

NOS 40 ANOS DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS Tutela da personalidade e dano existencial

Manuel A. Carneiro da Frada*

Sumário: 1. Os 40 anos na vida das pessoas e do Código Civil: os danos existenciais na origem de uma crise existencial do Código Civil?. 2. Prolegómenos sobre os danos existenciais e a tutela da personalidade. 3. Algumas concretizações dos (heterogêneos) danos existenciais. 4. Dano existencial e indenizabilidade civil dos danos não patrimoniais. 5. Dano existencial e dano biológico. 6. Dano existencial, vulnerabilidade do sujeito e limites do direito ao desenvolvimento da personalidade. 7. Vítimas secundárias e dimensão relacional da pessoa: um caso de eficácia externa de posições relativas? 8. Danos patrimoniais e danos existenciais: o estatuto real dos bens ao serviço da dimensão existencial? 9. Danos existenciais e danos patrimoniais (*cont.*): a caminho de uma revolução no entendimento do (comum) critério da patrimonialidade? 10. Considerações finais: tutela da pessoa vs. direitos de personalidade.

1 Os 40 anos na vida das pessoas e do Código Civil: os danos existenciais na origem de uma crise existencial do Código Civil?

Um Código Civil pode lembrar mais as pessoas do que à primeira vista se poderia supor. Não é só que alguns deles – pensamos, de modo muito especial, no Código português de 1867, comumente conhecido como Código de Seabra – tenham querido acompanhar tão de perto o arco da vida da pessoa comum que fizeram do curso normal da existência humana a fonte de inspiração da sua própria sistematização de matérias: desde o nascimento até à morte natural, re-

* Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito do Porto e na Universidade Católica Portuguesa.

colhendo as principais vicissitudes que a vida de um homem sobre a terra experimenta. Um antropomorfismo deste género fica certamente muito bem, no simbolismo que carrega, a um Código Civil: àquele edifício legislativo que visa disciplinar de modo científico, sintético e sistemático a vida comum da pessoa comum.

Só que as semelhanças com os humanos não se ficam por aqui. Há uma experiência de vida das pessoas que apetece dizer ser também partilhada pelos Códigos. Vem isto a propósito dos 40 anos do Código Civil português. Na vida de um homem, a meia-idade é um tempo propício a balanços.

Passaram-se já inexoravelmente os anos de uma juventude irrequieta que pensava ser em larga medida autossuficiente e pouco ter a aprender com os outros, convencida de possuir uma fonte inesgotável de energia. O tempo, com porfia e paciência, foi-o persuadindo de que não sabia tudo e deu-lhe perspectiva. Proporcionou-lhe porventura uma maior capacidade de entender os demais, mostrou-lhe as limitações que também tem, deu-lhe uma cura de realismo, fê-lo sentir que a vida é muito multifacetada e dificilmente se deixa aprisionar em voluntarismos autistas.

Naturalmente que, aos 40 anos, a pessoa sensata não se impressiona com este estado de coisas. Muito pelo contrário, retira da sua experiência recursos, começa a destrinçar o essencial do acessório, e adquire sabedoria: se aquilo que a norteia é firme e vale a pena, descobre uma inusitada força no essencial e, deixando a vida ensiná-lo, retira daquela descoberta um *élan* renovado de beleza, energia e ideal. Como a sua existência não é eterna, começa a perceber que o que importa é aquilo que ela mostra e torna-se mais desprendido daquilo que é ou foi, conquanto que isso que ela ambicionou seja com ela servido. O “ser” torna-se cada vez mais importante, o “modo-de-ser” de cada um secundário.

É com esta certeza, sem dúvidas superficiais de identidade, que a pessoa se lança a uma nova e fecunda e etapa da sua existência. Talvez a mais importante: aquela que frutos mais maduros e perduráveis pode dar.

Falamos naturalmente do Código Civil. De 1966 até hoje, esse monumento legislativo de primeira grandeza abrigou o civilista – aliás, todo o jurista – português: na determinação da sua juventude, deu-lhe a necessária segurança, foi para ele um porto seguro. Mas desde então, muita água correu por debaixo das pontes. Será, hoje, que o Código é justo? Proporciona-nos ele hoje um direito justo? O que é que a erosão do tempo mostra a esse respeito?

Estas interrogações não têm resposta fácil. A realidade mostra luzes e sombras. Propomo-nos ilustrá-lo com um exemplo apenas.

Como na vida das pessoas, os 40 anos podem também ser – a fazer fé nalguma *vox populi* (que todavia não tivemos oportunidade de confirmar) – tempos propícios a ajustamentos existenciais. Partindo daqui, é só um pequeno

passo procurar saber como é que o Código Civil lida com os chamados “danos existenciais”, para averiguar se daí lhe pode advir, também a ele, alguma “trepidação existencial” por causa deles.

2 Prolegómenos sobre os danos existenciais e a tutela da personalidade

Propomo-nos espreitar um plano de tutela da personalidade aparentemente novo e mais profundo, traduzido naquilo que, sobretudo em Itália,¹ se tem chamado o “dano existencial”.

De facto, um dos primeiros diagnósticos negativos feitos ao novo Código Civil português – que lhe foi, de resto, “atirado” logo à nascença – sublinhou a pouca relevância que nele assumia, pelo menos à primeira vista, o estatuto jurídico da pessoa, relegada a mero elemento da omnipresente categoria da relação jurídica.²

Claro que mais importante do que a configuração o que poderíamos chamar, com Heck, o sistema externo, é o acerto substancial das soluções e a forma como elas se connexionam: em suma, o relevante é o teor do sistema interno. E aqui não há dúvida que a cláusula geral do art. 70 n.º 1 do Código Civil, ao proclamar que “a lei protege todos os indivíduos contra qualquer ofensa à sua personalidade física ou moral” tem genericamente possibilitado à jurisprudência portuguesa uma adequada resposta às renovadas necessidades de tutela da pessoa. Por vezes, concretizando e densificando o seu alcance regulativo à luz do texto constitucional português de 1976 e do seu extenso catálogo de direitos fundamentais; mesmo com a consciência de que a relação de tais direitos com a tutela civil da personalidade é complexa.

O crescimento da percepção dos multifacetados níveis de protecção que a personalidade humana reclama torna em todo o caso legítimo perguntar se, quatro décadas volvidas, o diploma de 1966 não parece hoje, perante essa evolução no domínio dos direitos de personalidade, demasiado circunspecto e reservado, bastante longe de corresponder ao ideal da codificação. A pergunta só pode ser respondida perante uma certa forma de entender esse ideal. Importa distinguir bem o que se exige de um Código: que ele “ampare” (tão-só) o direito vivo vigente, que ele o espelhe fielmente ou, sendo mais ambicioso, que ele aponte o rumo certo do futuro que temos às portas? E também: reportamo-nos a uma idoneidade técnica ou a identificações de substância?

¹ Cfr. *Trattato Breve dei Nuovi Danni/Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali* (a cura di Paolo Cendon), Milano, 2000.

² Este um dos pontos que todos recordam do conhecido ensaio de ORLANDO DE CARVALHO, *A Teoria Geral da Relação Jurídica/Seu sentido e limites*, publicada em 1970 e republicada em 1981.

