

compilações doutrinais

VERBOJURIDICO

**NOTAS SOBRE O DANO CORPORAL
E A PERÍCIA MÉDICO - LEGAL**

DR. JOSÉ BORGES PINTO

ADVOGADO



verbojuridico[®]

FEVEREIRO 2007

Título: NOTAS SOBRE O DANO CORPORAL E A PERÍCIA MÉDICO-LEGAL

Autor: Dr. José Borges Pinto
Advogado

Data de Publicação: Fevereiro de 2007

Classificação: Direito Civil

Edição: Verbo Jurídico © - www.verbojuridico.pt | .eu | .net | .org | .com.

Nota Legal: Respeite os direitos de autor. É permitida a reprodução exclusivamente para fins pessoais ou académicos. É proibida a reprodução ou difusão com efeitos comerciais, assim como a eliminação da formatação, das referências à autoria e publicação. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens, desde que mencionado o título da obra, o nome do autor e da referência de publicação.



Ficheiro formatado para ser amigo do ambiente. Se precisar de imprimir este documento, sugerimos que o efective frente e verso, assim reduzindo a metade o número de folhas, com benefício para o ambiente. Imprima em primeiro as páginas pares invertendo a ordem de impressão (do fim para o princípio). Após, insira novamente as folhas impressas na impressora e imprima as páginas ímpares pela ordem normal (princípio para o fim).

NOTAS SOBRE O DANO CORPORAL E A PERÍCIA MÉDICO-LEGAL

Por Dr. José Borges Pinto
ADVOGADO

Neste artigo, defendemos os seguintes pontos de vista:

- O dano corporal é uno, quer o facto lesivo seja laboral ou não ; os danos decorrentes deste facto são necessariamente patrimoniais ou não patrimoniais, sendo desnecessário e até inconveniente a assunção de um tertium genus; a avaliação do dano corporal com recurso a uma Tabela ou Bareme específicos para a sua avaliação não dispensa, antes obriga, que se destrince e avalie os prejuízos funcionais que determinam perda da capacidade de ganho dos demais prejuízos psico-somáticos;
- Só os danos não patrimoniais são baremizáveis;
- Os danos patrimoniais apenas podem ser baremizáveis numa perspectiva de “padrão orientador”, pela simples razão de que cabe ao tribunal estabelecer a obrigação de indemnização;
- A perícia médico-legal , na avaliação deste dano, deverá ser uma perícia qualificada , disso dependendo uma adequada e integral reparação;
- O dano futuro deve reflectir, também separadamente, o dano patrimonial e o dano não patrimonial; na valoração do dano patrimonial futuro, o tribunal deverá considerar a idade previsível de reforma como marco temporal, quer a idade de vida activa vá ou não para além da idade de reforma;
- Na valoração do dano não patrimonial futuro, na vertente IPG, deverá considerar a esperança média de vida .

A avaliação pericial do dano corporal, tradicionalmente, tinha em vista a indemnização do lesado com base na perda da capacidade de ganho.

A indemnização substancializava-se na reintegração natural (despesas com assistência médica e medicamentosa), na incapacidade temporária para o trabalho (ITA ou ITP) e na incapacidade permanente (IPP) para a profissão habitual ou para todo e qualquer trabalho (cfr., hoje, os arts. 10º e 17º da Lei nº 100/97 de 13-09).

Todas estas indemnizações eram calculadas com base na Lei de Acidentes do Trabalho e Doenças Profissionais, que previa, inclusive, os coeficientes e o modo de calcular as indemnizações, subsídios e pensões.

O raciocínio era o seguinte: se houve uma lesão, esta originou uma determinada incapacidade para o trabalho; porque o lesado ganhava X por mês, tinha direito aos salários que deixou de receber e ainda ao capital correspondente à perda da capacidade permanente de ganho durante o tempo previsível de vida activa (produtiva) - a idade legal de reforma.

Para avaliar psicossomaticamente o dano corporal – exclusivamente na perspectiva de perda de prejuízo funcional com reflexos na perda da capacidade de ganho – a perícia médico-legal utilizava a tabela nacional de incapacidades prevista para os acidentes laborais (TNI), que quantificava as incapacidades temporárias e o grau de incapacidade permanente (IPP).

Historicamente, como vemos, o dano corporal surgiu ligado aos acidentes de trabalho e, por isso, a lei visava, essencialmente, indemnizar o prejuízo económico que decorria da incapacidade para o trabalho.

Antes da actual lei de Acidentes do Trabalho, a indemnização visava, em exclusivo, indemnizar a perda da capacidade produtiva. O acidentado laboral, de acordo com a filosofia da época e o sistema de valores ínsitos no ordenamento jurídico, era visto essencialmente como um factor de produção (*homo faber e economicus*). O lesado “valia” pela sua capacidade produtiva.

Por sua vez, o empresário, ao pagar um salário, retribuía essa capacidade produtiva. Portanto, se tal capacidade fosse afectada, a indemnização visaria compensar essa medida de capacidade perdida .

Tudo o mais não era valorado.

Na verdade, o estágio de desenvolvimento económico não era favorável ao agravamento dos custos empresariais (apesar do regime legal ser já o do seguro obrigatório). Socialmente, não havia grande sensibilidade aos danos não patrimoniais. Até porque se estava no domínio da responsabilidade civil objectiva, onde tais danos não eram, como não são ainda, valoráveis para efeitos indemnizatórios (496º, nº 3).

A “massificação” dos acidentes de viação e a obrigatoriedade do seguro de responsabilidade civil automóvel tornaram possível (e viável) indemnizações mais consentâneas com os danos efectivamente verificados.

A multiplicação dos riscos da vida moderna trará, cada vez mais, consequências a todos os níveis. Na sociedade contemporânea , mais do que sociedade de risco temos uma sociedade em que o risco é uma certeza.

Não há domínio onde o risco à integridade física e psíquica se não coloque, desde os alimentos, ao ambiente, à mobilidade, ao conforto, enfim a tudo o que nos rodeia e faz parte do nosso viver em sociedade. Muitos destes riscos são já acautelados, quer através de mecanismos de protecção social (seguros obrigatórios, fundos sociais), quer de legislação específica que responsabiliza os agentes (responsabilidade civil do produtor, v.g).

No que concerne ao dano corporal, com a proliferação de danos decorrentes dos acidentes de viação, à indemnização que resultava da perda da capacidade de ganho (avaliada pela tabela de acidentes de trabalho), passou a crescer uma indemnização por danos não patrimoniais (sempre que a responsabilidade se fundasse na culpa).

Fora do âmbito laboral, portanto, ao lesado com danos corporais era atribuída uma indemnização *in natura*, uma indemnização correspondente à perda da capacidade de ganho (ITA ou IPP) com referência ao salário ou rendimento do trabalho e uma compensação por danos não patrimoniais, avaliada de acordo com um duplo critério: o subjectivo, com referência à equidade, e o objectivo, por referência a um dano grave susceptível de merecer a tutela do direito.

A componente danos não patrimoniais, escassa inicialmente (as dores , os sofrimentos, os incómodos) – diríamos que, nesta fase, a tendência jurisprudencial ia no sentido de os danos serem por norma “pouco” graves para merecerem a tutela do direito - , evoluiu com os tempos, alargou-se à medida que os valores sociais foram despertando para novas realidades (o prejuízo de afirmação pessoal, o lazer, o dano estético, a alegria de viver, etc.) – hoje, diremos, que a tendência jurisprudencial, por norma, vai no sentido de quase fazer letra morta da expressão legal “danos graves que mereçam a tutela do direito”.

Apesar desta evolução, a vida diária trouxe “novos” problemas aos tribunais, que não se encaixavam nos moldes indemnizatórios habituais.

Em muitos casos, a resposta era gritantemente inadequada à gravidade do dano.

O que fazer quando o lesado não tinha salário ou rendimento por não desempenhar qualquer actividade a que pudesse ser referenciada uma indemnização com base na incapacidade verificada?

Na verdade, nestes casos o mesmo dano corporal acarretava ou não indemnização consoante se tivesse verificado ou não perda efectiva de ganho: se o lesado tinha salário, havia prejuízo efectivo, se o lesado não tinha salário, tal prejuízo era inexistente. Havia dano corporal, mas não havia prejuízo efectivo, pois o lesado não tinha salário ou qualquer outro rendimento decorrente do trabalho.

Como indemnizar, em geral, quando o lesado não tinha salário, apesar de desenvolver trabalho, v.g., a “dona de casa”?

Como indemnizar quando a pessoa tinha rendimentos próprios que eram independentes da capacidade de ganho (o proprietário)?

Como indemnizar quando o lesado não tinha rendimentos nem qualquer actividade, v.g. “o sem abrigo”?

Como indemnizar o desempregado, o detentor de uma pensão social de pobreza?

Como indemnizar quando o lesado era uma criança, um reformado?

Em casos como estes e vários outros, porque não existiam rendimentos ou porque os rendimentos eram escassos, o dano patrimonial era diminuto ou mesmo inexistente, apesar de, em tese geral, o dano corporal poder ser igual, similar.

Aos olhos de muitos, a TNI para acidentes do trabalho e doenças profissionais parecia ser a responsável por esta visão das coisas, justamente porque ela ressarcia apenas o dano patrimonial decorrente das incapacidades com prejuízo funcional e rebate profissional (perda da capacidade de ganho).

A esta situação acrescia (como ainda hoje cresce) outra: as pequenas indemnizações (até 10% ou 15% de IPP) não originam, em regra, efectivo prejuízo funcional ou perda de capacidade de ganho, o que deveria acarretar, no rigor da lei, a inexistência de dano, portanto a inexistência de indemnização. Seria razoável que este dano ficasse por indemnizar?

Ambas as razões pareciam apontar para uma não sequenciação determinista entre a lesão corporal e a perda da capacidade de ganho, na justa medida em que à lesão não sucedia obrigatoriamente um prejuízo efectivo patrimonial, apesar do indesmentível prejuízo psico-somático, patente e inquestionável na lesão da pessoa.

Creemos que foi neste cadinho de ingredientes que se conceptualizou o dano corporal como entidade *a se stante*, *tertium genus*, a que a jurisprudência mais recente, vem designando como dano biológico, designação de origem italiana.

Tanto mais que, começaram por alegar os defensores deste dano biológico, o comando legal do nosso ordenamento jurídico sobre a indemnização exige uma reparação integral do dano (562º e ss. do CC), situação que se não verifica na lesão corporal em acidente de trabalho, onde a reparação é apenas parcial.

Passou então a falar-se de reparação do dano corporal em direito civil – que deveria ser integral –, para a distinguir da reparação laboral – que seria parcial.

Embora não seja relevante para a substância do que estamos analisando, esta conceptualização que contrapõe a reparação civil integral à reparação laboral parcial, não parece feliz, quer porque a reparação laboral também é civil, quer porque a reparação laboral não deixa de ser integral também, como melhor se compreenderá mais adiante.

Em 1993 surge uma nova tabela de avaliação para os acidentes de trabalho e doenças profissionais (TNI).

Esta nova tabela passou a considerar e relevar aspectos não directamente relacionados com o prejuízo funcional com rebate profissional, como era tradicional.

Nesta tabela a incapacidade é vista não apenas pelo segmento atingido, antes a do indivíduo no seu todo físico e psíquico, por forma a considerar também a capacidade de trabalho disponível (cf. o preâmbulo do DL 341/93 de 30 de Setembro) .

A tabela atribuiu também uma maior liberdade ao perito, permitindo mesmo que em circunstâncias excepcionais pudesse afastar-se dos valores dos coeficientes previstos, desde que o desvio fosse fundamentado.

Passou a valorizar as queixas subjectivas sempre que estas fossem acompanhadas de défices funcionais, tais como a dor e a impotência, e quando tais queixas fossem objectivadas por contractura muscular, por diminuição da força, por hipotrofia, pela pesquisa de reflexos ou por outros exames adequados (cfr. Instruções Gerais da TNI).

Incluiu mesmo *items* que nada tinham a ver com a capacidade produtiva ou com o prejuízo funcional, v.g., a cicatriz não corrigível com o penteado, a calvície, o escalpe (TNI, capítulo II), a fractura ou perda de dentes, a erecção, a perda de testículo, a perturbação orgástica, o desfloramento, entre outros défices (Capítulo XII).

