PINHEIRO, CURA MARIANO, CARNEIRO DA FRADA e ABRANTES GERALDES.

VAZ SERRA havia já estruturado a sua posição nos *Trabalhos Preparatórios*. Esta não fora, no entanto, consagrada. Contudo, em anotação ao ac. de 13/01/70 (que negou, expressamente, a compensação por danos não patrimoniais de um pai que viu o seu filho perder o antebraço), reiterou a sua posição, arguindo que o dano não patrimonial podia, igualmente, ser causado a parentes do lesado imediato e que essa necessidade compensatória *era tão justificada e suscetível de reparação como no caso do dano-morte do lesado imediato*⁵⁵.

Considerou a possibilidade de existência de uma violação ilícita de um direito próprio que se localizaria no 496.º, n.º1⁵⁶.

Por sua vez, RIBEIRO DE FARIA apontou para a admissibilidade dos danos não patrimoniais, nos casos em que não ocorresse a morte da vítima primária⁵⁷, defendendo

⁵⁴ A jurisprudência portuguesa tem revelado maior sensibilidade aos *danos patrimoniais* do que aos *danos não patrimoniais*, como salienta MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IV, p. 173.

⁵⁵ RLJ, 104, p. 12.

⁵⁶ O A., de forma bastante clarividente, escreveu que, (...) *pode ser que a lesão do lesado imediato seja acompanhada da lesão de um direito ou bem juridicamente protegido de um dos seus parentes, havendo, então, uma lesão imediata deste e já não uma simples lesão mediata (isto é, um dano de terceiro) como se, por exemplo, uma mãe sofre uma depressão nervosa pelo facto de o filho ser atropelado, ou um filho sofre um grave choque espiritual com consequentes perturbações nervosas por assistir à morte ou atropelamento do seu pai. Nestes casos, o direito de indemnização da mãe ou do filho não é um direito de indemnização fundado na violação ilícita mediata de um direito de terceiro, mas um direito de indemnização fundado na violação ilícita imediata de um direito deles (direito à saúde) e, portanto, independente, não lhe sendo aplicável o 496.º, n.2, mas os 483.º e 496.º, n.1 do CC e os arts. 503.º e 496.º, n.1 do mesmo Código (ou, no direito anterior, não lhe sendo aplicável o art. 56.º, n.1, alínea 3, do Código da Estrada, mas o art. 56.º, n.º1 do mesmo Código, ou o art. 2361 do Código Civil de 1867. Apesar de se reconhecer o mérito da presente construção, temos para nós, salvo o devido respeito, uma orientação diversa para a imputação do dano do lesado imediato daquela que ficou proposta. A nossa posição será, no entanto, por nós apresentada em momento mais adequado para o efeito. Avança-se, por enquanto, que a esfera lesada pelo facto responsabilizante é a do lesado imediato. Só num segundo momento é que ocorre a lesão ilícita ao universo mediato lateral, indiretamente considerada.*

uma interpretação extensiva da norma para que se conseguisse abarcar os casos que se inserissem no espírito da previsão legal⁵⁸.

Em posição coincidente com a de VAZ SERRA, apesar de alicerçar em fundamentos jurídicos diferentes, alimentou a possibilidade do parente poder ser lesado num bem juridicamente protegido nos termos do 483.º e 496.º, n.º2.

Para AMÉRICO MARCELINO admitir-se-ia um princípio de ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, que se poderia retirar da exegese do art. 496.º, n.º1, afirmando que este preceito legal apenas condicionaria a ressarcibilidade dos danos tidos por graves⁵⁹. Assim, dever-se-iam ressarcir os danos não patrimoniais indiretos provenientes de uma situação de morte, mas também os que emergissem de lesão não fatal⁶⁰. Por maioria de razão, reconheceu que só o elenco de pessoas identificadas no art. 496.º, n.º 2 integraria o âmbito ressarcitivo da compensação por danos não patrimoniais⁶¹.

Aprofundando, por sua vez, a temática do dano corporal decorrente de acidentes de viação, SOUSA DINIS abordou o *thema investigandum*, alicerçando o seu raciocínio em fundamentos de teor ético e na violação de um direito de personalidade. Defendeu a ressarcibilidade do dano não patrimonial, não com base no 496.º, n.º 2, mas, outrossim, com base no art. 70.º do CC⁶².

DUARTE PINHEIRO, debruçou-se sobre os casos de lesão corporal que afetam o relacionamento sexual de um casal. Considerou que o terceiro incorria em responsabilidade civil caso violasse um direito oponível. Neste sentido, um facto

⁵⁷ Cfr. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, pág. 491, nota 2. Escreve o Ilustre Professor que, (...) *nem pelo facto de não ter ocorrido a morte da vítima, os parentes do lesado se verão sem indemnização pelos danos morais que tenham sofrido.*

⁵⁸ Continuamos a ser levados pela literatura jurídica de RIBEIRO DE FARIA, “*Por um lado, porque se é certo que a disposição do art. 496.º, n.2 é uma disposição excecional, ela não é insuscetível de interpretação extensiva e, portanto, de ser alargada a casos que caibam no espírito da lei*”, v. RIBEIRO DE FARIA, *ob. cit.*, p. 491, n. 2.

⁵⁹ Vide AMÉRICO MARCELINO, *Acidentes de Viação*, pp. 379 e ss. Segundo a lúcida opinião do Magistrado, “(...) *não sofre dúvida que merece ser atendido o desgosto de um pai condenado a ver o filho que era a alegria dos seus dias, feito num frangalho ou perenamente amarrado a um carrinho de rodas. (...) O que depois de diz nos n.º 2 e 3 do art. 496.º não afeta em nada este princípio. Trata-se de disposições para determinados circunstancialismos ou sobre o modo de encontrar o montante indemnizatório*”.

⁶⁰ *Idem*, p. 380.

⁶¹ *Idem*, p. 381.

