



Universidades Lusíada

González, José A.R.L., 1965-

Wrongful death : cômputo do dano

<http://hdl.handle.net/11067/5453>

<https://doi.org/10.34628/gpax-vw04>

Metadados

Data de Publicação

2019

Resumo

Ainda que o dano da morte se mostre, em geral, filosoficamente comprovável e não obstante o nascimento da obrigação de indemnizar nele fundada constituir, para a cultura jurídica nacional, um não assunto – dada a sua indisputabilidade –, o tema merece ser revisitado. Por várias razões. Por o paradoxo que emerge da atribuição de um direito a um defunto nunca ter ficado nitidamente solucionado. Ainda que se trate de um problema menor, isso não desobriga. Por se ligar a matérias, como a eutanásia o...

Although the damage of death is generally philosophically verifiable and notwithstanding the birth of the obligation to compensate it based on constituting a non-issue for national legal culture – given its indisputability – the subject deserves to be revisited. For several reasons. Because the paradox that emerges from the attribution of a right to a deceased has never been clearly resolved. Although this is a minor problem, it still binds. For being linked to matters such as euthanasia or the ...

Palavras Chave

Homicídio por negligência, Valores humanos, Eutanásia

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 21-22 (2019)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-21T12:19:24Z com informação proveniente do Repositório

WRONGFUL DEATH. CÔMPUTO DO DANO

WRONGFUL DEATH. DAMAGE APPRAISAL

José Alberto González ¹

Resumo: **i.** Ainda que o dano da morte se mostre, em geral, filosoficamente comprovável e não obstante o nascimento da obrigação de indemnizar nele fundada constituir, para a cultura jurídica nacional, um não assunto – dada a sua indisputabilidade –, o tema merece ser revisitado. Por várias razões. Por o paradoxo que emerge da atribuição de um direito a um defunto nunca ter ficado nitidamente solucionado. Ainda que se trate de um problema menor, isso não desobriga. Por se ligar a matérias, como a eutanásia ou a personalidade jurídica dos nascituros, que ainda não receberam resposta satisfatória e indubitável. Por, sobretudo, terem surgido novas propostas relativas ao modo de estimação do valor da vida. **ii.** O conceito de wrongful death (morte errada) apenas pressupõe uma morte indevida ou ilicitamente causada. Não implica que a vítima tenha direito a qualquer compensação pela sua ocorrência. Daí que na Europa Ocidental e em grande parte dos Estados dos EUA ela não seja reconhecida. A wrongful death apenas determina então a constituição da obrigação de compensar os familiares pelos danos morais e patrimoniais dela emergentes. Não é este, como se sabe, o entendimento praticamente unânime da doutrina e da jurisprudência nacional. O que levanta algumas dificuldades comparativas. Nos Direitos da Common Law já se admite pacificamente, todavia, que o estate do falecido (ou seja, grosso modo, a respetiva massa hereditária) seja credora de indemnizações devidas pelo decesso do seu titular. O que se aproxima da ideia de compensação pelo dano da morte. E, no fundo, tudo pode não passar de uma pura questão de perspectiva: em qualquer caso, o defunto não gozará, por natureza, da compensação devida pela sua morte e esta, compondo a herança, seguirá para os seus heres, ainda que a respeito possam surgir regras especiais para a sua individualização. **iii.** A eutanásia – enquanto sinónimo de “boa morte” suscitada por pedido, insistente, livre e esclarecido da vítima – não importa para efeitos de wrongful death. Ao menos para o que respeita

¹ Doutor em Direito. Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

à indemnização devida a quem dela for objeto. Já o mesmo se não pode dizer em relação às ditas eutanásias involuntária e não voluntária. A falta de consentimento de quem as sofre gera, para quase todos os efeitos, uma morte não pretendida e, por isso, errada.

Palavras-chave: Dano da morte; Valor da vida; Obrigação de indemnizar; Eutanásia.