Houve, portanto, uma efectiva evolução, pensando-se cada vez mais no dano à integridade psico-física, sem prejuízo de a componente essencial continuar a ser o prejuízo funcional.

Apesar deste significativo avanço, foi ganhando corpo a ideia de que uma coisa era o dano corporal em reparação civil, outra a reparação do dano em acidente laboral ou doença profissional.

Desta asserção (inquestionável) concluiu-se que o dano corporal civil era um dano diferente do dano corporal laboral, era um dano autónomo, a se stante, um tertium genus (questionável, como veremos).

A ideia central deste entendimento é a de o dano corporal é algo mais do que o dano patrimonial decorrente da perda da capacidade de ganho (IPP) e, como tal, não pode ser confundível e reduzido a um dano não patrimonial .

Seria “ uma realidade jurídica nova, no âmbito do Direito Civil, que não se deixa aprisionar nos rígidos limites da vetusta distinção entre o que é e não é patrimonial” (cf. Álvaro Dias, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 2001, ano X, pp.44; cf. também nesse sentido, o mesmo autor em *Dano Corporal - Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Coimbra, 2001 e Armando Braga, *A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*).

O raciocínio, ponto de partida para este novo conceito de dano corporal civil, foi mais ou menos o seguinte: se num acidente de viação, por exemplo, se indemniza o dano patrimonial (prejuízo pecuniarizável) e ainda os danos não patrimoniais sofridos (as dores, incómodos, intervenções cirúrgicas, prejuízos estéticos, etc.), temos uma reparação integral; então é porque o dano corporal é algo mais, e esse algo faz a diferença. Logo, estamos perante um dano diferente do dano laboral, que comporta apenas uma reparação parcial.

Ora, continuando o raciocínio, se a lei civil manda reparar o dano integralmente, este dano tem de reflectir esta diferença na indemnização integral em direito civil, razão pela qual este diferente dano não é subsumível à velha repartição doutrinal e legal de dano patrimonial e não patrimonial.

Chega-se, assim, ao dano *a se stante, tertium genus*, o dano biológico, o dano à saúde, a Incapacidade Permanente Geral (IPG) do INML, tudo conceitos similares para designar esta mesma realidade.

Creemos não estar errados se dissermos que, segundo esta concepção, a natureza do dano corporal decorre do conteúdo indemnizatório que comporta, o qual, por sua vez, decorrerá da lei aplicável.

Em teoria, poderíamos ter um dano corporal laboral, penal, da segurança social, civil não laboral, militar, enfim, tantas as espécies quantas a natureza do facto lesivo, bastando para tal que cada um destes domínios legais o regule diferentemente, (cf. O. Sá, Clínica Médico-Legal da Reparação do Dano Corporal em Direito Civil, pp.55).

Por exemplo, se uma nova tabela específica para o dano corporal viesse a ter um âmbito de aplicação exclusivo para os acidentes de viação (como acontece em Espanha), teremos um dano corporal civil para acidentes de viação. Se se aplicar a todos os outros domínios, teremos um dano corporal não laboral. Se se aplicar apenas para a lesão corporal ao abrigo do quadro legislativo da Segurança Social, teremos um dano corporal da Segurança Social. E assim para todos os domínios configuráveis.

Na verdade, consoante o âmbito de aplicação da nova tabela, assim teríamos diferentes tipos de dano corporal.

Esta concepção do dano corporal como dano autónomo, *tertium genus*, confunde a natureza do dano com as suas consequências indemnizatórias.

Por outro lado, como se verá, tende a deslocar para a peritagem médico-legal e para as Tabelas ou Bares de avaliação do dano corporal uma questão que é prioritariamente jurídica (esta concepção do dano corporal civil, como dano *a se*, nasceu em Portugal no IML de Coimbra, segundo julgamos saber), com o inconveniente de, com base num laudo pericial de específica tecnicidade, se legitimar uma indemnização não conforme com o direito constituído, como veremos mais adiante.

O raciocínio médico-legal tem sido este: se o dano é diferente do laboral e este é avaliável pela TNI, para avaliar esse dano diferente, “novo”, temos que o avaliar fora do espartilho tabelar da TNI, pois esta tabela avalia apenas vertente patrimonial relativa à perda da capacidade de ganho.

E, de facto, assim é. A Tabela Nacional de Incapacidades da Lei de Acidentes do Trabalho e Doenças Profissionais, a única tabela existente no ordenamento jurídico português para a avaliar incapacidades, está vocacionada para a avaliação do prejuízo funcional com rebate profissional (perda da capacidade de ganho).

Nesta fase, médico-legalmente, a palavra de ordem era, “mais vale um bom perito que uma má tabela”, recentrando-se na qualidade da peritagem a avaliação do dano corporal não laboral.

Na obra já citada, o Professor Oliveira Sá, pp. 95, cita a este propósito Maurice Muller “com um bom perito e uma má tabela resulta uma boa peritagem; já com uma boa tabela e um mau perito o resultado será sempre uma má peritagem”. E, pela sua parte, acrescenta o Professor, “todas as tabelas são boas desde que o perito seja bom”.

Só que, esta ideia foi mais um grito para a mudança do que uma realidade. Cedo se percebeu que ao bom perito seria mais conveniente uma tabela, agora vocacionada para a avaliação do dano corporal não laboral.

Tem-se recorrido a uma tabela do ordenamento jurídico francês, o designado “Concours”, prejudicando-se assim a possibilidade de os bons peritos poderem mostrar a sua excelência com uma “má” tabela (a TNI).

A luta contra as tabelas acabou na luta por uma nova tabela.

O dano corporal passou a ser, deste modo, na prática dos tribunais, fundamentalmente (e previamente), o que decorresse da peritagem médico-legal específica para o avaliar, agora já como dano corporal “civil”.

E, o que se nos afigura peculiaríssimo, um dano cujo formatação passou a ser a que a própria perícia define, “impondo” aos tribunais uma conceptualização do dano corporal que é definida na própria perícia. A perícia em vez de dizer em que consistiu o dano, define o dano.

Tal como sumariámos, vamos procurar defender, nestas notas, que a questão central para a avaliação e valoração do dano corporal não é indemnizável com base numa perícia fundada numa Tabela (com ou sem Bareme), muito menos fora dos comandos legais (substantivos e processuais) existentes no nosso ordenamento jurídico, maxime, o instituto da responsabilidade civil, a obrigação de indemnização e o regime processual da prova pericial.

A questão é estritamente jurídica, apesar da necessidade do recurso a uma perícia médico-legal, exactamente como qualquer outra obrigação de indemnização.

As tabelas, as perícias médico-legais, como acontece nas demais situações em que está em causa indemnizar alguém por um dano sofrido, são apenas adjuvantes do tribunal, para que este possa determinar o conteúdo da obrigação de indemnizar nos termos consagrados na lei.

Na verdade, sob a louvável intenção de parametrizar os danos corporais decorrentes de um evento lesivo, parece-nos que o modelo indemnizatório tabelar abre (ou pode abrir) uma insofismável brecha na obrigação de indemnização consagrada na lei, o que aliás tem vindo a acontecer ultimamente através da utilização de uma tabela que o INML vem utilizando como guião para a suas peritagens (o Concours) .

Quanto a nós, a indemnização integral do dano não requer novos conceitos sobre os tipos de dano – *o tertium genus*. Tais conceitos serão mesmo perturbadores, como procuraremos demonstrar.

Em nosso entender o dano corporal não laboral não é um dano *a se* diferente do dano corporal laboral , pelo menos no sentido que doutrinalmente lhe vem sendo assacado. O dano corporal é , sempre, um dano uno, o mesmo, independentemente do facto lesivo ser laboral, de responsabilidade civil geral, de responsabilidade civil decorrente de acidente de viação, de responsabilidade civil decorrente de facto lesivo penal, decorrente de facto relativo à segurança social, ou decorrente de qualquer outro facto lesivo.

É um dano que é avaliável psicossomaticamente em função dos elementos que o constituem e traduzível em dano com conteúdo patrimonial e não patrimonial.

É um dano real (in natura) que afectou a pessoa na sua integridade física e psíquica que, consoante o que se vier a demonstrar terá um conteúdo patrimonial e não patrimonial.

Não colhe, neste domínio, saber se estava a trabalhar ou a passear, se o lesante infringiu um valor legal de ordem civil penal ou outro, se a pessoa era muito rica ou indigente, se ganhava muito ou não tinha salário.

O “objecto” imediato é a pessoa em concreto, aquela pessoa que foi molestada na sua integridade psico-física, o homem idoso, a mulher jovem, a criança com saúde invejável, o deprimido física e psiquicamente, o ginasta, o marginal tóxico-dependente, etc.

Dentro das classificações habituais expostas nos compêndios sobre o dano, a concepção que deve aqui relevar como *prius* é a de dano real.

É esta a perspectiva que a perícia médico-legal deve ter em conta, deixando para o direito a transformação deste dano real em indemnização ou compensação pecuniária.

Na verdade, o dano corporal, enquanto violador da integridade psico-física da pessoa, terá de ser avaliado médico-legalmente da mesma forma, independentemente do facto lesivo causador ser laboral, penal, civil ou outro. As lesões e as consequências dessa lesões são uma só, as mesmas, independentemente da natureza do facto lesivo.

O que não impede que a tradução deste dano uno em dinheiro possa originar indemnizações diferentes. Não porque o dano seja diferente, mas porque a lei, por razões várias, determina uma valoração diferenciada (é o caso dos acidentes de trabalho e da segurança social, v.g.). E nada impede que , noutros domínios , o possa vir a fazer (dano sofrido em combate das forças de segurança, bombeiros em serviço, etc.). E, seguramente, ninguém propugnará tantas modalidades de danos quantos os modelos indemnizatórios.

Uma coisa é o dano ser o mesmo e a lei mandar relevar apenas determinados aspectos ou consequências desse dano para efeitos ressarcitórios, como é o caso dos acidentes de trabalho, outra é determinar que esse dano possa, enquanto dano corporal (dano real) ser diferente.

A afectação psicossomática é a mesma.

Aliás, é curioso verificar que mesmo da parte de quem vem estudando e teorizando sobre a indemnização do dano corporal como um dano autónomo, como é o caso de Y Lambert-Faivre, se defenda a necessidade de unificar o sistema de reparação do dano corporal (*Droit du Dommage Corporel*). E, também assim pensa quem entre nós mais tem estudado o assunto, o Prof. Álvaro Dias, que aponta para a harmonização futura dos regimes do direito laboral e civil e *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*).

Esta doutrina, de jure constituendo, só é possíveis porque na base existe um dano corporal uno.

Aliás, o que não alcançamos, confessemos-lo, é a razão por que se pretende atribuir ao dano corporal o estatuto de entidade *a se, tertium genus*, relevando-se como dano patrimonial específico aquele algo que está para além do prejuízo funcional com rebate profissional, em detrimento desse algo ser simples e singelamente um dano não patrimonial.

Não é atendível que a esta concepção esteja ínsita um qualquer resquício de preconceito contra os danos não patrimoniais os quais, todos sabemos, são danos tão dignos de valoração como os patrimoniais, apenas deles se distinguindo pelo facto de a sua contabilização não ser susceptível de avaliação pecuniária.

Para além da sua desnecessidade conceptual, se bem atentamos, há ainda um vício lógico (petição de princípio) na elaboração do juízo do dano como entidade *a se, tertium genus* . Na verdade, se a conclusão estiver incluída no primeiro termo do silogismo, só podemos concluir a premissa, como se sabe. Faz-se da consequência indemnizatória do dano uma conclusão e esta é o postulado (premissa) que implica essa mesma conclusão : a indemnização em acidente de viação é diferente da indemnização em acidente de trabalho, logo, o dano é diferente, autónomo, *a se*. O vício lógico é notório.

Esta concepção de dano como *tertium genus*, além de não ter acolhimento na nossa lei e não trazer qualquer vantagem operativa, tem ainda o inconveniente de reflectir uma concepção não moderna, apesar de o seu intuito ser justamente o apelo a uma nova modernidade de conceber o corpo humano.