⁶² Cfr. SOUSA DINIS, *Dano Corporal em Acidentes de Viação*, pp. 11 e 12. Fala-nos o A. sobre a tão discutida lesão da sexualidade que é perturbada entre marido e mulher, *in casu*, decorrente de um acidente de viação. Atualmente, o denominado *débito conjugal* tem vindo a ser, de forma mais ao menos consensual, gradualmente reconhecido pela doutrina e jurisprudência.

responsabilizante que interferisse no direito de coabitação sexual geraria sempre duas pretensões indenizáveis: a da vítima e a do cônjuge (este lesado imediato)⁶³.

Por sua vez, centrando-se nos mecanismos processuais adequados à tutela do direito geral de personalidade, CURA MARIANO determinou um elenco de prejuízos que seriam merecedores de tutela indemnizatória, aí incluindo os danos morais dos parentes próximos daquele que sofreu graves lesões à sua integridade física, inclinando-se para a ressarcibilidade dos danos morais resultantes da perturbação emocional que sofrem os parentes próximos do lesado direto, estabelecendo uma interpretação extensiva do art. 496.º, n.º 2 ou por ofensa do direito à saúde⁶⁴.

No mesmo *iter* temático, CARNEIRO DA FRADA abriu hostilidades para o *dano existencial*, no qual inseriu os danos não patrimoniais laterais. Abrir-se-ia mão deste quando se colocasse um conjunto de alterações de vida sofrido pelo núcleo de pessoas que fosse reflexamente afetado na sua vida familiar ou social, com lesões ou perturbações decorrentes de facto responsabilizante de terceiros⁶⁵.

Um outro reduto que providencia guarida à admissibilidade dos danos não patrimoniais de terceiros residiu em ABRANTES GERALDES, enquanto um dos mais devotos defensores da presente corrente doutrinal⁶⁶. Para o Juíz Conselheiro constituiria uma visão redutora e excessivamente materialista limitar a indemnização ao lesado direto. A desconsideração de aspetos de ordem ética, pessoal e emocional devem ser essencialmente ponderados, quer pelo desajusto relativamente à “*intenção do legislador*”, quer pelo “*sentir da sociedade*”⁶⁷. Dever-se-iam tomar por ressarcíveis os danos não patrimoniais suportados por pessoa diversa daquela que é diretamente atingida, nomeadamente quando esta ficasse gravemente prejudicada na sua relação com o lesado, ou quando as lesões causassem grave dependência ou perda de autonomia que interferisse na esfera jurídica de terceiros⁶⁸.

⁶³ Cfr. DUARTE PINHEIRO, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal, Os Deveres Conjugais Sexuais*, p. 737.

⁶⁴ V. CURA MARIANO, *A Providência Cautelar de Arbitramento de Reparação Provisória*, p. 68, nota 129.

⁶⁵ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Nos 40 anos do Código Civil Português, Tutela da Personalidade e Dano Existencial*, p. 52.

⁶⁶ Vide, neste sentido, ABRANTES GERALDES, *Temas de Responsabilidade Civil, II, Indemnização dos Danos Reflexos e, do mesmo A., Ressarcibilidade dos Danos Não Patrimoniais de Terceiros em Caso de Lesão Corporal*.

⁶⁷ Assim, ABRANTES GERALDES, *Ressarcibilidade...*, p. 277.

⁶⁸ Veja-se, ABRANTES GERALDES, *Indemnização dos Danos Reflexos*, p. 94.

6. A tendência jurisprudencial.

Por ac. do STJ de 25/11/98⁶⁹ julgou-se pioneiramente ressarcível o dano não patrimonial lateral dos pais de uma criança gravemente queimada que não falecera. No entanto, negou-se a possibilidade de recurso à analogia (art. 11.º) devido à excecionalidade do 496.º, n.º 3 (atual n.º 4) e à recusa da interpretação extensiva do 496.º, n.º 1 por este apenas contemplar os danos da vítima primária.

Repare-se no esforço argumentativo (legítimo, em nosso entender): buscou-se no art. 68.^{o70} da CRP (articulado com o 496.º, n.º 1) o que não se permitiu directamente pelo 496.º.

Em ac. do STJ de 21/03/00⁷¹ reiterou-se a revogação da sentença do ac. da RL de 6/05/99⁷². Contudo, em primeira instância, no Tribunal Marítimo de Lisboa a 16/11/98, havia-se admitido a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais, considerando ABRANTES GERALDES não existir razão para excluir do leque de beneficiários directos os pais de um menor⁷³ (caminhando, ao que parece, no sentido do 496.º, n.º 2, conforme a posição do Professor Doutor RIBEIRO DE FARIA).

A decisão proferida pelo STJ a 21/03/00 relativa a este caso inseriu-se na mesma corrente jurisprudencial que orientou o ac. do STJ de 13/01/70⁷⁴, o ac. da RP de 04/04/91⁷⁵, o ac. do STJ de 28/04/93⁷⁶ e o ac. da RP de 25/06/97⁷⁷ e que negava a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais.

⁶⁹ BMJ, n.º 481, pp. 470 e ss.

⁷⁰ Sob a epígrafe *Paternidade e maternidade*.

⁷¹ CJ, III, p. 88 *apud* ABRANTES GERALDES, *Indemnização dos Danos Reflexos*, p. 45.

⁷² CJSTJ, I, p. 138 *apud* ABRANTES..., *ob. cit.*, p. 45.

⁷³ *Ibidem*, p. 45.

⁷⁴ BMJ, n.º 193, p. 349 (comentado por VAZ SERRA na RLJ, 104, p. 14).

⁷⁵ CJ, II, p. 254.

⁷⁶ BMJ, n.º 426, p. 273.

⁷⁷ CJ, II, p. 239.

CAPÍTULO III

Os principais problemas do 496.º do CC

7. O critério da gravidade do dano não patrimonial – o 496.º, n.º 1.

Exige-se ao juiz que a valoração da gravidade legalmente prevista no 496.º, n.º 1 tome por base padrões objetivos face ao circunstancialismo concreto⁷⁸. O problema coloca-se em conhecer se da formulação do presente preceito normativo brotam dois requisitos cumulativos ou se a presente redação apenas traz ínsita em si a conceção do dano não patrimonial ressarcível.

