



DANO BIOLÓGICO

Origem, enquadramento e valoração, em particular quando se não repercute na atividade profissional

Raquel Tavares
Juíza Desembargadora

Resumo: No presente texto pretende-se fazer uma breve incursão pela problemática do dano biológico e seu enquadramento, trazendo à discussão os casos em que a ofensa à integridade física e psíquica ocorre quando o lesado não exerce qualquer atividade profissional, e chamando a atenção para a sua valoração nessas circunstâncias, em que o dano não tem consequências negativas no salário ou profissão do lesado, como ocorre designadamente quando este se encontra reformado. Propomo-nos, para esse efeito, fazer um breve percurso pelo contexto histórico em que surgiu o dano biológico, em particular em Itália e em Portugal, e analisar algumas das questões que o mesmo suscita.

Palavras-chave: Dano biológico, lesão à integridade física e psíquica, dano patrimonial, dano não patrimonial, tertium genus, reflexo na atividade do lesado.

BIOLOGICAL DAMAGE

origin, context and valuation, in particular when it does not affect the professional activity

Abstract: This text intends to make an incursion into the problem of biological damage and its context, bringing to the discussion the cases in which the offense to physical and psychological integrity occurs when the injured person does not exercise any professional activity, and drawing attention to its valuation in those circumstances in which the damage does not have negative consequences on the injured person's salary or profession, as occurs in particular when he is retired. For this purpose, we propose to make a brief journey through the historical context in which biological damage arose, particularly in Italy and Portugal, and analyze some of the issues it raises.

Key words: Biological damage, damage to physical and mental integrity, property damage, non-patrimonial damage, tertium genus, reflection on the activity of the injured person.

Uma vez que é para a pessoa humana que o próprio mundo existe, igualmente toda a ordem jurídica assenta na noção de pessoa humana: tudo quanto existe no direito se destina ao homem vivo e tudo quanto negar essa verdade não será direito.

Paulo Otero

I

Nota introdutória

O aparecimento do chamado dano biológico encontra-se intrinsecamente ligado ao alargamento da tutela ou proteção da personalidade humana.

Conforme escreve Manuel Carneiro da Frada,¹ a propósito do dano existencial, “*tem-se assistido de facto a um renovado impulso de tutela da personalidade ao ponto de se pretender mesmo que o século XXI será o século do direito das pessoas*”, verificando-se uma cada vez maior preocupação pelo homem concreto, individualmente considerado, pelos traços pessoais que o identificam e ao mesmo tempo o distinguem dos demais, e ao peso que tal pode ou deve assumir em termos de indemnização.

Como refere Paulo Otero² (citando Castanheira Neves e Manuel Gomes da Silva) “*uma vez que é para a pessoa humana que o próprio mundo existe, igualmente toda a ordem jurídica assenta na noção de pessoa humana: tudo quanto existe no direito se destina ao homem vivo e tudo quanto negar essa verdade não será direito*”.

¹Manuel Carneiro da Frada, Nos 40 Anos do Código Civil Português Tutela da Personalidade e Dano Existencial, *Revista Themis*, Edição Especial 2008, p. 49.

²Pessoa Humana e Constituição: Contributo para uma Conceção Personalista do Direito Constitucional, *Pessoa Humana e Direito*, Coordenação de Diogo Leite de Campos/Silmara Chinellato, Almedina, Coimbra, 2009, p. 249 a 379.

O valor primordial que se vem atribuindo à pessoa humana³ e à tutela da mesma justifica a atenção que vem sendo dada também ao dano que lhe possa ser causado e que está na génese do dever de indemnizar, o que assume particular relevo no âmbito do direito civil, e em particular da responsabilidade civil.

Não podemos esquecer que “*seja qual for o tipo de responsabilidade civil há um ponto sempre presente: o dano. Tentar construir um sistema geral de responsabilidade civil obrigará a partir do dano. Havendo dano cabe ao direito decidir sobre a sua imputação a outra pessoa, através da obrigação de indemnizar*”⁴.

O desenvolvimento científico e tecnológico que vem caracterizando as sociedades modernas trouxe consigo o aparecimento de diversos riscos a demandar muitas vezes por parte do direito, designadamente do direito civil, novas soluções jurídicas que permitam a resolução dos problemas relacionados com o dano à pessoa e que tenham por base o respeito pela dignidade da mesma e o reconhecimento dos seus direitos fundamentais; uma das vertentes em que este desenvolvimento científico e tecnológico se traduz é a do aumento da atividade industrial, que acaba por se refletir no aumento do número de acidentes sejam de trabalho, sejam de circulação, e no aparecimento de novos danos, a fazer questionar os esquemas tradicionais de indemnização e a impor novos instrumentos de proteção do lesado,⁵ mas também a fazer repensar, por vezes, a própria conceção clássica da responsabilidade civil assente na culpa do lesante.

Importa, contudo, salientar que o desenvolvimento científico e tecnológico trouxe também consigo inegáveis ganhos, designadamente em termos de longevidade, os quais sendo fruto de uma complexa interação de diferentes fatores, estão incontestavelmente ligados a esse desenvolvimento.