Percebe-se que a ideia motriz foi a de atribuir à lesão corporal, independentemente do prejuízo económico directo um outro prejuízo directo, a lesão da integridade física em geral, uma indemnização fora da reparação do dano força de trabalho.

Mas, esta ideia, correcta e justa, não deve ser fundada na autonomia do dano corporal civil.

Como veremos, a solução passa por avaliar exactamente que danos ocorreram, identificá-los um a um, para que possam ser valorados e transformados em indemnização.

A nossa lei actual, tal como está, consagrando que a totalidade dos danos para efeitos indemnizatórios se incluem numa das duas classes de danos possíveis, os patrimoniais e não patrimoniais, não só defende melhor a integridade psico-física da pessoa, como é mais consentânea com o que do ponto de vista ético, filosófico e sociológico se nos impõe.

Como se sabe, o direito é fundado numa ontologia de valores que são o pressuposto da sua validade e da realização da ideia de justiça.

Ora, uma concepção do dano corporal como dano *a se*, traz como correlato, inevitavelmente, a desvalorização daquilo que justamente nos caracteriza como humanos - o trabalho - além de assumir que a integridade psico-física da pessoa, igual por natureza, é diferente em função do facto lesivo.

Diferentemente, cremos ser melhor doutrina pensar o dano corporal como uno. A diferença não está no dano, antes no facto de o direito considerar ressarcibilidades diferentes consoante os valores que persegue.

Não nos parece, assim, ser certa a doutrina segundo a qual “o dano à saúde não pode confundir-se com o dano não patrimonial, pois é susceptível de valoração económica (pecuniária) com recurso a critérios objectivos, ao contrário do que sucede com o dano moral...” (cf. Álvaro Dias, Revista, loc. cit. pp. 45).

Repare-se que segundo esta doutrina, este dano, já não é o somatório do dano patrimonial mais o dano não patrimonial, antes uma entidade diferente (*a se stante*), o dano à saúde. Porque, se bem interpretamos, tudo aquilo que no dano à saúde está para além do dano patrimonial estrito enquanto reflexo da perda da capacidade de ganho, não é mero dano não patrimonial, justamente porque algo desse tudo não patrimonial seria antes patrimonial, por pecuniarizável com recursos a critérios objectivos.

A afirmação é feita, mas não nos pareceu estar demonstrada. Não se diz como é fazível tal avaliação pecuniária para ser dano patrimonial.

A petição de princípio mantém-se: parte-se da conclusão desejada como premissa, para se concluir o desejado.

Aliás, não vemos como um dano, do ponto de vista indemnizatório, possa ter qualquer outra veste que não, inelutavelmente, a patrimonial ou não patrimonial. Trata-se de uma dicotomia apodíctica. Não há *tertium genus*, é como a água, pura ou impura, sem outra possibilidade.

E também não nos parece que avaliação com recurso a critérios objectivos seja o mesmo que avaliação pecuniária. Na verdade, o dano patrimonial abrange os prejuízos susceptíveis de avaliação pecuniária, podendo ser reparados directamente mediante restauração natural ou

indirectamente por meio de equivalente ou indemnização pecuniária. É o prejuízo realmente sofrido pelo lesado expresso numa soma pecuniária que se traduz numa efectiva diminuição do património. Este dano patrimonial tanto reflecte o dano *in natura*, no nosso caso a lesão corporal efectivamente sofrida pelo lesado, como o dano de cálculo, que mais não é do que a sua tradução em dinheiro. (cf. Manuel Andrade, por todos, Teoria geral das Obrigações, Coimbra, 1966, pp.348 e ss. e Antunes Varela, Das Obrigações em geral, 10ª edição, pp. 597 e ss.). Quando não é possível a restauração natural, vale a indemnização em dinheiro (cf. Vaz Serra, BMJ, nº 84, pp.131).

A indemnização pecuniária faz-se pela teoria da diferença (566, nº 2), o dano de cálculo.

O dano não patrimonial não é susceptível de avaliação pecuniária, sendo antes uma compensação que se atribui ao lesado justamente para contrabalançar os danos verificados que não puderam ser objecto de uma avaliação em dinheiro.

Não é sequer a natureza do bem lesado que determina a patrimonialidade do dano, antes a sua susceptibilidade de avaliação pecuniária . O bem direito ao bom nome, à saúde, v.g., são bens de natureza não patrimonial, mas as consequências danosas podem ser patrimoniais, patrimoniais indirectas (o dano corporal com perda da capacidade de ganho, a perda de clientela por calúnia ou injúrias, etc.) e não patrimoniais (a ofensa ao bom nome na parte que não pode ser objecto de cálculo pela teoria da diferença, por insusceptibilidade de tradução pecuniária com reflexo no património do lesado).

Portanto não é a objectividade o traço fundamental que dá caracterização à patrimonialidade do dano.

E, muito menos o seria se tal objectividade decorresse de uma Tabela ou Bareme (em que a indemnização ou compensação surgissem de uma medida em percentagem ou em pontuação transformada em dinheiro por mera aritmética). Este dano, agora já transformado em dinheiro continua a não ser susceptível de avaliação pecuniária.

Não é por se dizer que as dores são de grau 4 , o prejuízo estético de grau 2 (avaliação objectivada numa tabela pericial), que tais danos passaram a ser patrimoniais.

Igualmente, não será por se dizer, v.g, como se propõe num projecto de Bareme português em estudo, que uma sequela permanente que limite parcialmente a ocupação habitual da vítima que não impeça a realização das suas tarefas fundamentais vale 10 pontos percentuais e que cada ponto seja referenciável a um rendimento anual da vítima fiscalmente comprovável , que tal vai tornar este dano mais patrimonial do que o era anteriormente a tal avaliação tabelar, ou que faça deste dano um dano *tertium genus* que é algo mais do que um dano patrimonial e não patrimonial.

Creemos, assim, que este conceito do *tertium genus* não só nos não parece trazer algo de novo como, sobretudo, nada resolve.

E, para além de nada resolver, traz mesmo, como se verá melhor mais adiante, distorções graves ao sistema indemnizatório consagrado na nossa lei.

Creemos ser esta a razão porque o Professor Calvão da Silva discorda da sua assunção como conceito jurídico operativo, falando mesmo em “polémicas nominalistas” e “pseudo-distinções” e não tanto em realidades jurídicas eficazes (apud, Armando Braga, obra citada).

Ora, foi justamente esta ideia de o dano ser diferente consoante o facto lesivo que deu origem à teorização do dano autónomo, *a se, tertium genus*, algo que não cabia já na teoria tradicional da bipartição patrimonial versus não patrimonial.

Já dissemos que esta doutrina, segundo cremos, em Portugal, surgiu na área da medicina legal, no IML de Coimbra, sobre o impulso inicial do Professor Oliveira Sá , que dedicou ao assunto muito

do seu enorme saber, quer no ensino, quer na prática do IML, quer na Revista que criou específica para o “dano corporal civil”, quer em seminários, quer em encontros nacionais e internacionais, quer no notável ensaio “Clínica Médico Legal de Reparação do Dano Corporal em Direito Civil.

Este ensino tem sido continuado e desenvolvido pelo Professor Duarte Nuno Vieira, que tem feito um trabalho brilhante à frente do INML.

A influência internacional veio sobretudo de França (Max Le Roy, Claude Rousseau, Serge Brousseau, Claude Fournier, Y Lambert-Faivre, Maurice Muller ,entre outros).

E também de Itália, embora em moldes diferentes, a nosso ver (cf., Armando Braga, obra citada, onde se encontra boa informação sobre tudo isto; este autor também comunga da ideia de um dano corporal *tertium genus*).

Esta doutrina teve , embora de forma bastante diferente, expressão no Bareme Europeu (2003), que acolheu este dano através do conceito de Afectação da Integridade Física e Psíquica (AIFP), valorando-o com independência da perda da capacidade de ganho.

De forma diferente porque, registe-se de passagem, este Bareme Europeu visa apenas as grandes incapacidades, e nestas, a incapacidade genérica (AIFP ou os seus correlatos, dano biológico, dano à saúde, IPG) consumirá, por regra, a incapacidade funcional com rebate na capacidade de ganho, o que torna irrelevante saber, dentro desta AIFP, qual é a incapacidade profissional. Esta é sempre maior, no mínimo igual à AIFP.

Ao negarmos a operatividade deste conceito de dano *a se stante, tertium genus*, é óbvio que não está em causa a indemnização do dano corporal enquanto dano como algo mais do que o prejuízo funcional com rebate profissional.

O que discordamos é que se possa pensar que este dano seja um dano corporal autónomo, que só existe quando é não laboral, e que a sua medida há-de ser a que resulta de uma perícia . (com ou sem Bareme).

Se bem julgamos, a doutrina italiana do *dano biológico* não se reclama desta noção do *tertium genus*.

Ao contrário, mantém-se dentro da concepção tradicional subjacente à obrigação de indemnizar, sem prejuízo de reconhecer que para além da perda económica – um prejuízo funcional com perda capacidade de ganho -, há uma lesão de um direito constitucionalmente garantido (o direito à saúde e o direito à inviolabilidade da pessoa humana, como pessoa singular ou integrada na sociedade), o direito a fruir a vida com a mesma qualidade com que o fazia antes da lesão.

E, pensamos nós, foi o facto de a lei civil italiana apenas consagrar a indemnização dos danos patrimoniais quando o facto jurídico gerador tem dignidade penal, que conduziu à necessidade de fundar primeiramente tal direito directamente na Constituição. E depois, ainda pela mesma razão legal, na engenharia conceptual distintiva de dano-evento (o dano biológico tout court , o dano real psico-físico) e dano consequência (patrimonial e moral). Por esta via de metodologia jurídica interpretativa tendeu a resolver a insuficiência da lei que , repete-se, só consagra a reparação de danos não patrimoniais quando a natureza do acto é também penal.

No nosso ordenamento jurídico, os danos não patrimoniais, sem qualquer restrição que não seja a de “ terem gravidade que mereçam a tutela do direito” - conceito indeterminado e de amplitude variável – são objecto de reparação.

A célebre decisão do tribunal de Génova , onde se exarou “ que a liquidação do dano biológico era exactamente igual para todas as pessoas, levando somente em conta a idade”, continua ,

independentemente da construção jurídica que se lhe seguiu, a ser a raiz inspiradora do dano biológico.

Este dano assim concebido, comum a todas as pessoas, é um conceito operativo, potenciador de gerar soluções justas e consistentes, na medida em que é um pressuposto ôntico da pessoa e fundado axiologicamente na ideia democrática da igualdade, condição basilar da existência da pessoa como cidadão.

Se todas as pessoas, enquanto pessoas, são iguais, todo o dano corporal terá de ser igual, diz a nossa consciência ética, o nosso quadro de valores e recorda-o o tribunal de Génova na sentença de que extraímos conclusão.

Assim, antes de tudo o mais, o dano corporal tem uma componente básica que é comum a todas as pessoas, independentemente da sua condição social.

A lesão corporal do Sr. Bil Gates não é diferente da lesão corporal de um indigente que sobrevive com uma pensão social, pois ambos são pessoas dotadas de uma determinada capacidade natural para viver em sociedade, fruir a vida pela forma que a sua vontade determina, fruição que terá de ser, como tudo o mais, aferida pelos valores e padrões que a cada momento a sociedade em que nos inserimos vai valorando as referências dominantes.

De aí que a denominação de dano biológico seja expressiva, pois em verdade, o que está em causa é um prejuízo de vida para toda e qualquer pessoa.

Mas, este dano, como todos os demais, do ponto de vista da sua reparação só pode ser patrimonial ou não patrimonial, nunca um *tertium genus*.

Referimos que a concepção do dano corporal como dano *a se* teve na sua génese o entendimento de a reparação em direito civil dever indemnizar integralmente o dano, o que não acontecia na lesão corporal em direito laboral.

Ora, indemnização integral significa indemnizar todo o dano e só o dano. Não significa indemnizar mais do que o dano.

Ora, através teoria do dano *tertium genus*, quer pela via da perícia médico-legal vigente, quer através de um possível Bareme específico para o dano corporal, a indemnização não será integral, pois continuará a indemnizar-se mais ou menos do que o dano.

É, aliás, o que vem acontecendo, valorando-se este dano em dano em desconformidade com a lei.

Vejamos.