A gravidade do dano e a sua natureza (em função da *consciência jurídica*) foram defendidos por VAZ SERRA⁷⁹ enquanto critérios autónomos. No entanto, a proposta parece não ter sido aceite na sua totalidade.

Da atual redação poder-se-á retirar que apenas se admitirá a reparação de danos não patrimoniais suscetíveis do “*merecimento de compensação pecuniária*”⁸⁰.

Ademais, o dano que é objeto de reparação não pode ser insignificante, sob pena de contrariar a consciência social e jurídica, assim como deve ser dotado de gravidade. Esta gravidade consubstancia-se na perturbação inaceitável do bem que assegurava utilidades não patrimoniais para o seu titular.

Este juízo de gravidade não incide, por isso, sobre o bem lesado. Neste sentido qualquer dano não patrimonial que decorresse da violação de um bem que se integrasse no *direito geral de personalidade* ter-se-ia por suscetível de reparação. A solução adequada parece-nos ser a compensação da profanação, gravemente considerada, da utilidade não patrimonial de bem juridicamente protegido.

⁷⁸ Cfr. PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, I, p. 499. Jurisprudencialmente, v. ac. do STJ, de 12 de Outubro, de 1973 (JOÃO MOURA), BMJ, n.º 230, pp. 107 a 114, ac. do STJ, de 14 de Fevereiro, de 1995, BMJ, n.º 444, pp. 548 a 554 e ac. do STJ, 17 de Novembro, de 2005 (SALVADOR DA COSTA).

⁷⁹ Cfr. VAZ SERRA, “*Reparação do Dano Não Patrimonial*”, pp. 89 e ss. Escreveu o A. que o dano não patrimonial devia ser “*grave e merecedor de tutela jurídica*”.

⁸⁰ Cfr. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, p. 556.

8. A titularidade do direito de compensação por *danos não patrimoniais laterais*.

A matriz do problema configura-se, aqui, na delimitação do universo de lesados mediatos. A doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes em considerar o elenco de beneficiários do 496.º, n.º 2 e n.º 3.

Dela não discordamos.

No entanto, tal como em França, importará conhecer até que ponto se poderá alargar o leque de titulares do direito de indemnização para além da proximidade familiar quando exista, v.g. uma forte carga afetiva entre os sujeitos⁸¹.

Somos, por enquanto, cautelosos quanto a esta última possibilidade.

A Segurança (jurídica) constitui, presentemente, um critério decisivo pelas consequências que se podem repercutir sobre a própria responsabilidade civil: indefinição na aplicação das normas e a incerteza quanto ao âmbito da obrigação de indemnização⁸².

Em sentido contrário ao elenco fechado apresenta-se MARIA MANUEL VELOSO, apesar de reconhecer que este se pode justificar caso se invoque “*a existência de direitos decorrentes do status familiar, da intangibilidade dos afetos na comunidade familiar ou para-familiar na qual se desenvolve a personalidade dos sujeitos*”⁸³.

⁸¹ Cfr. ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, pp. 83 e 84.

⁸² Neste sentido, ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, p. 92.

⁸³ Cfr. MARIA MANUEL VELOSO, *ob. cit.*, p. 558 e 559.

CAPÍTULO IV

O tratamento individualizado dos pressupostos da responsabilidade civil aquiliana^{84/85}

9. A determinação dos pressupostos para a verificação do *dano não patrimonial lateral*.

Do 496.º não se “lê” uma resposta ao “*quando existe*” (“*determinação da situação*”) responsabilidade civil por danos não patrimoniais⁸⁶, *maxime* danos não patrimoniais laterais. Exige-se, outrossim, a indagação do intérprete sobre os pressupostos constituintes de responsabilidade civil perante o caso *sub judice*.

Partilhamos, também, a mesma apreensão relativamente à determinação da ilicitude (“*ponto de referência, também, da culpa*”⁸⁷ e elemento central neste problema) revelada por CARNEIRO DA FRADA e que contenderá com a determinação do âmbito de proteção das normas de responsabilidade civil.

A este propósito o Juíz Conselheiro ABRANTES GERALDES escreveu que a “*delimitação subjetiva do direito de indemnização deve ser feita através da verificação do âmbito de proteção das normas sobre responsabilidade civil e, por outro lado, da ponderação do critério legal da causalidade adequada. Isto é, deve verificar-se, em primeiro lugar, se as normas objetivamente violadas, para além da tutela do lesado direto, ainda mostram potencialidades para tutelar outros sujeitos e, de seguida, averiguar se os danos provocados na esfera jurídica de outros interessados ainda*

⁸⁴ Centrar-nos-emos, por considerarmos mais relevantes, no *nexo de causalidade, ilicitude e dano*.

⁸⁵ A diferente preponderância (“*intensidade*”) assumida pelos pressupostos da responsabilidade delitual foi trabalhada por WILBURG, no seu conceito de “*mobilidade*” na sua teoria da responsabilidade civil. Recusou um princípio unitário que solucionasse todas as questões, colocando, nesse lugar, uma multiplicidade de pontos de vista que caracterizou como “*forças móveis*”.

As características essenciais do sistema móvel são a igualdade fundamental de categoria e a substitutividade mútua dos competentes princípios ou critérios de igualdade (para mais aprofundamentos v. CLAUS – WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2ª Ed., pp. 128 e 129).

⁸⁶ Vide CARNEIRO DA FRADA, *Nos 40 Anos do Código Civil Português – Tutela da Personalidade e Dano Existencial*, Themis, 2008, pp. 53 e 54. O A. escreveu que, “*A aplicação do 496.º não dispensa a fixação do fundamento da responsabilidade*”.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 54.

mantêm com o facto ilícito ou com a atividade geradora do risco o adequado nexos de causalidade, nos termos em que tal pressuposto se encontra regulado no art. 563.^o⁸⁸.

