

AS DORES DE UMA LESÃO INVISÍVEL: DO «DANO NÃO PATRIMONIAL REFLEXO» AO DANO PSÍQUICO

NUNO TRIGO DOS REIS¹ / ORIANA QUELUZ²

Sumário: §1. Enquadramento. O estado actual da discussão na doutrina e na jurisprudência portuguesas §2. A improcedência da tese que entende o dano do familiar lesado como um dano de terceiro §3. O modelo dualista da compensação pelo dano da morte ou da lesão grave de terceiro: o dano psíquico e o dano da perda de pessoa próxima §4. A violação do direito à saúde psíquica como o fundamento do direito à compensação dos danos sofridos por pessoas existencialmente próximas da vítima primária 4.1. Pressupostos da tutela delitual do direito à saúde psíquica. A existência de uma perturbação clinicamente reconhecida 4.2. O sofrimento moral e o limite da gravidade do dano não patrimonial §5. A relevância de uma especial relação de proximidade existencial entre o credor e a «vítima primária» §6. A causalidade psíquica: o carácter razoável da lesão, a relevância da fragilidade da constituição psíquica do lesado e o papel a atribuir à violação de um direito da «vítima primária» §7. A exclusão ou a limitação do dever de indemnizar com fundamento na culpa do lesado: em especial, a relevância da contribuição da «vítima primária» para o dano não patrimonial sofrido pela «vítima secundária» §8. Conclusões

§1. ENQUADRAMENTO. O ESTADO ACTUAL DA DISCUSSÃO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESAS

I. O problema da compensabilidade dos danos não patrimoniais dos familiares da vítima tem sido objecto de uma intensa discussão entre nós³. No epicentro dessa discussão não tem estado tanto a identificação do fundamento constitutivo do direito à compensação do familiar da vítima, mas antes a questão de determinar o *alcance* da tutela indemnizatória. A controvérsia gravita habitualmente em

¹ Doutorando e Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Privado.

² Juíza de Direito.

Os autores agradecem os comentários e a crítica que dirigiram a alguns pontos deste texto aos Senhores Professores Doutores Paula Costa e Silva, Francisco Mendes Correia, Maria de Lurdes Pereira, Pedro Múrias e Elsa Trigo.

³ ABRANTES GERALDES, António Abrantes, «Ressarcibilidade dos danos não patrimoniais de terceiros em caso de lesão corporal», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, 2002, pp. 263-290, Id., *Temas da Responsabilidade Civil II — Indemnização dos danos reflexos*, Coimbra, Almedina, 2007. Para uma exposição do estado actual da discussão sobre o problema, v. FERNANDES, Maria Gabriela Páris, «A compensação dos danos não patrimoniais reflexos nos cinquenta anos de vigência do Código Civil português de 1967», E. VAZ DE SEQUEIRA/F. OLIVEIRA E SA (Org.), *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, Univ. Católica Ed., 2017, pp. 389-422.

torno de dois problemas: o de saber se o direito à indemnização se deve cingir aos casos de morte da vítima ou se estende às situações de lesão grave (em regra, incapacitante); e o de saber se o círculo dos titulares do direito à compensação deve ser limitado aos familiares mais próximos da vítima, designadamente, àqueles que se encontram referidos no n.º 2 do art. 496.º e segundo a ordem de preferência que ali se encontra estabelecida.

II. O problema já dividia a doutrina na vigência do Código de Seabra⁴ e não deixou de marcar o processo que antecedeu a aprovação do Código actual. Nos trabalhos preparatórios, VAZ SERRA propôs a consagração de uma regra que atendesse aos danos sofridos por familiares da vítima de uma lesão de que não tivesse resultado a morte, hipótese que se não confundia com o direito à satisfação dos danos causados à própria vítima e que se transmitia *mortis causa* para os seus herdeiros⁵. O direito à compensação dos danos não patrimoniais próprios haveria, segundo VAZ SERRA, de ser reconhecido «aos parentes, afins ou cônjuge dessa pessoa», desde que «quanto àqueles, pela proximidade do parentesco ou afinidade, seja de presumir que tivessem pelo falecido uma afeição que justifique a mesma satisfação»⁶. Este preceito já não figurava na versão do anteprojecto saída da primeira revisão ministerial, que passou apenas a dispor: «o direito à satisfação por danos não patrimoniais causados à vítima transmite-se aos herdeiros desta, ainda que o facto lesivo tenha causado a sua morte imediata» (art. 476.º/2). Com a segunda revisão ministerial passou a prever-se que «por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe aos familiares» (art. 498.º/2). Uma solução que veio a surgir concretizada no art. 496.º/2 do Código de 1966 (correspondente ao n.º 3 na redacção actual): «por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem».

⁴ Para uma análise pormenorizada do problema dos danos não patrimoniais de terceiro na vigência do Código de 1867, FERNANDES, Maria Gabriela Páris, *Sobre a reparação do dano moral no domínio do Código Civil de 1867 e a titularidade do direito à sua indemnização*, Dissertação de Mestrado apresentada na Escola de Lisboa da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011, *passim*.

⁵ O art. 759.º, § 4 do articulado proposto por A. VAZ SERRA dispunha: «o direito de satisfação por danos não patrimoniais causados à vítima transmite-se aos herdeiros desta, mesmo que o facto lesivo tenha causado a sua morte e esta tenha sido instantânea». No § 5 do mesmo preceito podia ler-se: «no caso de dano que atinja uma pessoa de modo diferente do previsto no § 2, têm os familiares dela direito de satisfação pelo dano a eles pessoalmente causado. Aplica-se a estes familiares o disposto nos parágrafos anteriores; mas o aludido direito não pode prejudicar o da vítima imediata». SERRA, Adriano Paes da Silva, «Direito das Obrigações — Anteprojecto (parte extensa)», *BMJ*, n.º 101 (1960), p. 138.

⁶ Como solução alternativa, admitia o Autor que o direito à compensação fosse explicitamente reconhecido, em conjunto, ao cônjuge e aos descendentes, observando-se quanto a estes o disposto na lei sucessória, embora sem deixar de ressaltar que tal direito pressupunha a existência de laços de afeição e que as regras de precedência podiam ser modificadas em face das circunstâncias do caso, de sorte que a compensação pudesse ser concedida «a outros parentes, a afins ou a estranhos, desde que essas pessoas estivessem ligadas à vítima de modo a constituírem uma família com ela».

III. É na evolução que acabamos de documentar e no teor literal do art. 496.º/3 que, num primeiro momento, um sector generalizado da doutrina, representado por ANTUNES VARELA, se apoiou para sustentar quatro proposições⁷:

- (i) a perda da vida não seria um dano autónomo, reparável;
- (ii) pela morte da vítima só seriam lesados os familiares próximos da vítima, a título próprio (não sucessório), pelos danos não patrimoniais por si sofridos;
- (iii) os familiares próximos da vítima só teriam direito a uma compensação por morte da vítima, já não por lesões de outro tipo;
- (iv) nem todos os familiares próximos da vítima teriam direito a ser compensados pela morte da vítima, mas apenas os indicados no n.º 3 — e, agora, no n.º 4 — do art. 496.º, e segundo a ordem ali fixada.

IV. A tese que nega a compensação do dano morte, ainda que tivesse encontrado defesa na pena de J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁸, encontra-se hoje claramente superada, quer na doutrina, quer na jurisprudência⁹. Não nos ocuparemos desta questão, que escapa ao objecto do tema que nos propusemos tratar neste texto.

V. A segunda proposição reúne o aparente consenso da doutrina, no sentido de que o direito à compensação é adquirido *iure próprio* pelos familiares da vítima e *ex lege*, e não por via sucessória. No entanto, ao mesmo tempo que se se pronuncia pelo sentido indemnizatório (*rectius*, compensatório) do direito dos familiares da vítima, a orientação dominante parece ser a de que esse direito possui uma natureza *reflexa* ou *derivada*¹⁰, no sentido de que ele tem como pressuposto a violação de um direito de uma pessoa diversa do titular do crédito indemnizatório — a própria vítima («primária»), mais precisamente, de um certo direito desta: o direito à vida. Não tendo a vítima primária sofrido uma lesão própria, não seriam os respectivos familiares titulares de qualquer pretensão indemnizatória. Mais recentemente, porém, tem sido defendida a natureza autónoma de tal pretensão, com diferentes justificações. M. CARNEIRO DA FRADA configura a hipótese como uma perda da vida em relação, que atinge directamente o familiar da vítima nas condições básicas para a sua constituição

⁷ VARELA, João Antunes *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 608 e ss..

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil/Sucessões*, 5.ª Ed., Coimbra Ed., 2000, pp. 243 e ss..

⁹ Discutíveis permanecem apenas as questões da *sedes materiae* do direito à satisfação pela morte da vítima, se no n.º 3 ou no n.º 1 do art. 496.º e, bem assim, a de saber se a transmissão *mortis causa* do crédito à indemnização segue as regras presentes nos preceitos citados ou as regras gerais do direito sucessório. V., por exemplo, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, VIII, Coimbra, Almedina, Coimbra, pp. 521 e ss.; LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, 15.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 336 e ss.; BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Principia, 2017, pp. 307 e ss..

¹⁰ Assim, por exemplo, LEITÃO (n. 9), p. 337; VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, II, Coimbra, Almedina, 2019, p. 443.

como pessoa e, logo, na singularidade da sua existência: um dano existencial¹¹. Na opinião de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, o direito à reparação dos familiares funda-se também num ilícito próprio, que a Autora localiza na violação do direito geral de personalidade, posição que leva a Autora a recusar a recondução do problema aos «danos em ricochete»¹².

VI. É, contudo, a terceira proposição aquela que tem gerado a maior controvérsia. Uma primeira orientação sustenta, como dissemos, uma interpretação literal do art. 496.º para limitar a indemnização aos casos de morte da vítima¹³. A essa interpretação opôs-se uma outra, com apoio no argumento de que a ofensa corporal grave a um familiar próximo é frequentemente motivo de sofrimento profundo, constituindo um dano não patrimonial cuja gravidade justifica o dever de reparação à luz do n.º 1 do art. 496.º. Haveria, pois, que proceder a uma interpretação actualista do n.º 3 daquele preceito, por forma a que se sobrepusessem à intenção subjectiva e histórica do legislador as concepções ético-jurídicas actualmente vigentes, entre elas o anseio por uma tutela mais alargada e mais perfeita dos bens da personalidade e a aspiração a uma compensação cada vez mais abrangente dos interesses não patrimoniais¹⁴. A realidade social, económica e cultural era já distante daquela que existia em 1967: a uma sociedade mais complexa e em permanente mutação, caracterizada por novos e múltiplos riscos, também mais próspera, deveria corresponder um sistema de responsabilidade que incorporasse um princípio de protecção da vítima e que compatibilizasse o princípio da culpa com o princípio do risco, o programa igualitário da indemnização com uma ideia de diluição social do dano mercê da interpenetração no direito da responsabilidade da lógica do seguro¹⁵.

Na jurisprudência, a tese restritiva foi cedendo o seu lugar, não sem hesitações ou recuos, à tese amplexiva. A evolução culminou com a prolação, pelo Supremo Tribunal de Justiça, do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 6/2014¹⁶. Estava em causa um pedido indemnizatório pelos danos não patrimoniais que a autora sofrera pelo facto de o seu cônjuge, vítima num acidente de viação provocado por culpa do segurado da ré, ter sofrido lesões que o incapacitaram e tornaram dependente dos seus cuidados para o resto da sua vida. No Acórdão recorrido, atribuíra-se à autora uma compensação no valor de

¹¹ FRADA, Manuel Carneiro da, «Nos 40 anos do Código Civil português: tutela da personalidade e dano existencial», *Themis*, 8 (2008), pp. 47-68 (pp. 50 e ss.): o cômputo do prejuízo obriga assim o decisor «a descer totalmente à realidade da pessoa concreta», por forma a que «a incarne plenamente naquilo que a identifica e que permite por isso também distingui-la das demais», e não deixe de fora nada daquilo que é decisivo para a sua esfera «existencial» e que, por natureza, difere de pessoa para pessoa).

¹² BARBOSA (n. 9), p. 316.

¹³ Além de J. ANTUNES VARELA, v. MONTEIRO, Jorge Sinde, «Dano corporal — um roteiro do direito português», *Revista de Direito e Economia*, XV, 1989, pp. 449-454.

¹⁴ Sobre a evolução, CORDEIRO (n. 9), pp. 419 e ss..

¹⁵ Nesse sentido, o Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 6/2014 (João Marques Bernardo), Proc. n.º 6430/07.0TBRRG.S1.

¹⁶ Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 6/2014 (João Marques Bernardo).

€15.000,00 pela tristeza profunda e pela desesperança na recuperação de uma vida conjugal plena e feliz e, bem assim, pela perda de autonomia provocada, decorrente da necessidade da assistência ao seu cônjuge. Por maioria, o Plenário das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça confirmou a justeza daquela decisão e acordou uniformizar a jurisprudência relativamente à interpretação dos arts. 483.º/1 e 496.º/1, no sentido de «*abrangerem os danos não patrimoniais, particularmente graves, sofridos por cônjuge de vítima sobrevivente, atingida de modo particularmente grave*».

Pode concluir-se que, na referida decisão do Supremo Tribunal de Justiça, prevaleceu o entendimento de que o direito à compensação do cônjuge constitui um dano não patrimonial de terceiro¹⁷, o qual estaria duplamente condicionado: por um lado, à suportação de um dano «especialmente grave» do terceiro, que excederia o limiar mínimo de relevância de que depende a constituição do direito à reparação dos danos sofridos pela própria vítima; por outro, à suportação, por esta última, de uma lesão especialmente grave.

VII. Relativamente à quarta proposição, respeitante ao conjunto das pessoas legitimadas a pedir uma compensação pelos danos não patrimoniais sofridos em consequência da lesão corporal grave de outrem, o problema permanece por resolver na ordem jurídica portuguesa. No citado Acórdão uniformizador de jurisprudência, o Supremo Tribunal apenas considerou, por um lado, que o cônjuge teria direito à compensação e, por outro, que nem todos aqueles que tivessem sofrido danos não patrimoniais em consequência da lesão corporal grave seriam titulares de um crédito compensatório. A intenção de evitar «*a inflação do coro de chorosos*» pela abertura da compensabilidade a todos os que, chegados ao lesado, tivessem sofrido com a sua lesão, não significa, contudo, que o Supremo Tribunal de Justiça tenha pretendido cingir o dever de compensação ao cônjuge. Pelo contrário, afirmou-se de forma clara que «*além do cônjuge, outros podem e devem beneficiar da tutela deste tipo de danos*»¹⁸. A opção de não delimitar de forma abstracta o círculo dos titulares do direito à compensação deveu-se, antes, ao facto de se ter entendido que essa é uma tarefa da competência do legislador e não do Supremo Tribunal de Justiça no exercício da função de harmonização da jurisprudência.

Na ausência de uma disposição legal que permita a identificação dos titulares do direito à indemnização, incumbe, portanto, aos tribunais determinar se no caso existe um vínculo de afecto entre a vítima e o terceiro lesado tal que os danos deste último, contanto que graves e motivados por uma lesão grave da saúde do primeiro, reclamem uma compensação. A questão continua a suscitar

¹⁷ Depois de ter desvalorizado o relevo prático da questão de se tratar de um dano próprio ou de um dano de terceiro, reflexo ou «em ricochete», acabou o Supremo Tribunal por considerar, com o reconhecimento da ressarcibilidade deste tipo de prejuízos, estar a «introduzir uma brecha na dogmática geral de que é a vítima, se sobreviver, a pessoa a indemnizar».

¹⁸ Afirmando lapidariamente que «não pode questionar-se que, para além do cônjuge, outros podem e devem beneficiar da tutela deste tipo de danos», admitiu *obiter dicta* o Supremo Tribunal de Justiça ser manifestamente esse o caso do sofrimento motivado pela lesão grave da saúde de um filho.

decisões desencontradas. Assim, no caso da união de facto, a tese restritiva, segundo a qual o direito à compensação dos danos não patrimoniais consequentes à lesão grave da saúde de terceiro se deve limitar ao cônjuge e aos parentes referidos no n.º 3 do art. 496.º foi, entretanto, sujeita à apreciação do Tribunal Constitucional, que renovando o entendimento já expressado em momento anterior ao Acórdão n.º 6/2014, não a julgou inconstitucional com fundamento na violação do princípio da igualdade e do direito à constituição da família¹⁹.

VIII. Em nossa opinião, o Acórdão de Uniformização de Justiça n.º 6/2014 representa um marco positivo na evolução do direito da responsabilidade aquiliana. Nele vai sinalizada a superação do positivismo legalista, em favor da primazia das postulações sistemático-teleológicas. A doença ou a incapacidade de um familiar próximo pode provocar um sofrimento mais profundo do que a sua morte. Por seu turno, a ausência de vínculos reais de afecto pode justificar que não se atribua uma compensação a um familiar, solução que surgia expressamente prevista no articulado proposto por VAZ SERRA e que a doutrina actual aceita como correcta²⁰. No entanto, se o critério legitimador do direito à compensação é o sofrimento moral experimentado por aquele que com a vítima mantém uma relação de afecto, da aplicação desse critério não se deverá chegar a uma solução diversa quando a vítima, não perdendo a vida com a lesão, fica, no entanto, a padecer de lesões que causam um sofrimento do mesmo tipo a quem com ela mantém a relação de afecto. Sendo este o argumento determinante para justificar o direito à compensação dos danos ditos «reflexos», bem se compreende que esse resultado tenha de ser estendido a outros terceiros além do cônjuge e dos parentes referidos no n.º 2 do art. 496.º. É que o fundamento legitimador do direito à compensação pode, na verdade, verificar-se de uma forma idêntica relativamente a outras pessoas, unidas ou não com a «vítima primária» por laços de parentesco. Basta para tanto que entre ambos exista a relação de amor e de afeição que, uma vez afectada, lhe tenha causado um sofrimento moral significativo e que esse sofrimento seja o resultado de uma reacção razoável e compreensível ao facto lesivo.

IX. Nesta discussão, o dilema com que se confronta o intérprete-aplicador do Direito é aquele que opõe a procura da justiça individualizadora à previsibilidade das soluções e à segurança jurídica. Se quanto a este ponto acompanhamos a argumentação acolhida no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, já somos menos cépticos quanto à relevância, quer dogmática, quer prática, da discussão acerca da natureza — própria ou «reflexa» — do direito à compensação dos danos não patrimoniais da pessoa existencialmente próxima da vítima.

¹⁹ Cf. o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 624/2019, de 23 de Outubro (José António Teles Pereira). Já em momento anterior, os Acs. n.º 86/2007 (Paulo Mota Pinto) e 87/2007 (Paulo Mota Pinto), ambos de 6 de Fevereiro, n.º 210/2007 (Maria dos Prazeres Beleza), de 21 de Março; mas, em sentido diverso, num caso de homicídio doloso, o Ac. n.º 275/2002 (Paulo Mota Pinto), de 19 de Junho.

²⁰ CORDEIRO, n. 9, p. 519; BARBOSA, n. 9, p. 316.

O problema da determinação dos limites objectivos e subjectivos da compensação deste tipo de danos não patrimoniais não pode ser enfrentado eficazmente enquanto se não dispuser de um entendimento claro quanto aos pressupostos, ao objecto e ao fundamento do dever de compensar este tipo de prejuízos. Neste plano, distanciamos-nos também da tese que obteve vencimento no Acórdão n.º 6/2014, segundo a qual estaria em causa o ressarcimento de um dano de terceiro, hipótese que não sendo singular na ordem jurídica portuguesa (como acontece nos casos previstos nos arts. 496.º/2 e 495.º do Código Civil) não deixaria de constituir um desvio à lógica geral da responsabilidade civil, assente na regra da coincidência subjectiva entre a titularidade do direito violado e a titularidade do crédito indemnizatório.

X. Nas páginas que seguem, exporemos um entendimento que diverge daquele que acabamos de expor em três aspectos fundamentais. O *primeiro* é o de que o direito à compensação pode, nestes casos, ter *duas justificações* diversas. Quando se tratar de ressarcir o dano do sofrimento moral ou da perda da vida em relação com um familiar próximo (esta uma modalidade de dano existencial), o crédito indemnizatório remonta à violação de um direito de terceiro e encontra cobertura na norma constante do n.º 2 do art. 496.º. Diversamente, quando o comportamento lesivo se tiver repercutido numa perturbação diagnosticável como uma doença psíquica daquele que reclama a indemnização, também ele deve ser considerado um lesado, uma vez que os danos pelos quais pretende ser compensado resultam da violação de um direito próprio²¹.