³Pedro Pais de Vasconcelos refere que “[A] pessoa humana constitui o fundamento ético-ontológico do Direito. Sem pessoas não existiria Direito. O Direito existe pelas pessoas e para as pessoas (...) As pessoas constituem pois o princípio e o fim do Direito”, *Direito de Personalidade*, Reimpressão da edição de novembro de 2006, Almedina, Coimbra, 2014, p. 6.; neste sentido também Guilherme Machado Dry, *Direitos de Personalidade Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 5, refere que “[O] Direito visa as pessoas e existe em função das mesmas.”

⁴ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, Direito das Obrigações*, Tomo III, Almedina, Coimbra, 2010, p. 431 a 433.

⁵ De que é paradigmático o exemplo dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil com imposição de garantia de capitais mínimos.

Será apodítico afirmar-se que a população mundial está a envelhecer, assistindo-se a um crescimento significativo no número e na proporção de pessoas idosas o que, sendo uma realidade transversal à generalidade dos países, não é exceção em Portugal.⁶

Este envelhecimento da população, com o aumento significativo do número de pessoas idosas, vem introduzindo de forma significativa alterações na estrutura familiar e nos laços intergeracionais, e também na própria sociedade.

Neste cenário de uma longevidade em continuo crescimento vão surgindo novos desafios que, sendo também transversais a diversos setores da sociedade (como a habitação, os transportes, o mercado laboral, a saúde e a proteção social), reclamam do Direito, nos seus diversos ramos (Direito Civil, Direito Penal, Direito da Família, Direito do Trabalho) a procura das soluções mais justas e adequadas.

O aumento da longevidade traduz-se num aumento do número de pessoas que, cessando a sua atividade profissional, não deixam de ter uma vida ativa na sociedade, de participar em atividades sociais, económicas, culturais e cívicas.

A cessação da atividade laboral, uma vez chegada a idade da reforma, não significa necessariamente o fim da vida ativa pois esta não se reconduz exclusivamente à participação no mercado do trabalho.

Qualquer lesão à integridade física e psíquica sofrida após a cessação da atividade profissional (ou sempre que o lesado a não exerça), ainda que não tendo reflexo direto ou indireto no salário e na profissão do lesado, não pode deixar de ser tutelada pelo direito e de demandar uma análise cuidada na sua valoração, concretamente na determinação de um *quantum* indemnizatório justo e equitativo.

⁶ Estima-se que o número de idosos, com 60 anos ou mais, duplique até 2050 e mais do que triplique até 2100, passando de 962 milhões em 2017 para 2,1 mil milhões em 2050 e 3,1 mil milhões em 2100 e globalmente, o número de pessoas com 80 anos ou mais deverá triplicar até 2050 passando de 137 milhões, em 2017, para 425 milhões em 2050; dados disponíveis em <https://unric.org/pt/envelhecimento/> (Consult. 11 out. 2021).

II

O dano biológico no ordenamento jurídico italiano

No referido contexto de preocupação com o alargamento da tutela da personalidade humana, foi emergindo em Itália o conceito de “dano corporal”, “dano biológico” ou “dano na saúde”, designações adotadas pela doutrina e jurisprudência italianas.

O aparecimento do dano biológico vem, por isso, sendo atribuído ao labor da doutrina e, principalmente, da jurisprudência italiana que no contexto do regime jurídico aplicável ao ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais⁷ sentiram a necessidade de recorrer a tal categoria de dano, que designaram por “*danno alla salute*” ou “*danno biologico*”, e que entenderam autonomizar como um *tertium genus*, distinto do dano patrimonial e do dano não patrimonial.

Tendo origem num conceito eminentemente médico-legal, a figura do dano biológico na sua moderna formulação teve como “pai” Cesare Gerin, em 1952, e pretende significar a diminuição somático-psíquica do indivíduo, tendo presente os aspetos anatómicos e fisiológicos⁸, ou seja, a lesão à integridade física e psíquica da pessoa, decorrente de um facto gerador de responsabilidade.

Este “dano biológico” caracteriza-se, na definição de Maria da Graça Trigo, como um dano comum a todos aqueles que, em consequência de uma lesão, sofrem um desrespeito pelo direito à saúde consagrado na Constituição, um dano sem consequências negativas no rendimento do lesado, e por isso mesmo dano

⁷O artigo 2043^o do *Codice Civile* contém uma cláusula geral de responsabilidade civil prevendo que “[Q]ualquer facto doloso ou culposo que causa a outrem um dano injusto obriga aquele que cometeu o facto a ressarcir o dano” e no que diz respeito aos danos não patrimoniais o artigo 2059^o refere que o dano não patrimonial deve ser ressarcido apenas nos casos previstos na lei, o que concretamente significava que apenas são ressarcíveis os danos não patrimoniais decorrentes de ilícito criminal nos termos do artigo 185 do *Codice Penale*; está em causa, quanto aos danos não patrimoniais, a consagração de um regime mais restrito do que o que vigora em Portugal, plasmado no artigo 496^o n.º 1 do Código Civil Português.

⁸ João António Álvaro Dias, *Dano Corporal — Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Reimpressão da 1^a edição de 2001, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2004, p. 99.

que deve ser compensado de forma igual para todas as vítimas tendo apenas em conta a idade e a gravidade da incapacidade temporária ou permanente.⁹

Esta última característica veio assumir particular importância ao romper com o tradicional modelo de cálculo das indemnizações baseados na perda da capacidade laboral do lesado. De facto, e durante décadas, os danos patrimoniais futuros foram aferidos em função da perda e de capacidade de ganho dos lesados e avaliados e reparados tendo por base as tabelas de incapacidades por acidentes de trabalho e doenças profissionais, esquecendo prejuízos concretamente sofridos pelos lesados e não valorizados para efeitos indemnizatórios como por exemplo a afetação ao nível familiar, sexual, estético, cultural ou desportivo, entre outras.