10. O nexos de causalidade e os danos não patrimoniais das vítimas laterais: a causalidade indireta.

A tese que defendemos considera os danos não patrimoniais laterais como subsequentes e indiretos, o que se repercute, naturalmente, na configuração do nexos de causalidade. A causalidade indireta permitirá a imputação deste tipo de dano ao comportamento do lesante enquanto “*causa jurídica*”.

Consequentemente, a zona do dano não patrimonial lateral reservada à causalidade não se poderá abstrair das circunstâncias de facto propiciadas pelo facto responsabilizante.

Este é para nós um dos pontos-chave da questão⁸⁹.

A teorização da causalidade adequada visa impor ao julgador um critério de seleção entre as várias condições que se congregam e produzem o dano, aquelas que, criadas pelo agente, fundamentam no perspetivar normativo a sua atribuição ao sujeito, segundo um critério objetivo e abstrato de normalidade ou probabilidade do resultado, em harmonia com as regras da experiência.

A relevância causal da condição criada pelo agir do presumível lesante só não funciona se, em termos práticos, for inadequada para o resultado verificado, o qual só acontecerá devido à presença de outras condições anómalas ou excepcionais não conhecidas do agente, que não as pôde prever no momento da sua ação ou omissão e que colocou no processo a condição em falta para que o dano se verificasse.

Mergulhando nestas turvas águas da conceção da causalidade adequada, cumprenos destrinçar a *formulação positiva* da *negativa*.

⁸⁸ Cfr. ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, p. 82.

⁸⁹ Diferentemente, MENEZES CORDEIRO refere que o nexos de causalidade não respeita a uma medida dos danos indemnizáveis, mas sim à determinação dos que podem ser imputados ao agente. Neste sentido o seu *Direito das Obrigações*, 2º vol., pp. 337 e ss.

Para PEREIRA COELHO o nexos de causalidade não configuraria um *pressuposto autónomo* da responsabilidade civil, mas assumir-se-ia, teleologicamente, como elemento balizador da extensão do dever de indemnizar, nomeadamente medida e *quantum*, v. PEREIRA COELHO, *O Nexos de Causalidade na Responsabilidade Civil*, BFD, Supl. IX, 1951.

A primeira determina que a causa de um dano será toda a condição que, segundo um *critério de normalidade*, for idónea a produzi-lo, mas, já não, se o evento tiver sido produzido com o auxílio de circunstâncias particulares ou estranhas ao curso normal das coisas.

A denominada *formulação negativa da causalidade adequada* admite, por sua vez, que a condição só deixará de ser causa do dano desde que se mostre inteiramente inadequada. A formulação em que nos detemos tem por base a conceção herdada de ENNECERUS e LEHMANN.

Estabeleceu-se que uma condição só deixaria de ser causa adequada do dano sempre que, segundo a sua natureza, fosse de todo indiferente para a sua produção e só dele se tornou condição fruto de um circunstancialismo extraordinário⁹⁰.

Face à aludida teoria do nexo de causalidade, entre o facto e dano será admissível uma relação indireta entre eles, ou seja, subsistirá o nexo de causalidade quando o facto responsabilizante não produza, ele mesmo o dano, mas seja causa adequada de outro facto que o produz, na medida em que este facto posterior tiver sido especialmente favorecido por aquele primeiro facto (facto primário) ou seja provável segundo o curso normal de acontecimentos⁹¹.

Em afinidade discursiva com ANTUNES VARELA⁹², a causalidade adequada não se refere restritamente ao facto e ao dano, “*isoladamente considerados, mas ao processo causal que, em concreto, conduziu ao dano. (...) É esse processo concreto que há de caber na aptidão geral ou abstrata do facto para produzir o dano...*”.

Em jeito de conclusão, o 563.º do CC consagrou a formulação negativa da causalidade adequada. Não pressupõe a exclusividade do facto condicionante do dano, nem exige que a causalidade tenha que ser exclusivamente direta e imediata.

Admite, portanto, a causalidade indireta. Bastará que o facto condicionante desencadeie outro que, por sua vez, também crie dano. Para além de permitir a imputação do dano não patrimonial da vítima lateral estabelece limites em função do quadro factual proveniente do dano primário. Interessará, portanto, toda a “*história*

⁹⁰Vide ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol I, 10ª Ed., p. 890 e ss., MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol I, 7ª Ed., p. 348 e ss., RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol I, pp.502 a 506.

⁹¹ VAZ SERRA, BMJ, n.º 84, p. 41 e PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 577 e RIBEIRO DE FARIA, *ob. cit.*, 507.

⁹² Cfr. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 896.

causal” que conduz ao resultado concreto. Assim, todo o encadeamento de estádios intermédios – mediadores - até que se atinja a vítima lateral.

11. A ilicitude.

Onde localizar a ilicitude do dano não patrimonial lateral? Qual o âmbito de proteção da normas ou grupo de normas que possam tutelar e reconhecer um direito protegido que seja violado causal e subsequentemente da lesão primária e se possa estender aos conviventes da vítima? Reconhecê-lo implica, obrigatoriamente, reconhecer um elemento relacional do sujeito.

Este reconhecimento do *elemento relacional* (ou os vários que se vão construindo ao longo da vida – desde o berço, nomeadamente os *elos familiares*, para o que aqui releva) – inerente à dimensão intrinsecamente social do homem (“*ser com os outros*”) e patente nos artigos 495.º e 496.º do CC, nas disposições atinentes às responsabilidades parentais e ao casamento, nos diferentes bens que integram o *direito geral de personalidade* do art. 70.º⁹³, nas disposições constitucionais que protegem a família e o homem (art.º 25.º, 26.º, 36.º e 67.º da CRP), entre outros elementos normativos relevantes (*Proteção das Uniões de Facto, Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio*).

Ao lado da integridade física e psíquica localiza-se uma *integridade social* do indivíduo, que permite superar a conceção individualista do homem. Nesta sede podemos, em íntima conexão com o corpo e mente do sujeito, individualmente considerados, desenhar espaço para uma *psicomotricidade relacional* enquanto capacidade de desenvolvimento da própria personalidade e afetividade com os outros que, em última instância, se poderá arvorar no próprio bem estar e qualidade de vida.