A *segunda* tese que pretendemos defender é a de que é *diverso o regime aplicável* a cada uma das pretensões compensatórias. Quando fundado na ruptura de uma relação próxima de afecto, o direito à indemnização pressupõe não apenas uma lesão efectiva de um direito de um terceiro, mas também que tal lesão seja grave, a ponto de resultar dela a morte ou a incapacidade. O direito à compensação do dano de terceiro pressupõe também a existência de uma relação de afecto profundo com a «vítima primária». Do lado da «vítima secundária», não se exige, contudo, mais do que gravidade do dano sofrido, aferida à luz da bitola geral do n.º 1 do art. 496.º. Porém, quando adquirido «a título próprio», o crédito indemnizatório da pessoa próxima da «vítima primária» é também *autónimo* do direito à reparação de que esta seja titular. Isso decorre da circunstância de o crédito à compensação da vítima dita «secundária» depender da verificação, quanto a ela, dos pressupostos gerais da responsabilidade civil e do facto

²¹ A tese da natureza própria do direito à compensação do familiar da vítima foi defendida pelos Juízes Conselheiros MARIA DOS PRAZERES BELEZA, LOPES DO REGO E ALVES VELHO, que, de resto, expuseram esse entendimento nos respectivos votos de vencido. Os Juízes Conselheiros MARIA DOS PRAZERES BELEZA e LOPES DO REGO localizaram o fundamento do direito à reparação na violação do direito geral de personalidade (art. 70.º, n.º 1); o Juiz Conselheiro ALVES VELHO sustentou que a solução favorável à reparação poderia ter sido sustentada com base «na lesão de direitos da personalidade (dignidade da pessoa humana, saúde, família), tutelados pela Constituição da República e pela lei». Para uma defesa da interpretação do art. 496.º/2 está em causa uma lesão do direito geral de personalidade daqueles que se integram no núcleo familiar da vítima, BARBOSA, n. 9, p. 317.

de ela não exigir mais do que a verificação desses mesmos pressupostos. Em especial, o direito a ser compensada pelo dano à saúde psíquica não depende nem do facto de a «vítima primária» ser titular de qualquer indemnização, nem de ter sido efectivamente violado algum direito seu. A constituição do crédito indemnizatório exige a demonstração de uma lesão com a gravidade suficiente para ser valorado como uma perturbação psíquica: em contrapartida, porém, deverão ser compensados todos os danos, patrimoniais e não patrimoniais, que dessa lesão tiverem resultado para a «vítima secundária».

A *terceira* ideia, e que decorre das anteriores, é a de que o direito à compensação do dano psíquico motivado pela morte, lesão ou pelo risco para a vida ou para a saúde de terceiro não obriga a introduzir qualquer desvio às regras e aos princípios gerais da responsabilidade. A compensação do dano psíquico coloca apenas dificuldades agravadas ao nível da aferição dos elementos gerais da responsabilidade: na determinação da violação do direito; na valoração sobre a gravidade do dano; no preenchimento do nexó de imputação; e na consideração sobre a relevância da culpa da «vítima primária» para a redução ou para a exclusão da compensação devida. Essa dificuldade acrescida no apuramento dos pressupostos da obrigação de indemnizar não autoriza um desvio à dogmática geral da indemnização. Pelo contrário, é das conexões de sentido com outras normas e da analogia com lugares paralelos no sistema da responsabilidade que se deve procurar o resultado desejado de proporcionar a compensação mais perfeita possível ao lesado sem que, com isso, se chegue a um «excesso indemnizatório».

§2. A IMPROCEDÊNCIA DA TESE QUE ENTENDE O DANO DO FAMILIAR LESADO COMO UM DANO DE TERCEIRO

I. A tese segundo a qual o direito à compensação sofrido por pessoa diferente da vítima é um dano de terceiro deve ser rejeitada, uma vez que ela não está em condições de prestar uma justificação para que se constitua na sua esfera o crédito compensatório. À pergunta sobre a razão legitimadora do direito à reparação, a tese do dano de terceiro poderia responder de uma de duas formas. À luz de uma primeira explicação possível, o n.º 2 do art. 496.º seria uma norma indemnizatória «auto-suficiente», no sentido de que o preenchimento da sua previsão — a morte ou a lesão grave da saúde da vítima — seria bastante para que se constituísse no património do familiar da vítima o direito à compensação. Esta hipótese deve, contudo, ser afastada. A mera existência de uma relação de parentesco não pode, por si, justificar a atribuição de uma compensação pecuniária, seja por lesão grave, seja por morte da vítima. A ideia de uma reparação puramente abstracta, que desconsiderasse o dano real sofrido pelo familiar da vítima, revela-se incompatível com o princípio compensatório, que é o esteio do sistema do direito da responsabilidade. Ainda que se deva reconhecer à compensação por danos não patrimoniais um cunho punitivo mais vincado por comparação com o direito à reparação do dano patrimonial, nem por isso se pode prescindir do elemento compensatório, mesmo no campo não patrimonial.

II. Uma alternativa seria a de entender que o n.º 2 do art. 496.º se limitava a introduzir uma limitação no plano da titularidade do direito à indemnização. A norma em causa não fixaria os pressupostos de que depende a constituição do direito à reparação, apenas determinaria quem, no conjunto das pessoas relativamente às quais estivessem reunidos esses pressupostos, poderia reclamar uma compensação que a desagravasse do mal sofrido. Segundo esta orientação, o preceito em causa viria responder à necessidade de restringir o universo dos titulares do direito sobre o devedor, uma vez que, pela sua natureza, a morte ou a lesão grave à saúde de uma pessoa são factos idóneos a prejudicar um número ilimitado de pessoas. A compensação de todos os danos, mesmo que graves, daria lugar a um excesso de responsabilidade e traria, com isso, o perigo das indemnizações economicamente opressivas para o lesante e do efeito desproporcionadamente limitador da liberdade de acção no tráfego. Contra esta posição pode, em primeiro lugar, argumentar-se que ela dá por demonstrado aquilo que, na verdade, está por demonstrar. Para se saber se, sem uma regra que restringisse a titularidade do crédito compensatório a determinado universo de lesados, haveria uma responsabilidade excessiva, teríamos, desde logo, de dispor de dados empíricos que nos faltam, precisamente porque não tivemos a experiência de um sistema onde vigorasse essa solução²².

Não deixamos, porém, de sublinhar que não é rigoroso dizer-se que, sem a restrição que resulta da enumeração legal dos titulares do direito à compensação, todo e qualquer lesado poderia reclamar uma indemnização ao lesante. Na verdade, a proliferação, para lá do aceitável, das pretensões indemnizatórias só ocorreria caso se verificassem, quanto a cada um dos lesados, todos os pressupostos necessários à constituição do dever de indemnizar. E para isso não seria naturalmente suficiente que cada um dos lesados tivesse sofrido um dano, tão-pouco que o seu dano devesse ser valorado como grave a ponto de merecer a protecção do direito (art. 496.º/1). Exigir-se-ia, além disso, que aquele que se arrogasse titular do direito à indemnização fosse titular de um direito que pudesse dizer-se ter sido violado pelo facto lesivo. Relativamente a este ponto existe consenso: a regra geral no nosso Direito é a de que a responsabilidade aquiliana depende da violação de um direito ou de um interesse delitualmente protegidos²³.

²² Na Alemanha, escreve J. LUCKEY, ele próprio um juiz de Direito, que a proporção de acidentes de viação de que resulta a morte tem-se fixado de forma consistente num valor inferior a 1% do número total de sinistros: uma cifra infeliz, mas que faz duvidar da força do argumento da necessidade político-legislativa de restringir ao mínimo a compensação dos danos não patrimoniais: LUCKEY, Jan, «He blew his mind out in a car. Ansprüche naher Angehöriger beim Unfalltod», SVR, 1/2012, pp. 1-5 (p. 5).

²³ Só não seria assim na presença de uma norma que excepcionalmente admitisse a reparação de um dano de terceiro, i.e., de um dano que não resultasse da frustração de uma vantagem compreendida no escopo protector de um direito próprio, mas no de um direito alheio. Aos defensores da tese da natureza reflexa do direito à compensação assiste razão quando alegam que o nosso Direito não conhece uma regra geral que obrigue ao ressarcimento de um dano de terceiro, no sentido que estamos a atribuir à expressão. No entanto, essa alegação derrota ao mesmo tempo o argumento da necessidade de conter uma expansão subjectivamente incontrolá-

A multiplicação das pretensões indemnizatórias pressuporia, pois, que o titular dessa pretensão tivesse sido pessoalmente atingido pela lesão. Se fosse assim, a pergunta que importaria formular seria uma outra: que razão justificaria que fosse negado o direito à reparação àquele que tivesse sofrido um prejuízo em resultado da violação de um direito seu? Em nossa opinião, nenhuma razão poderia justificar tal resultado²⁴. Uma coisa é certa: o direito à indemnização do «terceiro» não poderia ser afastado com base no argumento de que o verdadeiro lesado, o titular do direito à indemnização, seria a vítima. Essa não seria uma descrição normativamente rigorosa do problema, uma vez que teremos então um *delito duplo*: duas vítimas, dois lesados e dois credores de duas indemnizações diversas. O facto de só um deles ter perdido a vida ou só um deles ter sofrido uma lesão corpórea não exclui, só por si, que também um outro possa ter tido um direito seu violado em consequência do mesmo facto lesivo.

III. Ocorre perguntar se, nos casos de que nos ocupamos, o facto que determina a lesão da «vítima primária» implica ao mesmo tempo a violação de alguma situação jurídica de que seja titular a pessoa próxima daquela, a «vítima secundária». E, em caso afirmativo, importará determinar o conteúdo e a natureza dessa situação jurídica, bem como os pressupostos de que depende o reconhecimento da sua violação. Conforme veremos em momento ulterior, em muitos dos casos com que se deparam os tribunais, o evento que atinge a «vítima primária» repercute-se sobre a «secundária» com gravidade suficiente para afectar, de forma mais ou menos intensa, a sua saúde psíquica. No entanto, não é esse o aspecto fundamental a reter neste momento. Aquilo que se pretende assinalar é que a compreensão do tipo de danos em causa como um dano reflexo ou «em ricochete» e da pessoa que o sofre como um terceiro parte de uma perspectiva equivocada: o credor da indemnização só é necessariamente um terceiro aos olhos da «vítima primária». Seria, no entanto, erróneo supor que todas as consequências do facto lesivo tivessem de ser aferidas a partir da violação do direito da pessoa que é primeiramente atingida. Nas hipóteses em que o facto lesivo tiver atingido direitos ou interesses protegidos de outras pessoas, haverá que reconhecer na situação de cada uma dos pólos de uma autónoma relação obrigacional constituída em virtude de uma interacção não

vel das indemnizações, uma vez que, sendo em regra não reparável o dano de terceiro, o perigo do excesso de responsabilidade não chega a verificar-se. Daqui ressalta o teor essencialmente circular da argumentação em defesa do carácter reflexo do dano não patrimonial consequente à lesão da vida ou da saúde de outrem e, bem assim, da excepcionalidade da norma que, no n.º 2 do art. 496.º, determina a sua compensação nos casos de morte e da inviabilidade da sua aplicação analógica.

²⁴ Com razão alertam alguns autores para o risco de, a pretexto do perigo da proliferação incontrolável das indemnizações, se dar o passo no sentido radicalmente oposto de introduzir complicadas restrições ao círculo dos titulares do crédito indemnizatório, que conduzem a deixar sem qualquer reparação muitos dos lesados: TEICHMANN, Arndt, «Zum Schadensersatz bei posttraumatischen Störungen von Unfallzeugen», JZ, 2007, pp. 1156-9 (p. 1157); SOERGEL/*Ekkenga/Kuntz*¹³, § 249, Rdr. 157.

desejada com o lesante. Trata-se, em suma, de um *dano próprio*, resultante da violação de um direito do próprio credor com direito à reparação: um «dano de choque» («*Schockschaden*», «*nervous shock*») ou, conforme talvez seja mais rigoroso dizer-se, um dano resultante da lesão à saúde psíquica («*psychische Gesundheitsschaden*», «*psychiatric harm*»)²⁵.

IV. A mudança de perspectiva aqui sugerida, de um dano reflexo de um terceiro para um dano próprio causado indirectamente por um facto lesivo que ameaça ou viola um direito de outrem, não tem um relevo meramente teórico-expositivo. Pelo contrário, dela decorrem consequências práticas de relevo. A primeira é a de que, não tendo havido a violação de um direito à saúde psíquica do autor, não haverá, à partida e na ausência de uma justificação adicional, lugar à compensação dos danos não patrimoniais. O dever de indemnizar não chegaria a constituir-se, porque se não preenche, quanto ao credor, qualquer tipo de ilícito. Sem a infracção de uma destinação juridicamente afecta a determinada pessoa não ocorre o fundamento de um dever de indemnizar, por mais grave que haja sido a lesão sofrida pelo terceiro ou por mais próxima que seja a sua relação com ele.

V. A segunda consequência é que, tendo determinado comportamento lesado ilícita e culposamente o direito à saúde de outrem, haverá que compensar os danos daí resultantes. É indiferente para a constituição do dever de compensação do dano moral a questão de saber se aquela lesão foi provocada directa ou indirectamente ou se ela foi motivada pela morte ou por uma ofensa

²⁵ A compreensão do «dano de choque» como um dano resultante de um ilícito cometido contra o próprio titular do direito à compensação, posto que motivado pela violação (ou de uma ameaça de lesão) de um direito pessoal de um terceiro, corresponde à visão dominante na doutrina alemã actual, que considera que estes casos não representam qualquer desvio ao «dogma do credor» e rejeita, por isso, um paralelismo entre estes casos e as hipóteses de compensação de um dano de terceiro (como a do § 844 do BGB, referente a danos patrimoniais sofridos em consequência da morte de outrem): VON CAEMMERER, Ernst, «Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Norm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen», *Deutsches Auto-recht*, 1970, pp. 283 e ss. (p. 291); SELB, Walter, «Anmerkung zu BGH Urteil 11.5.1971 VI ZR 78/70», *JZ*, 1972, pp. 124-6 (p. 124); DEUTSCH, Erwin, «Schmerzensgeld und Genugtuung», *JuS*, 1969, pp. 197-204 (p. 200) e Id., *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.^a Ed., C. Heymanns, 1996, p. 369; LANGE, Hermann/SCHIEMANN, Gottfried, *Schadensersatz*, 3.^a Ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 149; SCHMIDT, Eike, «Schockschäden Dritter und adäquate Kausalität», *MDR*, 1971, pp. 538-541; LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14.^a Ed., I/1, München, C. H. Beck, 1987, p. 460; ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike, *Schuldrecht*, 8.^a Ed., II, Heidelberg, C. F. Müller, 2000, p. 260; KÖTZ, HEIN/WAGNER, Gerhard, *Deliktsrecht*, 13.^a Ed., München, F. Vahlen, 2016, pp. 302-3 e MÜNCHKOMM/Wagner⁷, § 823, Rdr. 186; ODERSKY, Walter, *Schmerzensgeld bei Tötung näher Angehörigen*, München, C. H. Beck, 1989, pp. 10 e ss.; SCHUBERT, Claudia, *Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 64; FISCHER, Michael, *Der Schockschaden im deutschen Recht und im Common Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 26 e ss.; MÜNCHKOMM/Oetker⁸, § 249, Rdr. 149; STAUDINGER/Schiemann (2017), § 249, Rdr. 44; STAUDINGER/Hager¹³, § 823, B. 39; SOERGEL/Ekkenga/Kuntz¹³, Vor § 249, Rdr. 156. MURPHY, John/ WITTING, Christian, *Street on Torts*, 13.^a Ed., Oxford, Oxford Univ. Press, 2012, pp. 76 e ss.; PEEL, Edwin/ GOUDKAMP, James, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 19.^a Ed., Sweet & Maxwell, Thomson, 2014, 5-081 e ss..

corporal de outrem. O familiar que assiste ao acidente de viação de que resulta a incapacidade total e permanente da vítima e que, em consequência desse facto, fica a padecer da perturbação de *stress* pós-traumático, pode reclamar uma compensação. Não menos merecedor de uma compensação é aquele que tiver recebido a notícia do acidente por terceiro e em momento ulterior, por causa do acidente que vitimou o familiar próximo, se tiver desenvolvido uma depressão profunda ou uma perturbação de ansiedade crónica. O modo de conhecimento do facto perturbador não é o aspecto decisivo para a constituição de um direito à compensação, mas antes a questão de saber se o facto lesivo provocou ou não uma lesão à saúde psíquica do segundo lesado e se esta, por sua vez, motivou um dano merecedor de compensação²⁶.

VI. Podemos tentar demonstrar a validade do argumento referindo-nos às hipóteses em que se deve reconhecer um dever de indemnizar *ainda que não exista entre a «vítima primária» e a «vítima secundária» qualquer relação pré-existente ao facto lesivo*. Na verdade, existe um conjunto diversificado de casos em que a compensação do dano não patrimonial de pessoa diversa da fisicamente atingida será porventura menos controversa do que na situação do familiar que não testemunhe directamente o facto lesivo. Tome-se como ponto de referência os casos das pessoas expostas ao perigo lesivo, dos «participantes involuntários» ou dos prestadores de auxílio²⁷. Na primeira situação, quanto aos terceiros que tiverem sido expostos ao mesmo risco lesivo que atingiu a vítima, ainda que não tenham com isso chegado a «sofrer um arranhão», não poderá dizer-se que tenham escapado ilesos se, em razão do perigo lesivo, vierem a desenvolver ulteriormente alguma perturbação psíquica relevante. É por essa razão que também reconhecemos como lesado, e como titular de um direito próprio à indemnização, aquele que tiver padecido do transtorno psíquico não por receio da própria morte²⁸, mas pelo choque de ter presenciado a morte ou

²⁶ Neste sentido, supomos ser insatisfatória a solução ainda dominante no *Common Law*, que consiste em exigir que o «*nervous shock*» tenha provindo de uma experiência directa do evento lesivo pela «vítima secundária» (a «*aftermath doctrine*»). São reveladoras disso mesmo as sucessivas concessões que a prática jurisprudencial se viu forçada a introduzir à regra segundo a qual o facto lesivo deve ter sido objecto da percepção dos sentidos da «*secondary victim*», admitindo-se, por exemplo, uma percepção directa do facto quando o lesado tem conhecimento dele através dos órgãos de comunicação social, quando o lesado chega ao local do acidente poucas horas depois de este ter ocorrido ou ainda quando o abalo psíquico, ainda que ocorrido numa ocasião diversa do acidente, representar a concretização do perigo que um dever de cuidado («*duty of care*») constituído previamente visava evitar. Neste aspecto, é claramente de preferir a solução que é hoje acolhida pelos tribunais alemães, que é a de considerar que a notícia («*Benachrichtigung*») da lesão da vítima primária é um facto idóneo a provocar uma lesão da saúde de uma pessoa existencialmente próxima, constituindo essa uma hipótese de causalidade indirecta ou mediata que, nos termos gerais, é susceptível de justificar o preenchimento de um *Tatbestand* delitual. V., com referências, KARCZWESKI, Christoph, *Die Haftung für Schockschäden: Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt/Berlin/Bern/Wien/New York, P. Lang, 1992, pp. 153 e ss., 370 e ss.; FISCHER, (n. 25), pp. 165 e ss., 184 e ss..

²⁷ KARCZWESKI, (n. 26), pp. 361-2; FISCHER (n. 25), pp. 118 e ss..

²⁸ Reconhecendo nesse caso o direito à indemnização, *Dulieu v. White & Sons* [1901], 2 K. B., 669.

a lesão grave de alguém que, com ele, tiver participado num acidente²⁹. A doutrina alemã e os tribunais ingleses têm defendido que, nesses casos, o credor é ainda de considerar como uma vítima do facto lesivo, devendo por isso ser compensado pelo transtorno sofrido³⁰. A solução é diversa no caso das meras testemunhas do facto lesivo, embora nem sempre seja fácil distinguir entre os dois tipos de situações, nem clara a justificação oferecida para se recusar a compensação nesta última³¹.