Esta concepção do dano corporal *tertium genus* está substancializada entre nós no conceito médico-legal de Incapacidade Permanente Geral (IPG), conceito que o INML vem consagrando na sua prática médico-legal.

Avalia, transcreve-se, “a afectação definitiva da integridade física e/ou psíquica, com repercussão nas actividades da vida diária, incluindo as familiares, sociais, de lazer e desportivas”.

Como se verifica, reflecte a doutrina do dano corporal com entidade *a se*, *tertium genus*. Um dano que abrange todas as componentes da vida diária, portanto não apenas o prejuízo funcional com repercussão profissional, mas outros prejuízos funcionais.

E, por assim ser, como resulta da definição, avalia o dano corporal globalmente, como entidade *a se stante* – é a IPG acima descrita.

Figuremos o seguinte: A teve um acidente laboral e o dano corporal afectou a capacidade de ganho em 20%, teve dores horríveis no acidente e nos tratamentos, teve um determinado prejuízo funcional para a vida diária;

B teve um acidente de viação e o dano corporal afectou a sua capacidade de ganho em 20%, teve as mesmas dores horríveis (similares) no acidente e nos tratamentos e teve o mesmo prejuízo funcional para a vida diária.

A nosso ver , este dano real é o mesmo e a sua avaliação médico-legal também teria de ser a mesma.

Mas, como já vimos, as valorizações deste dano não são as mesmas. A ordem jurídica entende que a valoração das dores e do prejuízo funcional para a vida diária não são indemnizáveis no acidente do trabalho.

Em rigor, avaliar diferentemente o mesmo dano, é muito diferente de o mesmo dano corporal poder originar indemnizações diferentes.

O que a peritagem médica deve fazer é avaliar o dano corporal da mesma forma, ou seja, não pode nunca, no exemplo que figurámos, avaliar diferentemente aquele mesmo dano em função do facto lesivo ter causas diferenciadas. Não lhe compete considerar a valoração do dano em função da causa e se tal causa dá origem a uma valoração diferente.

E não se julgue despicienda a diferença, pois é essencial ao que discutimos. São coisas radicalmente diferentes: o mesmo dano não pode ser avaliado diferentemente (em nosso entender), mas pode dar origem a indemnizações diferentes.

A questão decorre do facto de se considerar ou não o carácter uno do dano, que terá de ser sempre o mesmo dano, independentemente da causa fáctica lesiva.

É absolutamente indiferente que esta IPG seja avaliada com uma nova ou velha tabela, com Bareme ou sem Bareme.

O que já não é indiferente é que a perícia tenha de explicitar qual o conteúdo e o significado da IPG, por forma a que se saiba os danos que comporta, especificadamente valorados, um a um.

Para apurar o dano patrimonial (o prejuízo funcional com perda da capacidade de ganho), a diferença entre a situação actual , no momento em que se realiza a operação da diferença, a situação em que o lesado está em termos de perda da capacidade de ganho e a situação hipotética em que estaria caso a lesão não tivesse ocorrido, torna-se indispensável que a perícia apure aquele valor (a perda da capacidade de ganho, a IPP) em termos de prejuízo funcional com perda na capacidade de ganho.

Ou seja, dentro de todo o prejuízo funcional que o lesado teve (IPG)a perícia tem de avaliar a diferença entre a situação actual e a situação hipotética , autonomizando dentro desta IPG a respectiva IPP, o prejuízo efectivo com rebate profissional, o que só poderá ser feito através da TNI, pois estamos a avaliar e calcular o dano patrimonial .

Ora, o que nos parece errado é pensar-se que pelo facto de um Bareme ou tabela avaliar o dano corporal autonomamente (IPG) se está indemnizar o dano corporal integralmente. Confunde-se a avaliação pericial com a sua valoração jurídica, a indemnização.

Uma coisa é a avaliação técnica (dano corporal enquanto dano real) através de perícia médico-legal, outra a “avaliação” (mais apropriadamente, a valoração) jurídica que se substancializa na obrigação de indemnização.

Eis porque não é uma nova Tabela ou uma baremização tabelar do dano corporal que faz com que a indemnização seja integral.

Quer a avaliação pericial, quer a baremização terão sempre de se quadrar e subordinar ao instituto da responsabilidade civil e da obrigação de indemnização: restauração natural tanto quanto possível (562º do CC), indemnização em dinheiro subsidiariamente (566º, nº1 do CC) e teoria da diferença (566º, nº2 do CC).

A questão é jurídica, sem prejuízo da necessária e indispensável colaboração da perícia médico-legal.

Jurídica, porque terá de ser regulada pelos institutos da responsabilidade civil, da obrigação de indemnizar e das regras processuais sobre prova a pericial.

De perícia médico-legal, porque aqueles institutos jurídicos requerem, para serem aplicados, que se faça a respectiva prova através de perícia médico-legal, a qual terá de estar orientada e subordinada à aplicação daqueles institutos ao caso concreto.

A tabela, os Bares, a perícia médico-legal não indemnizam o dano corporal.

Uma tabela é um guião de referência para avaliar o dano corporal real, o que é necessário em toda a perícia médico-legal.

O Bareme só em circunstâncias muito específicas, como tentaremos mostrar, poderá ser um referente compensatório no ressarcimento dos danos não patrimoniais, para uniformizar valores, porventura regular ou sugerir critérios para a quantificação dos danos.

Pensamos mesmo que os Bares serão positivos, porque uniformizam e eliminam subjectividades indesejáveis, fundamentações extravagantes de carácter opinativo, sempre estribadas no juízo de equidade.

Nada mais do que isto. Não pode ser a indemnização, a não ser que, simultaneamente, a lei que puser tal Bareme ou Tabela em vigor, inclua uma norma que excepcione o dano corporal à obrigação de indemnização prevista no Código Civil.

Em suma, se o dano corporal real é avaliável pelos critérios que regem uma perícia médico-legal, a indemnização é valorável pelos critérios da obrigação de indemnização.

Percebe-se, naturalmente, a sedução que um Bareme concita. Porém, a indemnização não pode ficar prisioneira da perícia médico-legal, mesmo com o pretexto de uniformizar os critérios dos tribunais.

Os danos corporais que um cidadão sofre no passeio, porque uma telha do edifício lhe caiu em cima não podem ser diferentes dos mesmos danos corporais sofridos num acidente de viação.

Como o dano corporal de quem se acidenta na rodovia, passeando, não pode ser avaliado diferentemente do mesmo dano sofrido em acidente de trabalho.

Como dissemos já, repare-se que este “valer diferente” (avaliação) decorre do Bareme, o que é inaceitável e incompreensível. Tal só acontece porque o mesmo dano real (as lesões corporais), por força de uma tabela específica para o dano corporal vale diferente do mesmo dano real de outra tabela (a dos acidentes de trabalho e doenças profissionais).

Ora, uma tal concepção do dano é inaceitável.

Bastará que no exemplo acima explicitado, figuremos que o acidente laboral de A seja culposamente imputado à entidade patronal, para todos concordarmos que a indemnização daquele mesmo dano teria de ser igual (art. 18º da Lei 100/97).

Seria inadmissível que o mesmo dano corporal laboral, fundado na responsabilidade civil por facto ilícito culposo, pudesse ser diferente, apenas porque a tabela que o avalia o dano era diferente...!

Como se vê não há dano diferente (*a se, tertium genus*) na reparação civil .

Porque o dano é uno, quando não há razão para que o ordenamento jurídico distinga aquilo não é diferente, a valoração, a indemnização é a mesma. Salvo se, ironizando, a lei quisesse prejudicar o lesado por estar a trabalhar e beneficiá-lo quando estivesse passeando ...!

Por outro lado, esta concepção de dano *a se* , tem ainda um outro corolário lógico, inequivocamente ao arripio da lei: em vez de obter a pretendida indemnização integral (todo o dano e só o dano), sufraga uma indemnização que:

- a) engloba danos inexistentes,
- b) considera duas vezes o mesmo dano,
- c) quantifica indemnizações por critérios inaceitáveis face à nossa lei (*contra legem*) .

Para verificarmos que assim é, reflectamos sobre a indemnização do dano corporal usualmente estabelecido no modelo das perícias médico-legais do INML e sobre o conceito IPG, com base no qual vem sendo avaliado o dano corporal autónomo, actualmente com recurso a uma tabela francesa (o *Concours*; temos muitas dúvidas sobre a legalidade da sua aplicação em Portugal).

Influenciado pelo conceito de dano corporal autónomo, a perícia consagrou o conceito de IPG, que define como a “ afectação definitiva da integridade física e/ou psíquica da pessoa, com repercussão nas actividades da vida diária, incluindo as familiares, sociais, de lazer e desportivas”.

Esta IPG não autonomiza a perda da capacidade de ganho (sem prejuízo de a considerar incluída no conceito, naturalmente).

Ora, desta não autonomização e quantificação da incapacidade para o trabalho (perda da capacidade de ganho, IPP) decorrem as distorções indemnizatórias que acabámos de referir.

Se o tribunal não solicitar, como em regra acontece, tal autonomização, ou seja, que a perícia diga qual foi o prejuízo funcional com rebate na profissão (só avaliável pela TNI) , a indemnização não indemniza verdadeiramente, pois pode não reparar integralmente.

Pode reparar mais, pode reparar menos ou pode , por mera coincidência probabilística, indemnizar o devido.

A IPG conceptualiza um dano corporal sob uma definição com conteúdos vários não discriminados. Contém vários tipos de danos : o prejuízo funcional com perda de capacidade de ganho, o prejuízo funcional em geral, o prejuízo de afirmação social, os danos de relacionamento familiar, o prejuízo de sociabilidade e o de praticar desporto.

Observemos que o prejuízo funcional com perda de capacidade de ganho é uma parte do todo, não quantificado autonomamente.

Como se vê, a IPG contém um dano patrimonial (prejuízo com rebate profissional) misturado com vários danos não patrimoniais(prejuízo funcional geral e outros danos).

Esta mistura não é desejável porque não permite uma adequada aplicação da lei no que concerne à obrigação de indemnizar. Aliás, não se percebe porque este mesmo critério da IPG não é

consistentemente perseguido em toda a perícia, pois na incapacidade temporária, a perícia consegue destringir os períodos correspondentes a uma incapacidade temporária geral parcial e a uma incapacidade temporária profissional.

Ora, da mesma forma e pela mesma razão que a perícia, adentro da valorização da incapacidade temporária geral foi capaz de autonomizar a incapacidade temporária profissional, assim o deverá fazer para a incapacidade permanente, não metendo no mesmo saco incapacidades que são diferentes e que, por regra, nunca coincidirão.

Alguma jurisprudência, cremos que induzida pelo hábito de ler as tradicionais incapacidades laborais em percentagens, comete o erro, involuntário, de aceitar esta IPG como um dano autónomo *a se*, não se apercebendo que, ao aceitá-la, estão a fazer uma aplicação enviesada da lei no que respeita à indemnização do dano.

Concretizemos um pouco mais.

Como aplicam os tribunais este dano corporal patrimonial permanente?

Procuram encontrar um capital que represente os rendimentos que o lesado previsivelmente deixará de receber por força da lesão, considerando o salário/rendimento que o lesado vinha auferindo à data da lesão. Um capital produtor do rendimento que a vítima auferia e que se extingue no fim da vida.

Se a perícia diz que a incapacidade permanente geral é de 15% (e o tribunal a aceitou, como é regra, tanto mais que são poucos os juizes com sensibilidade para discutir estas questões; entendem, por regra, que estas questões têm uma especificidade médica muito técnica e que se o INML diz que a IPG é tal é porque é mesmo assim; ora, não é isto que está em causa, não há especificidade técnica alguma para valorar o dano; há apenas que pedir à perícia que diga o que efectivamente avaliou, dano por dano), este capital é calculado com base nessa percentagem, ou seja, o capital é sempre o resultado desta percentagem sobre um salário.

Independentemente dos vários critérios utilizados, todos eles, para o que agora importa, consideram no raciocínio de cálculo, o salário, o valor da percentual da incapacidade, a idade e uma taxa de juro, além de um juízo de equidade, ajustador da indemnização ao caso concreto, quando não é possível o cômputo exacto ou quando a graduação da culpa assim o determinar.