Logo, aquilo que afete a pessoa perturba também outros (de maneira distinta) – o que pode suceder numa vasta teia relacional (aquela que nos é dada pelo 496.º, n.º 2 e n.º 3).

⁹³ Veja-se, aprofundadamente, CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, pp. 199 a 200 e ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp 208 a 210.

12. A noção jurídica de *dano* e de *dano não patrimonial*.

Pressuposto primordialmente fundante de toda a responsabilidade civil é a verificação de um dano⁹⁴. Para além da ilicitude do comportamento potencialmente responsabilizante exige-se a emergência de um dano⁹⁵.

O problema centra-se em definir qual o critério a escolher para a sua construção: naturalístico, jurídico ou misto.

No seu *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, GOMES DA SILVA caracteriza o dano como privação do benefício (ou benefícios) do bem para o seu fim.

CASTRO MENDES distingue danos *subjetivos* – contendem diretamente com a pessoa ou aspetos da personalidade - *objetivos* – danos a coisas - e *intermédios* – cruzamento da realidade objetiva e subjetiva.

Ponto essencial do conceito de dano para o A. seria a *diminuição do auxílio* que nos é devido pelos outros homens ou que se pudesse extrair das coisas.

Dano corresponderá a uma diminuição de auxílio e a aumento da resistência⁹⁶.

Em PEREIRA COELHO o dano foi perspectivado enquanto *dano real* e *dano de cálculo*. O primeiro seria o prejuízo sofrido *in natura*; o segundo o valor monetário desse mesmo dano⁹⁷.

Para VAZ SERRA dano seria todo o prejuízo, desvantagem ou perda causado nos bens jurídicos, de carácter patrimonial ou não patrimonial. Tanto existiria dano quando

⁹⁴ Sobre o *dano*, em geral, como pressuposto da obrigação de indemnizar vide GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, p.369 e ss., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, p. 567 e ss., ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 388 e ss., MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, p. 283 e ss., RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, I, p. 480, RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, p. 270 e ss.

⁹⁵ O que nos também conduz às funções e fundamentos do instituto da responsabilidade civil. O dano assume-se como pressuposto fundante porquanto a sua reparação é finalidade primacial da responsabilidade civil. Isto não obsta a que reflexamente – e só aí - se lhe possam reconhecer outras finalidades: preventiva e/ou punitiva. E é nesta última que se suscita uma problemática central face às atuais tendências que se podem atribuir ao instituto e sobretudo à indemnização ou à compensação a atribuir – o que implica a determinação precisa dos critérios a adotar. Dever-se-á evitar importar, salvo melhor entendimento, sem mais, tendências estrangeiras quando à razão de ser do instituto da responsabilidade civil apresente diferentes tendências quanto à sua génese, função, história e cultura jurídica – que implicará sempre o devido enquadramento.

⁹⁶ Cfr. CASTRO MENDES, *Do Conceito Jurídico de Prejuízo*, *Jornal do Foro*, Ano 16, 1952, 98/99, pp. 41 e ss..

⁹⁷ Cfr. PEREIRA COELHO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, pp. 188 e 189-

se diminuísse o património (dano patrimonial) como quando se perturbasse a vida, corpo, saúde, honra, bem-estar, entre outros (dano não patrimonial)⁹⁸.

Em ANTUNES VARELA, o dano consiste na perda *in natura* que o lesado sofreu como consequência de certo facto, nos interesses (materiais e morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. Ao lado do dano real manifestar-se-ia o dano patrimonial, reflexo que o dano real provocaria no património do lesado⁹⁹. Admite também esta última distinção RIBEIRO DE FARIA. Para o A. dano “*é toda a perda causada em bens jurídicos, legalmente tutelados, de carácter patrimonial ou não*”¹⁰⁰.

Na literatura jurídica de ALMEIDA COSTA o dano é configurado como ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica. Contudo, este A. defende que a distinção entre dano real e dano não patrimonial (denominado “*dano de cálculo*”) são faces de uma única realidade¹⁰¹.

Classifica-o, por sua vez, SINDE MONTEIRO como uma lesão a um bem ou um interesse juridicamente protegido¹⁰².

Para MENEZES CORDEIRO o dano consubstancia uma “*supressão ou diminuição de uma situação favorável*”, que estava reconhecida ou protegida pelo Direito¹⁰³.

Finalmente, para MENEZES LEITÃO, o dano, em sentido simultaneamente fáctico e normativo, residirá na “*frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica.*”.

Neste sentido, os danos patrimoniais correspondem à “*frustração de utilidades suscetíveis de avaliação pecuniária*” e os danos não patrimoniais à “*frustração de utilidades não suscetíveis de avaliação pecuniária*”¹⁰⁴.

Das diferentes posições doutrinárias é possível extrair que a tónica ora se coloca no facto responsabilizante diretamente lesivo do bem jurídico ou, por outro lado, na frustração de utilidades que dele se poderia extrair.

⁹⁸ Cfr. VAZ SERRA, “Obrigação de Indemnização”, BMJ, 84 (1959), pp. 5-303, em especial, pp. 8 a 10.

⁹⁹ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, I, p. 598.

¹⁰⁰ Cfr. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações...*, pp. 480-481.

¹⁰¹ Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, cit., pp. 591 e ss.

¹⁰² Cfr. SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, RFDUP, pp. 377 e 378.

¹⁰³ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Das Obrigações...*, II, III, p.511.

¹⁰⁴ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, p. 234 e “*A Responsabilidade do Gestor perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*”, p. 274.

No nosso modesto entender, a concepção mais rigorosa de dano é aquela que adquire e atende, para si, à supressão, diminuição ou frustração de situações favoráveis e que, por isso, permite ter em consideração a teleologia plena do bem jurídico perturbado. Assim, *o dano consubstancia uma consequência negativamente perturbante, juridicamente relevante, da utilidade do bem ou interesse protegido.*

Neste nosso deambular, *o dano não patrimonial corresponde à perturbação da utilidade de natureza não patrimonial que decorre de um bem ou interesse que se assumam juridicamente relevante.* É este o nosso esboço.