A autonomização da violação do direito à saúde psíquica torna-se mais clara na hipótese dos «participantes involuntários», aqueles que tiverem sido motivados pelo perigo de uma lesão para um terceiro a aceder ao local de um acidente e aí tiverem sido expostos a uma experiência traumática. A essa categoria pertencem não apenas as pessoas obrigadas a experienciar um acontecimento traumático, como, na «tragédia de Hillsborough», os restantes espectadores, que não estavam na bancada de um estádio que veio a ceder em consequência da sobrelotação permitida pelas forças de autoridade e que, por isso não chegaram a correr um perigo físico e pessoal³².

Ainda mais reveladora da necessidade de autonomizar a violação do direito à saúde psíquica do credor como fonte da ilicitude aquiliana é a circunstância de o seu direito à indemnização poder constituir-se *ainda que não tenha havido a violação de um direito de outra pessoa*. Pense-se no exemplo do pai que fica horrorizado com a imagem de um camião, que circulava em velocidade excessiva, a atropelar o filho, e que mais tarde se verifica ter miraculosamente passado incólume, deitado entre os eixos do veículo³³, a mãe que é confrontada com o possível diagnóstico de uma doença incurável dos filhos³⁴ ou, ainda no caso do desastre do estádio de Sheffield, a mãe que assiste, pela televisão, ao acidente, agoniada pela hipótese de um filho estar morto ou ferido e que, por causa disso, acaba por desenvolver um quadro depressivo ou de *stress* pós-traumático mesmo depois de saber que o filho escapou ileso à tragédia³⁵. A tese segundo a qual não poderia existir um dever de indemnizar em nenhum destes casos pressupõe que o direito à compensação tem uma natureza derivada e depende da lesão de um direito de terceiro. Pensamos, no entanto, que essa solução seria não apenas injusta, mas também carecida de fundamento jus-positivo. Nos três exemplos

²⁹ Cf. a Decisão do BGH de 12-Nov.-1985, que analisamos *infra*, em §5.

³⁰ FISCHER (n. 25), pp. 125 e ss..

³¹ VON HIPPEL, Eike «Haftung für Schockschäden Dritter», *NJW*, 1966, pp. 1890 e ss. (p. 1893); ERMANN/Ebert, §§ 249-253, Rdr. 54.

³² *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1992], 1 A. C., 310.

³³ Admitindo a responsabilidade nesses casos: MÜNCHKOMM/Oetker⁸, § 249, Rdr. 154; LANGE/SCHIEMANN, (n. 25), p. 150. Um caso semelhante foi decidido em Inglaterra no caso *Hambrook v. Stokes Brothers* [1925], 1 K. B., 141.

³⁴ V. a Decisão do BGH de 20-Mai.-2014, *BGHZ*, 201, pp. 263 e ss., e que apreciamos seguidamente.

³⁵ Na citada decisão *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police* entendeu-se, porém, negar a compensação aos familiares que assistiram ao acidente pela televisão, com o argumento da ausência de proximidade física com o facto lesivo. Para uma análise detalhada, NOLAN, Donal, «*Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police* (1991)», C. MITCHELL/P. MITCHELL (Ed.), *Landmark cases in Tort Law*, Hart, 2010, pp. 273-309 (pp. 299 e ss.).

que enunciámos, o condutor do veículo, o médico ou a sociedade proprietária do estádio criam um perigo proibido, que se vem a concretizar na violação do direito à saúde da mãe. Não é pressuposto do ressarcimento do dano do abalo psíquico que um terceiro tenha efectivamente sofrido uma lesão, bastando que exista por quem sofre a perturbação psíquica a *crença justificada de que essa lesão se tenha verificado*. O reconhecimento de um dever de indemnizar nestas situações ilustra o carácter autónomo do direito à compensação dos danos resultantes do sofrimento moral de quem supõe, ainda que equivocadamente, ter perdido um filho³⁶.

§3. O MODELO DUALISTA DA COMPENSAÇÃO PELO DANO DA MORTE OU DA LESÃO GRAVE DE TERCEIRO: O DANO PSÍQUICO E O DANO DA PERDA DE PESSOA PRÓXIMA

I. Poderíamos terminar a nossa reflexão no parágrafo anterior, afirmando que o fundamento do direito à compensação pelos danos patrimoniais motivados pela morte ou lesão grave de terceiro radicava, em qualquer caso, na violação de um *direito próprio* e que essa violação consistia na lesão de um bem da personalidade, a saúde, mais concretamente, a saúde psíquica. Teria essa tese a virtude de prestar uma justificação sistematicamente coerente da solução, pressupondo a coerência entre titularidade do direito violado, a alocação subjectiva do dano e a titularidade do direito à indemnização. Supomos, porém, que a proposta de reduzir à violação do direito à saúde psíquica o fundamento para reconhecer o direito à compensação pelo dano moral resultante da morte ou da lesão grave de terceiro tão-pouco deve ser considerada convincente. Ela não está em condições de mostrar «a outra face de Jano», que está nos casos em que, não obstante não ter chegado a desenvolver uma doença psíquica, não deixa a morte ou a lesão grave de outrem de causar ao titular do crédito compensatório um *sofrimento moral* digno de reparação³⁷. Tão pouco pode procurar reduzir-se à perda da saúde psíquica os outros prejuízos que não consistam propriamente na dor e no desgosto do falecimento da pessoa próxima, mas se traduzam antes na não obtenção das alegrias e dos prazeres de uma relação que, de tão próxima, é constitutiva da identidade do lesado e condição da preservação do seu bem-estar. Pergunta-se, então: nesses casos, em que a dor ou malefício da perda de uma relação existencialmente significativa tiver sido suportada sem que a pessoa — em virtude da sua resistência emocional, da

³⁶ A própria terminologia deveria, em rigor, ser revista: não existindo uma «vítima primária», faria pouco sentido continuar a designar o (único) credor legítimo do direito à compensação como uma «vítima secundária». Mantemo-la, porém, com o propósito único de facilitar a identificação dos sujeitos envolvidos.

³⁷ No Direito inglês, MULHERON, Rachel, «Rewriting the Requirement of a “Recognized Psychiatric Injury”», in *Negligence Claims*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 32 (2012), pp. 77-112 (pp. 96 e ss.).

sua circunstância ou da mera sorte — soçobre perante à doença, deixa ela de receber qualquer compensação? Efectivamente, o facto lesivo não é, quanto a ela, ilícito, uma vez que nenhum direito seu foi violado. Nem por isso, porém, a solução deixaria ser de ser injusta.

II. É precisamente para obviar ao resultado de restringir o direito à reparação aos danos que resultassem da violação de um direito subjectivo próprio que encontramos no n.º 2 do art. 496.º um sentido regulativo útil. A disposição em causa não vem restringir o âmbito da compensação pela morte ou pela lesão grave de terceiro relativamente àquilo que resulta das regras gerais da responsabilidade aquiliana (arts. 70.º, 483.º/1 e 496.º/1), mas, pelo contrário, vem *alargar* a responsabilidade civil a hipóteses em que, à luz dessas regras, não haveria lugar a um dever de indemnizar. Dela resulta que também um terceiro relativamente ao facto lesivo primário possa, verificados certos pressupostos, reclamar uma indemnização. O elemento determinante para a justificação ressalta da previsão da norma: a relação de parentesco. Ela faz presumir a relação de amor e de afecto que serve de justificação axiológica para a compensação do dano. Sendo esse o fundamento para que se repare o dano que não resulta da violação de um direito próprio, mas da violação de um direito alheio, o âmbito do dever de indemnizar estará, aí, limitado objectivamente pela relação de amor e afecto que a legitima³⁸. Por outras palavras, o dano a reparar consiste no sofrimento moral ou na diminuição da alegria de viver que naturalmente ocorre com a ruptura de uma relação existencialmente significativa. O direito à compensação não prescinde de um dano real, mas não deixa porventura de revelar uma função de satisfação ou de desagravo mais vincada.

III. Começa, portanto, a ganhar forma a ideia de que o direito à compensação por danos não patrimoniais resultantes da morte ou da lesão grave de terceiro pode ser legitimado com base em mais de um princípio. Mais concretamente, o nosso sistema parece sugerir um *modelo dualista*. Uma coisa é a reparação do «*dano de choque*», da perturbação que atinge a pessoa com a intensidade suficiente para colocar em crise a sua saúde mental. Outra, o *sofrimento moral* ou o *dano existencial* decorrente do sofrimento moral que, não tendo a gravidade suficiente para ser valorado como uma patologia, não deixa de envolver a supressão de uma vantagem moral merecedora de protecção: o afecto por uma pessoa próxima. É importante sublinhar que o critério de distinção entre os dois conjuntos de problemas não passa por saber se entre o credor (a «vítima secundária») e a «vítima primária» existe ou não uma relação de proximidade existencial. Na verdade, essa relação é pressuposta no dano existencial e é dispensável no «dano de choque», mas não é menos certo que ela pode existir

³⁸ Deixamos em aberto a questão de saber se, conforme defende BARBOSA (n. 9), p. 316 e ss., está em causa a violação de um direito geral de personalidade ou antes a lesão de um interesse, ainda que conexo com a personalidade.

também neste segundo caso, sendo certo que neste caso os prejuízos a reparar são todos aqueles que resultem da lesão psíquica e não apenas o dano existencial (da perda de relação). O critério delimitador consiste antes em saber se a ruptura da relação de afecto com a pessoa fisicamente atingida se projectou na lesão da saúde psíquica de uma outra, independentemente de esta manter com ela uma relação de afecto. Parece inegável que, existindo uma relação deste tipo, haverá entre as duas rubricas danosas uma zona de sobreposição: o dano psíquico pressupõe não só o sofrimento decorrente da perda da pessoa próxima, mas também que esse sofrimento tenha assumido a expressão de uma patologia clinicamente identificável como tal.

IV. É interessante verificar que, tendo partido de um sistema diferente do nosso, o Direito alemão actual apresente uma feição próxima daquele que encontramos no nosso Código Civil. O facto de a responsabilidade aquiliana se encontrar limitada à violação de um dos direitos previstos no catálogo fechado do § 823 (1) do BGB, e de assim se recusar uma responsabilidade fundada na frustração de uma vantagem não inscrita no campo de protecção de um desses direitos, explicaria o facto de os danos não patrimoniais de outras pessoas, além da vítima primária, se terem desenvolvido no quadrante do direito à saúde, precisamente um dos direitos inscritos na cláusula geral limitada da lei alemã³⁹. No entanto, as exigências feitas pela jurisprudência quanto à demonstração de uma violação da saúde psíquica quando motivada por uma lesão à vida ou à saúde de um terceiro acabavam por traduzir-se em soluções restritivas, que passavam por negar a compensação do dano do sofrimento moral em todos os casos que não fossem de uma extrema gravidade⁴⁰. Essa é a razão pela qual, em 2017, foi aprovada uma reforma com vista a melhorar o estatuto indemnizatório dos familiares em caso de morte da vítima e que, entre outras alterações, incluiu o aditamento de um inciso terceiro ao § 844 do Código alemão, por forma a reconhecer o direito à compensação do «dano moral do sobrevivente» («*Hinterbliebenengeld*»)⁴¹.

O âmbito subjectivo e objectivo deste direito à reparação tem sido objecto de discussão, o mesmo sucedendo com o seu fundamento. Embora alguns o

³⁹ Com referências, KARCZEWSKI (n. 26), pp. 19 e ss.; FISCHER (n. 25), pp. 63 e ss..

⁴⁰ A doutrina refere-se a uma lacuna de protecção quanto aos prejuízos que não atingem o limiar da lesão psíquica: BERGMANN, Dennis, *Hinterbliebenengeld*, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, pp. 93 e ss..

⁴¹ O § 844 (3) do BGB dispõe: «o obrigado à reparação deve prestar ao sobrevivente que, ao tempo da lesão, tivesse uma especial relação de proximidade pessoal com a vítima, uma indemnização em dinheiro adequada pelo sofrimento moral que aquele tiver suportado. Presume-se existir uma especial relação de proximidade pessoal quando o sobrevivente for o cônjuge, o parceiro numa união de facto registada, um dos pais ou um filho da pessoa falecida» (tradução nossa). Sobre os antecedentes da norma, e as razões que levaram a Alemanha a ser o «último dos moicanos» na recusa da compensação dos danos morais dos familiares em caso de morte, BEHR, Angelina Maria, *Schmerzensgeld und Hinterbliebenengeld im System des Schadensrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, pp. 209 e ss..

localizem na violação do direito à saúde⁴², ou do direito geral de personalidade⁴³, a maioria da doutrina parece aceitar que a reparação dispense a violação de um direito próprio, tratando-se de um dano não patrimonial de terceiro⁴⁴. O aspecto que mais nos interessa sublinhar é que, conforme já resultava dos trabalhos preparatórios da reforma, este regime não tem em vista substituir o direito à compensação do dano à saúde psíquica, o qual continua a dever ser reconhecido em caso de preenchimento da previsão do § 823 (1) do BGB. A compensação pelo «*Schockschaden*» continua a ter plena aplicabilidade, por exemplo, nas hipóteses da lesão da qual não tiver resultado a morte da «vítima primária», mas não apenas nessas: também naquelas outras em que o sofrimento moral não tiver atingido o limiar de gravidade que é exigido para identificar uma lesão psíquica. Por isso se tem entendido que, além de não deverem ser confundidas as duas pretensões compensatórias, o «*Schockschaden*» deve ser reservado aos danos mais graves e dar lugar a indemnizações mais elevadas⁴⁵. O facto de o «*Hinterbliebenengeld*» constituir como que um «*minus*» relativamente àquela

⁴² SCHWINTOWSKI, Hans-Peter/SCHAH SEDI, Cordula, «Angehörigenschmerzensgeld — Überwindung eines zivilrechtlichen Dogmas», *zfs*, 2012, pp. 6-12.

⁴³ KLINGER, Remo, «Schmerzensgeld für Hinterbliebene von Verkehrsopfem? Verfassungsrechtliche Überlegungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes», *NZV*, 2005, pp. 290-3.

⁴⁴ WAGNER, Gerhard, «Schadensersatz in Todesfällen — Das neue Hinterbliebenengeld», *NJW*, 2017, pp. 2641-6 (p. 2644) e MÜNCHKOMM/Wagner⁷, § 844, Rdr. 7; HUBER, Christian, «Das „neue“ Hinterbliebenengeld des § 844 Abs. 3 BGB», *Innovatives Denken zwischen Recht und Markt: Festschrift für Hans-Peter Schwintowski*, Nomos, 2017, pp. 20-54, Id., «Das Hinterbliebenengeld nach § 844 III BGB», *JuS*, 2018, pp. 744-750; WITSCHEN, Stefan, «Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld bei tödlichen Arbeitsunfällen», *JZ*, 2018, pp. 490-6; BEHR (n. 41), pp. 216-7; MÜNCHKOMM/Oetker⁸, § 254, Rdr. 28.

⁴⁵ KÖTZL/WAGNER, (n. 25), p. 304; HUBER (n. 44), pp. 950-1; BEHR (n. 41), pp. 224 e 275; JAEGER, Lothar, «Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld», *VersR*, 2017, pp. 1041-1057; MÜLLER, Gerda, «Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld», *VersR*, 2017, pp. 321-5. Discutível é a questão de saber se o prejuízo da vida em relação, como modalidade do dano existencial, também merece ser compensado. A maioria da doutrina pronuncia-se negativamente, argumentando que o dano a compensar é, apenas, o do sofrimento moral «*seelische Leid*»: SCHIEMANN, Gottfried, «Das Hinterbliebenengeld und seine Bedeutung für das Arzthaftungsrecht», *GesundheitsRecht*, 2018, pp. 69-75. Outros sustentam, mesmo antes da reforma de 2017, a compensação do dano existencial com fundamento na violação do direito geral de personalidade: SCHRAMM, Annina, *Haftung für Tötung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 337 e ss.; STAUDINGER, Ansgar, «Vom Ausbau des § 844 Abs. 2 S. 1 BGB, über den erleichterten Nachweis eines Schockschadens bis hin zur Angehörigenentschädigung», *Deutsches Autorecht*, 2012, pp. 280-5. Contra este entendimento tem-se argumentado, entre outras razões, que neste tipo de casos o ilícito não precede da proibição da interferência com o direito de personalidade do familiar da vítima, mas antes, e directamente, da violação do direito à vida ou à saúde da segunda, razão pela qual não é necessário proceder à compatibilização entre o direito ao desenvolvimento da personalidade com a liberdade geral da acção de terceiros, como se exige, em geral, para a concretização do conceito-quadro do direito geral de personalidade, e pela qual é aqui irrelevante para demarcar o espaço da proibição no tráfego a determinação de um direito próprio do credor; e que, para o tratamento sistemático deste tipo de problemas se mostra sem dúvida mais útil a dogmática geral da responsabilidade aquiliana e, em especial, a da responsabilidade fundada em acidentes de viação, do que a dogmática do direito de personalidade e da sua tutela. Por exemplo, SCHUBERT (n. 25), pp. 64 e ss. BEHR (n. 41), pp. 230 e ss.. Pronuncia-se favoravelmente à compensação do dano existencial nos quadros do próprio «*Hinterbliebenengeld*», como dano de terceiro, BEHR (n. 41), p. 233.

pretensão, justificando compensações comparativamente mais reduzidas, não deixaria de ser também menos exigente no plano da verificação dos seus pressupostos, o que terá retirado em parte o interesse prático em reclamar a compensação do dano psíquico no caso de o lesado ser uma pessoa próxima da «vítima primária»⁴⁶. Discutível é também a natureza da relação entre as duas pretensões, embora seja certo que o cúmulo não seja admissível, visto existir uma identidade parcial entre as duas rubricas danosas⁴⁷.

V. A perspectiva que aqui defendemos não impede, antes pressupõe, que se identifique um *fundamento valorativo comum* ao dano psíquico e ao dano existencial. Em ambos ocorre uma realidade impalpável, que é o sofrimento moral. Pensamos que é essa a via que torna mais claro o critério legitimador do direito à compensação das pessoas referidas nos n.ºs 2 e 3 do art. 496.º. Ao mesmo tempo, e por causa disso mesmo, a colocação do ponto de partida para o problema na violação de um direito absoluto mostra que o problema não é, na sua essência, o de saber até onde deve ir o universo de titulares do crédito à indemnização, mas antes o de saber até onde deve ir a tutela da personalidade e dos interesses imateriais com ela conexions⁴⁸. A questão decisiva a colocar não é a de saber se a relação entre a vítima e a pessoa que sofre com a sua morte ou a lesão grave pode ser equiparada às relações de parentesco que se encontram mencionadas no n.º 2 do art. 496.º. A questão está, antes, em saber se a pessoa que sofre com a morte ou a lesão grave de outrem pode imputar esses danos ao responsável por aquele primeiro resultado lesivo: independentemente de essa imputação resultar das normas gerais da responsabilidade aquiliana (arts. 70.º, 483.º/1 e 496.º/1) ou daquela que excepcionalmente impõe a reparação do dano não patrimonial de terceiro (art. 496.º/2).

VI. O problema em análise revela de forma exemplar a natureza cultural do Direito. Mesmo partindo de um quadro legal mais restritivo — só havia lugar à indemnização quando houvesse lesão à saúde — o jurista alemão já conseguia proporcionar soluções mais protectoras para as “vítimas indirectas” do que o português. No nosso Direito, mesmo com uma disposição que já alarga a indemnização *além* da violação do direito à saúde psíquica do próprio, bastando-se com a gravidade do dano do terceiro, chega-se à conclusão dificilmente justificável de, a pretexto da ausência de uma relação de parentesco com a «vítima primária», se negar a reparação de um dano do próprio: *mesmo quando estiver demonstrada uma lesão com o desvalor de uma perturbação psíquica*, como uma depressão, uma perturbação de ansiedade, ou de *stress* pós-traumático, ou um esgotamento nervoso.

⁴⁶ MÜNCHKOMM/Oetke⁸, § 249, Rdr. 151; BEHR (n. 41), pp. 256 e ss., 273 e ss..

⁴⁷ O direito à compensação pelo dano psíquico cobre, entre outros danos, também o do sofrimento pela perda de uma pessoa próxima, pelo que a sua constituição consome o direito ao «desagravo do sobrevivente»: BERGMANN (n. 40), p. 165.