É que, talvez por se ter instalado um certo cepticismo quanto a um bem-estar económico ilimitadamente crescente e generalizável – de que é sintoma irrecusável a substituição do Estado-Providência ou do Estado Social de Direito por um mais comedido, e espera-se que mais eficaz, Estado-Garantia –, e por se ter percebido já que existem níveis de humanidade a evoluir de forma descontínua e, por vezes, regressiva, tem-se assistido de facto a um renovado impulso de tutela da personalidade. Ao ponto de se pretender mesmo que o século XXI será o século do direito das pessoas.

Compartilhe-se ou não desse optimismo, certo é que constitui indeclinável e nobilíssima tarefa do jurista contribuir para que assim seja e possa ser.³ O que não quer dizer que tenha de se esperar consenso fácil quanto ao sentido desse direito das pessoas e ao modo de o configurar.

Aquilo que por vezes se chama o “dano existencial” exprime, talvez como nenhum outro âmbito, este crescimento da tutela da personalidade.

A expressão é larga e imprecisa, mas inegavelmente sugestiva e cheia de valor simbólico. Pois convoca a dimensão individual da vida, aquilo que a torna feliz e conseguida na sua realidade singular, total, pelo menos no plano do que os meios e os fins do Direito, sempre limitados, podem oferecer e garantir.

Querendo mesmo incluir os aspectos da vida de cada um que se diria “cozinhos”, mas que cada um sabe como são importantes quando faltam.

Como quer que seja de valorar, o dano existencial manifesta e culmina uma tendência de aplaudir. Numa primeira fase, seguramente necessária, deu-se a progressiva descoberta das exigências da tutela da personalidade através do seu desdobramento na individualização de multifacetados direitos ou bens de personalidade.

Só que não pode ser suficiente que o Direito se contente com a proclamação genérica de um conjunto de exigências que, em abstracto, a tutela da personalidade postula para quem quer que seja, de uma forma igualitária. Importa que ele se decida a descer totalmente à realidade da pessoa concreta, a incarnar plenamente naquilo que a identifica e que permite por isso também distingui-la das demais; que, em suma, não deixe de fora nada de decisivo que pertença à sua esfera “existencial” e que é por natureza diferente de pessoa para pessoa.

Este parece ser o sinal do dano existencial.

Diga-se de passagem: a esta preocupação pelo homem concreto não será provavelmente alheia, pelo menos em parte, a falência das ideologias que comandaram o século XX e o sem-sabor de relativismos que o deixam hoje sem norte: de facto, se não temos modelo de pessoa, ou se não nos entendemos quanto a esse modelo, temos pelo menos pessoas concretas e os seus modos singulares de vida.

³ Nesse sentido as vigorosas afirmações de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS em *Direito de Personalidade*. Coimbra: 2006. p. 7-8.

Claro que, como dissemos, a palavra “dano existencial” é vaga e as fronteiras do conceito questionáveis e fluidas, prestando-se mesmo a severas críticas de correntes mais tradicionalistas. Mas importa não passar ao lado do essencial. Há que ver que realidades se pretendem cobrir, e só depois averiguar até que ponto existe lugar para a afirmação de uma nova dimensão da tutela da pessoa, não compreendida ou não compreensível a partir dos quadros vigentes.

Porque é disto que se trata. O dano existencial exprime, antes de mais, uma pretensão, não tanto de classificar e tipificar um prejuízo no confronto com outros, quanto de identificar um nível de protecção da pessoa. Uma protecção que, se tem na responsabilidade civil um dos seus instrumentos mais eficazes, está muito longe de se esgotar neles, como de resto o art. 70 n.º 2 recorda.

Por outro lado, nada se diz ainda quanto ao âmbito e aos limites de protecção da pessoa nesse plano dito existencial. Por isso, seria totalmente precipitado negar os “danos existenciais” a pretexto de que a protecção cresceria desmesuradamente e sem controlo, como lembra um conhecido argumento contra o desmesurado crescimento da responsabilidade civil. De facto, todo o sistema de ressarcimento de danos tem de equilibrar-se adequadamente com o sistema de protecção da liberdade e autonomia. Porque a tutela de alguém faz-se sempre, em direito civil, à custa de outrem.⁴

3 Algumas concretizações dos (heterogéneos) danos existenciais.

Vamos, portanto, despreconcebidamente, considerar os bens e interesses das pessoas cobertos pelos “danos existenciais”, cientes de que os termos da sua protecção não resultam automaticamente da respectiva identificação.

A categoria dos danos existenciais é manifestamente heterogénea.⁵

Tem sido vislumbrada e aplicada a situações tão díspares como as seguintes:

- a) às restrições que o sujeito tem de suportar na qualidade da sua vida em virtude de lesões no seu substrato biológico, como quando fica a não poder andar mais, não ver mais, não ouvir mais ou não sentir mais;
- b) às limitações de vida implicadas por deficiências congénitas, não provenientes de uma lesão de um direito de personalidade que se possa dizer anteriormente existente e ilegitimamente suprimido, como as decorrentes do nascimento com SIDA ou com outra malformação ou doença congénita;

⁴ Compreendemos portanto muito bem as reservas que podem suscitar-se deste ponto de vista a essa categoria. Cfr. ALMEIDA COSTA. *Direito das Obrigações*. 10. ed. Coimbra: 2006. p. 594-595, em nota. Também nós somos sensíveis à necessidade imperiosa de um equilíbrio.

⁵ Uma extensa panóplia de hipóteses pode confrontar-se em *Trattato Breve*. Cit., *passim*.

- c) às necessidades das pessoas vulneráveis ou débeis, como os doentes, os moribundos, os velhos, os privados de cuidados assistenciais ou paliativos, às crianças abandonadas ou vítimas da pedofilia;
- d) à criação ou indução de dependências que influem no exercício da liberdade pessoal, à cabeça das quais a da droga, mas também a do tabaco ou a do álcool;
- e) aos impactos vitais negativos decorrentes da criação (ou indução à criação) de uma dependência financeira desproporcionada do sujeito por parte de entidades poderosas, por exemplo, mediante políticas comerciais ou de crédito ao consumo desajustadas das possibilidades e conveniências da pessoa;
- f) a certos prejuízos sofridos pelo sujeito nas suas aptidões familiares ou afectivas, como quando fica lesada a sua capacidade procriativa – de ser pai ou mãe – ou, em todo o caso, a possibilidade de levar uma vida familiar normal sem encargos para terceiros;
- g) às alterações de vida que sofrem aqueles que são reflexamente afectados, na sua vida familiar ou social, com lesões ou perturbações na existência de outrem: por exemplo, as dos que ficam a suportar ou a amparar a necessidade de sujeitos atingidos por uma invalidez ou doença, que os obriga a encargos e papéis assistenciais; mas também, por exemplo, as dos que vêm comprometido o relacionamento sexual em consequência de lesão física ou psíquica do cônjuge; as do luto de familiares e amigos do defunto;
- h) às disfunções na vida decorrentes de más experiências em instituições como a escola, hospitais, estabelecimentos psiquiátricos, prisões, etc.; mas também às distorções de vida provocadas em crianças pelos *mass media*, em especial pela televisão;
- i) aos efeitos nocivos na vida social, familiar ou de trabalho derivados da influência do sujeito pela magia, o espiritismo ou outras “ciências ocultas”, assim como aos efeitos perturbadores decorrentes da aliciação do sujeito por seitas, por exemplo conducentes a tentativas de suicídio colectivo;
- j) em todo o caso, a hipóteses várias que parecem ultrapassar o âmbito que se diria consolidado da tutela conferida pelos direitos de personalidade, como a afectação da existência ou da qualidade de vida: 1) pela preclusão, definitiva ou temporária, da possibilidade de prática de um desporto, de *hobbies*, do gozo de férias; 2) pela mutilação sexual de raparigas (particularmente em zonas de influência islâmica); 3) pelos traumas, medos e inaptações decorrentes da vivência de situações extremas ou da assistência, ocasional ou não, em situações de guerra, campos de extermínio, “soluções finais”, *goulags*, e de outras catástrofes causadas pelo homem; mas