Tal utilidade tanto poderá decorrer de bens de natureza patrimonial ou não patrimonial, sendo estes últimos os que apresentam maior relevância no nosso *iter* temático.

12.1. O puro dano não patrimonial.

Quando nos colocamos perante os danos não patrimoniais laterais não há, tal como ocorreu na esfera da vítima primária, um *dano-evento* que se verificou nessa esfera jurídica. Apenas existe um *dano-consequência* que se verifica causal e subsequentemente ao dano primário na esfera do convivente lateralmente lesado.

Portanto, conforme o conceito de dano não patrimonial gizado, o dano não patrimonial puro ou lateral ocorre aquando da perturbação da utilidade reservada para a a inviolabilidade da dimensão social do homem e dos seus laços, enquanto clareira para o seu harmonioso desenvolvimento pessoal recíproco.

Ora, o dano não patrimonial lateral considera-se, aqui, enquanto fenómeno psíquico – *puro dano moral* (o *quantum doloris*) - do indivíduo que é indireta e lateralmente lesado.

Assim, por exemplo, quando ocorra uma mudança radical fruto de um facto responsabilizante do qual resulte a quebra da vivência de elementos relacionais inerentes à dinâmica e bem-estar de um agregado familiar.

Parece-nos claro que a perturbação de vínculos familiares acarretam estes distúrbios que se repercutem na integridade de um indivíduo sem, no entanto, interferirem numa dimensão diretamente material do convivente do lesado directo.

CAPÍTULO V

13. *Proposta responsabilizante para imputação do dano não patrimonial lateral.*

Perspetiva dinâmico-funcional.

Findo o tratamento individualizado dos elementos que consideramos mais problemáticos, num quadro responsabilizante que gere danos não patrimoniais laterais, cumpre-nos operacionalizar o seu funcionamento.

O facto responsabilizante interfere na esfera jurídica da vítima primária A (imagine-se um estado clínico substancialmente incapacitante - de consequências irreversíveis, até). Este quadro factual perturba, à posteriori, o *elemento relacional* entre A e B (ou dos vários elementos existentes – os do 496.º, n.º 2 e n.º 3).

As consequências do facto responsabilizante interferem na esfera jurídica de B (concretamente o *quantum doloris* de B) e perturbam a sua normal relação com A (quebra abrupta de um *padrão de normalidade* decorrente do facto responsabilizante) degenera num quotidiano sofrível, no sofrimento moral ou psíquico pelo estado de saúde de A e eventuais reflexos na própria personalidade do sujeito B.

Este dano - de B - é lateral, indireto, autónomo, mediato (e puro) porque individual e subjetivamente valorado (a ansiedade quanto à incerteza do estado de saúde de A, a privação da promoção do seu desenvolvimento físico, afetivo, moral e intelectual, as eventuais alterações comportamentais e bioneurológicas, eventuais estados depressivos, etc.).

Aliás, as sequelas psíquicas de B, enquanto consequências decorrentes do facto responsabilizante - para o que aqui nos interessa - são um fenómeno psíquico (de teor bastante subjetivo) que acarreta a valoração do seu sofrimento interior.

Do exposto, duas conclusões: *primo*, que o dano não patrimonial lateral tem origem no dano primário - do lesado imediato - mediado pelo plano factual, que é sentido pela vítima imediata; *secundo*: o dano lateral do convivente da vítima primária difere, naturalmente, do dano primário.

Esta *cadeia causal de transmissão do dano* é um fenómeno meramente instrumental, produto da perturbação do elemento relacional entre os dois indivíduos.

Revelam, como já tivemos hipótese de considerar, os elementos relacionais presentes no 496.º, n.º 2 e n.º 3.

Da perturbação do elemento relacional surge o sofrimento psíquico, assim como surge a alteração comportamental da vítima secundária que constituem, para nós, o objeto de compensação em causa no dano não patrimonial lateral, ou seja, a perturbação psíquica e afetiva, que se insere na integridade física, psíquica e social tutelada enquanto bem integrante do *direito geral de personalidade* dos lesados laterais¹⁰⁵ e que se vê inserido no quadro responsabilizante, por força do 496.º, n.º 4, do art. 70.º e 483.º do CC.

Assim, sucintamente: o dano (primário, imediato, central) provocará o dano (secundário, mediato, lateral), mediado pela perturbação do elemento relacional decorrente do facto responsabilizante.

O quadro factual que se segue ao facto responsabilizante permite aferir o dano, sendo a ilicitude balizada pelo art. 70.º, 483.º e 496.º, n.º 2 e n.º 3.

Não se concorda, portanto, com a perturbação direta da esfera não patrimonial de terceiros – como parece suceder nos denominados casos de “*debitum conjugale*”¹⁰⁶. O facto responsabilizante percorrerá o *iter* narrado até “*atingir*” os conviventes da vítima primária.

Não se entende, também, que se verifique uma lesão direta e imediata quando o convivente da vítima primária presencie o cenário do quadro responsabilizante¹⁰⁷ – esse momento apenas poderá gerar, outrossim, uma percepção cronologicamente imediata da factualidade existente.

¹⁰⁵ Apesar do especial interesse dogmático que poderá ter a distinção operada entre *dano moral* e *dano psíquico* na doutrina e jurisprudência italianas, não nos parece que a mesma possa ser adaptada, de ânimo leve ao regime português. Aliás, como se vem alertando, será este um dos perigos da importação de figuras estrangeiras sem que as mesmas apresentem um recorte jurídico fidedigno e compatível com o nosso sistema jurídico. A distinção entre *dano moral* e *dano psíquico* é ilustrada através do luto e da melancolia, respetivamente (v. GIANNANI GENARO, *Danno Alla Persona apud*. FILIPE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, p. 580).