⁴⁸ CORDEIRO (n. 9), p. 518.

A partir daqui o passo lógico seria analisar o regime aplicável a cada uma das figuras que analisámos, e confirmar ou infirmar a tese de que se trata efectivamente de realidades dogmaticamente distintas. Não sendo possível realizar até ao fim esse exercício nesta sede, faremos incidir as reflexões seguintes, sobretudo, sobre o dano resultante da lesão à saúde psíquica. Ele constitui, afinal, o reduto último da tutela aquiliana do lesado: sempre que estiver demonstrada a violação do direito à saúde e a suportaçãõ de um dano grave, haverá que reconhecer o direito à indemnizaçãõ.

§4. A VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PSÍQUICA COMO O FUNDAMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS POR PESSOAS EXISTENCIALMENTE PRÓXIMAS DA VÍTIMA PRIMÁRIA

I. Segundo o ponto de vista que vimos defendendo, uma parte significativa dos problemas da compensação dos danos consequentes à morte ou à lesão corporal de outrem deve ser perspectivada a partir do direito à saúde psíquica do próprio titular do direito à compensação. O direito à saúde constitui um direito de personalidade inominado, cuja protecção decorre do princípio geral da tutela da pessoa (art. 70.º/1)⁴⁹. Apesar de este modo de equacionar o problema poder ser encontrado noutras ordens jurídicas, como a alemã ou a inglesa, não tem sido esse o caso entre nós⁵⁰.

II. O facto de não se adoptar a violação do direito à saúde mental da pessoa que sofre com a morte ou a lesão grave de outrem como ponto de partida do juízo sobre o ilícito objectivo tem razões que cumpre identificar. Ela sinaliza, por um lado, uma compreensível tendência do direito civil para valorizar os fenómenos apreensíveis pelos sentidos e para desconsiderar aqueles que não o sejam. Documenta-o o longo lastro histórico da responsabilidade aquiliana, que evoluiu de um sistema formular e de uma concepção naturalística de ilícito

⁴⁹ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, IV, Colab. CORDEIRO, António Barreto Menezes, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 174: a evolução da protecção da saúde tem-se feito também através de um alargamento da protecção da integridade física, estendendo-a além das actuações físicas e pessoais, e englobando todas as que «visem a pessoa enquanto unidade biológica ou indirectamente, mediante actuações que venham bulir com aspectos circundantes ou ambientais». No plano indemnizatório, TRIGO, Maria da Graça, «Adopção do conceito de dano biológico pelo Direito português», *ROA*, pp 147-178 (pp. 163 e ss.).

⁵⁰ Alguma doutrina mais recente tem admitido que o dano provém da violação do direito geral de personalidade. Não é este o lugar apropriado para retomar a discussão sobre se essa figura tem cabimento no nosso Direito ou se, ao invés, ela representa «uma sobrecarga dispensável», face ao catálogo aberto de direitos de personalidade. Tão-pouco cuidaremos de saber se a lesão de um bem pessoal de outra pessoa pode constituir uma violação do direito geral de personalidade. Aquilo que, em qualquer caso, se poderá afirmar é que não haverá que convocar o direito geral de personalidade quando tiver sido identificadã uma dimensão da personalidade objectivada numa situação jurídica autónoma, como conteúdo de um específico direito de personalidade.

e de causalidade que pressupõe um dano forçosamente provocado por um corpo a um outro («*corpore et corpori*»), para um sistema fundado na protecção do direito, assente numa ideia de atipicidade dos modos de lesão, numa compreensão especificamente normativa da causalidade e apto a reconhecer como protegidas vantagens imateriais e irredutíveis a uma separação estrita entre a pessoa e o objecto mediato do seu direito⁵¹. A inclinação para deixar passar por entre os ângulos mortos da responsabilidade aquilina as perturbações psíquicas tem como primeira explicação a natural tendência para sobrestimar a «*physis*» na demarcação dos espaços de permissão e de proibição no tráfico delitual⁵². Também aqui o único aspecto relevante está em saber se o comportamento do terceiro traduz uma interferência com o conteúdo da destinação juridicamente protegida, independentemente de ela ter assumido ou não uma manifestação biologicamente observável. Pela sua natureza, as perturbações psíquicas não se traduzem numa lesão infligida no corpo de quem delas padece, ainda que possam manifestar-se somaticamente, e frequentemente assim sucede, no corpo ou no exercício de certas funções do organismo.

III. A desconfiança, mesmo quando não assumida, relativamente à ressarcibilidade dos danos resultantes das lesões à saúde psíquica apoia-se também na ideia de que este tipo de patologias não permitiria uma forma objectiva de identificação e de classificação⁵³. A ausência de critérios seguros para distinguir o trivial e passageiro estado de tristeza de uma depressão, a acrasia ou a falta de ânimo da perturbação de fadiga crónica, tomariam o juízo acerca do preenchimento do tipo delitual inevitavelmente arbitrário. Consequentemente, também a própria mensuração da gravidade seria inviável, proporcionando com isso não apenas a banalização das compensações por danos morais, mas também um quadro de imprevisibilidade e de desigualdade na resolução dos litígios relativos à responsabilidade por este tipo de danos. Não pode negar-se a este receio alguma razão de ser. Contudo, a medicina dispõe hoje de critérios consensualmente reconhecidos como válidos para a identificação e classificação das perturbações psíquicas⁵⁴, porventura reunidos sobre um pressuposto comum da perturbação do equilíbrio bio-psico-relacional da pessoa. Ao mesmo tempo, as *leges artis* dispõem de meto-

⁵¹ Entre muitos, VALDITARA, Giuseppe, *Damnum Iniuria Datum*, 2.ª Ed., Torino, Giappichelli, 2005, pp. 25 e ss.; CURSI, Maria Floriana, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 21 e ss..

⁵² Para uma crítica da tendência para «materialização» do direito privado, operada pelo desvio da tutela do direito para a tutela do objecto do direito e da violação do direito para lesão do bem jurídico, PICKER, Eduard, *Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, pp. 60 e ss., e já antes ID., «Das Deliktsrecht im Zivilrechtssystem — Eine Studie am Beispiel des Fleet-Falls BGHZ 55, 153», *ZfPW*, 2015, pp. 385-434.

⁵³ PEEL/ GOUDKAMP, (n. 25), 5:082.

⁵⁴ V., da American Psychological Association (APA), *American Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorder*, de 2013 (DSM-V); da Organização Mundial da Saúde (OMS), *International Classification of Diseases (ICD) 10*, Versão de 2019 (sobretudo F30-F30, F40-F49, F.50-F59). Com implicações para o direito da responsabilidade, N. MULLANY/P. HANDFORD, *Tort Liability for Psychiatric Damage*², Thomson Reuters, Australia, 2006 (sobretudo, capítulos 2 e 3).

dologias conhecidas quer para o diagnóstico da doença mental, quer para a avaliação da sua gravidade subjectiva e individual. A subjectividade no diagnóstico, na avaliação e na terapêutica deste tipo de perturbações, não se distingue daquela que existe em qualquer outra área da medicina, inclusivamente, no tocante às patologias do foro, por assim dizer, «estritamente biológico».

IV. Numa monografia dedicada ao tema, e que vimos citando neste estudo, escreve MICHAEL FISCHER ser surpreendente que, no estágio actual do direito aquiliano, continue a ser «*mais fácil obter uma compensação pelo menor arranhão do que pela depressão grave*»⁵⁵. E, citando uma decisão de um tribunal canadiano, pergunta: «*qual é afinal a diferença lógica entre uma cicatriz na carne e uma cicatriz na mente? Se uma cicatriz na carne reparável ainda que não tiver causado qualquer prejuízo patrimonial, por que razão se deveria julgar ser a cicatriz na mente menos merecedora de compensação?*»⁵⁶. A tese que pretendemos sustentar é justamente a de que o direito à saúde psíquica não se encontra sujeito a qualquer tratamento de desfavor no direito delitual, de sorte que a perturbação psíquica provocada por um comportamento ilícito de um terceiro obriga-o a compensar o lesado pelos danos que tiver sofrido em consequência dessa perturbação⁵⁷. O receio quanto ao excesso da responsabilidade é acautelado por uma via adequada quando se questiona se os pressupostos constitutivos do dever de indemnizar se encontram verificados⁵⁸: desde logo, se o facto lesivo que atinge ou ameaça atingir um terceiro efectivamente originou um estado de sofrimento se reconduz ou constitui uma verdadeira patologia psíquica, mas (e sobretudo) também se, pela sua feição, extensão ou intensidade, esse sofrimento é merecedor da tutela indemnizatória.

V. Antes de indagarmos sobre as exigências que, em nossa opinião, devem ser respeitadas para que se deva reconhecer uma ofensa aquiliana do direito à saúde, pretendemos ainda sublinhar um aspecto prévio. Muito embora o direito à saúde psíquica tenha a mesma dignidade e seja merecedor do mesmo grau de protecção que a saúde do corpo, o reconhecimento de uma lesão do direito é nestes casos mais complexo. Ao contrário do direito à integridade física, os contornos da saúde psíquica não são identificáveis externamente e, por isso, o alcance da sua protecção torna-se menos reconhecível para os demais partici-

⁵⁵ FISCHER (n. 25), p. 22.

⁵⁶ FISCHER (n. 25), *loc. cit.*

⁵⁷ MÜNCHKOMM/Oetker⁸, § 249, Rdr. 150; SOERGEL/Ekkena/Kuntz¹³, Vor § 249, Rdr. 155. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 679.

⁵⁸ No dizer de H. OETKER, o caminho dogmaticamente prestável para uma limitação da responsabilidade não pode ser encontrado na recusa da imputação do dano com base no argumento de que o dano psíquico se inscreve no risco geral da vida do lesado, mas directamente «no âmbito da norma que fundamenta a pretensão do lesado»: MÜNCHKOMM/Oetker⁸, § 249, Rdr. 152. Também MÜNCHKOMM/Wagner, § 823, Rdr. 187; STAUDINGER/Hager¹³, § 823, B. 30 e ss.; WALDKIRCH, Conrad, *Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 357 e ss..

pantes no tráfego. Além disso, a preservação do equilíbrio psíquico depende de inúmeras variáveis externas à pessoa e tem uma forte componente relacional: ninguém pode desenvolver-se de uma forma sã sem um conjunto de relações significativas com outros. A morte ou a lesão grave de uma pessoa é compreensivelmente apta a comprometer a saúde psíquica daquele que com ela tiver uma profunda relação de amor e afecto. E, no entanto, não pode afirmar-se que este «segundo lesado» tenha algum direito à preservação da vida ou da saúde do primeiro, nem que disponha de alguma pretensão dirigida à segurança ou à defesa de algum dos bens da personalidade de um terceiro. Como justificar, então, que a lesão vital ou grave de uma pessoa constitua uma infracção do direito de outra pessoa que não a pessoa atingida? Em nossa opinião, a resposta a esta questão passa por reconhecer que a modificação desfavorável de certas condições ambientais ou externas ao direito à saúde do lesado, ainda que não compreendidas no conteúdo da destinação, pode representar a supressão de uma vantagem inscrita no conteúdo desse direito⁵⁹. Com a perda de um ente querido, há uma dimensão da vida do próprio que se perde; com a lesão grave e incapacitante, um sofrimento que atinge directamente aquele a quem a vida prendeu pelos laços mais estreitos. São as relações de que provêm as vivências e as memórias que fazem da própria existência uma realidade viva, concreta e irrepetível que, ao serem abruptamente interrompidas ou perturbadas por uma ingerência de um terceiro, podem afectar todas as pessoas que nela figuram como parte. O facto de uma das partes ter sido atingida na sua integridade biológica e física e outra, antes, na dimensão psíquica ou moral da sua saúde é, do ponto de vista do preenchimento da previsão do art. 483.º, n.º 1, irrelevante.

4.1. Pressupostos da tutela delitual do direito à saúde psíquica. A existência de uma perturbação clinicamente reconhecida

I. Quanto ao preenchimento do tipo delitual (a violação do direito de outrem), a primeira nota que fazemos é que a mesma não ocorre logo com a verificação de qualquer transtorno de humor ou perturbação emocional, nem com qualquer forma de sofrimento. A violação do direito que fundamenta responsabilidade só ocorre quando a situação do lesado se reconduzir a uma patologia psíquica clinicamente reconhecida. Questão que tem sido intensamente discutida na ordem jurídica alemã é a de saber se a verificação de uma doença psíquica é, por si, *suficiente* para que se preencha o elemento relativo ao ilícito objectivo.

⁵⁹ Não nos sendo possível desenvolver aqui a questão, não podemos deixar de referir que o fenómeno de que aqui damos conta se pode verificar também relativamente a qualquer outro direito absoluto, não apenas quanto a outros direitos de personalidade, mas também quanto aos direitos reais. O direito de propriedade sobre um automóvel não é apenas violado quando se danifica, se destrói ou se furta o veículo, mas quando se retém ilicitamente o documento único automóvel (sem o qual ele não pode circular), se esconde as chaves do seu proprietário ou se bloqueia a garagem onde ele se encontra estacionado, impedindo de ser conduzido para outro lugar.

A jurisprudência alemã tem respondido negativamente a esta questão, com o argumento de que, sem a introdução de algum critério restritivo, haveria uma expansão incontrolável da responsabilidade, não só porque a prova de que a perturbação sofrida pelo lesado atingia o significado de uma patologia seria extraordinariamente difícil, mas também porque de outro modo se compensariam prejuízos decorrentes de patologias sentidas geralmente como comuns e suportáveis, como seria o caso das depressões ligeiras ou das perturbações do sono. A solução de reparar qualquer lesão da saúde mental seria, por isso, incompatível com a opção fundamental de limitar a responsabilidade aquiliana à violação de um dos bens constantes da enumeração exaustiva presente no § 823 (1) do BGB e à violação de deveres de protecção desses bens. Esta orientação acabou por ficar consagrada na fórmula do BGH, segundo a qual o direito à compensação do dano do abalo psíquico, quando decorrente da violação de um direito de terceiro, depende de uma «lesão da saúde especialmente grave à luz das concepções do tráfego» («*besondere Gesundheitsverletzung nach der Verkehrsauffassung*»)⁶⁰. É a partir deste ponto de vista que os tribunais alemães recusam a compensação dos danos morais que não excedam a perturbação emocional ou psíquica que, segundo as regras da experiência comum, é normalmente provocada pela experiência directa ou pela notícia da morte ou da lesão grave de um familiar próximo e que está na origem da recusa da dor associada ao luto, enquanto ela se contiver dentro do sofrimento tipicamente associado a essa experiência. Certa doutrina tem manifestado apoio a essa tese, com o argumento de que o conhecimento (directo ou indirecto) de um acidente que atinja um terceiro, ou a experiência da perda de uma pessoa próxima, constituem riscos gerais da vida, de sorte que só as perturbações mais graves ou significativas exorbitavam da zona de riscos do lesado, devendo ser imputadas ao lesante como danos merecedores de compensação⁶¹.

⁶⁰ V., sobretudo, a Decisão do BGH de 11-Mai.-1971, *BGHZ*, 56, pp. 163 e ss.: à autora que, ao ser informada do falecimento do cônjuge, desenvolveu uma depressão e que, durante meses, sofre distúrbios de humor e choro compulsivo e perturbações do sono, e que recebe um diagnóstico médico a atestar esta patologia, não foi, contudo, violado o seu direito à saúde, uma vez que este direito apenas protege a pessoa contra abalos psíquicos que possam ser tidos como severos, não apenas por um médico, mas por qualquer participante no tráfego, acrescentando mesmo que «na linguagem quotidiana, a expressão «choque psíquico grave» denota uma reacção emocional violenta que pode nada ter em comum com qualquer tipo de doença. E os médicos não usam o termo «choque» para descrever uma situação psico-patológica». O BGH reconheceu a excepção relativa ao dolo: a perturbação psíquica intencionalmente provocada daria sempre lugar à compensação, ainda que não superasse o limiar da gravidade do sofrimento associado ao facto lesivo de acordo com o curso normal dos acontecimentos. A Decisão de 13-Jan.-1976, de 31-Jan.-1984, *VersR*, 1984, pp. 439 e ss. (a dependência do álcool, desenvolvida pelo sofrimento motivado pela perda do marido, não é susceptível de ser valorada como um dano de choque considerado como grave à luz das concepções do tráfego), de 4-Abr.-1989, *NJW*, 1989, pp. 2317 e ss., de 6-Fev.-2007, *VersR*, 2007, pp. 803 e ss., e de 20-Mar-2012, *BGHZ*, 193, pp. 34 e ss. (recusa da indemnização dos danos resultantes de uma depressão, por sua vez motivada pelo atropelamento mortal de um animal de companhia).

⁶¹ V., entre outros, Bick, Udo, *Die Haftung für psychisch verursachte Körperverletzungen und Gesundheitsschäden im deutschen und anglo-amerikanischen Deliktsrecht*, 1970, pp. 146 e ss.; LANG, Rolf, *Normzweck und Duty of Care*, München, C. H. Beck, 1983, pp. 143 e ss.; SELB

II. O critério restritivo introduzido pela jurisprudência alemã tem sido objecto de críticas pela doutrina mais recente. Desde logo, a distinção entre as lesões do direito à saúde mais graves e as menos graves não encontra qualquer apoio na lei alemã, que se refere apenas à violação desse direito no *Tatbestand* geral do § 823 (1) do BGB⁶². Particularmente inadequada seria a via de restringir a protecção delitual da saúde com recurso a um conceito especificamente jurídico como as «concepções dominantes no tráfego», pois que com ela se corre o risco de manipular um conceito proveniente das ciências médicas por via de uma remissão para um discurso leigo e racionalmente não controlável⁶³. O aspecto determinante para aferir de uma lesão à saúde não é, pois, o de saber se o concreto estado em que a vítima se encontra é, em geral, considerado na comunidade como uma patologia psíquica, mas antes o de saber se, à luz dos conhecimentos actuais da medicina, aquele estado deve ser assim valorado⁶⁴. Por seu turno, a posição segundo a qual o dano não patrimonial só mereceria ser compensado quando excedesse o sofrimento normalmente suportado com a morte de um parente próximo, além de reveladora de um cinismo evitável, parte do pressuposto de normalidade e de indiferença perante o sofrimento moral que não apenas se mostra incompatível com a estrutura de valores que cunha a ordem jurídica⁶⁵, mas que acaba na prática por representar uma «dupla» ofensa para a vítima⁶⁶.

O argumento fundamental é o de que a compensação do dano não patrimonial resultante da violação do direito à saúde não deve depender do concreto modo de lesão que se tiver verificado⁶⁷. Contra a tese que criticamos pode dizer-se que ela incorre na injustificada tendência para sujeitar o direito à saúde psíquica a uma tutela menos extensa do que aquela que é reconhecida a outros direitos absolutos, não apenas no campo patrimonial⁶⁸, mas também no

(n. 25), p. 124; LANGE/SCHIEMANN (n. 25), p. 149; LOOSCHELDERS, Dirk, *Schuldrecht — Allgemeiner Teil*, 18.^a Ed., München, Vahlen, 2020, p. 382; PALANDT/*Grüneberg*⁷⁴, Vor § 249, Rdr. 40; ERMANN/*Ebert*, Vor §§ 249-253, Rdr. 41 e ss..

⁶² STAUDINGER/*Schiemann* (2017), § 249, Rdr. 46.

⁶³ KARCZEWSKI (n. 26), p. 349; A. SPICKHOFF, *Karlsruher Forum 2007: Folgenrechnung im Schadensersatzrecht: Gründe und Grenzen*, VVG, 2008, p. 54; FISCHER (n. 25), pp. 108 e ss.; WALDKIRCH, (n. 58), p. 366; SOERGEL/*Ekkenga/Kuntz*¹³, Vor § 249, Rdr. 156; STAUDINGER/*Schiemann* (2017), § 249, Rdr. 44 (a tese do BGH permite que se adoptem como pressupostos fácticos da decisão judicial construções cientificamente insustentáveis).

⁶⁴ STAUDINGER/*Schiemann* (2017), §249, Rdr. 46.

⁶⁵ DEUTSCH (n. 25), p. 578, vê na posição de excluir a reparação de uma parte significativa dos prejuízos morais como normais nas relações de parentesco um pensamento «condizente com a banalização das perdas que é própria dos tempos de guerra».

⁶⁶ LUCKEY (n. 22), p. 4.