- também; 4) pela experiência de um diagnóstico médico errado, a respeito de si próprio ou de terceiro, como quando se dá falsamente como inviável ou como sã uma criança no ventre materno; 5) pelo *stress* da experiência do perigo ou da exposição ao perigo, entre os quais, por exemplo, pelo medo de contágio de uma doença incurável; 6) pela supressão da auto-estima em consequência de uma desfiguração estética da cara ou do corpo; 7) na vida de relação, pela denúncia penal infundada; 8) pelos menosprezos, discriminações ou compressões da liberdade religiosa ou derivados do exercício da objecção de consciência; 9) por discriminações ou menosprezos sofridos por estrangeiros e emigrantes, legais ou clandestinos; 10) por abusos do poder paternal; 11) na prostituição, pela exploração de mulheres por clientes e cabecilhas de redes de negócio;
- k) às perturbações na vida das pessoas causadas por emissões várias – fumos, ruídos, trepidações, mas também derivadas da instalação de campos electro-magnéticos (redes eléctricas ou de telecomunicações);
 - l) aos impactos negativos pela morte ou lesão provocadas num animal de estimação;
 - m) de modo geral, às consequências na vida das pessoas, da destruição ou deterioração de coisas, móveis ou imóveis, dotadas de valor afectivo.

O elenco não é exaustivo. Representa aqui um agrupamento instrumental e provisório. Algumas hipóteses sobrepõem-se.

Na verdade, não pretendemos constituir uma tipologia apurada. Para ser consistente, esta terá, em Direito, de orientar-se por estruturas jurídico-dogmáticas, que todavia se encontram, em larga medida, por identificar e precisar entre nós. De resto, mas de qualquer forma, intui-se facilmente que, apuradas essas estruturas, a resposta do Direito deverá organizar-se segundo um “sistema móvel” dos vectores normativos relevantes.

Com esta prevenção, sejam-nos consentidas, em todo o caso, algumas reflexões preliminares e exploratórias sobre uma problemática que se antecipa muito rica.

4 Dano existencial e indemnizabilidade civil dos danos não patrimoniais

Em primeiro lugar, importa frisar que a temática dos danos existenciais está muito para além da simples identificação ou caracterização de um prejuízo: ela convoca o problema da determinação daquilo que é objecto da tutela da personalidade. No Código Civil português, joga-se o conteúdo e o alcance do art. 70 n.º 1.

Muitas das perturbações descritas conduzem certamente a danos não patrimoniais. Mas não há nenhuma cláusula geral que proíba a causação de danos não patrimoniais, ordenando o seu ressarcimento pelo simples facto de terem sido provocados por outrem. De acordo com a estrutura geral de toda a nossa responsabilidade civil, a situação de responsabilidade e a imputação são distintas do nexo causal e do dano.⁶

Assim, a aplicação do nº 1 do art. 496 do Código Civil – que prevê a indemnizabilidade dos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do Direito – não dispensa a fixação do fundamento da responsabilidade. Ou seja, requer-se a determinação da situação que conduz à obrigação de indemnizar, assim como da razão ou do nexo de imputação ao sujeito que fica vinculado a essa obrigação. O fundamento é distinto do dano não patrimonial a ressarcir. O art. 496 não dispensa a sua análise. Não proporciona autonomamente uma resposta à questão sobre “se” deve haver responsabilidade (“de alguém”) ou “quando” há-de existir uma obrigação de indemnizar (a cargo de outrem).

Dado que, no nosso sistema, a regra é a da responsabilidade por factos ilícitos e culposos, conclui-se que nas situações ditas de dano existencial se torna, portanto, imperioso identificar a ilicitude, ponto de referência, também, da culpa.

O que redundaria, sobretudo, em demarcar o raio de tutela conferido pelo aludido art. 70 nº 1 do Código Civil. Permitindo também, por essa via, estabelecer o âmbito das providências conferidas ao sujeito pelo nº 2 desse preceito.

5 Dano existencial e dano biológico

Neste ponto, há que reconhecer que algumas perturbações de vida por vezes reconduzidas a danos existenciais se prestam a serem entendidas enquanto meras consequências da violação de direitos de personalidade comumente aceites e sedimentados. Assim, se alguém perde os seus sentidos externos (visão, audição, tacto) ou internos (como a memória ou a imaginação), tal perda pode compreender-se largamente como causalmente derivada de uma lesão à sua integridade física (um acidente, uma agressão corporal, etc.).

Não obstante, há ainda aqui uma relação difícil de estabelecer entre a perturbação de vida daí adveniente e o dano biológico ou o dano da saúde em sentido próprio. Pois está em causa o impacto da lesão que a pessoa sofreu na sua integridade física na sua realidade mais global. Parece que se transcende um nível meramente biológico, o nível daquilo que é passível de uma averiguação ou testificação médica, para nos situarmos no plano *dinâmico* da vida da pessoa e das suas condições concretas (atingida que foi por uma lesão de saúde).

⁶ Para o nosso entendimento destes conceitos, cfr., por último, *Responsabilidade Civil*. O método do caso. Coimbra: 2006. p. 63-64.

O que concita a determinação mais exacta do âmbito protegido pela violação de um direito de personalidade tão elementar como o direito à integridade física. A unidade da pessoa nos seus aspectos biológicos e não biológicos torna árdua essa tarefa. Juridicamente, porém, não parece satisfatória a recondução do problema levantado a mera questão de extensão do dano a indemnizar em consequência de um evento desencadeador da respectiva obrigação ou a um problema de causalidade entre eles.

Este aspecto torna-se claro na hipótese de uma desfiguração corporal ou estética, por exemplo em virtude de uma ofensa corporal. É que, se o impacto causado pela acção se dá mecanicamente no mundo físico – desfeitando o rosto ou provocando um aleijão, irreversivelmente –, a verdade é que a causa de sofrimento do sujeito (passado o momento inicial da dor e dos incómodos do tratamento) supera o plano do dano biológico, e mesmo o de uma eventual patologia psíquica. Na verdade, está em jogo a sua auto-estima e as representações e imagens que cada um tem de si próprio e do papel que considerava poder desempenhar ou ser chamado a desempenhar no mundo. Estes aspectos, mesmo que consequenciais da lesão, suplantam o lastro físico determinado por essa lesão. O que os danos existenciais cobrem são, afinal, perturbações de vida, derivadas embora de uma lesão à saúde, mas que ultrapassam o âmbito estrito ou o alcance próprio de um diagnóstico médico.