Enquanto se tem entendido que o luto consubstancia dor e sofrimento psíquicos suportados na sequência da perda de uma pessoa (portanto, um estado gerador de danos morais), a melancolia corresponderá a um estado de doença psíquica, patológico, que interfere no quotidiano. A tendência jurisprudencial italiana tem sido a de considerar as alterações de foro psíquico tidas por patológicas e que se classificam como danos biológicos de tipo psíquico, para que se aceite a sua ressarcibilidade nos termos do 2043.º do Codice Civile. Os danos morais e patrimoniais configuram, portanto, *danos-consequência*, enquanto que o *dano biológico* se considera um *dano-evento*, v. FILIPE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade...*, p. 581, em especial n. 1035.

¹⁰⁶ Cfr. ABRANTES GERALDES, *ob. cit.*, p. 84.

¹⁰⁷ O *dano do choque* (de presenciamento) não se encontra autonomizado, apesar de ser merecedor de superior atenção por parte do julgador na determinação do montante ressarcitório a atribuir. A justificação para a sua aparente “irrelevância” reside no facto dos danos não patrimoniais absorverem amplamente todas as consequências advenientes da lesão de um bem. Curiosamente, a RC atribuiu uma compensação a um amigo que presenciou a morte, v. ac. RC de 28/11/95, BMJ, 451, 101, *cfr.* MARIA MANUEL VELOSO, *ob. cit.*, p. 510.

CAPÍTULO VI

Reminiscências conclusivas

I. O 496.º, n.ºs 2, 3 e 4 manifestam a intenção de o Legislador tutelar os conviventes da vítima imediata que ficam privados do normal relacionamento com um ente querido (*teleologia*), reconhecendo a relevância dos *danos não patrimoniais* sentidos pelo universo pessoal envolvente da vítima primária.

II. Para além do 496.º, n.º 4 *in fine* conter a hipótese de tratamento dos danos não patrimoniais laterais no caso de dano da morte da vítima primária, dele extrair-se-á o *critério judicativo-decisório* mais adequado (aplicado analógicamente) para uma situação de danos não patrimoniais de vítimas laterais, colocados nos casos de *lesão não fatal* (que se aplicará tendo por base um critério de identidade material - *juízo de assimiliação e diferenciação* - dos diferentes quadros factuais e pela superior necessidade de tratamento paritário).

III. Vedando-se a solução jurídica possível obter pelo 496.º, n.º 4 - ora a interpretação extensiva, ora a sua aplicação analógica - caso a mesma se considere *contra legem* (tomando por base o art. 9.º e art. 11.º do CC - no que não se consente, salvo o devido respeito), dever-se-á aplicar o 496.º, n.º 1, apesar dessa solução não se configurar como a mais adequada (porque metodologicamente incorrecta).

IV. No atual contexto normativo é consensual a admissibilidade da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais laterais para além da hipótese típica de dano-morte da vítima primária, como sucede nos casos de lesão corporal gravemente incapacitante¹⁰⁸. A titularidade da compensação deve ser atribuída ao elenco do 496.º, n.º 2 e n.º 3.

¹⁰⁸ Tudo isto sem esquecer quer o elemento *teleológico* - uma vez que todo o direito é finalista e toda a fonte existe para atingir fins ou objectivos sociais - quer as condições específicas do tempo em que é aplicada a que se reporta o artigo 9.º do CC.

V. A causalidade indireta permite imputar os danos não patrimoniais laterais dos lesados mediatos à conduta responsabilizante, assim como delimitar a sua extensão.

VI. O dano não patrimonial lateral verifica-se em função das circunstâncias de facto decorrentes do dano primário gerado, que perturba, causalmente, o elemento relacional existente entre os sujeitos e que acarreta a produção de danos para os beneficiários abrangidos pelo art. 496.º, n.º 2 e n.º 3.

VII. A ilicitude dos danos não patrimoniais laterais reside na lesão da integridade relacional (de esferas jurídicas contíguas – entre A e B, v.g.) e consequente abrangência dos danos sentidos pelas vítimas secundárias – *o quantum doloris*. O quadro legal obter-se-á pelo âmbito de protecção das disposições legais fornecidas pelo art. 496.º, n.º 4, pelo art. 70.º do CC e por outras disposições constitucionais que se mostrem afetas à factualidade normativo-material do caso *sub judice*.

VIII. Tendo uma natureza *ab initio* psíquica (*dano-consequência*, o que não significa que não tenha reflexos físicos ou comportamentais subsequentes), uma vez que não ocorre uma lesão de um substrato corpóreo da vítima lateral, os danos não patrimoniais laterais consubstanciam, no nosso entendimento, *puros danos morais*.

IX. O dano consubstancia uma consequência negativamente perturbante da utilidade de um bem ou interesse legalmente protegido.

X. O dano não patrimonial corresponde à perturbação de utilidades de natureza não patrimonial que decorre da lesão de um bem ou interesse legalmente protegido.

XI. O dano não patrimonial lateral consiste numa lesão subsequente e causal primeiramente provocada a um lesado primário imediato. Aquele decorre da perturbação do elemento relacional juridicamente protegido e reflete-se na esfera dos familiares refereridos no art. 496.º, n.º 2 e n.º 3.

XII. Importa esclarecer os contornos de algumas categorias dogmáticas hodiernas (*dano biológico* e *dano existencial*) e obstar à sua importação acrítica quando se revelem incompatíveis com o modelo ressarcitório português. No entanto, importa reconhecer as

suas virtualidades quando revelem aspectos ressarcitórios até então desconhecidos, dos quais emerja uma necessidade superior de compensação.