⁶⁷ STAUDINGER/*Schiemann* (2017), § 249, Rdr. 46.

⁶⁸ W. DÄUBLER, «Sachen und Menschen im Schadensrecht», *NJW*, 1999, pp. 1611-2; LUCKEY, (n. 22), p. 4: se, no caso da perda do «filho predilecto» do direito da obrigação de indemnizar — o automóvel — o lesado tem direito a ser compensado pela perda temporária da possibilidade de utilização (dano de privação de uso), é difícil afirmar, num sistema coerente, que a perda — definitiva — da companhia ou de uma relação plena com uma pessoa próxima deva ser considerada como um sacrifício normal e tolerável. E, conforme nota, DEUTSCH (n. 25), p. 578, o dano patrimonial que a vítima viesse a sofrer em consequência do abalo psíquico não deixaria

próprio domínio particular da saúde⁶⁹. O argumento de que o desenvolvimento da patologia se inscreve na zona dos «riscos gerais da vida» levaria a excluir a responsabilidade por qualquer dano resultante da lesão à saúde, pois que o facto de a doença ter ou não uma origem orgânica ou biológica é, de todo em todo, indiferente para decidir acerca da «natureza» dos riscos lesivos e da sua atribuição ao lesante ou ao lesado⁷⁰.

Não se deixa de notar que, no tocante às lesões psíquicas provocadas directamente ao credor da indemnização (hipóteses frequentes, por exemplo, no domínio da responsabilidade médica), colocam-se frequentemente as mesmas dificuldades de prova quanto à existência de uma lesão psíquica, sem que essa circunstância deva, por si, excluir a responsabilidade ou limitá-la às patologias que qualquer um valorasse como particularmente gravosas⁷¹. Não se vê, por isso, como poderia ser outra a solução a reservar aos casos em que a doença tivesse origem num abalo ou perturbação provocada pela lesão de um terceiro: o facto de a perturbação psíquica ter sido causada de uma forma mediata é, só por si, irrelevante, uma vez que os danos indirectos não deixam de dever ser ressarcidos, contanto que se estabeleça entre eles e o facto lesivo um nexo de imputação. Tão-pouco se pode argumentar em favor da introdução de um elemento restritivo afirmando que, sem ele, se daria proteção às vítimas com uma «sensibilidade extremada», atribuindo-se-lhes uma compensação pelas agruras e sofrimentos que são normalmente associados a qualquer acontecimento infeliz ou trágico, que qualquer um tem de suportar. Alguns replicam com a regra segundo a qual o lesado deve aceitar a vítima no estado em que ela se encontrar⁷². Mesmo que se não veja nesta regra uma orientação apta a resolver o problema do cômputo do dever de indemnizar, não deixará de dizer-se que a necessidade de não onerar o lesante com o dever de compensar os danos resultantes de uma doença psíquica de todo em todo improvável ou imprevisível

de dever ser integralmente ressarcível, ao contrário do dano de choque primário, por ficar aquém da gravidade perceptível segundo as concepções do tráfico.

⁶⁹ SOERGEL/*Ekkenga/Kuntz*¹³, Vor § 249, Rdr. 157: o argumento de que o lesante não pode contar com o risco de um terceiro adoecer em consequência da lesão infligida noutro participante não procede e levaria, em coerência, a valorar como não reparáveis muitos dos danos tipicamente resultantes de um acidente de viação (não é excluída a imputação do dano resultante da integridade física daquele que tem o infortúnio de estar a passar perto do acidente quando é atingido por uma peça de um automóvel que se soltara com a colisão). LARENZ, Karl/ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I/2, 13.^a Ed., München, C. H. Beck, 1994, pp. 381.

⁷⁰ De resto, é questionável se faria sentido fazer uma distinção a partir da origem orgânica ou meramente psíquica da patologia, uma vez que parece aceitar-se que muitas (senão todas) as patologias psíquicas têm também uma causa ou componente orgânica: TEICHMANN (n. 24), p. 1157.

⁷¹ STAUDINGER/*Schiemann* (2017), § 249, Rdr. 45. O próprio BGH tem afirmado que a violação do direito à saúde psíquica do lesado não pressupõe a existência de uma lesão orgânica ou de uma manifestação somática, desde que a perturbação seja identificável clinicamente como uma doença e haja a convicção razoável de que ela não teria ocorrido sem o facto lesivo: decisões de 2-Out.-1990, *VersR*, 1991, pp. 432 e ss., de 30-Abr.-1996, *BGHZ*, 132, pp. 341 e ss., de 4-Abr.-1989, *VersR*, 1989, pp. 853 e ss., de 9-Abr.-1991, *VersR*, 1991, pp. 704 e ss..

⁷² STAUDINGER/*Schiemann* (2017), § 249, Rdr. 45.

encontra resposta ao nível da causalidade, por via da exclusão da imputação, ou pela atenuação excepcional da indemnização em caso de mera culpa (art. 494.º); não pela restrição do conceito de violação do direito de outrem ou pela defesa de uma conceito de doença psíquica diverso daquele que é consensualmente aceite na medicina.

A jurisprudência mais recente do BGH parece, de resto, ter recebido estas críticas⁷³, passando a aceitar que qualquer perturbação classificada como doença psíquica constitui, sem mais, uma violação do direito à saúde para efeitos da aplicação do § 823 (1) do BGB⁷⁴.

⁷³ DIEDERICHSEN, Angela, «"Angehörigenschmerzensgeld": Für und Wider», *Deutsches Autorecht*, 2011, pp. 122-4, *Id.*, «Angehöriger von Unfallopfern», *NJW*, 2013, pp. 641-8.

⁷⁴ Na Decisão de 20-Mai.-2014, *BGHZ*, 201, pp. 263 e ss., o BGH foi chamado a pronunciar-se sobre um interessante caso: a autora havia sido informada pelo médico do ex-marido, e a pedido deste, de que padecia de uma doença degenerativa no cérebro; por se tratar de uma doença com uma elevada probabilidade de ser herdada geneticamente, a autora passou a viver aterrorizada pelo pensamento de que os seus filhos pudessem vir a desenvolver a mesma patologia. Não sendo possível realizar exames genéticos que pudessem comprovar a predisposição genética para contrair a doença (entre outras razões, porque o consentimento para esses exames só poderia, na falta de sintomatologia específica, ser prestado pelo próprio e os filhos ainda eram menores), a autora desenvolveu um quadro depressivo e de perturbação do sono, que alega ter-se devido à informação prestada pelo médico, que entendia ser uma violação do direito geral de personalidade. O BGH excluiu a existência de uma lesão deste direito, não só porque o direito geral de personalidade apenas tutela o interesse na ignorância sobre a identidade genética do próprio e não de terceiros, mas também porque, no caso, a doença do ex-marido não deixaria se ser por si conhecida mais tarde (comportamento lícito alternativo). Reconheceu-se, no entanto, a violação do direito à saúde, para o que não seria necessário mais do que a identificação de uma doença mental atestada por um médico. A pretensão indemnizatória acabou por ser julgada improcedente, mas por se entender faltar o nexo de imputação, aferido pelo escopo da norma violada: o dever de respeito pela saúde psíquica de terceiros não visa proteger o titular do direito de informações relativas ao estado de saúde de terceiros ou à possibilidade de estes virem a desenvolver certa doença, tratando-se este de um risco geral da vida. Noutra Decisão, esta de 27-Jan.-2015, *NJW*, 2015, pp. 1451 e ss., o autor pedia uma compensação pelos danos não patrimoniais associados à perturbação do *stress* agudo motivado pelo facto de ter assistido ao acidente de viação que atingira fatalmente a sua mulher, que conduzia um motociclo atrás do seu e que, por pouco, também não o atingiu: o lesado ficou emocionalmente incapacitado para continuar a exercer a sua profissão de camionista e viu-se forçado a mudar de residência; o BGH reconheceu o direito à indemnização, afirmando que o facto de o autor ter presenciado pessoalmente o acidente, e também o de ele próprio ter corrido perigo para a sua vida, tornavam compreensível o seu transtorno, que se presumia ter uma intensidade maior do que nos casos em que o conhecimento do falecimento da vítima primária é indirecto. Recusando este último argumento, v. THORA, Cornelius Maria, «Schockschaden durch Unfalltod naher Angehöriger», *NJW*, 2015, pp. 1451-3. Pouco tempo depois, na Decisão de 10-Fev.-2015, *NJW*, 2015, pp. 2246 e ss., o Tribunal Federal alemão foi chamado a apreciar o pedido de indemnização por danos morais que a autora alegava ter sofrido depois de ter sido alertada pelos vizinhos que o seu filho de quatro anos havia sido atropelado na rua, enquanto jogava futebol; em consequência do trauma e do sofrimento motivado pelas lesões corpóreas do filho (fractura do fémur, *commotio cerebri* e laceração da parte posterior da cabeça), a autora desenvolveu uma perturbação de *stress* pós-traumático e uma anorexia nervosa; o BGH entendeu que os danos superavam o limiar de gravidade de que dependia a sua compensação e que deviam ser imputados ao responsável pelo atropelamento, reconhecendo apenas que, por um lado, o dano em causa não deveria, em rigor, ser atribuído à perturbação de *stress* pós-traumático, uma vez que a autora não presenciara pessoal e directamente o facto lesivo e que, por outro, os danos decorrentes da anorexia não deveriam ser integralmente ressarcidos, uma vez que a autora interrompera a terapia e a não realizara tratamento adequado para este tipo de patologia, o que configurava

III. No Direito português, tem aplicação a mesma regra que vimos valer na ordem jurídica alemã. A mera suportação de um prejuízo não patrimonial, como a situação de tristeza ou angústia, não é suficiente para justificar um dever de indemnizar. Em contrapartida, a ocorrência de uma perturbação com o desvalor de uma doença psíquica, à luz dos padrões aceites internacionalmente, como o DMS-V ou o ICD-10, constitui uma lesão do direito à saúde para o efeito do preenchimento da ilicitude aquiliana (arts. 70.º/1 e 483.º/1)⁷⁵. Em face da lei portuguesa, torna-se particularmente claro que o ilícito delitual não depende da gravidade da lesão infligida, uma vez que esta exigência se reporta apenas ao dano não patrimonial, como pressuposto da sua tutela compensatória (art. 496.º/1)⁷⁶. Nessa perspectiva, uma doença psíquica pode provocar um sofrimento ou um grau de incapacidade mais ou menos acentuado, mas também pode provocar danos que se contenham aquém do limiar de gravidade que a lei estabelece como pressuposto do dever de indemnizar. Em função da dimensão e da extensão do dano, mas também da ponderação conjugada com outros elementos de justiça, como o grau de culpa do lesante (arts. 496.º/4 e 494.º), a pretensão compensatória será maior ou menor, senão dever mesmo ser excluída.

IV. A violação do direito à saúde psíquica pode ter uma diferente natureza e assumir diferentes graus de gravidade. A perturbação pode traduzir-se numa depressão profunda, que suprima totalmente a capacidade da pessoa para conduzir a sua vida profissional e relacional ou possa mesmo propiciar pensamentos suicidas, mas não tem de atingir esse grau extremo de gravidade para ser valorada como a violação de um direito à saúde. Isso constituiria uma outra manifestação de um tratamento de desfavor da saúde psíquica relativamente à saúde «corpórea», mas também relativamente à violação das situações jurídicas patrimoniais, como é o caso paradigmático da lesão da propriedade.

uma contribuição «culposa» para o agravamento dos danos. Este entendimento mais amplexivo quanto à tutela do direito à saúde psíquica foi, depois, estendido ao domínio da responsabilidade médica (Decisão do BGH de 21-Mai.-2019, *BGHZ*, 222, pp. 125 e ss.: depressão e perturbação da ansiedade com significativas queixas psico-somáticas, motivadas pelo falecimento do marido, vítima de uma peritonite causada por uma perfuração do intestino durante uma colonoscopia), dos danos sofridos por membros das forças de segurança ou prestadores de auxílio (Decisão do BGH de 8-Dez.-2020, *BGHZ*, 228, pp. 265 e ss.: a perturbação sofrida por um polícia durante uma operação, apesar de constituir, por um lado, a concretização do risco assumido com o exercício da profissão, não deixa, por outro, de poder constituir um dano não patrimonial indemnizável, quando, apesar da existência de treino e formação adequados e da maior robustez emocional que é de esperar de um polícia, não deixe de se desenvolver numa doença mental, como o stress pós-traumático ou uma fobia motivada por uma agressão que coloca o agente numa situação de incapacidade para continuar a sua profissão; e v. igualmente a Decisão de 17-Abr.-2018, *BGHZ*, 218, pp. 220 e ss., com anot. favorável de G. SCHIEMANN, «Schadensersatzpflicht bei psychischer Gesundheitsbeeinträchtigung eines Beamten nach Polizeieinsatz», *JZ*, 2019, pp. 101-4).

⁷⁵ MÜNCHKOMM/Oetker⁶, § 249, Rdr. 150; STAUDINGER/Schiemann (2017), § 249, Rdr. 45; SOERGEL/*Ekkenge/Kuntz*¹³, Vor § 249, Rdr. 156.

⁷⁶ A necessidade de distinguir entre a violação do direito (o «ilícito»), ou a parte dele que se reporta a um «resultado») e o dano, não deve, quanto a nós, deixar de fazer-se também no domínio dos danos não patrimoniais.

Pode perguntar-se qual deve ser o âmbito da competência decisória do tribunal para conhecer da existência de uma lesão psíquica. Neste ponto, não vemos razão para não acolher a solução que, em geral, se segue sempre que o tribunal tiver que proferir uma decisão sobre um facto que pertença ao domínio de um conhecimento técnico especializado. A prova pericial deve ser livremente apreciada pelo tribunal, o que significa que o tribunal pode decidir de modo diverso, desde que observe o dever de fundamentação. Este dever, por incidir sobre uma matéria que não domina, surge como particularmente oneroso e, não raro, pressupõe apoio num relatório provindo de um outro perito ao qual se atribui criticamente uma superior força de convencimento⁷⁷.

V. Questão diversa é a de saber se se deve exigir como pressuposto do direito à compensação do dano a existência de um diagnóstico médico ou mesmo de realização de tratamentos psicológicos ou psiquiátricos⁷⁸. Neste ponto, supomos dever ser feita uma distinção. No plano da *prova* da existência de uma patologia psíquica, não deve ser dispensada a existência de um parecer técnico feito por um médico especializado. Nada obsta a que esse parecer seja efectuado algum tempo depois do evento traumático, depois de os sintomas da doença começarem a manifestar-se⁷⁹, ou mesmo depois de estes terem cessado, tendo o médico, neste caso, de ser coadjuvado pela prova dos sintomas ou comportamentos do lesado à data em que a pretensa patologia se tiver manifestado. A ausência de um diagnóstico mais precoce ou do tratamento adequado só relevam para atenuar ou mesmo para excluir o dever de indemnizar se, e na medida em que essa ausência resultar de uma omissão «culposa» do lesado (art. 570.º/1)⁸⁰. Determinante para saber se se verifica uma lesão delitualmente relevante não é tanto a questão de saber se o lesado recebeu algum tipo de tratamento, mas antes a de saber se se encontra (ou se se encontrava ao tempo do período lesivo) numa situação de *necessidade* de tratamento, motivada por uma depressão ou

⁷⁷ FISCHER (n. 25), pp. 107-8.

⁷⁸ FISCHER (n. 25), pp. 108-9.

⁷⁹ Uma das manifestações da gravidade da lesão é, justamente, a circunstância de ela perdurar além de um período considerado como razoável ou normal para a superação do sofrimento provocado pela lesão de um familiar próximo: as Decisões do KG de 10-Nov.-1997, *NZV*, 1999, pp. 329 e ss., e do OLG de Karlsruhe de 18-11-2011, *NZV*, 2012, pp. 41 e ss..

⁸⁰ A qual, em nossa opinião, não envolve apenas uma contribuição causal pelo lesado, mas um comportamento incompatível com uma ideia de auto-responsabilidade, revelador da falta de uma diligência nos assuntos próprios a ponto de tornar materialmente justificada a atenuação do dever de indemnizar. A tese segundo a qual a culpa do lesado no agravamento dos danos se reconduz ao problema geral de uma alocação valorativamente ajustada das consequências da lesão, defendida entre nós (v., desenvolvidamente, PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 643 e ss.), é comprovada, entre outros argumentos, pela justeza de se considerar argumentos relativos às razões do lesado para não ter realizado o tratamento (como um erro desculpável sobre a situação de doença ou a sua gravidade ou a ausência de capacidade económica para suportar os custos do tratamento). Nesse sentido também a Decisão do BGH de 10-Fev.-2015, anteriormente citada.

um esgotamento nervoso⁸¹. A existência de um tratamento psiquiátrico, seja ambulatorio, seja em regime de internamento, não deixa de constituir, ainda assim, um indício favorável à existência de uma patologia psíquica⁸², do mesmo modo que a ausência de tratamento é susceptível de indiciar a inexistência de uma tal patologia ou a existência de uma lesão insuficientemente grave⁸³. Em ambos os casos, deve admitir-se a formação de uma convicção em sentido contrário, contanto que justificada⁸⁴.

4.2. O sofrimento moral e o limite da gravidade do dano não patrimonial

I. Quanto à *gravidade do dano*, cumpre sublinhar a ausência de critérios seguros, tanto para afirmar a superação do limiar de relevância que é pressuposto pela lei, quanto para fixar o *quantum* da compensação correspondente. O recurso, pelo decisor, à ponderação de um conjunto heterogéneo de argumentos, no âmbito de uma «discricionariedade vinculada», nada tem de verdadeiramente singular, pois essa é uma circunstância que ocorre sempre que há que avaliar a compensabilidade de um dano não patrimonial. Não deixamos, contudo, de sublinhar três aspectos fundamentais. O primeiro é o de que a identificação de uma doença mental pressupõe alguma forma de afectação da pessoa, seja de um ponto de vista *psicológico* (como a prevalência de pensamentos ou emoções perturbadoras do bem-estar individual), seja *social* (por exemplo, na perda da alegria de viver, da autoestima ou nas dificuldades de gestão do humor que levam ao isolamento social), ou mesmo *bio-físico* (pense-se, por exemplo, nas repercussões mais gerais para a saúde de uma anorexia nervosa ou da dependência do álcool ou estupefacientes, desenvolvida por um episódio traumático, mas também nas alterações químicas no cérebro motivadas por uma depressão ou uma perturbação da ansiedade crónicas). Estas situações serão, em regra, já reveladoras de um prejuízo relevante, sendo porventura susceptíveis de ser enquadradas na categoria do «dano biológico», para quem aceitar a figura⁸⁵. Seja

⁸¹ A jurisprudência alemã nem sempre tem tratado de uma forma uniforme o problema: nesse sentido, a decisão do LG de Oldenburg de 10-Mai.-1995, ZFS, 1995, pp. 372 e ss. V. FISCHER (n. 25), pp. 92-3, com outras indicações jurisprudenciais.

⁸² Assim, na Decisão do OLG de Oldenburg de 1-Dez.-1998, NJWRR, 1999, p. 820 (internamento durante vários meses motivado por uma depressão, conseqüente à comunicação da perda de uma filha adoptiva).

⁸³ Decisões do OLG Köln de 24-Out.-1980, VersR, 1982, pp. 558 e ss., do OLG Hamm de 10-Mar.-1997 NJW-RR, 1999, pp. 1048 e ss., do OLG de Karlsruhe de 198-Out.-2011, NZV, 2012, pp. 41 e ss..

⁸⁴ Mesmo quem, como FISCHER (n. 25), p. 93, considere a sujeição da vítima a um plano de tratamento como um «critério forte» ou argumento conclusivo em favor da responsabilidade, não deixa de ressaltar as hipóteses de um diagnóstico defeituoso ou de uma inadequada terapêutica (por exemplo, medicamentosa).

⁸⁵ TRIGO (n. 49), pp. 163 e ss.. Em Itália, ROSSETTI, Marco, *Il danno alla salute*, 2.^a Ed., CEDAM, 2017, pp. 951 e ss..

como for, os danos sofridos pela pessoa podem ser mais ou menos extensos, em razão da intensidade ou da duração da perda de bem-estar psicológico, mas também da intensidade ou da duração das *perturbações funcionais*, como a perda ou diminuição da capacidade para assegurar o cumprimento de deveres familiares ou profissionais, para praticar as actividades de lazer habituais ou, mesmo, para assegurar as necessidades essenciais a uma normal condução da vida quotidiana.