O dano vinha sendo aferido em função da perda de capacidade de ganho e em face das críticas que vinham sendo dirigidas ao modelo tradicional de avaliação do “*danno alla persona*” os tribunais italianos começaram a introduzir a ideia de que para além da perda de rendimento (dano patrimonial) e dos danos não patrimoniais deveria considerar-se, para efeitos indemnizatórios, a lesão da integridade física ou psíquica do lesado, o dano à saúde ou dano biológico, bem este tutelado pelo artigo 32º da Constituição Italiana.

Este “dano biológico” surge, assim, como um *tertium genus* independente da perda de rendimento e dos danos não patrimoniais, a ser avaliado autonomamente, e cujo fundamento jurídico ancorava nos artigos 2043º do *Codice Civile* e 32º da Constituição Italiana, começando a redefinir-se a noção de patrimonialidade, ultrapassando-se a conceção patrimonialista do dano e passando a surgir a patrimonialidade do dano em função das consequências produzidas pela lesão em vez da patrimonialidade do bem em si mesmo.¹⁰

Esta orientação seguida pela doutrina e jurisprudência italianas viria a ter a sua consagração na sentença da *Corte Costituzionale* de 14 de julho de 1986¹¹ que veio autonomizar o dano biológico relativamente ao dano da perda de

⁹ Maria da Graça Trigo, A Adoção do Conceito de “Dano Biológico” Pelo Direito Português, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Vol. I, janeiro/março de 2012, página 150 a 151.

¹⁰ Maria da Graça Trigo, A Adoção do Conceito de “Dano Biológico” Pelo Direito Português, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Vol. I, janeiro/março de 2012, página 150.

¹¹ Sentença nº 184, emitida em 30 de junho de depositada a 14 de julho de 1986 a consultar em www.cortecostituzionale.it. (Consult. 12 out. 2021).

rendimento, entendendo ainda que no artigo 2059º do *Codice Civile* estariam apenas abrangidos os “danos não patrimoniais subjetivos” e como tal o preceito não seria inconstitucional, não se confundindo o dano biológico com o dano moral subjetivo e nem com o dano patrimonial da perda de rendimento.

Nesta sentença a *Corte Costituzionale* conclui que o dano biológico constitui um dano-evento ou dano base, constitui o evento do facto ilícito lesivo da saúde sempre presente em caso de lesão da integridade físico-psíquica, e por isso deve ser reparado de forma autónoma em relação ao dano da perda de rendimento e ao dano moral subjetivo, pertencentes à categoria do dano-consequência do facto ilícito lesivo da saúde, considerando aquele como um *tertium genus*¹².

A figura do dano biológico assim gerada tem em vista essencialmente a tutela do bem jurídico saúde entendido este num sentido amplo de “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social*” que não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade¹³ e compreendendo no âmbito do direito civil o direito à vida e integridade física e psíquica, também estes constitucionalmente tutelados.¹⁴

Na sequência da sua autonomização, a doutrina e jurisprudência italianas vieram ao longo dos anos a consolidar este sentido amplo do termo saúde e a

¹²Quanto ao “nascimento” do dano biológico em Itália v. também Bisogni K. De Rosa C, Ricci P., “A Tabela Italiana de avaliação do dano corporal. Percorso Histórico”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 16, Ano XV, novembro de 2006, p. 113.

¹³Conceito este introduzido pela Organização Mundial de Saúde; segundo Teresa Magalhães e Diogo Pinto da Costa (Avaliação do Dano na Pessoa em sede de Direito Civil. Perspetivas atuais, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, Coimbra Editora, junho 2008, p. 427) o conceito de dano corporal é atualmente sobreponível ao proposto pela Organização Mundial de Saúde, não se tratando de um dano no corpo mas de um dano na pessoa: “O dano corporal consiste, a maior parte das vezes, num prejuízo primariamente biológico (no corpo) que se pode traduzir por perturbações a nível das capacidades, situações de vida e subjetividade da vítima. Em certos casos, poderá tratar-se de um dano a nível psicológico com eventuais repercussões funcionais e situacionais, sem que implique, necessariamente, e á partida, a existência de um dano orgânico”.

¹⁴A Constituição da República Portuguesa consagra no artigo 24.º (Direito à vida) que “1. A vida humana é inviolável” e no artigo 25.º (Direito à integridade pessoal) que “1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável”; esta proteção constitucional surge indissociavelmente ligada à proteção absoluta da dignidade da pessoa humana (v. Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 77 e seguintes).

integrar no conceito do dano biológico ou dano corporal diferentes danos resultantes de lesões que afetam de alguma forma um ou vários aspetos da personalidade humana e que por isso são suscetíveis de integrar aquele conceito, como é o caso do dano estético, dano psíquico, dano sexual, dano resultante da perda de capacidade de ganho, dano existencial, etc.