E assim terá de ser sempre, pois o que está em causa é o prejuízo efectivo previsível, em forma de capital (salvo se o lesado optar por uma pensão, o que raramente acontece).

Porém, como dentro da IPG não está destringido o que é IPP (prejuízo funcional com rebate profissional, só passível de avaliação pela TNI), ou seja, o que é patrimonial (IPP) e o que é não patrimonial (tudo o mais), o resultado é que se indemnizam todos aqueles danos contidos na IPG com referência a uma percentagem, a um salário, a uma idade e a uma taxa de juro

Ou seja, indemnizam-se danos não patrimoniais como se fossem patrimoniais, o que além de ilegal é absurdo em termos lógicos.

Na verdade, quando o relatório pericial diz quer a IPG (danos patrimoniais e não patrimoniais) é de 15%, obriga a que este cálculo (e, portanto, o resultado) abranja todos estes danos.

Ou seja, especificamente, estamos a computar o prejuízo de afirmação social, os danos de relacionamento familiar, o prejuízo de sociabilidade e o de praticar desporto num valor que é 15% do salário a uma taxa de juro, durante um período de tempo !!!

Acresce que alguns destes danos não patrimoniais, as mais das vezes, como é regra, foram já autonomamente considerados e atendidos na Petição Inicial da acção.

Verificamos, deste modo, que estes danos são não só mal indemnizados (a percentagem ao salário em vez da equidade é ilegal e absurda), como são indemnizados duas vezes (não escrevemos duplicado, porque só por acaso o juízo de equidade coincidirá com o valor aritmético do cálculo efectuado pelo juiz).

E, se porventura, a IPG fixada na perícia for por um valor percentual inferior ao que seria fixado pela TNI para avaliar o prejuízo funcional, além de continuarmos a ter uma indemnização errada por valorar danos não patrimoniais por referencia a um salário, taxa de juro e idade, teríamos uma indemnização do dano patrimonial (prejuízo funcional profissional) abaixo do que é devido.

Na verdade, assim poderá acontecer, v.g. , o pianista que fica sem um dedo, com gravíssima indemnização profissional (TNI) e pouco relevante para a vida diária ; o futebolista que sofreu lesão ligeiríssima para a vida diária, mas impeditiva para a alta competição (TNI), etc.

Em suma: indemnizar integralmente o dano pressupõe, face à nossa lei, a autonomização dos danos patrimoniais e dos não patrimoniais. Por isso, a perícia terá de se subordinar a este *desideratum*.

E se acaso uma nova Tabela ou Bareme viesse também indemnizar o dano patrimonial?

O erro persistirá.

Agora, para além de estarmos a indemnizar ao arrepio da lei, continuaremos também a indemnizar mal, pois vamos repercutir no valor final o resultado do valor padrão que foi utilizado na construção do Bareme e não o rendimento real do lesado . Na verdade , todos os Baremes têm um referente: o salário mínimo, o salário médio nacional, um outro valor padrão, com base no qual se estabeleceu a unidade de cálculo.

Ou seja, o dano patrimonial não seria valorado pela perda efectiva (teoria da diferença), antes por um valor médio, padrão, aquele que foi pressuposto na construção do Bareme.

Como já dissemos atrás, a jurisprudência tem “confiado” excessivamente na aparência das coisas, na “tecnicidade” da perícia médico-legal, enfim, num conjunto de factores que induzem tal confiabilidade.

Tanto mais que a um primeiro olhar, parece razoável que se considere na indemnização o dano à integridade física para o dia a dia, para outras actividades da vida corrente e que este bem (o viver) deve ser protegido , valorado como tal.

É esta evidência de razoabilidade que tem viciado a análise. Mas, não está em causa valorar tais danos, antes e apenas verificar como devem ser indemnizados e de que forma.

Como se sabe, compete ao tribunal, a requerimento das partes ou por iniciativa própria do juiz, indicar o objecto da perícia , enunciando as questões de facto que pretende ver esclarecidas (577º e 578º do CPC).

Ora, a questão de facto mais importante a este título, é saber qual é o prejuízo funcional do lesado (a IPP) dentro do prejuízo funcional geral (a IPG). Saber qual o dano patrimonial existente a este título, sem prejuízo de a mesma perícia avaliar os demais danos .

O terceiro corolário, decorrente ainda do que começámos por pressupor – o carácter uno do dano corporal - , tem também a ver com as perícias médico-legais.

A nosso ver, sem a perícia médico-legal não é possível uma indemnização integral.

Não uma qualquer perícia, mas uma perícia médico-legal qualificada .

A avaliação pericial médico-legal pressupõe uma descrição minuciosa dos danos. Já vimos que a perícia médico-legal terá sempre que destringir na IPG o que é prejuízo funcional com perda de capacidade de ganho e o que é prejuízo funcional para a vida diária.

Acrescentamos agora que deverá descrever todos os demais danos, descrevendo-os e avaliando-os discriminadamente.

Se a perícia médico-legal (com ou sem Bareme) destringir o prejuízo funcional com perda de capacidade de ganho dos demais prejuízos à saúde, o tribunal está em condições de poder valorar e quantificar a obrigação de indemnização prevista na lei.

Se a perícia médico-legal , tal como vem acontecendo, não destringir o prejuízo funcional com perda de capacidade de ganho, a indemnização não só não satisfará os requisitos legais como indemnizará deficientemente.

Na verdade, indemniza um dano, não pela teoria da diferença, mas por um valor convencionado (a percentagem actual ou o valor no Bareme) e mistura na avaliação danos de natureza diferente (o prejuízo funcional com rebate profissional e o prejuízo biológico).

A baremização, se a perícia médico-legal não fizer tal destringir, não só não resolverá o problema como terá ainda o inconveniente de dar à indemnização uma aparência de legalidade.

Como já deixamos intuído, o importante é que a perícia médico-legal, enquanto perícia qualificada, avalie o dano corporal à luz de conceitos médico-legais que se possam subsumir aos critérios que a lei consagra no instituto da responsabilidade civil.

A perícia médico legal tem de estar alocada a este *desideratum* : tem de estar orientada para a quantificação do dano em função da obrigação de indemnizar prevista na lei, ou seja, possibilitar a identificação, a avaliação e a quantificação do dano, sob o ponto de vista patrimonial e não patrimonial.

É à perícia médico-legal qualificada que compete resolver esta questão. É este o seu terreno e é aqui que ela é peritagem na verdadeira acepção: descrever os factos que permitam ao julgador definir a indemnização justa.

O mais importante, como se acaba de verificar , é a peritagem qualificada, não tanto as Tabelas ou Bareme. Cremos ser esta a razão porque o Professor Oliveira Sá “desconfia” da indemnização tabelar.

Por tudo o que foi dito, cremos que a indemnização do dano corporal terá sempre de levar em consideração, o seguinte:

- a) conhecer qual a perda da capacidade funcional com rebate na perda da capacidade de ganho, para indemnizar o dano patrimonial;
- b) conhecer tão detalhadamente quanto possível os danos não patrimoniais que a lesão corporal originou, a IPG com o teor discriminado que a peritagem acolheu: défice funcional geral para a vida diária, dores, sofrimentos e incómodos, prejuízo estético, prejuízo de afirmação social, de se relacionar, de praticar desporto, prejuízos do foro psíquico, etc.
- c) indemnizar o dano patrimonial pela teoria da diferença , sem prejuízo de recorrer ao júízo de equidade quando não puder ser averiguado o montante exacto dos danos;

b) indemnizar o dano não patrimonial exclusivamente com base num juízo de equidade.

Há ainda outras razões que impõem a necessidade de destringir na IPG o que é patrimonial e o que é não patrimonial.

Com efeito, como todos reconhecem e já atrás fizemos referência, será muito pouco provável que um facto lesivo possa afectar na mesma percentagem, como acontece nas actuais perícias médico-legais, o prejuízo funcional genérico (IPG) e o prejuízo funcional profissional (IPP). Sabe-se que “não há proporcionalidade entre o handicap pessoal e o handicap profissional, recorda o Professor Álvaro Dias, loc. cit., pp.54.

Além de que, como também vimos, há prejuízos funcionais genéricos (IPG) pouco consentâneos com uma percentagem (15% de défice para se relacionar socialmente, para se afirmar pessoalmente, de dano psíquico, de dano psicológico!...)

Parece, assim, evidente que a IPG terá de estar descrita e devidamente avaliada, dano por dano, consoante o que for apurado na perícia, única forma de sobre ela fazermos recair uma valoração com base na teoria da diferença ou num juízo de equidade.

A necessidade de discriminação e destringa dos danos, para além de necessária por todas as razões já apontadas, impõe-se pela própria natureza do dano, enquanto dano real.

Atente-se na situação seguinte: em 2000, um lesado em acidente laboral teve uma incapacidade de 20% (IPP); em 2006 teve um acidente de viação.

Como se avalia este dano corporal decorrente do acidente de viação?

É óbvio que a incapacidade decorrente do acidente laboral terá de ser levada em conta, naturalmente.

Porém, uma vez que a avaliação do dano corporal laboral seria diferente da avaliação do dano corporal civil, como fazer?

Segundo o Prof. Francisco Corte-Real (Revista Portuguesa do Dano Corporal, 1997 , pp.83 e ss.) haveria que reconstituir a peritagem laboral para prefigurar qual teria sido a IPG provável em 2000. Assim obtida, poderíamos estabelecer, pelo método da diferença, a IPG que resultava do acidente de viação em 2006 .

Este raciocínio, correcto para quem se coloca doutrinariamente na posição de avaliar o dano corporal como *tertium genus*, mostra várias coisas:

- a) reconhece a unidade do dano corporal, pois só por este ser uno se torna possível reconstitui-lo através da perícia;
- b) se a IPG decorrente do acidente de viação tivesse os danos devidamente descritos e avaliados, como vimos defendendo, nada haveria a reconstituir, pois sabíamos qual o prejuízo funcional no acidente de viação com perda de capacidade de ganho, que seria comparável com a IPP do acidente de trabalho (sem prejuízo de os danos não patrimoniais também deverem estar separadamente previstos, se acaso os acidentes fossem ambos de viação ou o de trabalho ter na sua causa um acto culposo da entidade patronal);

Creemos ter deixado bem claro a importância da perícia médico-legal qualificada e o papel que nela desempenha a descrição factual.

Os défices funcionais ou incapacitantes, quer os quantificados percentualmente quer os demais, consoante a natureza das sequelas, devem ser descritos, para que se perceba (o leigo entenda)

efectivamente, qual foi a dimensão do prejuízo funcional para a vida em geral, para a vida profissional, o QD, o prejuízo estético, porventura outros danos.

A perícia tem, assim, de ser um acto qualificado praticado por peritos médicos qualificados (porventura, em alguns casos coadjuvado com especialistas de outras áreas (psicologia, ergonomia, fisiatria, motricidade, etc.).

É justamente esta capacidade para descrever com minúcia o prejuízo funcional e outros prejuízos avaliáveis, que distingue um perito médico especialista de um “perito” médico genérico, que poderá distinguir as perícias médico-legais do INML das demais.

Como se sabe, uma “perícia tem por fim a percepção ou apreciação dos factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem ou quando os factos , relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial” (art. 388º do CC).

A transcrição legal visa salientar que o essencial da perícia, a finalidade da perícia é disponibilizar ao tribunal a percepção ou apreciação de factos, e estes só se apreciam se forem descritos, tão minuciosamente quanto possível, tendo sempre como orientação que o que está em causa não é a elaboração de um estudo médico-legal, com terminologia científica e técnica da melhor qualidade, mas antes transpor para a linguagem do cidadão leigo (os magistrados, os advogados, as próprias partes) um conteúdo informativo descritivo.

Não bastam as conclusões em percentagens ou valores de escala, que são meras conclusões opinativas do perito. Se a perícia for colegial a lei manda mesmo que na falta de unanimidade o perito discordante apresente as suas razões. E , se existirem duas perícias sobre as mesmas questões de facto, ambas serão apreciadas pelo tribunal. Portanto não há razões para receios infundados.

É ainda necessária a descrição das lesões e as suas consequências, o que o lesado por força de tais lesões deixou de poder fazer: as actividades, os gestos , as sequelas do domínio psíquico, as maiores dificuldades nos domínios físicos e psíquicos, etc.