II. O segundo aspecto a que pretendemos aludir é o de que não parece adequado adoptar-se um *critério excessivamente restritivo* no reconhecimento da gravidade do dano resultante das lesões à saúde psíquica. A verificação de alguma das afectações funcionais que acabámos de referir constitui, quanto a nós, um dano cuja gravidade o torna merecedor de reparação. A hipótese de cingir a responsabilidade às hipóteses mais extremas, dos danos mais graves, da doença crónica ou totalmente incapacitante, não seria a solução mais justa, tão-pouco a mais coerente com o nosso sistema.

III. Em terceiro lugar, pode verificar-se a situação, por assim dizer, inversa daquela que acabamos de retratar: a de um sofrimento que não assuma a gravidade suficiente para se concretizar numa lesão à saúde, mas que, ainda assim, *seja grave a ponto de justificar, por si, o direito à reparação*. Estas são as verdadeiras hipóteses de um dano de terceiro, a que corresponde o n.º 2 do art. 496.º. Ali, a ausência de um ilícito relativamente ao credor da indemnização é «compensada» pela existência de uma especial relação de proximidade existencial com a «vítima primária» para o efeito de justificar um direito à satisfação do dano do dano, que também aqui se pode manifestar de várias formas além do sofrimento psicológico. Não sendo este o lugar para avançarmos no caminho trepidante da delimitação entre o «dano moral» e o «dano existencial», não deixamos de notar que nenhuma razão obriga a supor que só o prejuízo do sofrimento moral, como a dor do luto, contaria como um dano não patrimonial merecedor de compensação. Pelo contrário, na ausência de uma restrição legal (semelhante àquela que, por exemplo, se encontra no § 844 (3) do BGB), deve supor-se que todos os interesses não patrimoniais devem ser compensados em dinheiro, desde que a não satisfação desses interesses se tenha ficado a dever à circunstância de ter sido atingida uma relação existencialmente significativa para o lesado e que o dano que dela resulte tenha a gravidade que justifique o dever de indemnizar. Um resultado desse tipo pode provir de qualquer forma de projecção no bem-estar do lesado da perda da relação existencialmente significativa: a perda da capacidade de comunicação ou da partilha de memórias, a quebra de uma relação de afecto plena, a perda da capacidade reprodutiva ou da funcionalidade sexual, mas também o agravamento dos encargos familiares ou a renúncia forçada a actividades futuras (patrimoniais ou não). Em causa estão todas as formas possíveis da afectação da existência concreta que dependem da vida em relação e que, entre nós, foram precursoramente relatadas por CARNEIRO DA FRADA.

IV. O resultado a que chegamos é tributário do *princípio geral* favorável à compensabilidade pecuniária dos danos não patrimoniais⁸⁶. Um princípio que se manifesta com maior intensidade no tocante aos danos não patrimoniais emergentes da lesão de bens da personalidade⁸⁷, e que propiciou um terreno favorável ao desenvolvimento dogmático da tutela da dimensão imaterial da pessoa⁸⁸, mas que não deixa de se colocar, também, no domínio das lesões de bens patrimoniais, nem tal restrição encontraria, de resto, apoio na nossa lei. Esta circunstância transparece da jurisprudência actual em matérias muito diversas, desde as relações de vizinhança⁸⁹ ao reconhecimento do prejuízo das «férias arruinadas»⁹⁰, no ressarcimento do dano de privação de uso e, em geral, da não obtenção do gozo ou do desfrute de determinadas situações jurídicas (patrimoniais)⁹¹, ou no não cumprimento de obrigações dirigidas à satisfação de finalidades imateriais do credor⁹².

⁸⁶ BARBOSA (n. 9), p. 302; FERNANDES, Maria Gabriela Páris, Anot. Art. 496.º, J. BRANDÃO PROENÇA (Coord.), *Comentário...*, cit., p. 355.

⁸⁷ A título meramente exemplificativo, SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995, pp. 455 e ss.; CORDEIRO (n. 9), pp. 409 e ss.; FRADA (n. 11), pp. 47 e ss.; MATOS, Filipe Albuquerque de, «Comemoração dos 50 anos do Código Civil Português — tutela da personalidade e responsabilidade civil», A. PINTO MONTEIRO (Coord.), *50 Anos do Código Civil — Em Homenagem aos Professores Doutores Vaz Serra, Antunes Varela e Rui de Alarcão*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 145-170 (e já em momento anterior, ID., «Tutela da personalidade e responsabilidade civil», *RLJ*, 147 (2017), pp. 10-25, ID., «A Compensação dos Danos Não Patrimoniais no Código Civil de 1966», MAFALDA MIRANDA BARBOSA/F. MUNIZ (Org.), *Responsabilidade Civil. Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil*, Instituto Jurídico — FDUC, Coimbra, 2017, pp. 31-60).

⁸⁸ Cf., por todos, CORDEIRO (n. 9), pp. 410-1; FRADA (n. 11), pp. 51-3.

⁸⁹ Por ex., o Ac. de 13-Abr.-2010 (Fonseca Ramos), Proc. n.º 109/2002.C1.S1: os proprietários do imóvel afectado por escavações do prédio vizinho têm direito a serem compensados, não apenas pelas perturbações causadas pelas obras, mas também pela perda das comodidades inerentes à vivência no seu reduto e aos dissabores de terem de mudar por diversas vezes de habitação.

⁹⁰ A título exemplificativo, o Acórdão do TRPt. de 5-Fev.-2002 (Mário Cruz), pp. 205 e ss., e o Acórdão do TRG de 5-Fev.-2003 (Manso Rainho), *CJ*, 2002, pp. 288 e ss..

⁹¹ V., entre muitos, o Acórdão do STJ de 3-Abr.-2003 (Quirino Soares), Proc. n.º 03B809: a imobilização do automóvel comprado aos réus em consequência de um acidente provocado por um defeito de funcionamento deu origem a «privações, preocupações, arrelias e incómodos», com relevância suficiente para justificar a compensação.

⁹² A título meramente exemplificativo, os Acórdãos do STJ de 4-Jun.-1974 (Bogarim Guedes), *BMJ*, 238 (1974), pp. 204 e ss. (entendendo constituir um dano não patrimonial merecedor de compensação a perda repentina da habitação, motivada por facto culposo do senhorio, quando o inquilino se vê impossibilitado de encontrar outra no mesmo local, onde criara o seu centro de vida), de 26-Jun.-2008 (Santos Bernardino), Proc. n.º 08B628 (outro caso de incumprimento de contrato de arrendamento de imóvel para habitação, em que a privação do locado originou, para os arrendatários com idade avançada e que ali habitavam há muitos anos, incómodos e sofrimento psicológico, por terem deixado de poder usufruir do recheio da habitação e de terem deixado de conviver tanto tempo com os netos), de 24-Set.-2009 (Maria dos Prazeres Beleza), Proc. n.º 09B0368 (a existência de defeitos no imóvel vendido aos lesados foi causa de infiltrações, que provocaram sérias perturbações ao funcionamento da vida familiar, e de 14-Jul.-2016 (Fernanda Isabel Pereira), Proc. n.º 1047/12.0TVPR.T.P1.S1 (entrega de um terreno com dimensões inferiores ao acordado: a necessidade de desocupação de parte do terreno correspondente ao logradouro, onde os compradores tencionavam construir uma piscina e um jardim para desfrute dos filhos, não dá apenas lugar ao direito à redução do preço nos termos do art. 911.º, mas constitui também um dano moral indemnizável, pelo desgosto que se prende com a frustração

V. Um outro argumento sistemático em favor do merecimento de protecção do dano de choque retira-se do art. 493.º-A, que prevê o direito do proprietário de animal de companhia a uma «*indenização adequada pelo desgosto ou sofrimento moral*» provocado pela lesão de que tenha provindo a morte, a privação de importante órgão ou membro ou a afectação grave e permanente da sua capacidade de locomoção. Sem prejuízo das críticas que justificadamente podem ser dirigidas ao preceito, de estarem ainda por determinar as suas repercussões sobre a dogmática geral da obrigação de indemnização e de, conforme tem sido salientado, de não se poder extrair dele, de forma automática, um direito à reparação⁹³, a solução não pode deixar de ser considerada na apreciação do problema que nos ocupa. Com efeito, há entre os dois problemas uma semelhança que não pode ser questionada e que se projecta em duas dimensões distintas. Trata-se, em ambos os casos, de um dano que assume uma natureza não patrimonial e, mais concretamente, se traduz numa forma de sofrimento moral. Em segundo lugar, num caso e no outro o sofrimento moral é provocado por uma lesão primária, infligida num ente diverso da pessoa prejudicada. Uma primeira diferença consiste, evidentemente, na circunstância de o problema que estamos a analisar neste texto respeitar ao dano resultante da lesão grave

de expectativas e do malogro de um projecto para a sua vida familiar), de 18-Fev.-2014 (Ana Paula Boularot), Proc. n.º 1373/03.9TCGMR.G1.S1 (incumprimento de contrato de empreitada). Com mais referências, PEREIRA, Rui Soares, *A responsabilidade por danos não patrimoniais do incumprimento das obrigações no direito civil português*, Coimbra, Coimbra Ed., 2009, pp. 259 e ss.; PEDRO, Rute Teixeira, «Da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no direito português: a emergência de uma nova expressão compensatória da pessoa», *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 681-712 (pp. 684 e ss.); PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de cumprimento e não cumprimento de obrigações*, 2.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 301 e ss..

⁹³ Decerto que a superação do crivo do merecimento de protecção deste tipo de interesses, e da intensidade mínima do dano, estarão dependentes da valoração de elementos contingentes (FERNANDES, Maria Gabriela Páris, Anot. Art. 493.º-A, J. BRANDÃO PROENÇA (Coord.), *Comentário...*, cit., p. 332, a propósito dos critérios de cômputo da compensação, ex vi art. 496.º/4, refere «o maior ou menor laço de afeição que se tenha estabelecido com o animal», e que pode variar, designadamente, com as características da espécie do animal, da «duração desses laços» ou «das condições particulares da vida familiar e do proprietário do animal») como aqueles que relevam para aferir a relação de estima ou de afeição pelo animal, mas isso em nada difere da «dependência contextual» que é natural à aferição da «relação de valor» entre uma pessoa e um estado de coisas determinado de que precede o dano (patrimonial ou não patrimonial). A principal crítica de fundo que pode dirigir-se ao legislador é a de que esta previsão é, em rigor, desnecessária em face da cláusula geral de compensação do dano não patrimonial (PEDRO (n. 92), p. 709, n. 95), razoavelmente aferido a partir de bitolas objectivas, e que a sua sujeição directa à norma do art. 496.º/1 teria, de resto, a vantagem, pertinentemente sublinhada por FERNANDES, Maria Gabriela Páris, Anot. Art. 493.º-A, J. BRANDÃO PROENÇA (Coord.), *Comentário...*, cit., pp. 330-1, de eleger como critério primordial para a atribuição do dano não patrimonial o *valor de afeição* atingido, à semelhança do que vigora no art. 43 (1) do Código das Obrigações suíço, em lugar do tipo ou gravidade da ofensa dirigida ao animal: de resto, pensamos que a leitura sistematicamente integrada do art. 493.º-A permite obviar às soluções injustas e incoerentes de recusar qualquer compensação quando o sofrimento ou abalo emocional do proprietário provinha de uma lesão que não se traduzia na privação de um órgão ou membro ou da afectação da sua capacidade de locomoção (nos exemplos dados pela Autora, as hipóteses de subnutrição ou desidratação do animal). Sublinhando também o relevo metodológico do art. 493.º-A para o alargamento da tutela dos interesses não patrimoniais no nosso Direito, PROENÇA (n. 92), p. 303.

provocada a uma pessoa, enquanto a hipótese do art. 493.º-A se refere ao dano proveniente da lesão grave de um animal de companhia. O sofrimento moral resultante da morte ou lesão grave de um animal de companhia — supomos como boa a restrição: com o qual o proprietário haja estabelecido uma relação de afecto profundo — é valorado como grave a ponto de justificar o dever de indemnizar. Pergunta-se, então: num sistema onde vigore semelhante regra, pode o sofrimento moral, quando motivado pela morte ou pela lesão grave de uma pessoa, ser valorado como indiferente ou desmerecedor do direito à compensação? Supomos que a resposta só possa ser negativa. A solução contrária conduziria ao resultado grotesco de se elevar a relação entre uma pessoa e um animal de companhia a um patamar de dignidade superior àquele se concederia à relação entre duas pessoas, aceitando-se que a afectação do primeiro tipo de relações seja idónea a prejudicar o bem-estar psíquico da pessoa a ponto de justificar a responsabilidade, mas já não assim no caso de ser afectada uma relação do segundo tipo. Poder-se-ia contra-argumentar, salientando que, na hipótese do art. 493.º-A, haveria a violação do direito próprio do lesado — o direito de propriedade — e que o direito à compensação seria dirigido à satisfação do especial valor de uso (mais rigorosamente, no interesse na afeição) do objecto mediato desse direito. O argumento não deixaria de improceder. Conforme temos vindo a defender, o titular do direito à reparação também pode surgir como titular de um direito violado, o direito à saúde psíquica. A recusa do direito à compensação seria, então, *duplamente inconsistente* com as postulações axiológico-materiais da ordem jurídica. Não só concederia à propriedade uma tutela mais intensa do que aquela que é reconhecida à personalidade, mas admitiria que o dano resultante da perda ou diminuição do valor de afeição no objecto do direito tivesse uma gravidade superior ao sofrimento moral emergente de uma lesão da saúde psíquica. O facto de essa solução não parecer aceitável permite, pois, encontrar no art. 493.º-A uma conexão de sentido forte com a tese que aceita a compensação dos danos não patrimoniais, como a angústia e o sofrimento moral, quando motivados pela morte, mas também pela lesão grave à saúde de uma pessoa com quem tiver sido estabelecida uma relação de afecto profundo.

§5. A RELEVÂNCIA DE UMA ESPECIAL RELAÇÃO DE PROXIMIDADE EXISTENCIAL ENTRE O CREDOR E A «VÍTIMA PRIMÁRIA»

I. Da analogia com a hipótese prevista no art. 493.º-A já se poderia concluir não ser pressuposto do direito à compensação a existência de uma relação de parentesco entre o titular do direito à indemnização e a «vítima primária» e, por maioria de razão, a existência de uma relação de parentesco que se subsumisse a alguma daquelas que se encontram no n.º 2 do art. 496.º. A restrição da titularidade do direito à indemnização aos familiares referidos naquele preceito, bem como, em geral, qualquer tentativa de delimitar de forma apriorística e abstracta o círculo dos titulares do direito à compensação só pode ser justificada no con-

texto de uma abordagem do problema que assuma como ponto de partida a necessidade de fixar um limite ao ressarcimento dos danos não patrimoniais, em lugar da necessidade de fixar, a montante, o critério que legitime o dever de indemnizar esses danos. Ora, de acordo com o modelo dualista que supomos ser aquele que resulta do Direito positivo português, haverá que distinguir consoante esteja em causa a compensação do dano psíquico ou a compensação do dano decorrente da lesão de uma pessoa próxima.

II. No caso do *dano psíquico*, as razões determinantes para a constituição do crédito indemnizatório devem ser procuradas na esfera da respectivo credor, que é a «vítima secundária», e não na esfera da «vítima primária»⁹⁴. Segundo esta perspectiva, haverá que recusar um «privilégio de parentesco» («*Angehörigensprivileg*»)⁹⁵, uma vez que o fundamento do direito à reparação está na violação ilícita do direito à saúde psíquica e “o grau de parentesco” não é, segundo os conhecimentos das ciências médicas, uma categoria cientificamente operativa para identificar uma lesão deste tipo⁹⁶.

III. A dispensa de uma relação de proximidade entre o lesado e a pessoa directamente ofendida é particularmente evidente nos casos em que o primeiro tiver sido chamado a *intervir* ou a *participar*, de forma *peçoal* e *directa*, no próprio facto lesivo. A natureza e o alcance da participação que a vítima do dano de choque tem de assumir por forma a legitimar o seu direito à compensação tem, contudo, sido entendida de forma muito diversificada.

No Direito alemão, a questão tem passado essencialmente por restringir o direito à indemnização aos participantes no acidente, excluindo-o no caso das testemunhas, com base no argumento de que a percepção de um evento traumático constitui a mera concretização do «risco geral da vida» e que, de todo o modo, essa experiência traumática poderia ter sido evitada caso a testemunha se tivesse mantido distante do lugar do acidente. O Tribunal Federal alemão tem concretizado a noção de «participante no facto lesivo» com base na fórmula segundo a qual merece essa qualificação aquele que tiver sido exposto ao acidente, que nele tiver participado, voluntariamente ou por força do facto lesivo⁹⁷. Se, por um lado, esta orientação se basta com a mera existência de um dano psíquico, sem que haja necessidade de o lesado ter sofrido alguma lesão corpórea em consequência do acidente, ainda assim exige-se que, pelo menos, o mesmo tenha sido exposto ao perigo de uma lesão desse tipo⁹⁸. Por essa ordem

⁹⁴ STAUDINGER/*Schiemann* (2017), § 249, Rdr. 46.

⁹⁵ SCHUBERT (n. 25), p. 69; MÜNCHKOMM/*Oetker*⁶, § 249, Rdr. 153.

⁹⁶ STAUDINGER/*Schiemann* (2017), § 249, Rdr. 46; SOERGEL/*Ekkenga/Kuntz*¹³, Vor § 249, Rdr. 157.

⁹⁷ Esta posição foi assumida pela primeira vez na Decisão do BGH de 12-Nov.-1985, *NJW*, 1986, pp. 777 e ss. FISCHER (n. 25), pp. 118 e ss..

⁹⁸ A decisão citada na nota anterior recaiu sobre um caso interessante: durante uma viagem numa auto-estrada, o passageiro que circulava ao lado do condutor deixou escapar um papel, que o vento levou até ao separador central entre as faixas de rodagem; depois de ter saído do veículo, enquanto tentava alcançá-lo, foi mortalmente atropelado pelo autor, que conduzia a uma velo-

de razões, tem-se entendido que não há lugar a qualquer indemnização quando o credor não tiver chegado a sofrer o risco de uma lesão física, se por exemplo, não se chegou a realizar a tentativa de salvamento projectada por causa de um incêndio⁹⁹, ou se foi possível fazer um desvio do acidente a tempo, ou se o acidente tiver resultado num embate na parte traseira do seu veículo¹⁰⁰, e ainda que o facto lesivo tiver comprovadamente constituído a causa de uma perturbação de *stress* traumático¹⁰¹. Este entendimento tem sido objecto de críticas pela doutrina que, por um lado, denuncia o carácter formalista de se considerar nestes casos a vítima como uma mera testemunha e não como um verdadeiro participante e, sobretudo, a ausência de uma justificação bastante para se desconsiderar nelas a violação do direito à saúde psíquica. O facto de a pessoa não ter chegado a correr o risco de ficar fisicamente magoada, não significa que não tenha corrido um perigo lesivo para a sua saúde, o qual se veio a concretizar no ilícito concretamente verificado. Apesar de ter permanecido fisicamente ileso, também aquele que é obrigado a vivenciar o episódio trágico para um terceiro desconhecido se pode dizer ter sido «arrastado contra a sua vontade para o acidente». A sua qualidade de lesado depende, por isso, apenas da questão de saber se dessa experiência resultou a suportação de uma perturbação clinicamente identificável como uma doença psíquica, nos termos que anteriormente

cidade adequada e com todos os cuidados exigidos. Além de alguns males físicos, como uma ligeira lesão na coluna cervical, o autor ficou a padecer de uma depressão depois do acidente, reclamando aos herdeiros da vítima mortal uma compensação pelos danos não patrimoniais que sofrera em consequência disso. Os réus contestaram, alegando, entre outras razões, que não se poderia dizer que o comportamento do *de cuius* violara algum direito do autor além da integridade física: relativamente ao sofrimento que o autor alegara ter sofrido, a conduta da pessoa falecida seria permitida, uma vez que, no limite, a vítima poderia ter cometido livremente o suicídio. O BGH rejeitou, no entanto, esse argumento, considerando que a conduta da pessoa atropelada só poderia ser valorada como lícita (não ilícita) relativamente ao pedido de indemnização de que ela fosse titular (e, mesmo aí, porventura, convocando as regras sobre a culpa do lesado), mas já teria de ser valorada como ilícita da perspectiva do direito à indemnização do autor, uma vez que dela resultara a violação de um direito absoluto: o direito à autolesão não poderia significar o direito a fazer de outrem um participante num acontecimento lesivo.