A orientação da *Corte Costituzionale* de 1986 foi sendo ultrapassada com novas sentenças, não só do mesmo tribunal (v. n.º 233 de 11 de julho de 2003) mas também da *Corte de Cassazione* (sentenças n.ºs 8827 e 8828 de 31 de maio de 2003), onde foi consagrada uma interpretação constitucional do artigo 2059º do Código Civil italiano, considerando-se inaplicável o limite ressarcitório imposto sempre que o dano se traduza na lesão de um bem jurídico constitucionalmente protegido, como é o caso da lesão da saúde.

Depois de vários anos de discussão na jurisprudência e doutrina italianas, relativamente ao enquadramento do dano biológico, vem sendo prevacente a orientação que o qualifica como dano não patrimonial, ainda que a avaliação seja feita com recurso a tabelas, as quais foram introduzidas no ordenamento jurídico italiano com vista a uma aplicação menos discricionária na atribuição das indemnizações. Tais tabelas atribuem uma quantificação ao dano que varia em função da parte do corpo lesada, da idade da pessoa e da gravidade da lesão.

Porém, se com as referidas tabelas se pretendeu reduzir a discricionariedade na atribuição das indemnizações, a verdade é que com o recurso às mesmas podem surgir injustiças pois não somos todos iguais e, ao considerar-se o dano biológico como um dano igual para todos, estamos a tratar todos da mesma forma, esquecendo a individualidade de cada um; por isso, perante a avaliação tabelar, começa a falar-se na necessidade de adotar o “princípio da personalização” dos danos não patrimoniais, atendendo-se às características individuais de cada lesado para que sejam compensados com maior justiça.

III

A adoção do conceito de dano biológico no ordenamento jurídico português

A orientação da doutrina e jurisprudência italianas veio a ter influência direta em outros ordenamentos jurídicos, e a marcar também posição na doutrina e na jurisprudência nacionais, onde nos últimos anos foi sendo adotado o conceito de dano biológico.

Principalmente a partir do ano de 2005, a jurisprudência portuguesa passou a aplicar com muita frequência o dano biológico; sendo vasta a jurisprudência onde este tema é abordado, sobretudo no âmbito dos acidentes de viação, não é, contudo, uniforme o entendimento sobre a categoria de danos em que deve ser enquadrado e ressarcido o dano biológico, com parte da jurisprudência, que julgamos ser maioritária, a considerá-lo dano patrimonial, outra parte a considera-lo dano não patrimonial, outra ainda admitindo que pode ser indemnizado como dano patrimonial ou compensado como dano não patrimonial, o que deve ser ponderado através de uma análise casuística, e outros defendendo o dano biológico como um *tertium genus*, apresentando-se este como um entendimento manifestamente minoritário.

Importa chamar aqui a atenção para o facto de muitas vezes encontrarmos nas decisões jurisprudenciais a referência à valoração autónoma do dano biológico, sem que tal signifique a sua autonomização no verdadeiro sentido de categoria autónoma relativamente aos danos patrimoniais e não patrimoniais, ou uma terceira categoria, mas tão só a sua autonomização de entre os danos patrimoniais ou não patrimoniais.

Esta nem sempre rigorosa referência a uma valoração autónoma, sem que verdadeiramente se pretenda falar da sua autonomização enquanto *tertium genus*, a que acresce alguma dificuldade na própria definição das categorias que integram o conceito de dano biológico, para o que também contribui a utilização por vezes indistinta ou indiferenciada da terminologia de dano corporal, dano à saúde, dano na pessoa ou dano biológico, quando se pretende fazer referência a uma mesma realidade, e a falta de consenso existente, é passível de gerar, por vezes, algumas dificuldades em torno desta temática.

Tentaremos, contudo, salientar aqui alguns pontos essenciais.

Assim, da análise efetuada concluímos de forma inequívoca que a

generalidade das situações que aparecem tratadas na jurisprudência a este propósito se reportam a lesões decorrentes de acidentes de viação.

A tal não são alheias as alterações legislativas introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 291/2007 de 21 de agosto (que aprovou o regime do sistema do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel) considerado o primeiro diploma nacional a fazer referência ao dano corporal¹⁵, e pelo Decreto-Lei n.º 352/2007 de 23 de outubro, pelo qual, para além de uma nova Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais, foi aprovada uma Tabela de Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil, e ainda pela Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio¹⁶ que veio regular o regime de “proposta razoável de indemnização” a apresentar aos lesados no âmbito dos acidentes de viação.

Aliás no preâmbulo deste último diploma é patente a expressa referência ao dano biológico mencionando-se que “(...) *em situação de incapacidade permanente parcial o lesado terá direito à indemnização pelo seu dano biológico, entendido este como ofensa à integridade física e psíquica. A Indemnização pelo dano biológico é calculada segundo a idade e o grau de desvalorização (...)*”, sendo também expressa a referência ao dano biológico e ao dano corporal nos diversos artigos que integram o diploma.