6 Dano existencial, vulnerabilidade do sujeito e limites do direito ao desenvolvimento da personalidade.

Por outro lado, a temática dos danos existenciais ocupa-se com a criação ou a exploração de debilidades em sujeitos vulneráveis. Esta dimensão sugere a afirmação de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de sabor germânico, efectivamente proposto já entre nós como um importante direito de personalidade a acrescentar aos direitos fragmentariamente previstos nos arts. 70 e seguintes.⁷

Importa porém ter consciência dos seus limites, sob pena de total descaracterização: não corresponde ao sentido comum do que possa ser o direito ao livre desenvolvimento da personalidade aplicá-lo, por exemplo, à tutela de anciãos ou doentes terminais. Campo privilegiado desse direito será, sobretudo, o do combate à criação de dependências ou à propiciação de disfunções de crescimento em crianças e jovens, por exemplo por via da droga ou da televisão.

⁷ Por exemplo, por RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, PAULO MOTA PINTO e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS: cfr., a apreciação recente deste último autor (com referência aos demais), em *Direito de Personalidade*, cit., p. 74 ss.

De facto, a pessoa não pode nunca ser tutelada tão-só pela sua dimensão prospectiva, que, sendo sem dúvida importante, não pode arvorar-se em única. A pessoa tem de ser protegida por aquilo que actualmente é. Os danos existenciais levam longe esta dimensão da sua tutela.

Eles têm menos a ver com a perturbação do livre desenvolvimento da personalidade do que se poderia pensar. Não se trata neles tanto de proteger a liberdade de realização futura ou hipotética do sujeito, mas de compreender adequadamente o constrangimento e a perda de qualidade da sua existência presente. A situação actual não é deplorada pelo sujeito apenas porque desprovida de liberdade de orientar futuramente a vida num certo sentido (diverso do actual). Ela é sentida pelo sujeito como lesão de condições da sua vida presente, embora reflectida prospectivamente.

Na temática dos danos existenciais, o que se torna portanto relevante é a circunstância concreta e actual da vida da pessoa na sua continuidade “normal”. Não está em jogo a mera restrição da autonomia de determinação de vida (entendida embora em termos materiais). A eliminação da liberdade de conformação futura da vida não é valorada *qua tale*. O que integra o dano existencial é a ablação da liberdade de “continuar o passado feliz e tranquilo”. Em suma: nos danos existenciais, está tipicamente em jogo um *status quo* (no seu prolongamento imediato no tempo), não a preclusão de um *status ad quem*.

7 **Vítimas secundárias e dimensão relacional da pessoa: um caso de eficácia externa de posições relativas?**

Os danos existenciais significam, portanto, um alargamento da tutela da pessoa no campo daquilo que constituem as suas circunstâncias presentes e concretas de vida. Alguns deles manifestam todavia uma dimensão muito especial quando mostram não se tomar a pessoa apenas na sua individualidade única, irrepetível e, por isso, distinta e isolada da de todos os outros.

De facto, os danos existenciais não se limitam a aprofundar a protecção do sujeito tomada *per se* mediante a incorporação da realidade concreta da sua vida. Eles convocam também a pessoa como ser social cuja identidade se afirma e constrói de forma relevante no concerto da convivência humana.⁸

É o caso, por exemplo, da perturbação causada à mulher compelida a deixar o negócio que havia montado para assistir o marido que, vítima de uma agressão, se tornou inválido; do filho que sofre a deterioração ou degeneres-

⁸ Para PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, cit., 9, a fundamentação ética da personalidade poria em confronto duas grandes concepções: a platónico-aristotélica, que perspectiva a pessoa a partir da comunidade, e a estóica, que faz o inverso.

cência física irreversível causada à mãe; do pai que tem de suportar a caída na droga de um filho por influência de um traficante; do cônjuge que é confrontado com a preclusão de uma vida afectiva saudável em consequência de uma depressão profunda sofrida pelo outro (vítima, por exemplo, de um despedimento ilícito, de um tratamento hospitalar inadequado, etc.).

Em todas estas hipóteses estamos perante vítimas secundárias de uma lesão a um direito de personalidade que atingiu (directamente) outros. Contudo, o reconhecimento, a essa vítima secundária, de uma pretensão autónoma de tutela – nomeadamente ressarcitória – contra o infractor implica uma decidida superação de concepções individualistas da pessoa. Esta passa a ter de ser assumida na sua dimensão relacional: como família, como amor, como amizade, em suma, enquanto cume de uma teia de relações que a co-constituem enquanto pessoa e sem a qual ela não pode ser pensada na sua autêntica realidade.

A ideia não é, em si mesma, nova, sequer em Direito. Entre nós, por exemplo, uma importante colectânea de estudos sobre direito das pessoas foi, há pouco tempo, intitulada inspiradamente de “Nós” pelo seu autor.⁹ O dano existencial mostra uma clara dimensão jurídico-normativa desta perspectiva.

Se o ser da pessoa é um “ser com os outros” ou um “ser com outros”, aquilo que afecta estes afecta-a também a ela, e pode ser entendido como dano existencial. O que é curioso é que, afinal, a tutela autónoma desta dimensão relacional da pessoa perante terceiros significa a admissão de uma posição de personalidade dotada de protecção *erga omnes*, mas fundada numa relação. Ou, para dizer de outra forma, representa o reconhecimento de uma tutela contra terceiros – do carácter absoluto - de certas relações (da pessoa). O jusprivatista, sobretudo se habituado a negar eficácia externa às obrigações – e a encontrar para isso fundamento –, encontra aqui um campo de reflexão, tão promissor como desafiante, do ponto de vista da integração sistemática.

Está em causa a densificação da personalidade moral protegida pelo art. 70 n.º 1 do Código Civil; com a consideração também de disposições específicas que reconheçam e protejam os vínculos interpessoais, sobretudo familiares. Transcendemos largamente o espaço coberto pelo arbitramento da indemnização a terceiros pelo “dano morte” ao abrigo do art. 496 n.º 2 do Código Civil. E também a tutela patrimonial de terceiros em caso de morte ou de lesão corporal prevista no art. 495.

Tome-se a sentença pioneira da Relação de Lisboa de 28 de Janeiro de 1977 (aliás precursora no plano também do reconhecimento de uma ampla tutela pré-natal).¹⁰ O tribunal concedeu a um jovem – Fernando – que nascera

⁹ Referimo-nos a DIOGO LEITE DE CAMPOS. *Nós/Estudos sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: 2004, *passim*.

¹⁰ Cfr. Colectânea de Jurisprudência, II (1977), 1, p. 191 ss.

6 dias depois da morte do pai num acidente de viação, uma indemnização com justificações que se podem dizer típicas do reconhecimento de um dano existencial: “O menor ficou privado do amparo moral e protecção, orientação e carinho que o pai prodigalizaria até à maioridade e muito especialmente enquanto criança ou jovem”. Ora, se assim é, parece que não se pode excluir também o direito a uma indemnização, por idênticos ou similares motivos, caso de um acidente não sobreveio a morte do pai, mas a sua invalidez física ou um trauma ou perturbação psicológica graves e duradoiros.¹¹

8 Danos patrimoniais e danos existenciais: o estatuto real dos bens ao serviço da dimensão existencial?

Vamos concluir com uma breve reflexão sobre a questão de saber se as lesões em coisas que constituem o património do sujeito podem configurar danos existenciais.