⁹⁹ Assim acontecia na Decisão do BGH de 22-Mai.-2007, *BGHZ*, 172, pp. 263 e ss.: dois agentes das forças de segurança são chamados ao local de um acidente na auto-estrada, resultante de uma colisão frontal entre dois veículos, tendo, aí, deparado com o cenário horrendo de uma família de quatro pessoas a morrerem carbonizadas por um incêndio que deflagrara num veículo onde circulavam. Os dois agentes ficaram a padecer de uma perturbação de *stress* pós-traumático que os deixou numa situação de incapacidade para o trabalho durante vários meses. Perante o pedido de indemnização dirigido contra a seguradora do automobilista que conduzia em sentido contrário, o BGH entendeu que o mesmo carecia de fundamento, uma vez que o testemunho do acidente constituía um «risco geral da vida» e, além disso, a concretização do risco profissional específico das forças de segurança, o qual ainda compreende o risco de experienciar este tipo de acontecimentos trágicos e de suportar os constrangimentos psicológicos e emocionais que lhe estão normalmente associados.

¹⁰⁰ FISCHER (n. 25), p. 119, que cita a Decisão do LG Magdeburg de 14-Mar.-2007, a que não pudemos aceder.

¹⁰¹ Caso fosse de aceitar tal restrição, haveria que recusar o direito à compensação em todos os casos em que o dano de choque não estivesse estritamente ligado à lesão física do próprio, mas antes decorresse da experiência do acontecimento causador do sofrimento de outrem, conforme o próprio BGH já havia reconhecido, por ex., na Decisão de 12-Nov.-1985.

analisámos¹⁰². O direito à reparação pode, de resto, ser reconhecido à luz deste critério quanto aos autores de uma tentativa de salvamento, como agentes de polícia, bombeiros, médicos intensivistas — também eles «participantes forçados» ou, pelo menos, «motivados» pelo facto lesivo — sem que, naturalmente se pressuponha qualquer relação pré-existente com a «vítima primária»¹⁰³.

IV. Estas reflexões que acabámos de expor são inteiramente pertinentes em face do Direito português. A relação de especial proximidade existencial entre a «vítima primária» e a «secundária» parece ser necessária para aceitar o direito à indemnização da segunda quando esta tiver ficado a padecer de uma perturbação psíquica relevante em consequência do facto lesivo. Poderia dizer-se, com OETKER, que em geral é mais fácil justificar o direito à indemnização quanto mais directo tiver sido o conhecimento do facto lesivo pela «vítima secundária»¹⁰⁴. Em qualquer caso, o modo de conhecimento do facto lesivo apenas releva dogmáticamente para afirmar um diferente *grau de intensidade do nexó de imputação* entre esse facto e o dano resultante da lesão à saúde¹⁰⁵. Por outras palavras, não é que uma relação de especial proximidade existencial

¹⁰² É por esta razão, aliás, que muitos admitem que também a própria qualificação como «participante» ou «testemunha» é irrelevante para aferir a qualidade de titular do direito à indemnização: tudo consiste em saber se o facto que origina o acidente se pode dizer ter violado o direito à saúde dessa pessoa (preenchimento do tipo de ilícito) e se entre esse facto e esta lesão se pode estabelecer um nexó de imputação. DEUTSCH, Erwin, «Schmerzensgeld und Genugtuung», *JuS*, 1969, pp. 197-204 (p. 200); FISCHER, (n. 25), pp. 148-9 (o único aspecto a ter em consideração é o de saber se o dano de choque se compreende no dever de segurança no tráfego que tiver sido concretamente violado e, no caso dos acidentes de viação, esse dever dirige-se ainda à prevenção dos abalos psíquicos que possam resultar de um acidente para qualquer participante no tráfego); MÜNCHKOMM/Oetker⁸, § 249, Rdr. 153, LANGE/SCHIEMANN, (n. 25), p. 150; WALDKIRCH (n. 58), p. 363; STAUDINGER/Schiemann (2017), § 249, Rdr. 46; SOERGEL/Ekkenga/Kuntz¹³, Vor § 249, Rdr. 157 (nenhum participante no tráfego pode refugiar-se de forma bem sucedida do risco de se ver exposto aos efeitos perturbadores de um acidente e, por outro lado, esse risco não deixa de ser imputável àquele que tiver culposamente causado o acidente ou que explore a fonte de perigos que está na sua origem).

¹⁰³ Reconhece-se, no entanto, que a reparação do dano psíquico dependerá, nestes casos, de ponderações específicas. V., entre outros, HELDERMANN, Guido, *Schadensersatz für Schockschäden dritter im Vergleich des deutschen Rechts gemäss § 823 I BGB zum englischen bzw. irischen Recht*, Diss., 2004, pp. 117 e ss.; FISCHER (n. 25), pp. 120 e ss.. A atribuição de uma indemnização será menos contestável nos casos do auxílio prestado espontaneamente, sobretudo se for por pessoa não habilitada profissionalmente: mesmo que o prestador de auxílio não tenha chegado a correr perigo (por exemplo, chegou ao local depois do acidente ter ocorrido) e ainda que o fim prosseguido não se tenha verificado (a vítima a socorrer já havia falecido). A solução será mais controversa na hipótese do auxílio profissional, embora também aqui não seja de excluir a indemnização em todas as situações, designadamente, quando a perturbação psíquica tiver resultado de um risco que já não esteja coberto pela assunção voluntária da tarefa do profissional ou que exceda o limite dos constrangimentos que é razoável suportarem no cumprimento do seu dever, tendo em conta também as circunstâncias do caso, como o grau de formação técnica e profissional do lesado, a sua experiência e o facto de já ter vivido outros acontecimentos traumáticos, a natureza e a previsibilidade do facto perturbador, entre outros.

¹⁰⁴ MÜNCHKOMM/Oetker⁸, § 249, Rdr. 153 (comparando a testemunha do acidente com a pessoa que toma conhecimento dele através de uma notícia num jornal); um tanto na mesma linha, LANGE/SCHIEMANN (n. 25), pp. 149-150; WALDKIRCH, (n. 58), p. 368.

¹⁰⁵ STAUDINGER/Schiemann (2017), § 249, Rdr. 46.

com a «vítima primária» seja um pressuposto indispensável do direito à indemnização. O que se verifica é que, sem participação ou testemunho directo do facto lesivo, das duas uma. Ou existe uma relação especial de amor e afecto que torne justificável a existência de uma perturbação psíquica ou esta, mesmo que se verifique, não será uma reacção valorada como compreensível ou justificável em face do facto lesivo praticado.

V. Diversamente, caso esteja em causa a compensação do *dano existencial decorrente da lesão de outrem*, já deve ser exigida como pressuposto do crédito indemnizatório a existência de uma determinada relação com a «vítima primária». Neste plano, mesmo perante a formulação do art. 496.º/2 e os seus antecedentes históricos, não se deve cingir uma relação desse tipo às relações de parentesco mencionadas naquele preceito. É esse o entendimento dominante no Direito alemão, mesmo antes da introdução do § 844 (3) do BGB¹⁰⁶. Determinante é apenas que entre ambas exista uma relação próxima de afecto, ou uma especial relação de proximidade¹⁰⁷, que seja susceptível de justificar a imputação do dano de choque ao autor do facto lesivo¹⁰⁸. A jurisprudência, embora continue a apelar ao conceito de «familiar próximo»¹⁰⁹, e a reconhecer sempre como titular do crédito indemnizatório o cônjuge¹¹⁰, o parceiro numa parceria de vida registada¹¹¹, os pais¹¹² e os filhos¹¹³, em muitos casos também os irmãos¹¹⁴, vem revelando uma abertura crescente, reconhecendo o direito aos unidos de facto¹¹⁵, aos nubentes¹¹⁶, às pessoas separadas de facto¹¹⁷. Quanto a ascendentes em segundo grau, a outros parentes, ao padrasto¹¹⁸, ao namorado¹¹⁹, a indemni-

¹⁰⁶ Além dos Autores citados nas n. anteriores, VON HIPPEL (n. 31), pp. 1890 e ss.; LANGE/SCHIEMANN (n. 25), p. 149; KARCZEWSKI (n. 26), pp. 353 e ss.; HELDERMANN (n. 103), pp. 102 e ss.; ERMANN/*Ebert*, §§ 249-253, Rdr. 53-4.

¹⁰⁷ MÜNCHKOMM/*Wagner*⁷, § 823, Rdr. 191.

¹⁰⁸ SCHUBERT (n. 25), *loc. cit.*; também SPICKHOFF, (n. 63), pp. 57 e ss..

¹⁰⁹ Concordante, DEUTSCH (n. 25), *cit.*, p. 579, por entender o direito à reparação do dano de choque como um sucedâneo funcional do dano moral dos familiares da vítima («*Angehörigenschmerzensgeld*»).

¹¹⁰ V. a Decisão do BGH de 11-Mai.-1971, já citada, e a de 5-Fev.-1985, BGHZ, 93, pp. 351 e ss..

¹¹¹ HELDERMANN (n. 103), p. 115; FISCHER (n. 25), p. 115.

¹¹² V. já a Decisão do *Reichsgericht* de 21-Set.-1931, RGZ, 133, pp. 270 e ss.; KARCZEWSKI (n. 26), *cit.*, p. 355; FISCHER (n. 25), p. 116. Reconhecendo também a indemnização ao pai adoptivo, a Decisão do OLG Oldenburg de 1-Dez.-1998, NJW-RR, 1998, pp. 820 e ss..

¹¹³ V., por exemplo, a Decisão do OLG Bamberg de 12-Ago.-2014, NJW-RR, 2015, pp. 404 e ss.; KARCZEWSKI (n. 26), p. 355; FISCHER (n. 25), p. 116.

¹¹⁴ Aceitando a solução quando os irmãos partilharem a mesma casa de morada de família, FISCHER (n. 25), p. 117; contra, KARCZEWSKI (n. 26), p. 355.

¹¹⁵ V. a Decisão do OLG Köln de 16-Set.-2010, VersR, 2010, pp. 674 e ss.; DEUTSCH (n. 25), p. 579; LANGE/SCHIEMANN (n. 25), p. 149; BEHR (n. 41), p. 245; MÜNCHKOMM/*Oetker*⁸, § 249, Rdr. 153.

¹¹⁶ LANGE/SCHIEMANN (n. 25), p. 149; FISCHER (n. 25) p. 115; MÜNCHKOMM/*Oetker*⁸, § 249, Rdr. 153.

¹¹⁷ Decisão do OLG Karlsruhe de 18-Out.-2011, NZV, 2012, pp. 41 e ss.: a relação de especial proximidade pode subsistir à separação, pelo que a perturbação sofrida com a morte do cônjuge não deve ser considerada atípica ou anormal, embora a separação possa ser tida em conta no cálculo da prestação compensatória.

¹¹⁸ V. a Decisão do LG de Münster de 23-Nov.-1965, VersR, 1965, pp. 501 e ss.: desde que exista uma relação de suficiente proximidade emocional com o enteado atingido pela lesão.

¹¹⁹ Considerando o ponto discutível, e indicando decisões desencontradas, MÜNCHKOMM/*Oetker*⁸, § 249, Rdr. 153.

zação não se encontra sempre excluída, embora a especial relação de afecto não deva ser, então, presumida. Já relativamente a amigos, ainda próximos, ou colegas de trabalho, a orientação dominante parece ser aquela que não aceita a responsabilidade¹²⁰.

O que acaba de afirmar-se permite, assim, emprestar um sentido útil aos n.ºs 2 e 3 do art. 496.º, ainda que não coincidente com as coordenadas histórico-subjectivas do preceito. Em face de uma das relações de parentesco aí referidas e, bem assim, na união de facto¹²¹, será de presumir a existência da relação de amor e afecto que torna justificada a compensação pelo dano do sofrimento moral do credor, ainda que este não tenha dado lugar a uma patologia psíquica¹²². Trata-se de uma presunção ilidível, pois, conforme tem sido reconhecido, não haverá lugar à responsabilidade quando, ainda que exista a relação de parentesco, a ela não corresponda uma efectiva relação de proximidade existencial¹²³. Ao mesmo tempo, será possível demonstrar a existência de uma relação dessa natureza com uma pessoa com outro grau de parentesco ou com um não familiar, como o noivo ou o namorado.

§6. A CAUSALIDADE PSÍQUICA: O CARÁCTER RAZOÁVEL DA LESÃO, A RELEVÂNCIA DA FRAGILIDADE DA CONSTITUIÇÃO PSÍQUICA DO LESADO E O PAPEL A ATRIBUIR À VIOLAÇÃO DE UM DIREITO DA «VÍTIMA PRIMÁRIA»

I. Também ao nível do apuramento do nexu imputacional se tornam visíveis as distinções a fazer consoante a espécie do dano moral «da vítima secundária». O estabelecimento do nexu causal não suscita dificuldades particulares quando estiver em causa o dano não patrimonial da perda da vida em relação. O aspecto essencial nesse plano é o da imputação ao lesante do evento lesivo primário — a morte ou a lesão grave da «vítima primária». Com o risco de uma lesão deste tipo causar um sofrimento moral a um terceiro todos os participantes no tráfego devem contar quando criam ou assumem uma fonte de perigo para a vida de outrem¹²⁴.

¹²⁰ KARCZEWSKI (n. 26), p. 360; FISCHER (n. 25), p. 117.

¹²¹ CORDEIRO (n. 25), *cit.*, p. 519.

¹²² CORDEIRO (n. 25), p. 519 (com o exemplo: «uma criança é abandonada pelos pais, sendo recolhida pelos avós; pessoas imputáveis matam-na; o desgosto é, todo, dos avós: vai-se atribuir a indemnização aos pais? Porque não aos avós se é esse (e é) o espírito da lei?»); BARBOSA (n. 9), pp. 314 e 316 (embora a Autora justifique a solução com a tese de que «a delimitação dos titulares do direito à compensação dos danos se deve operar por via da concretização do conceito de ilícito por referência ao direito geral de personalidade»). Contra, LEITÃO (n. 9), *cit.*, p. 339, considerando a enumeração taxativa e não susceptível de aplicação analógica.

¹²³ BARBOSA (n. 9), p. 314 (restrição teleológica do art. 496.º/2).

¹²⁴ LARENZ/ CANARIS (n. 69), p. 380; BARBOSA (n. 9), p. 317.

II. A aferição do nexo imputacional quanto ao «dano de choque» suscita, porém, dificuldades de outro tipo. Estamos no domínio próprio da chamada *causalidade psíquica*, uma vez que entre o facto lesivo e o dano interpõe-se necessariamente uma reacção interna, bio-psicológica da própria vítima¹²⁵. O mesmo acontecimento pode ser praticamente indolor para determinada pessoa e, para outra, motivar um sofrimento moral profundo e prolongado. É assim porque o desenvolvimento da perturbação psíquica depende, de forma decisiva, da constituição e da robustez emocional da própria vítima, da sua história de vida e das experiências que a enformam, da sua circunstância e das relações que estabeleceu com terceiros, da sua profissão e, em geral, do seu modo de vida, mas também da predisposição que tiver para o desenvolvimento de doenças psíquicas ou mesmo da existência de um historial de patologias deste tipo. O facto de o juízo sobre a violação do direito estar, assim, mais dependente da constituição individual do lesado do que em lesões de outro tipo poderia sugerir que a protecção da saúde psíquica seria, de algum modo, mais controlável pelo lesado do que a saúde corpórea ou biológica, inscrevendo-se, por isso mesmo na sua zona de riscos próprios¹²⁶. Estas são as razões que estão na base da ideia segundo a qual a imputação do dano psíquico deveria ser negada ou, pelo menos, restringida às hipóteses em que para ele não tivesse contribuído uma fragilidade do próprio¹²⁷.

Supomos, porém, que o princípio da equivalência entre a protecção da integridade física e a protecção da saúde corpórea, que temos vindo a seguir, deva igualmente ser aplicado no domínio do nexo de causalidade. Decerto que os danos excluídos do fim de protecção da norma violada não serão imputáveis ao lesante. Não vemos, no entanto, qualquer razão para considerar ser esse o caso do dano psíquico, inclusivamente, do dano psíquico resultante do choque da notícia da morte ou da doença grave da «vítima primária»¹²⁸. As soluções materialmente adequadas podem ser prestadas pelo critério geralmente proposto para resolver os problemas da causalidade psíquica, e que consiste em

¹²⁵ Sobre a causalidade psíquica v., por exemplo, MEDICUS, Dieter, «Die psychisch vermittelte Kausalität im Zivilrecht», *JuS*, 2005, pp.289-296; entre nós, desenvolvidamente, BARBOSA, Mafalda Miranda, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, II, Cascais, Principia, 2013, pp. 1000 e ss.; PEREIRA, Maria de Lurdes, *A indemnização das despesas inutilizadas na responsabilidade obrigacional*, Lisboa, Gestlegal, 2020, pp. 520 e ss..

¹²⁶ A questão coloca-se, sobretudo, quanto à ressarcibilidade dos danos sofridos por vítimas mais frágeis, com historial clínico ou predisposição para o desenvolvimento de patologias psíquicas, argumentando-se que, quando a elas, a doença se deve a um «princípio danoso» que é independente do facto lesivo ou que ela se teria desenvolvido posteriormente ou por outra razão, ainda que aquele facto não tivesse ocorrido. BRAND, Oliver, «Schockschäden, Angehörigenschmerzensgeld und der Dritte Weg», *Festschrift für Lothar Jaeger zum 75. Geburtstag*, Luchterhand, 2014, 191-206 (p. 195).

¹²⁷ BRAND (n. 126), pp. 191 e ss., Id., *Schadensersatzrecht*, 2.ª Ed., München, C. H. Beck, 2015, p. 39, mostra-se céptico quanto à imputação do dano de choque causado a terceiro (uma «solução de recurso»), argumentando que, por essa via, se discriminaríamos aqueles que tivessem a coragem e a capacidade para superar os infortúnios do destino, ao mesmo tempo que se atribuía ao lesado uma espécie de prémio pela fraqueza.

¹²⁸ MÜCHKOMM/Oetker[®], § 249, Rdr. 152.

indagar sobre se a reacção (no caso, do lesado) deve ser valorada como *razoável* ou *materialmente adequada* em face do comportamento lesivo assumido pelo lesante. A lesão psíquica será imputável ao lesante quando o facto lesivo dever ser uma causa razoável («*nachvollziehbar Anlass*») ou, de acordo com outra formulação, quando puder ser vista como compreensível aos olhos de uma pessoa de sensibilidade média¹²⁹. À luz deste critério, é efectivamente de ausência de imputação que se trata nos casos em que a perturbação só possa ser devida a uma sensibilidade extrema da vítima (como a depressão induzida pelo acidente que envolve a estrela da televisão ou do desporto ou pela notícia do falecimento do vizinho)¹³⁰. O mesmo não parece verificar-se quando existir apenas uma ductilidade particular da vítima ou uma predisposição para desenvolver certa patologia (como uma depressão ou uma anorexia nervosa) que contribui para o surgimento ou para o agravamento da doença. Nestas últimas hipóteses, não deve o lesante deixar de responder pelo dano real que tiver provocado, uma vez que a predisposição danosa pode não vir a concretizar-se; e mesmo que haja razões para supor que assim possa suceder, haverá, em princípio, que tratar o caso como uma causa virtual ou hipotética irrelevante para excluir a indemnização. Embora esse não seja um entendimento unânime, a especial fragilidade psíquica ou emocional da vítima não deve ser entendida como um «facto culposo» do lesado (art. 570.º), embora possa justificar a atenuação do dever de indemnizar, em caso de mera culpa do lesante e nos quadros de uma ponderação conjunta com as outras circunstâncias relevantes do caso (arts. 496.º/4 e 494.º).