É sem dúvida no âmbito da fixação de indemnização decorrente de acidentes de viação que tem sido mais debatida a questão da valoração deste dano, não sendo por isso de estranhar que tenha sido exatamente neste contexto

¹⁵Conforme refere o Conselheiro J.J. Sousa Dinis “[F]oi esta a primeira vez que entre nós este dano se autonomizou” (Avaliação e reparação do dano patrimonial e não patrimonial (no domínio do Direito Civil), *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 19, 2009, p. 52)

¹⁶Que entretanto foi alterada pela Portaria n.º 679/2009 de 25 de junho a qual para além de ter procedido à atualização dos valores (em conformidade com o artigo 13º que prevê que anualmente são revistos os critérios e valores constante da portaria sendo os valores automaticamente atualizados de acordo com o índice de preços no consumidor) procedeu à revisão de alguns critérios e ajustamentos pontuais designadamente alargando o direito a indemnizatório quando da lesão decorra incapacidade que exija esforços acrescidos no desempenho da atividade habitual a lesados sem atividade profissional habitual (a alínea e) do artigo 4º da Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio na redação original falava apenas em esforços acrescidos no exercício da atividade profissional habitual), revendo extraordinariamente o montante da indemnização por incapacidade permanente absoluta para jovens que não tenham ainda iniciado a vida laboral e ainda concretizando o significado do “n” na fórmula de cálculo do dano patrimonial futuro (que o legislador omitira na Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio) no sentido de que “n”=número de anos pela qual a prestação é devida.

que o legislador nacional tenha introduzido pela primeira vez o conceito de dano biológico; correspondendo as lesões corporais decorrentes de acidente de viação a uma grande percentagem das situações que originam a responsabilidade civil geradora da obrigação de indemnizar é fácil compreender que tenha sido no contexto das mesmas que a discussão em torno do conceito de dano biológico e da reparação do dano independentemente da capacidade de ganho ou da perda de rendimentos do lesado, se tenha colocado com maior acuidade, não só no que respeita às próprias decisões jurisprudenciais, mas também relativamente às grandes inovações legislativas nesta matéria.

O primeiro diploma a avançar nesta matéria estabelecendo procedimentos obrigatórios de proposta razoável para reparação do dano material no sentido da defesa dos interesses das vítimas dos acidentes de viação foi o Decreto-Lei n.º 83/2006 de 03 de maio, mas o mesmo deixava então excluídos os danos corporais, pelo que verdadeiramente inovador foi o já referido Decreto-Lei n.º 291/2007 de 21 de agosto que, revogando aquele diploma, transpôs para a ordem jurídica portuguesa da 5ª Diretiva Automóvel do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu (Diretiva n.º 2005/14/CE de 11/5) e que, ao introduzir alterações na regularização de sinistros atribuindo aos lesados novos direitos e impondo às seguradoras novas obrigações, vem sendo considerado como tendo mudado o paradigma indemnizatório em Portugal.

É também neste contexto e no mesmo sentido evolutivo que surge o Decreto-Lei n.º 352/2007 de 23 de outubro, pelo qual, conforme já referimos, foi aprovada uma Tabela de Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil, e a Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio que veio regular o regime de “proposta razoável de indemnização” a apresentar aos lesados no âmbito dos acidentes de viação.

Quanto ao referido Decreto-Lei n.º 352/2007 de 23 de outubro é verdadeiramente inovador ao aprovar pela primeira vez uma Tabela de Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil.

Durante muito tempo a avaliação e reparação do dano corporal, concretamente na fixação da indemnização devida por danos patrimoniais futuros, foi feita tendo como base em tabelas de incapacidades por acidentes de

trabalho e doenças profissionais¹⁷.

Em face das críticas que lhe vinham sendo dirigidas, essencialmente em face das desigualdades ou injustiças que advinham da utilização da tabela de acidentes de trabalho para a avaliação e reparação do dano corporal, desde logo pela impossibilidade do lesado receber indemnização, de acordo com a tabela nacional de incapacidades por acidentes de trabalho e doenças profissionais, se não houvesse qualquer perda de capacidade de ganho, veio o legislador introduzir uma Tabela de Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil através do já referido Decreto-Lei n.º 352/2007 de 23 de outubro.

Esta Tabela de Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil inspirou-se no “Guide-Barème Européen d’Évaluation Médical e des Atteintes à l’Intégrité Physique et Psychique”, desenvolvido sob os auspícios do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia e que, desde janeiro de 2006, é a tabela oficial no âmbito da avaliação pericial de funcionários das instituições comunitárias; trata-se de uma tabela elaborada na sequência da Recomendação de Trier, datada de junho de 2000, e que, entre outros aspetos, preconizava a criação de uma única tabela médica para todos os países comunitários, a usar como instrumento comum de referência na avaliação de danos corporais em Direito Civil.

Cumprir referir que em Portugal não podemos falar na existência de tabelas vinculativas para os tribunais com a quantificação legal dos danos corporais, seja no âmbito de lesões resultantes de acidente de viação, seja decorrentes de outros sinistros.

A questão foi, contudo, colocada a propósito dos valores constantes da referida Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio que veio regular o regime de proposta razoável de indemnização a apresentar aos lesados no âmbito dos acidentes de viação estabelecendo, em anexo, tabelas relativas às indemnizações a arbitrar em caso de morte¹⁸ e por danos corporais¹⁹; mas, conforme decorre do seu preâmbulo e do seu artigo 1º a mesma não teve intenção de fixar valores vinculativos, não afastando a possibilidade de indemnização por outros danos ou por montantes superiores.