Comumente tem-se por verificado um dano patrimonial quando se atingem bens que integram o património do sujeito. O dano não patrimonial, pelo contrário, derivaria essencialmente da violação de bens não patrimoniais. Com isso, parece restringir-se a possibilidade de um dano existencial decorrente da lesão de elementos do património do sujeito, pois este dano apresenta uma natureza não patrimonial. Aceita-se certamente que a lesão de um bem não patrimonial possa implicar prejuízos patrimoniais (v. g., partir uma perna implica despesas). Mas afigura-se difícil aceitar que o dano numa coisa implique um prejuízo existencial e atinja o nível da tutela da personalidade: isso muito raramente se releva.

Afinal de contas, o dano patrimonial é, como repete com grande unanimismo a doutrina, aquele que é avaliável em dinheiro.¹² Se, portanto, há susceptibilidade de avaliação em dinheiro, o dano é patrimonial.

¹¹ Entre nós, merecem destaque, no tratamento e enquadramento deste tipo de questões, os esforços e estudos precursores de ABRANTES GERALDES e de ISABEL PEIXOTO, que mostram a atenção e a sensibilidade dos nossos juizes perante as necessidades concretas de uma efectiva tutela da vida das pessoas (reflexamente) atingidas por uma lesão (primariamente) sofrida por outrem.

¹² Cfr. ANTUNES VARELA. *Das Obrigações em Geral*, I, 10. ed. Coimbra: 2003. p. 600-601. ALMEIDA COSTA. *Direito das Obrigações*, cit., p. 592. PESSOA JORGE. *Direito das Obrigações* (polic.), I. Lisboa: 1975/1976. p. 469. Perspectiva análoga em MENEZES LEITÃO. *Direito das Obrigações*, I. 4. ed. Coimbra: 2006. p. 316-317 (mas admitindo, acertadamente, a indemnização de danos derivados de elevado valor estimativo). Já MENEZES CORDEIRO acentua – a nosso ver bem – que a destrinça se faz pela natureza da situação vantajosa suprimida. Não obstante, o dano não patrimonial continua confinado essencialmente às hipóteses de violação de direitos de personalidade consagrados, o que contribui para induzir a consideração de que os danos em coisas não podem ser não patrimoniais (cfr., por exemplo, *Tratado de Direito Civil Português*, I/1. 3. ed. Coimbra: 2005. p. 388-389; e I/III. Coimbra: p. 109 ss,2004; e já *Direito das Obrigações*, II. Lisboa: 1988. p. 285 ss.).

Dir-se-ia, a partir daqui, que a lesão de um bem patrimonial não pode dar lugar a um prejuízo existencial: uma relação biunívoca entre lesão e dano patrimonial, susceptível de avaliação em dinheiro fecha de facto (no seu *circulus inextricabilis*) essa possibilidade.

Só que esta perspectiva é redutora. Mostra-o o dano de afeição constituído pela morte de um animal de companhia ou de estimação. Não se trata apenas do cão que guia o cego ou daquele que é parceiro fiel das jornadas do caçador. É também o coelho com que brinca e se entretém a criança, o gato companhia da anciã, o papagaio que saúda estridentemente o dono quando ele entra em casa e lhe levanta o humor depois de um dia de trabalho.

O dano de afeição não existe porém apenas em relação a animais. Há muitos objectos de estimação: livros, antiguidades, jogos, papéis, automóveis. Imóveis também, naturalmente: casas de praia ou de férias, quintas e herdades, propriedades com recordação, “bens ao luar” que acrisolaram identidades e tradições familiares. Todos os bens são susceptíveis de estima pelo titular. Com todos eles o sujeito pode ter estabelecido uma relação existencial de hábitos, representações, interesse, conforto, deleite, prazer, sentido de vida, etc. Com muitos deles o titular estabelece de facto uma relação que não é meramente económica e venal.

Isso mesmo é o comum da pessoa comum: o que corresponde, portanto, ao plano em que se coloca, precisamente, o direito civil. Outro é o mundo do comércio. Os bens perdem aqui a dimensão existencial que ali têm para o seu titular. Tendem aí cingir-se ao valor económico de mercado e são queridos apenas por isso. Fora do mundo comercial, poucos são porém os que depositam nos bens um interesse que se esgota no valor económico de troca dos bens em mercado. No plano civil, os bens raramente valem apenas pelo valor comercial; poucas vezes se deixam “comercializar” integralmente.

Insinua-se uma diferença de abordagem entre o direito civil e o direito comercial. Constata-se, também por aqui, a pobreza da análise económica do direito para compreender a vida humana, nas suas motivações e interesses, fora do mundo comercial onde tudo se reduz ao valor venal dos bens e a ponderações de custos-benefícios. Como se a pessoa pudesse ser reduzida ao *homo oeconomicus* e como se a sua racionalidade, o seu comportamento e os seus interesses não fossem orientados, talvez até primordialmente, v. g., por factores afectivos, culturais, emocionais ou éticos.¹³ O Tio Patinhas, que entusiasmo ainda tantos de nós, recorda-se com gosto porque é cómico, engraçado e lúdico-ideal. Se fosse real, humano, o mais provável é que não tivesse graça.

¹³ Mas o argumento, claro está, só se dirige a absolutizações da análise económica do Direito na explicação da juridicidade. Não se nega nem pode negar o importante contributo que essa perspectiva dá e pode dar para a compreensão dos critérios jurídicos (cfr., recentemente entre nós, por exemplo, FERNANDO ARAÚJO. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: 2007). A crítica dirige-se apenas a quando se toma a parte pelo todo.

Mas será que a lesão de tais bens dotados de valor existencial é, *qua tale*, relevante?

Creemos que a resposta plena só pode vir da tutela da personalidade e do reconhecimento de que a protecção da pessoa está omnipresente no direito civil. Os bens apenas são tutelados porque são de pessoas e servem as pessoas.

Há, por certo, disposições singulares que podem contribuir. Mas o seu alcance é sempre limitado ao âmbito da respectiva previsão.

Tomemos um exemplo: quando uma torre de energia eólica vem quebrar, com o seu ruído incessante, o silêncio ancestral de um certo ambiente, o proprietário do imóvel atingido poderá certamente reagir ao abrigo do art. 1346.¹⁴ Teremos o estatuto real dos bens ao serviço da personalidade.

Em todo o caso, mesmo que se possa dizer que há dimensões da existência do titular do imóvel que são (co)defendidas pelo estatuto real de vizinhança, que dizer no que toca à protecção seguramente também merecida dos familiares do titular? Não se trata só de saber se lhes está consentido fazerem valer por si meios (autónomos) de tutela, mas desde logo de apurar em que medida o proprietário pode ou não liquidar do vizinho o dano desses terceiros (familiares).¹⁵

Indo mais além com o exemplo: não haverá dano existencial provocado pela intrusão visual ou estética forte e directa que sofre o proprietário de um refúgio de montanha ou de uma casa de praia ao ver-se certo dia confrontado com o erguer-se, a curta distância da janela, de um desses aerogeradores de 150 metros de altura? As intrusões visuais ou estéticas podem de facto ser importantes e perturbadoras para os sujeitos. Imaginem-se também as provocadas por sucatas, lixeiras ou aterros sanitários.