XIII. O critério de gravidade deve ser aferido num prisma objetivo. A gravidade, em concreto, refere-se não ao bem violado, mas, outrossim, à utilidade perturbada configurada em termos juridicamente relevantes. É esta a finalidade do 496.º, n.º 1. Servir de critério ao intérprete para determinação do dano não patrimonial grave.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGOS DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I – *Sujeitos e Objecto*, Almedina, Coimbra, 1992 (reimp.);

- *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 4ª Ed., Coimbra, 1987;
- *Sobre a Recente Evolução do Direito Privado Português*, BFDUC, vol XXII, 1946;

ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Coimbra, 2011;

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil Teoria Geral*, vol. I – *Introdução, as Pessoas, os Bens*, 2.º ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000;

– *Direito Civil Teoria Geral*, vol. III – *Relações e Situações Jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;

CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil – sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2.º ano (1.ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/1981*, Centelha, Coimbra, 1981;

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 1.ª ed., Coimbra Editora, 2012;

COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil*, BFD, Supl. IX, 1951;

- *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Tese de Doutoramento em Direito (Ciências Jurídicas) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1956;

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, I – *Parte Geral*, Tomo I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005;

– *Tratado de Direito Civil Português*, II – *Das Obrigações*, Tomo III – *Gestão de Negócios, Enriquecimento Sem Causa, Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2010;

– *Tratado de Direito Civil*, IV – *Parte Geral, Pessoas*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011;

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.º ed., reimp., Almedina, Coimbra, 2009;

CANARIS, CLAUS WILHELM, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002;

DIAS, PEDRO BRANQUINHO FERREIRA, *O Dano Moral – na Doutrina e na Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 2001;

DIAS, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO, *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001;

DINIS, SOUSA, *Dano Corporal em Acidentes de Viação*, *CJSTJ*, ano V, tomo II;

ENGLISH, KARL, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 10.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2008;

FARIA, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2003;

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, “Nos 40 anos do Código Civil Português, Tutela da Personalidade e Dano Existencial”, *THEMIS*, 2008, pp.47-68;

– *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil? – O problema da imputação de danos causados a terceiros por auditores de Sociedades*”, Almedina, Coimbra, 1997;

– *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007;

GERALDES, ANTÓNIO SANTOS ABRANTES, “Temas de Responsabilidade Civil” vol. II – “Indemnização dos Danos Reflexos”, 2.ª ed., Almedina, Lisboa, 2007;

- *Ressarcibilidade dos Danos Não Patrimoniais de Terceiros em Caso de Lesão Corporal*, vol IV, *Novos Estudos de Direito Privado, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos; Homenagem da Faculdade de*

Direito de Lisboa, coord. António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão, Januário da Costa Gomes, Coimbra, Almedina, 2007;

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, “O Dano da Privação do Uso”, RDE, XII (1986), pp. 169-236;

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, XII, Coimbra, Coimbra Editora, 1930;

GOUVEIA, JAIME DE, *Da Responsabilidade Contratual*, Dissertação para o Concurso de Professor Auxiliar do Grupo de Ciências Jurídicas na FDUL, 1932;

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992;

JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1995;

JÚNIOR, SANTOS, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por lesão do Direito de Crédito*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, Almedina, 2003;

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I – *Introdução. Da Constituição das obrigações*, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010;

- *A Responsabilidade do Gestor perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Almedina, 2005;

LIMA, PIRES DE/ VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol I, (artigos 1.º a 761), 4.^a ed., revista e actualizada por M. Henrique Mesquita, reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2011;

LIMA, ZULMIRA PIRES DE, *Algumas Considerações sobre a Responsabilidade Civil por Danos Morais*;

LOURENÇO, PAULA MEIRA DE, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006;

LUCENA, DELFIM MAYA DE, *Danos Não Patrimoniais – o Dano da Morte*, Almedina, Lisboa, 1985;

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 15.^a reimp., Almedina, Coimbra, 2006;

MARCELINO, AMÉRICO, *Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil*, 10.^a ed., Petrony, 2009;

MARIANO, JOÃO CURA, *A Providência Cautelar de Arbitramento de Reparação Provisória*, 2.^a ed., Monografia, Almedina, 2006;

MATOS, FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito e ao Bom Nome*, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011;

MENDES, JOÃO CASTRO, *Do Conceito Jurídico de Prejuízo*, *Jornal do Foro*, Ano 16, 1952;

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *RFDUP*, II (2005), pp. 349-390;

- *Dano Corporal (um roteiro do direito português)*, *Revista de Direito e Economia*, ano XV, Universidade de Coimbra, 1989;

NETO, LUÍSA, *O Direito Fundamental à Disposição sobre o Próprio Corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 1972;

- *Temas de Metodologia Jurídica*, *Digesta*, II, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Coimbra Editora, Coimbra;

- *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, Digesta I, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, pp. 129 a 158, Coimbra Editora, Coimbra;

PAIXÃO, NUNO ALONSO, *Danos Não Patrimoniais em Pessoas Colectivas*, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2013;

PEREIRA, RUI SOARES, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;

PINHEIRO, JORGE ALBERTO CARAS ALTAS DUARTE, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal, Os Deveres Conjugais Sexuais*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, 2004;

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO, *A Conduta do Lesado como Pressuposto da Imputação do Dano Extracontratual*, Edições Almedina, Coimbra, 1997;

SERRA, ADRIANO VAZ, “Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e Espécies de Dano. Nexo Causal. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção”, *BMJ*, 84 (1959), pp. 5-303;
– “Reparação do dano não patrimonial”, *BMJ*, nº 83, Fevereiro de 1959, pp. 69-109;

SILVA, MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, edição do Autor, Lisboa, 1944;

SILVA, RUI NOGUEIRA LOBO DE ALARCÃO E, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983;

SOUSA, RABINDRANATH V. A. CAPELO DE, *O Direito Geral de Personalidade*, Wolters Kluwer Portugal, sob a marca Coimbra Editora, Coimbra, 2011 (reimp.);
– *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;

TAVARES, JOSÉ, *Os Princípios Fundamentais do Direito civil*, vol. II – *Pessoas, cousas, fatos jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1928;

TRIGO, MARIA DA GRAÇA, *Adopção do Conceito de Dano Biológico pelo Direito Português*, 2011;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed., 9.^a reimp., Almedina, Coimbra, 2012;

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006;
– *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010;

VELOSO, MARIA MANUEL, “Danos Não Patrimoniais”, in *Comemoração dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. III, pp. 495-559;
- *A Compensação do Dano Contratual Não Patrimonial (em especial no direito de Autor)*;