¹⁷Quanto à evolução histórica das metodologias de avaliação e reparação do dano corporal v. Teresa Magalhães e Diogo Pinto da Costa, *Avaliação do Dano na Pessoa em sede de Direito Civil. Perspetivas atuais*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, Coimbra Editora, junho 2008, p. 424 a 426.

¹⁸Artigos 2º, 5º e 6º da Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio.

¹⁹Artigos 3º, 4º, 7º, 8º e 10º da Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio.

Tanto quanto nos é dado conhecer foi em regra assumido pela jurisprudência, designadamente dos Tribunais Superiores²⁰, que os valores constantes da Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio não têm carácter vinculativo, que se destinam expressamente a um âmbito de aplicação extrajudicial e, se podem ser ponderados pelo julgador, não se sobrepõem ao critério fundamental para a determinação judicial das indemnizações fixado pelo Código Civil.

Aliás, a Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio (mesmo após as alterações da Portaria n.º 679/2009 de 25 de junho) veio, ao arripio do que vinha sendo a evolução da jurisprudência, propor a alternativa de valores longe daqueles que os tribunais vinham a aplicar, essencialmente quanto às incapacidades mais pequenas, apresentando-se em sentido contrário ao que vinha sendo a evolução da jurisprudência nacional.

As normas constantes desta Portaria suscitam ainda algumas dúvidas quanto às soluções técnicas apresentadas, designadamente na parte que agora diretamente nos interessa, quanto à forma como se apresenta o dano biológico: este parece destacar-se pretensamente autonomizado dos danos patrimoniais e não patrimoniais [v. alíneas a) e b) do artigo 3º], mas tal opção em face da redação dos artigos suscita muitas dúvidas,²¹ acabando o legislador por romper com conceitos e procedimentos que se sedimentaram ao longo de muitos anos, designadamente ao parecer reservar o conceito de dano patrimonial futuro para os casos em que o lesado fica impossibilitado de prosseguir a sua atividade profissional habitual ou qualquer outra e ao enunciar, para os demais casos de incapacidade para o trabalho, o dano biológico, considerando este como o dano pela ofensa à integridade física e psíquica, de que resulte ou não perda da capacidade de ganho.

De facto, da leitura dos artigos 3º e 4º da Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio, em conjugação com o preâmbulo da mesma, parece-nos que a opção seguida pelo legislador foi a de considerar o dano biológico como um dano autónomo, para além do dano patrimonial e do dano não patrimonial; no entanto,

²⁰ V. por todos o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/10/2018, Relatado por Hélder Almeida, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9ad45eb638b980c38025832a005be298?OpenDocument> (Consult. em 14 out. 2021).

²¹ Sobre diversas questões que se suscitam v. Maria da Graça Trigo, A Adoção do Conceito de “Dano Biológico” Pelo Direito Português, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Vol. I, janeiro/março de 2012, página 174 a 176.

ao deixar a indemnização pelo dano patrimonial futuro (perda de rendimento) apenas para os casos de incapacidade permanente absoluta, fazendo coincidir o dano biológico (enquanto ofensa à integridade física e psíquica) com as situações de incapacidade permanente parcial, parece fazer corresponder também o dano biológico a consequências apenas de carácter patrimonial.

IV

O dano biológico, o seu enquadramento e a sua tutela ainda que não se repercuta, direta ou indiretamente, no salário ou atividade profissional do lesado

Deverá então o dano biológico ser valorado autonomamente como um *tertium genus* distinto das categorias tradicionais do dano patrimonial e do dano não patrimonial, ou incluída a sua valoração nestas categorias? Dada a amplitude do ressarcimento dos danos não patrimoniais no nosso Código Civil, ao contrário do *Codice Civile* italiano, fará sentido “criar um novo dano”?

No nosso ordenamento jurídico parece-nos inquestionável que a existência de um dano é condição necessária da verificação de responsabilidade civil e conseqüentemente da obrigação de indemnizar, ou do direito a receber uma indemnização. Como refere Antunes Varela “*para haver obrigação de indemnizar é condição essencial que haja dano*”,²² sendo que apenas em função do dano o instituto realiza a sua finalidade essencialmente reparadora ou reintegrativa²³.

Como já vimos, a jurisprudência portuguesa vem aplicando frequentemente o dano biológico sem, contudo, conseguir chegar a um consenso sobre a categoria de danos em que se deve enquadrar o seu ressarcimento, se nas categorias tradicionais de dano patrimonial ou não patrimonial (e em qual de entre estas) ou ainda como constituindo um dano autónomo, um *tertium genus*²⁴.

²²Das Obrigações em Geral, Volume I, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 1989, p. 567.

²³Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª edição revista e Atualizada, Almedina, 2014, p. 590.

²⁴ Posição que se assume como manifestamente minoritária na jurisprudência portuguesa; podemos aqui citar os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03 de novembro de 2011 e de 06 de novembro de 2013 que consideraram expressamente que o

Perante o regime jurídico português em matéria de ressarcibilidade dos danos patrimoniais e não patrimoniais (ao contrário do que sucedia no ordenamento jurídico italiano) entendemos não se verificar a necessidade de considerar o dano biológico como um *tertium genus* pois o regime previsto para a obrigação de indemnizar, com base naquelas categorias tradicionais, permite abarcar todos os efeitos decorrentes da lesão corporal. Assim, e quanto ao cálculo da indemnização o artigo 564º do Código Civil estabelece no seu n.º 1, quanto aos danos patrimoniais, que o dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado (dano emergente) como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão (lucros cessantes) e no n.º 2 manda atender aos danos futuros; e quanto aos danos não patrimoniais, e cálculo do seu montante, rege o artigo 496º do Código Civil, não estipulando qualquer limitação, exigindo apenas que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito.