Não temos por seguro que as graves não caibam, verificadas certas circunstâncias, dentro do critério do art. 1346. Mas admita-se que escapavam a essa disposição. Daí não decorreria que o proprietário (ou os familiares) atingido na sua qualidade de vida não pudesse em certos casos, mesmo não estando em causa uma indemnização pela constituição de uma servidão aérea, obter o ressarcimento de um dano existencial ao qual se viu subitamente exposto ou que tem de sofrer no quadro de uma relação de vizinhança.

¹⁴ A tutela contra o ruído tem de ser entendida como relativa. Os níveis de ruído que cada um tem de suportar são diferentes no caso do exemplo e na hipótese do escritório que dá para a rotunda do Marquês de Pombal. A vida da aldeia e da cidade são diferentes e requerem respostas adequadas a cada uma delas.

¹⁵ Teríamos aparentemente um caso de liquidação (legal) do dano de terceiro, enquanto na outra hipótese nos surgem relações reais com eficácia de protecção para terceiros (num símil do contrato com eficácia de protecção para terceiros). Sobre o alcance que damos a estas figuras, cfr. o nosso *Responsabilidade Civil*, cit., p. 97 ss.

O direito de vizinhança orienta-se pelo princípio da preservação do equilíbrio entre os prédios.¹⁶ A instalação em prédios vizinhos de aerogeradores eólicos, lixeiras ou sucatas representa uma alteração da relação entre prédios e uma perturbação do *status quo* dessa relação imobiliária (poucas vezes corresponderá a uma utilização generalizada, comum ou razoavelmente expectável de imóveis na área respectiva).¹⁷ Mesmo que se entenda que a interferência visual ultrapassa os limites das restrições legais de vizinhança, a perda de qualidade de vida carece de ser ressarcida ou compensada. A perturbação do equilíbrio que desencadeia a tutela (legal) nas relações de vizinhança contribui para compreender a necessidade de proteger os danos existenciais que possam provocar-se.

9 Danos existenciais e danos patrimoniais (cont.): a caminho de uma revolução no entendimento do (comum) critério da patrimonialidade?

Talvez o modo comum de conceber os danos patrimoniais esteja maduro para uma revolução copernicana:¹⁸ rompendo o “círculo de aço” que se diria estabelecido em torno, por um lado, da separação radical entre danos patrimoniais e não patrimoniais, e, por outro lado, de uma co-implicação recíproca entre ofensa ao património e susceptibilidade de avaliação em dinheiro do dano resultante.

O que sugerimos é o seguinte: a lesão de qualquer bem integrante do património de um sujeito pode afectar a sua esfera existencial e interferir em dimensões pessoais, em si mesmas de natureza não patrimonial. Ora, em vez de, como até aqui, admitir que os danos não patrimoniais por lesão de bens patrimoniais são inexistentes ou pouco mais do que excepcionais ou retóricos – aceitando, no fundo, que, de uma perspectiva jurídica, há uma “patrimonialização” dos interesses humanos na sua ligação aos bens –, porque não partir de um princípio oposto, segundo o qual, em regra, na lesão de um bem patrimonial se atingem, em maior ou menor medida, dimensões existenciais, não patrimoniais, da pessoa? Não será este princípio mais realista e próximo da característica humana?

Ocorrida uma lesão no património, é certamente difícil determinar com rigor o alcance ou a intensidade da vertente pessoal (não patrimonial) atingida e a sua relação com a afectação de um interesse meramente venal do sujeito. De

¹⁶ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A preservação do equilíbrio imobiliário como princípio orientador da relação de vizinhança*, inédito (a aguardar publicação), *passim*.

¹⁷ O licenciamento administrativo de tais empreendimentos nada pode contra isso.

¹⁸ A expressão quer apenas ser sugestiva, dado que a perspectiva que vamos apresentar não tem sido, que saibamos, oferecida pela doutrina portuguesa.

resto, essa relação pode variar de época para época: uma casa de férias pode num dado momento da vida do sujeito ter para ele um valor essencialmente não patrimonial, mas noutro momento – por exemplo de aperto económico – preponderar o seu valor de mercado.

Mas tal não obsta. Para a pessoa comum, tendencialmente talvez no direito civil, os bens interessam com independência da consideração do seu valor venal (muito embora o possam compreender). As utilidades ou benefícios (existenciais) que o sujeito retira de coisas tão banais como um fato ou vestido, um automóvel, um computador, não se reduzem a um valor no mercado.

Qual, então, o interesse da susceptibilidade de avaliação em dinheiro ou do valor do mercado que, para a doutrina comum, identifica o dano patrimonial? A resposta constrói-se de forma simples: essa susceptibilidade constitui apenas um critério destinado (além de outros) à determinação da indemnização de um prejuízo sofrido por alguém – patrimonial ou não patrimonial –, quando uma coisa de que é titular foi atingida.

Faz aliás sentido que seja assim. Se há planos e utilidades existenciais das pessoas ligados aos bens que elas utilizam, o critério da avaliação em dinheiro ou do preço de mercado comumente tido como identificador de um dano patrimonial, aponta na realidade, apenas e justamente, para o custo de substituição do bem por outro susceptível de satisfazer a mesma necessidade existencial, em si de natureza não patrimonial.

Por isso, a identificação do dano não patrimonial com aquele que não pode ser avaliado em dinheiro, como quer a doutrina comum, deve ser correctamente entendido. A natureza do bem atingido não pode ser confundida com a susceptibilidade da avaliação em dinheiro do prejuízo causado. A avaliação em dinheiro não caracteriza necessariamente a natureza deste prejuízo. Constitui apenas um critério de quantificação do dano, patrimonial ou não, decorrente da lesão de coisas: imposta essencialmente pela necessidade de objectivar, mensurar ou quantificar o dano (tendo em conta a possibilidade de substituir a coisa).

O que admitimos, portanto, é a oportunidade de redesenhar o conteúdo ou as fronteiras da compreensão dos danos patrimoniais e não patrimoniais nas hipóteses de lesão de coisas.

Dir-se-á, dentro desta preocupação, que a destrição deveria antes ser traçada entre danos pessoais e patrimoniais. Mas para isso importará que os termos sejam definidos de forma correspondente (de modo a incluir nos primeiros casos de lesão de coisas e expurgando concomitantemente os segundos de outras considerações que não as da mensurabilidade ou contabilização da riqueza).¹⁹

¹⁹ Estes termos são usados na doutrina lusa, mas, ao que parece, com um sentido diverso, sem consideração do dano existencial da perda de coisas. Cfr., por exemplo, SINDE MONTEIRO. *Repara-*

A perspectiva muda, portanto, completamente: o preço de mercado transforma-se no critério-regra de determinação do dano, também existencial, ligado à perda ou deterioração de uma coisa.

Quando há preço para essas coisas formado no mercado, ou é, em todo o caso, possível estabelecer um preço de aquisição, esse valor, ao ser entregue sob a forma de indemnização ao lesado, permitir-lhe-á afinal, continuar a preencher a necessidade existencial que o bem lesado preenchia até ao momento da lesão. Removendo, com isso, o dano existencial provocado pela sua destruição.

Assim postas as coisas, ressaltam porém também os limites do critério da susceptibilidade de avaliação pecuniária.