Se a perícia não for circunstanciada, tudo isto se esvai em generalidades. Ora, o que distingue uma perícia qualificada de uma “perícia” vulgar é justamente esta capacidade de descrever, distinguir e captar o que é especioso e relevante.

Do ponto de vista do dano patrimonial importa que a perícia delimite tão rigorosamente quanto possível os danos corporais com eventual repercussão na perda da capacidade funcional com rebote na capacidade de ganho , por forma a que seja possível determinar o seu prejuízo efectivo.

De igual modo, ainda em sede de dano patrimonial, a perícia deverá fornecer os elementos que digam qual o tempo que o lesado esteve com incapacidade total absoluta para o desempenho da profissão e o tempo de incapacidade temporária parcial.

E não será despreciando, antes necessário, que a perícia anote os casos em que tais incapacidades ou défices incapacitantes, naquele específico caso, comportam um desvio ao padrão normal dos casos clínicos tipo.

Isto é importante para que a descrição explique não apenas o desvio à norma, mas também porque, para o direito, o nexo de causalidade necessita de aferir o que é consequência normal da lesão e o que é de todo em todo uma excepionalidade.

O relatório pericial “tem que ser mesmo um relatório médico-legal, isto é, completo e com justificação de todas as posições assumidas conclusivamente”, diz o Prof. Oliveira Sá (Clínica Médico-Legal da Reparação do Dano Corporal em Direito Civil, Coimbra,1992, pp.70).

É ainda esta perícia qualificada que poderá fornecer os elementos importantes para eventuais ajustamentos indemnizatórios numa específica e determinada situação concreta.

Avaliado este défice funcional, estará o tribunal habilitado para valorar e quantificar o dano, pois detém todos os elementos para o poder fazer: os factos, as circunstâncias que a prova trouxe para a convicção do julgador, a teoria da diferença e a equidade resultante do caso concreto.

A perícia, baremizada ou não, tem de estar subordinada a estes critérios e dizer com rigor o que avaliou.

Para além da recomendação acima transcrita do Prof. Oliveira Sá (“ um relatório médico-legal completo e com justificação de todas as posições assumidas conclusivamente”) , é muito importante a questão do nexa causal médico-legal (cf. Juan Antonio Gisbert Calabuig, Revista, 1997, pp.9-35) e Oliveira Sá, Clínica Médico-Legal da Reparação do Dano Corporal em Direito Civil, Coimbra,1992, pp. 43 e ss.)

Também aqui, o importante não são as asserções conclusivas constantes da perícia, mas sobretudo os elementos factuais. Recorde-se o que dissemos sobre a finalidade da perícia.

Não nos parece ser boa prática, por exemplo, a asserção tabelar utilizada nas perícias médico-legais sobre o nexa causal: “ os elementos disponíveis permitem admitir o nexa de causalidade entre o traumatismo e o dano”, outras vezes “apenas permitem admitir o nexa causal...”(os sublinhados são nossos, naturalmente).

O teor tabelar e genérico da afirmação pode originar uma rotineira abordagem desta importante e complexa questão.

Dir-se-á, porventura, que em perícia médica, manda a cautela que pouco mais do que isto se deva dizer com segurança.

Sem contraditar tal posicionamento, é desejável que se diga algo mais. Sobretudo porque a perícia tem de ser vista, como o é face à lei, não como um relatório científico com conclusões indiscutíveis sobre uma realidade, antes como “a verdade” do laudo opinativo do perito-médico. É um juízo do perito, com as suas conclusões, que valem o que valem e podem até ser diferentes de outra perícia, igualmente válida, que o tribunal sopesará.

Recordemos, para sublinhar a importância do tema sob o ponto de vista pericial, o que Prof. Oliveira Sá ensina no seu “*Clínica médico-legal da reparação do dano corporal em direito civil*”, pp.43 e ss.).

Enumera as sete condições para verificar o nexa causal, que aqui transcrevemos em epígrafes, mas que não dispensam a leitura do texto completo:

- “1. a natureza adequada do traumatismo para produzir as lesões evidenciadas.
2. a natureza adequada das lesões a uma etiologia traumática.
3. a adequação entre a sede do traumatismo e a sede da lesão.
4. o encadeamento anátomo-clínico.
5. a adequação temporal.
6. a exclusão de pré-existência do dano relativamente ao traumatismo
7. a exclusão de uma causa estranha ao traumatismo(loc. cit. 48).

Descrever os factos que compõem este nexa causal, é seguramente mais do que aquelas expressões tabelares.

Também é útil colher a doutrina de Juan Antonio Gisberg Calabuig, de que se transcrevem as conclusões finais, por nos parecerem um excelente compacto do essencial. Também elas mostram a importância dos aspectos descritivos.

Diz Juan Calabuig:

O perito “ debe estudiar minuciosamente el nexo de causalidad a três niveles:

1º- a nivel de las lesiones establecidas según los documentos clinicos del dossier (historia clinica, exámenes previos de otros peritos y toda documentación);

2º a nivel de las alegaciones de manifestaciones dolorosas o minusvalias, bien expuestas espontáneamente o provocadas por el interrogatorio en la minuciosa anamnesis;

3º a nivel de las comprobaciones realizadas por el perito en el curso del exámen clínico, con las pruebas y exploraciones especiales llevadas a cabo.

E, continua,

“ todos estes elementos de prueba, el perito deberá establecer:

1º- las correlaciones entre las lesiones y sus constataciones;

2º- la concordancia entre las dolencias y sus constataciones”.

O estabelecimento deste nexo causal é ainda mais complexo e especioso se no caso concreto se colocarem situações de concausas ou de pré-existências.

Veja-se a este propósito, o que Francisco Corte-Real refere na Revista Portuguesa do Dano Corporal, 1997, ano VI, pp. 96 e ss.) sobre a difícil valorização quando o estado anterior ao acidente inclui uma patologia estabelecida ou latente, em que importa que a perícia resolva os três tipos de situação possíveis:

“1º- o traumatismo não agravou o estado anterior, nem este teve influência negativa sobre as consequências daquele;

2º- o estado anterior teve influência negativa sobre as consequências do traumatismo;

3º- o traumatismo agravou o estado anterior ou exteriorizou uma patologia latente”.

É por isso que a perícia qualificada é decisiva e diferente das perícias generalizantes.

Mais uma vez, a descrição nos parece ser a pedra de toque. O perito deverá fundar as conclusões por forma a estabelecer o nexo causal entre o traumatismo e o dano, detalhar o que o levou a considerar que tal nexo se verifica. Ou o seu contrario, naturalmente.

A questão do nexo causal, dada a posição consagrada na nossa lei sobre a teoria da causalidade adequada, exige um particular cuidado por parte da descrição pericial, o que parece pouco conciliável com aquela asserção tabelar de “ os elementos disponíveis permitem (ou “apenas permitem”) admitir nexo de causalidade entre ...”

Uma tal asserção , a ser aceite nos exactos termos que consta do relatório, poderá , assim o cremos, levantar sérias dúvidas, pois o ónus da prova do nexo causal compete, em regra, ao lesado. Ora, em caso de dúvida, como se sabe, o ónus recai sobre quem tem o dever de provar. De aí a importância em afastar as dúvidas, o que pressupõe um relatório factualmente descritivo, completo e assertivo sobre o nexo causal.

Todos sabemos que o que é demasiado genérico contém tudo e o que tudo contém, não contém grande coisa de útil.

A perícia médico-legal não é apenas importante pela medida que dá, mas pela explicação que dá dessa medida.

A explicação da medida é fundamental. Quando uma perícia diz, v.g., que o *quantum doloris* e o dano estético valem, respectivamente, 5 e 2 , numa escala de 1 a 7, só uma explicação descritiva e informativa é capaz de fazer perceber as efectivas dores e o efectivo prejuízo estético; sem essa descrição , bem pode acontecer que para um receptor , 5 em 7, seja um valor tão elevado que apenas comporta um escalão antes das dores maximamente configuráveis na escala, enquanto para outro seja apenas um valor mediano, apenas um escalão acima da media.

Este mesmo raciocínio aplica-se ao dano estético ou qualquer outro dano expresso em valores numéricos.

De aí que, repete-se, uma das funções da perícia seja fornecer os elementos factuais que permitam a quantificação dos danos, por forma a que a subjectividade do avaliador e a dos receptores seja objectivada tanto quanto possível através da descrição factual.

Só assim se contribui para todo o dano seja indemnizado.

Com uma perícia qualificada como temos vindo a defender, não há que ter “receios” de em determinadas situações a incapacidade funcional com rebate profissional não determinar, em concreto, perda da capacidade de ganho, pois se os danos corporais incapacitantes genéricos estiverem descritos e forem relevantes, tem o juiz todos os elementos para os valorizar especificamente a título de danos não patrimoniais.

Mas, como danos não patrimoniais, subordinados a um juízo de equidade e não a rendimentos salariais, tempo provável de vida activa ou idade de reforma, etc. !!!

Veja-se o acórdão do STJ de 08-06-2006, a este propósito:

“O lesado não tem que provar a perda de rendimentos laborais para o tribunal lhe atribuir indemnização pela incapacidade parcial permanente para o trabalho. Apenas tem de alegar e provar que sofreu incapacidade permanente parcial, dano esse cujo valor deve ser apreciado equitativamente, ou seja, segundo um critério de probabilidade , de acordo com o que , no caso concreto, poderá vir a acontecer, seguindo as coisas o seu curso normal para o trabalho”.

Estamos de acordo que não será necessário a prova da perda de rendimentos, pois o que está em causa, *prima facie*, é a prova do dano corporal, alegado e provado.

Mas, importa avaliar esse dano para saber se efectivamente ele tem tradução em indemnização (dano patrimonial) e (ou) compensação (dano não patrimonial) ao lesado.

O lesado pode ter alegado e provado um dano corporal, que teve repercussão no trabalho e ter tido, por isso, um prejuízo no seu património; como pode ter alegado e provado um dano corporal que teve repercussão na capacidade de trabalho e não ter tido um prejuízo no seu património; como poder ter alegado e provado um dano corporal e, independentemente do prejuízo no património, ter tido danos de outra natureza, susceptíveis ou não de terem gravidade a merecer a tutela do direito.

São coisas diferentes: uma, a existência do dano corporal, outra, a sua tradução em prejuízo no património ou na esfera dos bens não patrimoniais, que tem de ser efectivamente verificada.

Repare-se que o acórdão acaba por reconhecer o infundado da posição que assumiu ao remeter a avaliação do dano patrimonial - a incapacidade para o trabalho - para um juízo de equidade, o que só se afiguraria a adequado se o tribunal não pudesse ter averiguado o valor exacto dos danos (566,nº 2 e 3) ou estivesse em causa o grau de culpa.

Valor exacto não é o mesmo que inexistência de valor: uma coisa é o valor poder ser de 100, 120 ou 150, mas não se poder com exactidão apurar qual o valor daquele dano, outra é o dano não ter valor, porque o património não foi efectivamente afectado.

Para o primeiro caso, porque pela teoria da diferença não se chegou ao valor exacto, a lei manda recorrer ao juízo de equidade. Não manda substituir a teoria da diferença por um juízo de equidade sempre que o dano não pôde ser apurado, “ designadamente por ser impreciso algum dos elementos que influem no cálculo” (cf. A. Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol.I, 10^a, pp. 912).

O Acórdão do STJ de 19-12-2006 configura este dano de outra forma, no nosso entender interpretando correctamente a lei:

“I – Como, aliás, decorre, *a contrario sensu*, do nº 3 do art. 566º C Civil, a indemnização por danos patrimoniais deve corresponder , sempre que possível, ao valor exacto dos danos.

II - Deste modo, a ser possível calcular com segurança a concreta perda patrimonial sofrida pelos interessados desde o decesso do sinistrado, é nesse preciso momento que deve ser quantificada a indemnização devida sem necessidade de recorrer a qualquer outro tipo de cálculo.

III – Em causa a fixação da indemnização correspondente aos lucros cessantes futuros determinados pela cessação da contribuição do sinistrado para as despesas da família, mas não referindo com quanto na realidade contribuía para essas despesas, a situação patrimonial do mesmo só releva por forma indirecta, enquanto elemento de terminação do benefício deixado de obter, tendo o tribunal de recorrer à equidade para fixar essa indemnização.