III. A fórmula da razoabilidade objectiva da reacção da vítima constitui um caso especial do problema da responsabilidade fundada na violação de deveres de segurança no tráfego. Não surpreende, por isso, que para a sua concretização venham sendo apresentados modelos com base no chamado «sistema móvel»¹³¹, à luz dos quais o surgimento de um dever de segurança depende da ponderação de um conjunto aberto de elementos ou razões de justiça¹³². O dano psíquico será tão mais «compreensível» quanto mais próxima a relação, ou mais profundos os laços de afecto entre ambos. No caso dos participantes directos e das testemunhas, o dano psíquico será tão mais justificável quanto maior for a

¹²⁹ LANGE/SCHIEMANN (n. 25), p. 150; MÜNCHKOMM/Wagner⁷, § 823, Rdr. 191; MÜNCHKOMM/Oetker⁸, § 249, Rdr. 155. No sentido do texto, v., com desenvolvimento, WALDKIRCH (n. 58), pp. 358 e ss. Contra o critério, TEICHMANN (n. 24), p. 1158; STAUDINGER/Schiemann (2017), § 249, Rdr. 46.

¹³⁰ WALDKIRCH (n. 58), pp. 370 e ss., funda essa solução no princípio da confiança — a confiança do terceiro na protecção contra os sortilégios normais da vida não seria merecedora de protecção — que estaria na base do dever de segurança para a saúde psíquica. É com essa justificação que o Autor já admita um dever de segurança quando o agente conhecer ou dever conhecer a especial fragilidade da vítima.

¹³¹ Entre nós, ATAÍDE, Rui de Mascarenhas, *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 653 e ss.; FIGUEIREDO, Isabel Mousinho de, *Responsabilidade do Supervisor*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 149 e ss..

¹³² WALDKIRCH (n. 58), pp. 369 e ss.; FISCHER (n. 25), pp. 209 e ss..

proximidade com o facto lesivo e mais impressionante ou perturbador tiver sido este facto ou as suas consequências para as «vítimas primárias».

É também na perspectiva do nexu imputacional que deve ser equacionada a relevância da *lesão da vítima primária*. Em nossa opinião, a violação do direito da «vítima primária» não constitui propriamente um pressuposto do direito à compensação pelo dano psíquico da «vítima secundária», mas antes um *indício* quanto ao carácter justificado ou compreensível do dano que se tiver verificado. Poder-se-á dizer que, sem outras considerações, o nexu de imputação será, à partida, tão mais intenso quanto mais grave tiver sido a lesão dirigida à vítima primária. Isso não pode significar, conforme resulta do entendimento expressado no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 6/2014, que só a lesão de que tenha resultado a morte torna merecedor de reparação o dano moral da pessoa existencialmente próxima. Não seria adequado fazer depender a compensação pelo dano psíquico do resultado da lesão provocada na «vítima primária», o qual pode não ser conhecido no momento em que tiver de ser apreciada a pretensão indemnizatória, ao que acresce que a lesão que tiver afectado de forma séria a vítima primária para o resto da sua vida pode ter motivado na «vítima secundária» um sofrimento moral tão ou mais profundo do que uma lesão mortal¹³³.

Poderia pensar-se que, tendo a lesão da saúde da vítima primária sido pouco grave (por exemplo, fractura de um braço de um filho), a perturbação psíquica teria de ser valorada como não justificada ou irrazoável¹³⁴. Pode duvidar-se, porém, da correcção deste ponto de vista: a mera colocação da «vítima primária» em perigo de uma lesão grave pode constituir uma causa propícia ao dano psíquico de um terceiro¹³⁵. Ou nem isso: basta que na «vítima secundária» tenha sido motivado o receio de que um terceiro sofra uma lesão grave¹³⁶. Este ponto merece ser sublinhado, pois que ele atesta o carácter autónomo do direito à compensação do dano de choque. Uma vez que o fundamento do direito à indemnização reside na perturbação motivada pelo receio que outra pessoa sofra uma lesão grave, o aspecto decisivo não deve ser o de saber se essa lesão chegou a concretizar-se ou não, mas antes o de saber se aquele receio era justificado, se justificada é a perturbação interna que se lhe seguiu e se são graves, a ponto de merecerem reparação, os danos que resultaram da perda da saúde psíquica.

¹³³ LANGE/SCHIEMANN (n. 25), p. 150; SCHUBERT (n. 25), p. 70; FISCHER (n. 25), p. 152; MÜNCHKOMM/Oetker⁸, § 249, Rdr. 154.

¹³⁴ KARCEWSKI (n. 26), p. 375; HELDERMANN (103), p. 147; FISCHER (n. 25), p. 152.

¹³⁵ WALDKIRCH (n. 58), pp. 359 e ss..

¹³⁶ Pense-se, novamente, no exemplo do falso diagnóstico de uma doença grave a uma pessoa próxima da vítima do dano psíquico. Em rigor, deve reconhecer-se que não é pressuposto do direito da «vítima secundária» a existência de uma «primária». O que já pode afirmar-se é que, existindo esta, o comportamento do lesante tem de revelar-se ilícito quanto a ela, criando o risco lesivo de um direito seu, para que se verifique o ilícito na esfera da «vítima secundária». BICK (n. 61), p. 182; WALDKIRCH (n. 58), p. 359.

§7. A EXCLUSÃO OU A LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDEMNIZAR COM FUNDAMENTO NA CULPA DO LESADO: EM ESPECIAL, A RELEVÂNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DA «VÍTIMA PRIMÁRIA» PARA O DANO NÃO PATRIMONIAL SOFRIDO PELA «VÍTIMA SECUNDÁRIA»

I. Uma última questão consiste em saber se a «culpa» da «vítima primária» justifica a redução ou a exclusão da compensação devida à «vítima secundária» pelo dano resultante da lesão psíquica.

II. A compreensão deste dano como um «dano de terceiro» ou «em ricochete» levaria a concluir afirmativamente, uma vez que as excepções que o lesante pudesse invocar contra o titular da pretensão primária principal não poderiam deixar de onerar o crédito emergente da relação dependente ou acessória. A orientação favorável à consideração da culpa da vítima primária tem também sido defendida no contexto da tese da autonomia do direito à compensação do dano psíquico, entre outras razões¹³⁷, com o argumento de que a relação especial de amor e afecto implica, em coerência, uma relação de comunhão de riscos¹³⁸. Assim, a redução ou a exclusão do dever de indemnizar, embora não resultando em rigor do preenchimento da previsão da norma relativa à culpa do lesado, corresponderia ainda à ideia regulativa geral que a fundamentava, fosse esta entendida como a repartição equitativa ou o princípio da boa fé¹³⁹.

A maioria dos defensores da tese da autonomia sustenta, contudo, que o crédito à reparação se constitui na esfera da vítima secundária em consequência da violação de um direito subjectivo próprio, sendo, por isso, indiferente a contribuição da «vítima primária» para o acidente¹⁴⁰. Esta não deixava de figurar perante o titular do direito à compensação como um terceiro e a exclusão ou diminuição da responsabilidade com fundamento num comportamento de terceiro só

¹³⁷ O *Reichsgericht* chegou a defender que o § 846 do BGB que explicitamente admite a relevância da culpa do lesado na compensação de danos patrimoniais de terceiro, fosse aplicado analogicamente ao dano psíquico de familiar em caso de culpa da vítima primária, mesmo reconhecendo que a situação era estruturalmente diversa (dano próprio e de cariz não patrimonial). Em sentido favorável, LOOSCHELDERS, Dirk, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p. 541. O BGH veio, entretanto, rejeitar esse entendimento, na Decisão de 11-Mai.-1971, anteriormente citada, justamente por entender que a diferença entre as duas situações não permitia uma analogia.

¹³⁸ V. Decisão do BGH de 11-Mai.-1971, inscrevendo a culpa do parente próximo na esfera da própria vítima, alegando também que o dano poderia ser provocado licitamente em virtude de um comportamento autolesivo do primeiro.

¹³⁹ SCHRAMM, Annina, *Haftung für Tötung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 161 e ss.; KÖTZ/WAGNER (n. 25), p. 303. Posição diversa tem DEUTSCH (n. 25), p. 369, que entende que há lugar à compensação parcial do crédito indemnizatório com o direito próprio da vítima primária à reparação e que lhe é transmitido por via sucessória. V. a crítica de MÜNCHKOMM/Oetker⁶, § 249, Rdr. 150, de que assim se penaliza o lesado duas vezes, uma na qualidade de vítima do dano psíquico, outra na qualidade de herdeiro.

¹⁴⁰ DEUBNER, Karl, «Rechtsanwendung und Billigkeitsbekenntnis», *JuS*, 1971, pp. 622-6 (pp. 625-6); STAUDINGER/*Schiemann* (2017), § 249, Rdr. 45 (mas v., aparentemente no sentido favorável à compensação, § 254, Rdr. 110).

poderia ter lugar nos casos previstos na lei, como o da culpa dos representantes legais ou auxiliares do lesado (cf., entre nós, o art. 572.º)¹⁴¹.

Segundo uma terceira posição, a «culpa» da «vítima primária» assumiria um duplo relevo: em sentido impróprio, como «culpa do lesado» (art. 570.º) relativamente ao direito que a própria dispõe contra o lesante; em sentido próprio, por referência ao direito da «vítima primária», na medida em que a omissão do cuidado com os próprios bens teria contribuído indirectamente para o abalo e a ofensa à saúde psíquica de quem lhe estava existencialmente mais próximo. Nesta perspectiva, o lesante e a vítima primária seriam ambos autores de um comportamento lesivo, respondendo solidariamente pelo «dano de choque». No entanto, a existência de uma excepção relativamente à vítima primária — como a observância do cuidado nos assuntos próprios ou o exercício de um direito ou de uma liberdade (de auto-colocação em risco, por exemplo), não deveria deixar de ser tida em conta nas relações externas entre o lesante e a «vítima secundária», levando à redução da responsabilidade na proporção da contribuição da «primária» para o dano psíquico¹⁴².

Por fim, uma quarta posição sustenta que a relevância da culpa da vítima primária depende da natureza da pretensão compensatória do credor. Ela não deveria ser tida em conta quando a pretensão se fundasse num «dano de choque» próprio da «vítima secundária», devendo valer a posição contrária quando estivesse em causa o dano da perda da vida em relação, uma vez que o crédito indemnizatório teria, então, uma natureza derivada ou dependente da violação de um direito de terceiro¹⁴³.

III. Uma posição definitiva sobre o problema obrigaria a desenvolvimentos e a diferenciações que não podemos expor de uma forma exauriente nesta sede. Mais relevantes do que a questão formal da natureza ou estrutura do direito à reparação da vítima são as valorações materiais em presença e a sua repercussão na repartição justa do dano entre as partes. De todo o modo, não deixamos de intuir que parece, à partida, justificado distinguir consoante o fundamento do dano esteja na violação do direito próprio à saúde psíquica ou no sofrimento causado pela ruptura de uma relação existencial próxima com um terceiro. A consideração da culpa da vítima primária não parece dever colocar-se nas situações em que o dano psíquico tiver sido provocado pela participação ou envolvimento no acidente, uma vez que, nestes casos, é a própria «vítima primária» que, pela forma como contribui para o evento traumático, acaba por participar na violação do direito à saúde psíquica de um terceiro, sendo essa uma hipótese de plura-

¹⁴¹ KARCZEWSKI (n. 26), pp. 388 e ss..

¹⁴² DEUBNER (n. 140), *loc. cit.*; E. SCHMIDT (n. 25), p. 540; SCHÜNEMANN, Wolfgang, „Mitwirkendes Verschulden“ als Haftungsgrund bei Fernwirkungsschäden», *VersR*, 1978, pp. 116-9; WALDKIRCH (n. 58), p. 359, n. 108; STAUDINGER/*Hager*¹³, § 823, B. 39.

¹⁴³ FISCHER (n. 25), pp. 196 e ss.; MÜNCHKOMM/*Oetker*⁸, § 249, Rdr. 150 e § 254, Rdr. 10. Admitindo a culpa do lesado no âmbito do «*Hinterbliebenengeld*», por ser dano de terceiro, HUBER (n. 44), p. 942; BEHR (n. 41), p. 275.

lidade de responsáveis (art. 497.º)¹⁴⁴. A solução deve valer igualmente no caso de a «vítima primária» ser a única responsável pelo acidente — inclusivamente no caso do suicídio¹⁴⁵ — e independentemente de o participante ou testemunha ser um parente ou uma pessoa existencialmente próxima¹⁴⁶. Nas hipóteses do «dano de perda de uma pessoa próxima», porque o fundamento do dever de indemnizar se localiza na relação com a vítima primária, é de aceitar a relevância da culpa desta para o fim de atenuar ou de excluir a responsabilidade do lesante. Fazemos, apenas notar que, no nosso Direito, não parece existir qualquer óbice metodológico à defesa desta solução, dada a «flexibilidade» aberta pela norma que impõe um cálculo equitativo da compensação por danos não patrimoniais (art. 496.º/4), e que permite atender a «outra circunstância do caso», além das referidas no art. 494.º. Mais controversa, e difícil de resolver, é a questão de saber se, neste último conjunto de hipóteses, a «vítima primária» deve também ser considerada autora de um comportamento lesivo do direito à saúde psíquica da «secundária». A questão convoca um problema de colisão entre a liberdade individual da primeira (a liberdade de autocolocação em risco, senão mesmo o direito à autolesão) e o direito à segurança (para a saúde) da segunda, o qual não parece encontrar respostas válidas num plano puramente abstracto¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Recorde-se a imagem utilizada pelo BGH na Decisão de 12-Nov.-1985, anteriormente citada: ninguém tem o direito a «arrastar outrem» para um evento trágico e traumatizante.

¹⁴⁵ Pense-se nos casos dos maquinistas do comboio ou do metropolitano que assistem ao suicídio de pessoas na linha: na visão de STOLL, Hans, «Selbstimmung und haftungsrechtliche Verantwortung des Suizidenten», P. APATHY *et alii* (Hrsg.), J. Sramek, 2010, pp. 887-904, e de FISCHER (n. 25), pp. 123 e ss., deve reconhecer-se o direito à compensação dos danos decorrentes do stress pós-traumático dos condutores que os colocam numa situação de incapacidade para o trabalho (e que, segundo informam os Autores, a *Deutsche Bahn* optou por não exercer, por motivos de compaixão com os familiares da pessoa falecida), pelo menos nos casos em que o comportamento seja de considerar como livre e não motivado ele próprio por uma doença ou outra causa de desculpa.

¹⁴⁶ WALDKIRCH (n. 58), p. 370, dá o exemplo do activista que, com vista a difundir uma mensagem religiosa ou política, atea fogo em si próprio numa praça pública, horrorizando ou assustando os transeuntes.

¹⁴⁷ Poder-se-ia, com KARCZEWSKI (n. 26), pp. 389-390, alegar que o comportamento da vítima primária jamais poderia ser considerada ilícita, uma vez que, no limite, o mesmo tipo de sofrimento moral poderia ter sido provocado, de forma não proibida, pelo suicídio. Supomos, porém, que o argumento prova demasiado, por entendermos que o suicídio da «vítima primária» possa, pelo menos em certos casos, constituir um comportamento ilícito, se considerado da perspectiva das relações com a «vítima secundária». Pense-se, novamente, nas hipóteses da participação directa e involuntária, por exemplo, no autor de uma operação de salvamento que ficou traumatizado por ter sido confrontado com a morte do suicida. Seria estranho que o direito à compensação fosse reconhecido no caso de a vítima do stress pós-traumático ser um terceiro e já ser negado no caso de se tratar de uma pessoa próxima do suicida, porque as relações de afecto (por maioria de razão, as de família) não justificam uma atenuação dos deveres genéricos de respeito que regem as relações entre os participantes no tráfego. Por outro lado, seria também de duvidosa coerência a solução de admitir o direito à compensação apenas nos casos em que o familiar (ou pessoa próxima) tivesse participado directamente no facto lesivo, uma vez que o fundamento do seu direito não está naquilo que foi percebido pelos seus olhos e ouvidos, mas na provocação do sofrimento moral no outro a ponto de o fazer adoecer. O facto de, no segundo caso, o dano ter sido causado indirectamente, não excluiria a causalidade que, aqui como em geral, pode ser mediata. Não é menos certo que a tese favorável à reparação pressupõe o reconhecimento da existência de um limite do direito à disposição do corpo e da saúde com fundamento na rela-

§8. CONCLUSÕES

Das reflexões que antecedem, podemos retirar as seguintes conclusões principais:

1. O dano não patrimonial fundado na lesão de um bem pessoal de terceiro pode assumir duas configurações diversas: como dano de perda de pessoa existencialmente próxima e como dano resultante da lesão da saúde psíquica. O regime aplicável às duas pretensões compensatórias é diverso, tanto do ponto de vista dos pressupostos como do das respectivas consequências indemnizatórias.
2. A compensação do dano de perda de pessoa próxima tem justificação no sofrimento moral que advém da ruptura de uma relação existencialmente significativa. O direito à compensação pressupõe, por isso, uma especial relação de proximidade, a qual se presume existir nos casos do n.º 2 do art. 496.º, mas que pode igualmente estar presente noutras relações, mesmo não familiares, desde que fundadas em laços de afecto profundo. Exige-se também uma lesão efectiva da pessoa próxima: não só a morte, mas também qualquer lesão grave que se tiver repercutido na relação com o titular do crédito indemnizatório. O sofrimento moral não tem que superar o crivo geral da gravidade do dano (art. 496.º/1): no entanto, o *quantum* da prestação limita-se à quantia adequada ao desagravo da vítima sobrevivente. A culpa da «vítima primária» deve, em regra, ser considerada no cômputo da compensação, como «outra circunstância» relevante no caso (arts. 496.º/4 e 494.º): não tanto por estar em causa a reparação de um dano de terceiro, mas porque à relação de afecto deve corresponder uma relação de partilha de riscos que aproveita ao lesante.
3. A compensação pelo sofrimento moral e pela perda da vida em relação não esgota o âmbito da tutela indemnizatória fundada na lesão de bens pessoais de terceiro. O facto lesivo pode violar o direito à saúde de pessoa diversa daquela que por ele for imediatamente atingida, hipótese em que a titularidade do direito à reparação da primeira se extrai directamente das regras gerais (arts. 70.º, 483.º/1

ção estabelecida com o outro, a quem se prendeu pelos laços mais fortes de uma existência construída em relação. Diga-se, apenas, que, caso se encontre razão para valorar a conduta da vítima não apenas como autolesiva, mas também como heterolesiva, a hipótese será, também aqui, de solidariedade entre responsáveis (art. 497.º), devendo, nas relações internas, ser considerada a relação de afecto como um dos aspectos relevantes para a alocação do dano. Nos casos em que a vítima primária for a única responsável por um acidente de viação, vale o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 12/2014 (Sérgio Gonçalves Poças), Proc. n.º 108/08.4TBMCNP1.S1-A, em que se veio negar às pessoas referidas no art. 496.º/2 o direito a qualquer compensação pelos danos não patrimoniais decorrentes da morte. Trata-se, porém, de um caso em que há «culpa» («negligência») exclusiva da vítima primária e em que o dano da «secundária» é indirecto, não permitindo retirar consequências para situações de outro tipo.

e 496.º/1). Este caso do dano psíquico ou «de choque» não pressupõe qualquer especial relação de proximidade, embora possa ocorrer também no âmbito de uma relação deste tipo. Nestes casos, a especial gravidade do dano resulta do facto de ele decorrer de uma lesão susceptível de ser qualificada como uma perturbação psíquica segundo os critérios da medicina. Os encargos probatórios da «vítima secundária» são maiores nestes casos, devendo a compensação ser tendencialmente fixada em valor superior, em razão da gravidade da patologia e da intensidade e duração do sofrimento por ela causado. O dano psíquico não pressupõe uma lesão grave da vítima primária ou, sequer, que alguma lesão haja efectivamente ocorrido, bastando-se o nexos de imputação com a existência de um motivo justificado ou razoável para o desenvolvimento da perturbação. A causalidade psíquica é tão mais facilmente estabelecida quanto maior for a proximidade em face do facto lesivo: ela pode ser reconhecida a participantes, prestadores de auxílio ou a testemunhas do facto lesivo, mas já pressupõe uma especial relação de proximidade pessoal nos demais casos. A relevância da culpa da «vítima primária» depende do papel que aquela relação for chamada a assumir na justificação do dever de indemnizar, devendo ser recusada na participação ou no testemunho directo do facto lesivo, mas aceite nas hipóteses em que a razão para o desenvolvimento da doença psíquica residir na especial relação de proximidade existencial.