Esse critério reporta-se à substituibilidade dos bens. Liga-se à sua fungibilidade em ordem ao preenchimento das necessidades humanas como quer que elas se apresentem (não patrimoniais ou patrimoniais).

Daí compreender-se que o dano existencial causado pela lesão de coisas tenda justamente a aparecer com autonomia se o bem é infungível. Porque então, como esse bem não pode ser substituído – não tem preço estabelecido nem há mercado em que possa ser adquirido um equivalente – a utilidade existencial que ele tinha para o sujeito fica irremediavelmente comprometida. O dano existencial adquire independência.

Por outro lado, percebe-se que, nos danos em coisas, a atribuição ao lesado do valor de mercado desses bens não indemniza o dano existencial de ter de prover à sua substituição ou de esperar por ela. Destruído um automóvel ou um computador, há a perturbação ocasionada, importa sempre procurar outro: e isso, para o comum das pessoas, custa tempo, envolve energia, implica incómodos. Estes danos existenciais têm sempre de ser reparados autonomamente. Não estão cobertos pelo valor de substituição em si mesmo.

Do exposto resulta também que podem ocorrer circunstâncias que tornem o valor de mercado de certos bens insuficiente para cobrir os danos existenciais ligados à perda de bens. Precisamente quando tais danos estão conexos com especificidades do sujeito titular na relação que tinha com o bem, quando há dano de afeição. (Usa-se agora a expressão num sentido amplo, correspondente a danos existenciais especiais ligados, não apenas à perda de animais de companhia, mas à perda de quaisquer bens dotados de valor estimativo especial).

A afeição só pode ser relevante para o Direito quando for particular, sob pena de se dissolver num dano comum e inespecífico, susceptível de ser experimentado por qualquer sujeito, de modo mais ou menos indistinto. O que está de acordo com o critério da avaliabilidade em dinheiro e pelo valor de mercado: este é sempre um valor indistinto, genérico, não dependente das características

ção de danos pessoais em Portugal/A lei e o futuro, Colectânea de Jurisprudência, XI, t. IV. p. 5 ss, 1986 (a propósito do sistema de reparação dos danos pessoais decorrentes de acidentes de viação).

individuais dos actores do mercado, que permanecem ocultas e irrelevantes para esse mesmo mercado. Tal valor de mercado não abrange, portanto, afeições que distinguem os sujeitos uns dos outros. A afeição cria infungibilidade do bem.

O dano de afeição, como especial que é, tem de ser provado pelo lesado. Se o bem é (normalmente) fungível, deve partir-se da sua inexistência (ou da sua irrelevância para o Direito). Mas trata-se de uma presunção natural, que pode ser ilidida. Ocorrida, em todo o caso, contra o que será a regra, a demonstração da existência desse dano, se for grave e merecer a tutela do Direito – se ultrapassar, portanto, o crivo do art. 496 n.º 1 – poderá ser indemnizado.

Terá porém que respeitar os quadros gerais da modalidade de responsabilidade em causa. É que a responsabilidade aquiliana segue um padrão tendencialmente igualitário. Como o seu paradigma é o da fungibilidade e anonimato dos sujeitos, percebe-se que a ressarcibilidade do dano de afeição tenha de sujeitar-se a especiais exigências.²⁰ Parece razoável aceitar a sua indemnizabilidade em caso de dolo, pelo menos em certas condições, mas será provavelmente de excluir em regra a sua reparabilidade no caso de negligência, nomeadamente inconsciente.

Uma ponderação particular merece a responsabilidade contratual. Muitas relações contratuais visam precisamente proporcionar ao credor satisfações existenciais e os devedores sabê-lo-ão também com grande frequência. Se assim for, não há razão para que o dano de afeição não possa ser indemnizado quando ocorreu um incumprimento (arbitrando-se ao credor um valor superior ao do valor de mercado de uma prestação substitutiva, quando a prestação seja substituível). Por exemplo, caso o advogado contratado para uma acção de reivindicação, a perca por incúria, a indemnização deverá abranger o valor estimativo do objecto perdido na hipótese de ele conhecer de antemão o interesse (não patrimonial) que o mandante tinha na coisa (que a sua prestação visava assegurar ao credor). No âmbito de um contrato, a prevenção de um dano de afeição pode sem dúvida ser objecto de especiais deveres de protecção.

Importa, em todo o caso, destrinçar o interesse (não patrimonial) do credor na prestação dos danos subsequentes, existenciais, sofridos pelo credor em caso de inadimplemento (como frustração de utilidades existenciais que a realização da prestação lhe permitiria obter). É que, quanto ao interesse não patrimonial na prestação em si mesma, o seu valor, nas relações de troca, parece não poder suplantar o da contra-prestação acordada, aquilo que o próprio credor aceitou afinal valer o seu interesse não patrimonial na prestação.

²⁰ Quanto a esta asserção, para nós fundamental, cfr. o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: 2003. p. 270 ss, p. 287 ss, p. 307 ss.

Temos, aqui, afinal, uma justificação (embora limitada) para a hoje tão atacada concepção da não indemnizabilidade dos danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual. De facto, percebe-se que o grande campo de razão da reparabilidade dos danos não patrimoniais tenha a ver com os danos laterais e os danos subsequentes, o domínio dos deveres de protecção.²¹

Também nesta sede se vislumbra, por conseguinte, a relevância, prática e teórica, da destrição entre a responsabilidade contratual e a aquiliana.

Por último: nas indemnizações de tipo compensatório, como na responsabilidade pelo sacrifício, compreende-se que não haja limites especiais à consideração do dano de afeição. Por exemplo: constituída uma servidão – administrativa ou civil – sobre um imóvel (v. g., através da implantação de postes e cabelagem de alta tensão ou por meio de estradões ou aterros que desfiguram uma propriedade sobre a qual impende a servidão), o dano existencial de afeição provocado ao seu titular pelo desfear da propriedade é ressarcível: a natureza compensatória da indemnização a tanto conduz, com toda a naturalidade. Trata-se de promover um (re)equilíbrio numa relação específica (afectada) e isso implica sempre a consideração da particularidade da situação.

10 Considerações finais: tutela da pessoa vs. direitos de personalidade

As considerações anteriores, mesmo se consabidamente curtas e muito preliminares, permitem confirmar a riqueza de perspectivas que os danos ditos existenciais podem oferecer. Tal não faz naturalmente dos danos existenciais, só por si, uma categoria dogmática autónoma. Nem, muito menos, autorizam a uma admissão generalizada e indiscriminada de tutela, *maxime* ressarcitória, contra essas perturbações de vida. Pois jamais a protecção jurídica pode ir tão longe que pretenda eliminar o risco geral da vida e constranger, mais do que o razoável, a autonomia e a liberdade dos sujeitos.²²

Apesar disso, não se pode dizer que os danos existenciais não tenham penetrado de alguma forma na nossa doutrina e jurisprudência relativa à tutela da personalidade. Sirva de exemplo suficiente a célebre sentença da Relação de Lisboa de 2 de Março de 1960,²³ que, por causa do sono e do sossego indispensáveis à qualidade de vida das pessoas, decretou a suspensão diária das obras de

²¹ Nesse sentido, recentemente também o nosso *Responsabilidade Civil*, cit., p. 92 e já o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*. Coimbra: 1994. p. 218-219.