IV – Consagrada no art. 566, nº 2 do C Civil a denominada teoria da diferença, a data mais recente que pode ser atendida pelo tribunal aí referida é, de harmonia com a doutrina tradicional, a do encerramento da discussão da causa na 1ª instância, sendo a essa data que necessariamente se reporta o cálculo dos danos futuros previstos no artigo 564º nº 2 do C Civil, e efectuar segundo critérios de probabilidade e verosimilhança.

V – De harmonia com a teoria da diferença referida, o valor do dano no património de lesado corresponde a diferença entre a situação real em que esse património se encontra em consequência da lesão e a situação hipotética actual em que o mesmo se encontraria se o facto lesivo não tivesse ocorrido.

VI – Como assim, e uma vez deduzidos os encargos obrigatórios (e o preciso para si próprio) que o sinistrado efectivamente contribuía para o sustento (em sentido amplo) dos seus, não deve considerar-se , para efeitos de cálculo, o vencimento ilícido do sinistrado, relevando, antes, para a perda a considerar o efectivamente recebido pelo mesmo – líquido, pois das deduções que a lei impõe.”

A doutrina deste acórdão faz uma adequada e justa aplicação da lei. Para o dano patrimonial deve indemnizar-se com base na teoria da diferença, prioritariamente, com recurso à equidade na parte em que não for possível apurar o valor exacto dos danos por tal metodologia.

Na verdade, um diferença conduz a valores exactos, salvaguardando-se no entanto a possibilidade de os pressupostos para o cálculo da diferença não permitirem valores exactos, antes aproximados apenas. É esta álea de inexactidão que dever ser assegurada pelo juízo de equidade.

Já assim não será para o dano não patrimonial. Aqui não há teoria da diferença, apenas juízo de equidade. Se o dano não for susceptível de avaliação pecuniária é porque é um dano não patrimonial, onde o juízo de equidade é imperial.

Naquele primeiro acórdão , foi assumida a concepção do dano *a se*, um dano que existe independentemente da sua expressão patrimonial ou não patrimonial, um *tertium genus* que é valorável por si e que à falta de outro critério se subsumiu, para valoração, ao conceito indeterminado da equidade.

Recurso que, com o respeito devido, julgamos inadequado e fora de enquadramento legal.

Continua aquele primeiro acórdão de 08-06-2006 , aliás, repetidamente invocado em sentenças dos tribunais inferiores :

“ Há ainda a considerar os danos patrimoniais resultantes da incapacidade parcial permanente que passou a afectar o Autor... O facto de não resultar concretamente provada a diminuição de proventos da incapacidade parcial permanente não significa inexistirem danos...Estes traduzem-se no maior esforço e no agravamento de penosidade para a execução, com regularidade e normalidade das tarefas próprias e habituais do lesado, devendo ter-se em conta os prejuízos que com grande probabilidade ocorrerão, por impossibilidade de desempenho das referidas tarefas habituais em plenitude”

Para além de ser agora tornado explícito a concepção do dano corporal como dano *a se*, parece questionável que o facto de não resultar concretamente provada a diminuição de proventos por força da incapacidade não signifique que tais danos inexistam. Podem ou não existir, haverá que apurar. E, uma vez apurado, ver-se-á o tipo de dano.

O que nos parece errado é que apesar de não ter apurado prejuízo efectivo no património do lesado o acórdão concretize o dano existente como “ o maior esforço e o agravamento de penosidade para a execução, com regularidade e normalidade das tarefas próprias e habituais do lesado, devendo ter-se em conta os prejuízos que com grande probabilidade ocorrerão, por impossibilidade de desempenho das referidas tarefas habituais em plenitude.”

Se o dano apurado foi este , é inequívoco que tal dano é um dano não patrimonial futuro. Por definição doutrinal e porque não houve prejuízo no património do lesado.

Tanto é assim que o acórdão não consegue outra meio de o avaliar (valorar) que não seja a equidade.

Estes maiores esforços podem ser para a vida profissional , situação em que o tribunal deverá procurar saber (a perícia qualificada é fundamental) se , como dano futuro previsível tal incapacidade , a prazo , acarretará ou não perda efectiva da capacidade de ganho, o que se calculará com base num juízo de probabilidade.

Aqui sim, se porventura, não for possível apurar os valores exactos, o recurso à equidade deve colocar-se. Isto , a nosso ver, não autoriza que o dano se apure com recurso equidade. Autoriza, outrossim, que numa vez provado o dano, o tribunal não consiga apurar se o seu valor foi de X ou Y, porque não terá conseguido saber se, na data da verificação de tal dano (os maiores esforços), a IPP “agravada” será de mais 5% ou 10%, o salário será de 500 ou 600 euros, etc.

Se acaso o lesado não tinha salário , haverá que analisar a situação em concreto para considerar a solução específica mais adequada, em coerência com o critério que terá utilizado para avaliação do dano patrimonial futuro.

Dessa indagação irá resultar a efectividade ou não do dano patrimonial.

Por exemplo, pode não ter salário ,mas ter funções de “tipo profissional”, como é o caso da “dona de casa”, do desempregado sem subsídio, casos em que o recurso ao salário mínimo se justificará para calcular o dano patrimonial.

Outros haverá em que o “salário” será o subsídio de desemprego, a pensão de reforma, a pensão social, etc.

Se estes maiores esforços forem para a vida diária (não profissional), o dano é estritamente não patrimonial, impondo-se o juízo de equidade habitual neste tipo de danos.

A este propósito, parece boa doutrina a expressa no acórdão do STJ de 26-11-2006:

1. "a indemnização por dano patrimonial futuro deve corresponder à quantificação da vantagem que, segundo o curso normal das coisas, ou de harmonia com as circunstâncias especiais do caso, o lesado teria obtido não fora a acção e ou a omissão lesiva em causa;
2. Se a afectação da pessoa do ponto de vista funcional não se traduziu em perda efectiva de rendimento de trabalho, releva o designado dano biológico, determinante de consequências negativas a nível da actividade geral do lesado, justificativo de indemnização, caso em que as tabelas usuais se não ajustam ao seu cálculo, relevando preponderantemente o juízo de equidade."

Este acórdão começa por qualificar que uma incapacidade que não determine perda de capacidade de ganho na proporção não pode dar origem a um dano patrimonial nessa medida.

É rigorosamente exacto.

Mas, continua o acórdão, se tal dano patrimonial se não verifica (a vulgarmente designada IPP) , há um outro dano, o dano biológico que é, segundo o mesmo acórdão um dano patrimonial indemnizável.

É aqui que discordamos. Estamos perante um dano não patrimonial , o que, aliás, o acórdão implicitamente reconhece, ao não conseguir aplicar a teoria da diferença, recorrendo à equidade.

O relatório pericial não está transcrito no acórdão, naturalmente, mas como todos os relatórios do INML são iguais nos conceitos, bastará ver o que neles se diz sobre a Incapacidade Permanente Geral para se perceber que estamos perante danos não patrimoniais. Aplica-se aqui tudo o que dissemos mais acima.

Em suma:

- a) a incapacidade , geral ou profissional, é um dano existente caso se prove a sua existência pela via pericial;
- b) a incapacidade profissional tem um reflexo patrimonial que se avalia através de um salário ou rendimento que o lesado tinha à data da lesão ; pode ser patrimonial por via directa do salário/rendimento efectivamente perdido ou de um "salário similar", se acaso o lesado desempenhava uma actividade profissional (remunerada ou passível de se lhe atribuir uma remuneração por equivalência).
- c) não patrimonial, *prima facie*, sempre que não for possível avaliar o dano através da teoria da diferença, como são todos os casos dos esforços acrescidos (salvo se a perícia disser e for aceite, que os maiores esforços, acarretarão a prazo, uma diminuição efectiva da perda de capacidade com rebate profissional).

Creemos que estes acórdãos espelham bem como a doutrina do dano *a se*, traduzida no conceito de incapacidade permanente geral (IPG), vem sendo assumida de uma forma pouco crítica, sem tomar em consideração os danos específicos que ela comporta (às vezes misturando-os), e deixando-nos sem perceber o que é que se indemnizou (como é o caso do primeiro acórdão).

Percebeu-se que se sentiu necessidade de indemnizar, mas percebeu-se também que a indemnização é difusa.

Se a perícia fosse qualificada nos termos que vimos defendendo, fixava o prejuízo funcional para a profissão e descrevia os demais danos para a vida diária nos termos que constam do conceito de IPG.

Em nosso entender, se não há dano , o que é justo e adequado é não o inventar. Se a lei o não previu alguma razão encontrou para tal.

Tal não dispensará, antes exigirá, que se analise o caso concreto para ver se há ou não outros tipos de danos indemnizáveis previstos na lei.

O que impede um juiz de, em qualquer dos exemplos atrás referidos (criança, , excluído sem abrigo, desempregado) verificado que não há dano patrimonial efectivo , depois de analisar o relatório circunstanciado da perícia, sopesar os danos não patrimoniais com uma valoração específica, fundada justamente na especificidade da situação, com base no comando legal e geral da equidade?

E a criança que não tem danos patrimoniais imediatos , não tem necessariamente danos não patrimoniais presentes e futuros (o dano de não poder brincar com as demais crianças durante um certo tempo , porventura durante toda sua infância)?

E, se a perícia for qualificada, não poderá colher-se nela elementos que permitam, previsivelmente, verificar mesmo a existência de danos patrimoniais futuros (a criança que vinha praticando uma disciplina artística, uma pratica desportiva e mostrava talento inequívoco, etc.)?

E, no caso de outros lesados sem salário (dona de casa, desempregado, beneficiário de pensão social, etc.) o que impede o juiz de procurar verificar em função do caso concreto, do relatório pericial e demais elementos probatórios, a existência mesmo de um dano patrimonial?

Na verdade, se há uma efectiva perda da capacidade para todo e qualquer trabalho, há uma perda da capacidade de ganho em geral como dano inquestionavelmente previsível no futuro. A dificuldade não é a de determinar o dano real , antes de o quantificar pecuniariamente. O trabalho do juiz é justamente este, baseado na perícia qualificada e nos demais elementos probatórios, o que poderá fazer, até, porventura, em função de um salário médio previsível para o estrato social do lesado, do salário mínimo, do subsídio de desemprego, enfim, por outro qualquer critério, desde que devidamente explicitado e fundamentado.

Ainda dentro da avaliação do dano , um breve comentário sobre o que vem sendo designado de dano futuro .

A expressão o dano futuro vem designando coisas não inteiramente coincidentes na doutrina jurídica e na prática médico-legal.

Para os juristas o dano futuro é o dano que ainda não se concretizou mas que previsivelmente ocorrerá: o lucro cessante ou frustrado, o que se deixou de obter mas obteria se não fosse o facto lesivo.

Para a clínica médico-legal, o dano futuro é o agravamento das sequelas, que com elevada probabilidade se irá registar, e que se pode traduzir num aumento de incapacidade permanente geral. Designa os danos corporais que o lesado ainda não tem mas se presume vir a ter, independentemente de tal dano acarretar ou não uma prejuízo funcional com repercussão na capacidade de ganho, tendo em conta a evolução daquele tipo de lesão e a experiência de casos similares. Sabe-se apenas que de acordo com uma elevada probabilidade se registará e que se traduzirá num aumento de IPG (não IPP).

É uma espécie de sequela do dano psico-físico verificado na perícia à data da consolidação, a qual ocorrerá se a situação clínica tiver a evolução normal.

Este dano futuro pode ser mais incapacitante, exigir maiores esforços , mais dores, etc.

Eis porque importa que a perícia defina e , sobretudo, descreva qual será esta perda de capacidade funcional que o tribunal traduzirá em perda de capacidade ganho ou os maiores esforços e dores.

Ora, de acordo com a nossa lei, só os danos futuros previsíveis são indemnizáveis (564º, nº2 do CC).

Importa, por isso, que o tribunal tenha os elementos para aferir esta previsibilidade, para o que a perícia tem de contribuir.

Assim, desde logo, os danos futuros que não originem prejuízo funcional efectivo com reflexo na perda da capacidade de ganho, não devem ser considerados como indemnizáveis a título de dano patrimonial futuro.