Como já referimos, mesmo sendo de afastar a autonomização do dano biológico, perfilham-se ainda na jurisprudência nacional diferentes posições, de um lado, os que sustentam que mesmo não estando perante uma incapacidade para a concreta atividade profissional do lesado, inexistindo uma repercussão negativa no salário ou na atividade profissional, sempre existirá uma perda de capacidades, uma limitação funcional geral que, por isso, integra um dano futuro previsível, o qual, afetando ou não a atividade laboral do lesado, representa em si mesmo um dano patrimonial futuro; do outro lado, os que defendem que o ressarcimento do dano biológico deve integrar o dano não patrimonial entendem que, se o dano não se repercute, direta ou indiretamente, no salário ou na atividade profissional do lesado, ou na carreira em si mesma considerada, o mesmo traduzir-se-á num sofrimento psico-somático, e, por isso, num dano não patrimonial.

Temos vindo a entender que considerando o dano biológico enquanto violação da integridade físico-psíquica da pessoa, que a afeta nas suas vertentes física e mental, o mesmo pode traduzir-se tanto como um dano patrimonial, se tiver consequências na situação patrimonial do lesado, quer como dano não

dano biológico é um *tertium genus*,
(<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3de79850022b05fe8025796e004b77f9?OpenDocument&Highlight=o,dano,biologico,tertium,genus>
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f1b3932b33f572d280257c3c003e3b2d?OpenDocument&Highlight=o,dano,biologico,tertium,genus>)

patrimonial se as consequências do mesmo não tiverem repercussão no salário ou na atividade profissional do lesado.

Porém, mais do que indicar um sentido a seguir, o que aqui pretendemos realçar é que qualquer que seja o enquadramento jurídico é indiscutível que a perda genérica de capacidade, seja laboral seja funcional, constitui sempre um dano ressarcível; independentemente do entendimento perfilhado, a discussão em torno do dano biológico tem a vantagem inquestionável de se chegar à conclusão de que o mesmo merecerá sempre tutela, seja indemnizatória, compensatória ou ambas.

De todo o modo, seja para ser valorado como dano patrimonial ou como dano não patrimonial a verdade é que o dano biológico tem sido tratado de forma “autónoma”, mesmo de entre os danos não patrimoniais, o que acaba por contribuir para um aumento dos próprios valores indemnizatórios e dessa forma ir de encontro a indemnizações mais justas e a uma maior proteção da pessoa humana.

Procedendo a uma análise dos acórdãos dos Tribunais Superiores que vão sendo publicados podemos concluir, não obstante a falta de consenso quanto ao seu enquadramento, que o chamado dano biológico vem sendo considerado como abrangendo não só um núcleo alargado de prejuízos incidentes na esfera profissional do lesado, seja a perda do rendimento total ou parcial auferido no exercício da atividade profissional habitual ou a frustração de previsíveis possibilidades de desempenho de outras atividades ou tarefas de cariz económico, o esforço acrescido ou maior onerosidade no exercício da atividade profissional, com a consequente repercussão do acréscimo de despesas daí decorrentes ou a diminuição do nível de rendimentos expectáveis, seja ainda a repercussão na própria carreira profissional e na sua previsível progressão, mas também em todas as situações em que a lesão não tem repercussão direta ou indireta no salário e na profissão do lesado que não exerce qualquer atividade profissional.

A adoção do dano biológico, independentemente da opção perfilhada, e no que aqui agora nos interessa, teve ainda (e tem) como consequência a valorização das lesões à integridade física e psíquica que não implicam necessariamente uma perda de capacidade de ganho, que não se repercutem, direta ou indiretamente, no salário ou na atividade profissional do lesado.

A jurisprudência vinha-se confrontando com situações em que era necessário fixar a indenização devida a lesados que não auferiam qualquer salário ou rendimento pois não desempenhavam atividade com a qual pudesse ser relacionada a fixação da indenização pela incapacidade sofrida.

No caso em que o lesado, não desempenhando atividade profissional, não auferia salário ou rendimento, como avaliar e indenizar a incapacidade de que o mesmo ficava a padecer? Como fixar uma indenização justa a uma “dona de casa”, que desenvolve o seu trabalho em casa cuidando da sua família, mas que não auferia um salário ou retira diretamente um rendimento desse trabalho? Ou a quem não tem rendimentos e nem exerce qualquer atividade profissional? Ou ainda às crianças ou a quem cessou a sua atividade profissional, seja porque se encontra desempregado ou, por força da idade, reformado?

Em todos estes casos, não sendo possível atribuir uma indenização por perda de capacidade de ganho seria suficiente a fixação de uma indenização a título de danos não patrimoniais, designadamente nos moldes em que a jurisprudência a vinha fixando?

Pensamos que é no contexto de tentar obter resposta para estas questões e de tentar valorizar as lesões à integridade física e psíquica nos casos em que não implicam perda de capacidade de ganho que na jurisprudência nacional foi ganhando peso a adoção do conceito de dano biológico (ainda que este conceito nem sempre seja tido em consideração da mesma forma).