²² Por outras palavras, a liberdade e autonomia da pessoa interfere desde logo no juízo sobre o “se” da responsabilidade. Cfr., nesse sentido, SINDE MONTEIRO. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações*. Coimbra: 1989. p. 582, n. 437.

²³ Relatada por CARDOSO DE FIGUEIREDO. Cfr. *Jurisprudência das Relações*, 6 (1960), 1, 225 ss.

perfuração e construção de túneis de metropolitano por um período susceptível de salvaguardar as pessoas atingidas dos respectivos incómodos: mesmo sem apelar à categoria, a fundamentação deste, como de outros acórdãos, mostra a consciência do tipo de problemas para que os danos existenciais apontam.

Os danos existenciais têm dificuldade em se integrar nos catálogos consagrados de direitos de personalidade, tipificados legalmente ou não. Parecem sugerir que pode haver uma certa rigidificação desses direitos, estando em condições de contrapor-se-lhe ou combatê-la. A todo o elenco ou tipificação dos direitos de personalidade, mesmo que aberta, é inerente uma delimitação do objecto. Ora, a visão que se induz pela consideração da pessoa na sua relação com bens ou facetas individualizadas da sua personalidade é estática. Tende a desligar-se de outras vertentes que com aquelas interferem, e apresenta-se alheia à dinâmica complexa, integrada e plena da vida do sujeito. Não compreende facilmente a vida de relação.

Por isso, os danos existenciais parecem insatisfatoriamente traduzidos, sequer pelo agregado de direitos de personalidade constituído, por exemplo, pelo direito à vida e à integridade física, pelo direito à integridade moral, ao bom nome e à reputação, pelo direito ao nome, pelo direito à imagem, pelo direito à reserva da intimidade da vida privada.²⁴

Outras orientações que procuram abarcar a totalidade da pessoa, destrinchando – além do plano da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança, da honra, da reserva da vida privada ou do desenvolvimento da personalidade –, dimensões da tutela da personalidade como a da identidade pessoal, apresentam-se mais promissoras.²⁵

Mas a referência à identidade será igualmente curta, porque não está em causa a mera auto-representação do sujeito como distinto dos demais ou a sua diferenciabilidade objectiva dos demais (ainda que fazendo incluir nessa identidade a história pessoal ou a caracterização religiosa, política, sexual, familiar racial ou linguística do sujeito). A identidade pode não ser afectada e, contudo, o sujeito sofrer um dano existencial. Também a protecção da identidade induz a um plano abstracto e estático da tutela da personalidade, não totalmente apto a compreender a sua dinâmica e condições vitais.

²⁴ Estes os principais direitos de personalidade: cfr. uma actualizada obra de referência como a de MENEZES CORDEIRO. *Tratado*, I, t. III, cit., p. 121 ss. Naturalmente: muitas espécies de danos considerados pela jurisprudência da tutela de tais direitos poderiam catalogar-se (embora não todos) na nossa categoria.

²⁵ Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, na obra fundamental sobre a tutela da personalidade da sua autoria: Cfr. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: 1995. p. 198 ss, p. 243 ss, e *passim*. O autor, de resto, configura a vertente da existência como uma dimensão do seu direito geral de personalidade (Cfr. Op. cit., p. 295 ss). Mas, se bem interpretamos, toma a expressão num sentido mais restritivo do que aquele que se tem usado no texto.

De facto, os danos existenciais, no sentido lato que se lhes pode dar, são mais amplos: integram a perturbação da vida, a perda da sua qualidade, a alteração de planos e de hábitos, a sujeição a contingências desagradáveis, estados duradouros de desânimo, a “dor de alma” (mesmo que não psicopatológica),²⁶ etc.

Para a dogmática da tutela da personalidade parece poder descortinar-se uma consequência importante: a realidade da pessoa do ponto de vista do Direito é complexa. Não se esgota de forma alguma na afirmação de direitos de personalidade, numa tendência que culminou na afirmação de um direito geral de personalidade supremo e integrador.²⁷ A pessoa tem interesses, deveres, expectativas, liberdades genéricas de agir: na tutela da personalidade interfere, em suma, toda a panóplia de posições ou situações jurídicas básicas. Ao dano existencial interessam os modos como, na vida de cada pessoa, essas situações jurídicas básicas são interpretadas ou foram exercidas pelo sujeito concreto e a forma por que esse exercício foi afectado por certas contingências.

Este afigura-se já um avanço proporcionado pela novel categoria do dano existencial. Um progresso que implica técnicas jurídicas correspondentes. Quando, por exemplo, não está em causa a tutela de um direito de personalidade, a responsabilidade civil não pode escorar-se no art. 483 n^o 1 (ressalvada a hipótese, sempre limitada, da violação de uma disposição de protecção). Mas pode sempre fundar-se autonomamente no art. 70, n^o 1 e 2.

Está-se a ir mais além do que a afirmar a destrição entre os direitos de personalidade e o direito objectivo da personalidade, como conjunto de regras e princípios que conformam o estatuto da pessoa humana.²⁸ O que dizemos é que no plano subjectivo, a posição da pessoa não se traduz apenas em direitos, mas compreende deveres, expectativas, ónus, faculdades, liberdades de agir, e que a tutela jurídica da pessoa compreende e se estende a essas realidades.

Feitas as contas, foi sábia a opção legislativa de, na redacção do art. 70 n^o 1, não ter aprisionado a tutela da personalidade dentro dos limites estreitos do direito subjectivo.

Por isso, tal como acontece com as pessoas: se o Código, olhando ao dano existencial, se sente, como o homem ou a mulher de meia-idade, perante realidades que não conheceu na sua juventude, que o podem surpreender e que en-

²⁶ Vide, a propósito, PAIS DE VASCONCELOS. *Direito de Personalidade*. cit., p. 152.

²⁷ Sobre esta importante destrição, embora também essencialmente cingido a ela, Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS. *Direito de Personalidade*. Cit., p. 47 ss.

²⁸ Cfr., por último, a defesa de um “direito geral de personalidade”, que goza de uma carreira triunfante entre nós, em PEDRO PAIS DE VASCONCELOS. *Direito de Personalidade*. Cit., p. 61 ss. Concessamos que não partilhamos do seu entusiasmo, tendo em conta as possibilidades oferecidas pelo art. 70 n. 1. Crítico em relação a essa concepção, OLIVEIRA ASCENSÃO. *Direito Civil/Teoria Geral*. 1, 2. ed. Coimbra: 2000, p. 86 ss.

tende com clarividência terem surgido à sua margem sem que a sua opinião fosse tida ou achada, percebe também que está vivo e para durar, com força e experiência para compreender e integrar devidamente essas realidades.

Retorne-se, em suma, à questão com que iniciamos este périplo pela tutela da personalidade: o dano existencial é ou não sintoma de uma crise existencial do Código Civil, na volta dos seus 40 anos?

Não cremos. O Código Civil, com a intrepidez e a prudência do intérprete-aplicador, está em condições de resolver esse problema. E encontra-se em melhor posição para tal do que poderia supor-se. (Sabe-se lá, na esperança de chegar, tão lúcido e determinado como o seu tio alemão, a uma bonita idade centenária).

Porto, Lisboa, abril de 2007.