Já o vimos a propósito do acórdão que comentámos.

Para exemplificar com uma situação recorrente: as dificuldades acrescidas para determinadas tarefas que uma perícia médico-legal tenha relevado, porque não determinam incapacidade funcional com reflexo na capacidade de ganho não devem ser consideradas como dano patrimonial (presente ou futuro), sem prejuízo de tais danos serem atendidos, que o devem ser, mas a outro título, que não o de dano patrimonial.

Trata-se, evidentemente, de um dano não patrimonial futuro.

Também aqui só a perícia qualificada pode fornecer os factos que permitam ao tribunal considerar tais danos como futuros, patrimoniais ou não patrimoniais.

Caracterizando-os descritivamente, permitira também, com base no mesmo juízo de probabilidade, que tal dano seja datável, nomeadamente se tiver rebate profissional. Na verdade, a patrimonialidade é convertível pecuniariamente numa indemnização, não sendo por isso indiferente que, v.g., um dano somático tenha uma repercussão no prejuízo funcional dois anos após a consolidação ou 15 anos depois.

E o mesmo se diga para as dificuldades acrescidas futuras para a vida corrente(IPG), agora na quantificação para o dano não patrimonial.

Reitera-se, assim, a necessidade da perícia ser descritiva, circunstanciada e especiosa, sob pena de não facultar os elementos adequados e necessários à quantificação da indemnização/ compensação dos lesados pelo tribunal.

Ainda sobre o dano patrimonial futuro, umas breves palavras sobre a forma de o calcular.

Parece-nos evidente que esta avaliação em montante monetário não pode ser objecto de um mero cálculo aritmético.

Jurisprudencialmente assim tem sido considerado.

Esta evidência não merece, a nosso ver, necessidade de fundamentação, pois é a própria lei que o manda fazer, nas ressalvas que faz no próprio preceito legal: no nº 3 do artigo 566º quando “não puder ser averiguado o valor exacto dos danos” e “sem prejuízo do preceituado noutras disposições”, como são os casos previstos nos artigos 494º e 570º, v.g.

Parece-nos merecer a mesma evidência considerar que a decisão do tribunal terá de ter na sua génese um cálculo aritmético básico, que esboce valores para aplicar a teoria da diferença.

Trata-se de uma boa prática , a que a lei recomenda no artigo 566º, com a vantagem de não permitir que se caia na tentação da justiça pessoalizada, subjectiva, emocional face ao caso concreto, antes uma justiça fundada em critérios jurídicos, não em opiniões.

Mesmo quando a lei permite ou recomenda o recurso à equidade como critério ajustador da indemnização, a aplicação da teoria da diferença impõe o cálculo aritmético, como referencial ao valor final.

Mesmo quando a lei propugna como critério o juízo de equidade, não nos parece boa prática, por exemplo o recurso a critérios que se fundam em meras opiniões do tipo “as indemnizações não podem ser miserabilistas” ou “não podem trazer benefícios compensatórios luxuosos à custa da morte do lesado”.

O que é uma indemnização miserabilista? Miserabilista em relação a quê? Aos salários alemães, aos salários polacos, marroquinos? Com base em que paridade de poder de compra? É miserabilista uma indemnização de 40.000 em acidente de viação pela morte ou lesão corporal de um lesado e já não é miserabilista a indemnização por 1/3, por metade, ou menos ainda, quando o facto lesivo é penal (homicídio ou ofensas corporais não decorrentes de acidente de viação)?

Como mero exemplo: o salário médio em Portugal ronda os 650 euros em Espanha situa-se na ordem dos 1200 euros. Qualquer comparação de indemnizações não poderá deixar de levar em consideração a óptica dos rendimentos dos lesados, naturalmente.

Como não se poderá deixar de levar em conta o tipo de danos indemnizados. Por exemplo, considerar que uma indemnização por dano patrimonial futuro em Portugal foi de X, porventura inferior à da Espanha ou outro país europeu, não se pode ficar alheio ao valor final de toda a indemnização, que porventura não será tão distanciada como a uma primeira leitura pareceu. Na verdade, para exemplificar, em Espanha e vários países europeus não se consagra a perda do direito à vida em sentido estrito (direito da vítima), mas apenas os sofrimentos dos familiares.

Noutros países, os nórdicos, não se indemnizam os danos não patrimoniais dos familiares por morte da vítima.

Na Itália, v.g. os danos não patrimoniais só são considerados quando em simultaneidade de responsabilidade penal (sobre estas diferenças, cf. Armando Braga, obra citada, pp.195 e ss.).

Também é mera opinião e não juízo fundado, afirmar-se que os danos não patrimoniais dos familiares não poderão ser luxuosos e ofender a memória da vítima.

Mas, já será juízo fundado verificar, face à “moral” social dominante onde nos inserimos, no quadro de valores comumente aceite, caldeado com a especificidade do caso concreto, verificar se aquela indemnização apelidada de luxuosa e ofensiva da memória da vítima em juízo de opinião, afinal, é apenas o mínimo de compensação possível para o efectivo e real sofrimento dos familiares afectados. Casos haverá em que uma compensação que permita distrações e até viagens exóticas são apenas um contributo para ajudar a “esquecer” a dor, sendo uma justíssima compensação.

É conhecida a diversidade existente nas decisões judiciais neste tipo de dano.

Como mera opinião pessoal, pensamos que nas grandes incapacidades e na morte, as indemnizações têm sido pouco valorizadas., cremos que uma análise mais cuidada dos danos efectivamente ocorridos, deveria ter maior repercussão não patrimonial, pois trata-se de incapacidades muito, mas mesmo muito incapacitantes, com um prejuízo de monta para o nosso bem supremo: fruir a vida.

Só que este desideratum não deve ser perseguido com base em opiniões como a que nós próprios acabámos de expender, antes de cuidadosa análise sobre o dano sofrido.

Nas pequenas incapacidades, verifica-se um fenómeno tendencialmente oposto a este.

Não há, efectivamente, perda da capacidade de ganho e os danos não patrimoniais são subjectivamente sobrevalorizados com alegação de factos extravagantes a olho nu (utiliza-se uma adjectivação carregada, impressiva, como que a suprir a falta de substância factual), que são facilmente confirmados em audiência com depoimentos testemunhais adrede arrolados, que asseguram “a profunda tristeza que o lesado passou a ter, o acabrunhamento após o acidente, os transe de sofrimentos atrozes e pungidos, o nunca mais foi a mesma pessoa”, etc.

A expressão legal “danos graves que mereçam a tutela do direito” quase deixou de ter qualquer sentido útil, na prática corrente.

Raramente ocorrem “prejuízos insignificantes ou de diminuto significado, cuja compensação pecuniária se não justifica, por serem prejuízos que todos devemos suportar num contexto de adequação social, cuja ressarcibilidade estimularia uma exagerada mania de processar e que , em parte, são pressupostos pela cada vez mais intensa e interactiva vida social hodierna” , como ensina R. Capelo de Sousa, (cf. *O Direito geral da personalidade*, Coimbra, 1995, pp. 555-556), dando pistas para um critério de ponderação.

Também a perícia qualificada pode ajudar a detectar este dano, nomeadamente se ele é fruto de uma especiosa particularidade do lesado ou, ao contrário, é uma sequela tipo sempre que aquela lesão corporal ocorre. Veja-se o que já referimos em cima sobre a avaliação do dano estético e do *quantum doloris*.

É neste contexto dos danos não patrimoniais que os Baremes podem ter utilidade.

Já quanto aos patrimoniais a sua utilização só será razoável e possível em situações muito específicas, se o que preceituarem for visto como meros indicadores para a quantificação do dano.

Os Baremes poderão conter valores referenciais do seguinte tipo: o salário ou rendimento atendível deverá ser o que estiver manifestado na declaração de IRS, considerar o salário mínimo se não existir salário, a duração temporal previsível para o dano patrimonial futuro por lucros cessantes deverá ser a idade legal da reforma, a duração temporal para os danos não patrimoniais decorrentes do dano biológico deverá ser a esperança média de vida, a taxa de juro para cálculo do capital deverá ser colhida pelas operações passivas, etc.

Estes referenciadores, porém, jamais poderão ser os valores indemnizatórios, pois competirá ao tribunal proceder ao apuramento do dano e da sua reparação integral, a qual se fará sempre pela forma consagrada na obrigação de indemnização e de acordo com a prova feita.

Portanto, para nós é indiscutível que a formula de cálculo é essencial a uma ponderada decisão, sem prejuízo do ajustamento que o caso concreto aconselhar.

É por isso que , entre as várias fórmulas, a empírica que o Conselheiro Sousa Diniz defendeu nos pareça um bom método, contendo aliás a flexibilidade que vai de um capital que corresponderia a uma renda vitalícia ao capital correspondente a um usufruto, o que permite o ajustamento ao caso concreto.

De igual modo a fórmula que a Relação do Porto divulgou há já largos anos, matematicamente testada e hoje ao alcance de todos com as aplicações em Excel, também é um bom critério orientador.

E o mesmo se diga da fórmula de cálculo constante do site Verbo Jurídico, que julgamos ser a da Relação do Porto com uma actualização dos salários de 2% ano, por assim se ter pressuposto acontecer numa determinada fase da vida em Portugal.

Mas, pensamos que isto não pode ser mecanicamente assumido, pois competirá ao tribunal ajustar todos estes cálculos aritméticos ao caso concreto.

Haverá, v.g., que verificar, caso a caso, se o rendimento a considerar deverá ser apenas o líquido, se este rendimento líquido deverá ser acrescido de despesas fixas, se porventura deverá antes considerar-se o bruto, se tal rendimento deverá ou não ser passível da actualização de 2% (ou outra), se é trabalhador por conta de outrem (salário) ou pessoa com rendimentos de outro tipo, se porventura a indemnização deverá ter em conta os reflexos da segurança social no que respeita à reforma, etc.

Um outro aspecto relevante para este cálculo é o do estabelecimento do limite temporal para calcular o dano patrimonial futuro (perda dos ganhos). Até muito recentemente , esta questão era pacífica, pois considerava-se a idade legal de reforma.

Hoje, muitos arestos, optam por considerar a idade de vida activa ou a esperança média de vida do lesado , entendendo-se por esta última, a idade em que a pessoa, mesmo para além da reforma, tem ainda capacidade trabalhar e, portanto, auferir os respectivos proveitos.

O fundamento destes arestos assenta no facto de uma pessoa continuar a ter capacidade de trabalho para além da reforma, portanto para além da vida activa, e continuar a ter necessidades e fruição de vida até morrer.

Esta tese merece, a nosso ver, reflexão, pois não estamos seguros da sua bondade.

Em primeiro lugar, não é verdade que a generalidade das pessoas, após os 65 anos, continue a trabalhar. Note-se que é deste dano que estamos a tratar e não do dano não patrimonial decorrente da incapacidade genérica que deverá ser indemnizado noutra sede, como procurámos defender mais acima.

Creemos que , no mínimo, deveremos considerar, em cada momento histórico , se tal facto é razoavelmente previsível.

Curiosamente, esta corrente jurisprudencial começou a ganhar foros maioritários, justamente numa fase histórica em que tal situação não acontece por regra e onde a previsibilidade razoável de tal acontecer é mera elucubração teórica.

Em segundo lugar, se o que se está a avaliar é um dano patrimonial , o lesante está a responder pelo dano que causou em função do rendimento que o lesado tinha à data do facto lesivo, o que não se quadra com o trabalho após a reforma, para o qual não há qualquer referente de rendimento .

Partir do valor que o lesado tinha no activo não é verdadeiro, à partida, tão pouco conforme à realidade.

Pensamos que, neste caso, a solução que se nos afigura mais adequada será a do cálculo até à idade da reforma, sem prejuízo de nos casos em que se prove a probabilidade razoável de vir a ocorrer trabalho remunerado para além da reforma, tal valor dever ser considerado, mas apenas por esse valor.

Já se justificará a esperança média de vida na quantificação do dano não patrimonial decorrente do prejuízo funcional psicossomático decorrente da IPG, por ser a este nível que o dano se manifesta.

Em suma: o dano patrimonial futuro corporal até à idade da reforma, o dano não patrimonial futuro corporal até esperança média de vida.