O que deve efetivamente relevar, estando em causa uma lesão permanente na saúde do lesado, uma lesão à integridade física e psíquica, geradora de perda de capacidades funcionais que impeça a atividade realizadora da pessoa humana, é que a mesma deve sempre merecedora de tutela, ainda que o lesado não perca direta e imediatamente rendimentos e que aquela não tenha reflexos na atividade profissional; dessa forma sendo possível indenizar as lesões geradoras de incapacidade permanente sofridas por aqueles que não se encontram no mercado de trabalho, pelos que ainda não entraram no mercado de trabalho ou que dele estão, temporariamente excluídos, como é o caso dos desempregados, ou que cessaram definitivamente a atividade profissional como ocorre com os reformados.

A tutela por parte do direito da mera afetação da pessoa do ponto de vista funcional, isto é, nos casos em que não se traduz em perda de rendimento de trabalho, nem tem reflexos negativos na atividade profissional, e a importância

que lhe deve ser atribuída para efeitos indemnizatórios, na medida em que determina consequências negativas a nível da atividade geral, assume atualmente, consequência do referido aumento da longevidade e do envelhecimento populacional, particular relevo relativamente aos lesados que tenham já cessado a sua atividade profissional em decorrência da idade, mas que continuam a ter uma vida ativa e contributiva.

A visão estereotipada de que as pessoas mais velhas são necessariamente dependentes ou um fardo mostra-se hoje ultrapassada.

Atualmente as pessoas mais velhas continuam cada vez mais a participar em atividades sociais, económicas, culturais, espirituais e cívicas e a cessação da sua atividade laboral não significa o fim da vida ativa, pois esta não se reconduz exclusivamente à participação no mercado do trabalho.

Poderá mesmo afirmar-se que após a reforma toda uma “nova vida” pode surgir, com a continuação da participação na sociedade, de acordo com os seus interesses e capacidades, tendo cada vez mais uma atitude contributiva relativamente à sociedade e ao meio em que se inserem.

O envolvimento contributivo na sociedade faz parte do envelhecimento que, segundo a própria Organização Mundial de Saúde, se quer ativo e de qualidade²⁵.

Assim, e qualquer que seja a opção pelo enquadramento jurídico do dano biológico, o que é indiscutível é que a perda de potencialidades pelo lesado, sejam laborais ou funcionais, constitui um dano ressarcível, pelo que haja ou não afetação da capacidade de ganho do lesado impõe-se sempre o seu ressarcimento.

V

Conclusões

A discussão em torno do conceito de dano biológico e a sua adoção no ordenamento jurídico português, independentemente da orientação perfilhada teve (e tem) sem dúvida a inegável vantagem de chamar a atenção para aspetos

²⁵ Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o envelhecimento ativo corresponde a um processo de otimização de oportunidades para a saúde, participação e segurança, no sentido de aumentar a qualidade de vida durante o envelhecimento.

ou reflexos do dano real que nem sempre eram tidos em consideração para efeitos indemnizatórios e que ao passarem a assumir relevo permitem tutelar de forma cada vez mais abrangente a pessoa humana e trilhar caminho no sentido da reparação integral dos danos efetivamente sofridos pelo lesado, bem como da fixação da sempre pretendida justa indemnização.

A primeira conclusão que entendemos ser de retirar é que qualquer que seja o entendimento sobre o seu enquadramento jurídico a jurisprudência nacional tem vindo a considerar a sua ressarcibilidade como indiscutível.

Tal conclusão não determina, em nossa opinião, a necessidade de se autonomizar o dano biológico como um *tertium genus* por contraponto com as tradicionais categorias de dano patrimonial e dano não patrimonial, podendo concluir-se que, considerando-se o dano biológico como dano-evento, o mesmo não deverá ser tratado como dano autónomo relativamente à tradicional dicotomia danos patrimoniais/danos não patrimoniais; e neste sentido pensamos que o regime jurídico português em matéria de ressarcibilidade dos danos patrimoniais e não patrimoniais permite abarcar todos os efeitos decorrentes da lesão corporal.

Assume particular relevo na adoção do conceito de dano biológico pela jurisprudência a valorização das lesões à integridade física e psíquica que não implicam necessariamente uma perda de capacidade de ganho, que não se repercutem, direta ou indiretamente, no salário ou na atividade profissional do lesado, sedimentando-se a orientação de que a mera perda de capacidades funcionais merece também a tutela do direito e deve ser cada vez mais objeto de uma valoração justa e adequada.

Aliás, tendencialmente, os danos não patrimoniais, atendendo à tutela da pessoa humana e à dignidade da mesma, são hoje mais valorizados do que em tempos passados, o que se repercute no aumento dos montantes compensatórios que atualmente são fixados.

Apesar das divergências em torno da temática do dano biológico, julgamos poder afirmar-se que hoje reúne consenso a ideia de que a vida tem de ser vivida condignamente e que a lesão à integridade física e psíquica, geradora de perda de capacidades funcionais que impeça a atividade realizadora da pessoa humana, é muitas vezes determinante de uma vida vivida de forma menos digna, ainda que possa não ter qualquer reflexo no salário ou na atividade profissional, devendo o direito ser chamado a intervir na sua tutela.