Abstract: **i.** Although the damage of death is generally philosophically verifiable and notwithstanding the birth of the obligation to compensate it based on constituting a non-issue for national legal culture – given its indisputability – the subject deserves to be revisited. For several reasons. Because the paradox that emerges from the attribution of a right to a deceased has never been clearly resolved. Although this is a minor problem, it still binds. For being linked to matters such as euthanasia or the legal personality of the unborn, which have not yet received a satisfactory and undoubted response. Above all, due to new proposals that have emerged concerning the value of life. **ii.** The concept of wrongful death only supposes an improper or unlawful caused death. It does not imply that the victim is entitled to any compensation for its occurrence. Hence in Western Europe and most US states it is not recognized. In such cases, wrongful death only determines the obligation to compensate relatives for the moral and property damages arising from it. This is not, as is well known, the practically unanimous understanding of national doctrine and jurisprudence. Which raises some comparative difficulties. Under Common Law, however, it is peacefully admitted that the estate of the deceased (ie, roughly, the inherited mass) is credited with damages due to the death of the owner. Which comes close to the idea of compensation for the damage of death. And, in the end, everything may be a matter of perspective: in any case, the deceased will not, by nature, enjoy the compensation due for his death, and the latter, composing the inheritance, will go to his heirs, even if some special rules may arise for their identification. **iii.** Euthanasia – as a synonym for “good death” prompted by the victim’s insistent, free, and enlightened request – does not matter for the purposes of wrongful death. At least, as regards the compensation due to those who are the object of it. The same cannot be said of the so-called involuntary and non-voluntary euthanasia. The lack of consent of those who suffer them generates, for all purposes, an unintended and therefore wrongful death.

Keywords: Wrongful death; Value of life; Tort law; Euthanasia.

Sumário: I - Wrongful death: pano de fundo. §1. Dano da morte: tese e antítese. §2. Dano da morte: razões para o seu repúdio. §3. Rejeição do dano da morte: dificuldade de mensuração. §4. Rejeição do dano da morte e de outros danos pessoais. §5. Rejeição do dano da morte: natureza dos direitos de personalidade. §6. Rejeição do dano da morte: direito subjetivo vs. interesse protegido. §7. Direitos de personalidade e conceito de relação jurídica. §8. Direitos de personalidade: alcance da sua absolutidade. §9. Rejeição do dano da morte: ofensa à dignidade. §10. Dano da morte: responsabilização penal vs. responsabilização civil. §11. Rejeição do dano da morte: inexistência de lesado. §12. Dano da morte: counterfactual test. §13. Dano da morte: nascituro. §14. Dano da morte: momento da sua

verificação. §15. Destino da compensação devida pela ocorrência do dano da morte. §16. Dano da morte: reparação. §17. Dano da morte: dissuasão. §18. Dano da morte: conexão entre reparação e dissuasão. **II - Cômputo do dano da morte: *value of a statistical life* (VSL).** §19. Dano da morte: *value of a statistical life* (VSL). §20. Dano da morte: determinação da WTP. §21. *Value of a statistical life* (VSL): usos típicos. §22. VSL, WTP e *hedonic damages*. §23. Extensão do VSL à *wrongful death*. §24. VSL: quantificação geral vs. quantificação individualizada. §25. VSL: impossibilidade de individualização integral. §26. Extensão do VSL à *wrongful death action*: críticas e dificuldades. §27. Valor da vida e *human capital approach*. §28. Dano da morte e limites de indemnização. **III - Cômputo do dano da morte: a experiência jurisprudencial portuguesa (STJ).** §29. Valor da vida na experiência do STJ. §30. Valor da vida: capacidade económica do autor do dano. §31. Valor da vida: miserabilismo e enriquecimento ilegítimo. §32. Valor da vida: alcance do disposto no artigo 494º CC. §33. Montante da compensação: morte vs. outros danos pessoais. §34. Valor da vida: discricionariedade vs. arbitrariedade. **IV - Cômputo do dano da morte: estimativa médica.** §35. Valor da vida: escala de danos pessoais. §36. Danos corporais: influência do *guide barème*. §37. Estimação do valor da vida: recurso a perito. **V - *Wrongful death*, eutanásia e suicídio assistido.** §38. Respeito pela dignidade e termo artificial da vida. §39. Direito à vida vs. direito à morte. §40. Liberdade individual e direito à morte. §41. Espécies e modalidades de eutanásia. §42. Eutanásia, distanásia e ortotanásia. §43. *Wrongful life* e *wrongful death*. §44. *Vida not worth living* e *wrongful death*. §45. Eutanásia voluntária mediante rogo tácito e *wrongful death*. §46. Eutanásia não voluntária, eutanásia involuntária e *wrongful death*. §47. Eutanásia voluntária, suicídio assistido e *wrongful death*. **Bibliografia.**

I. *Wrongful death*: pano de fundo

§1. *Dano da morte: tese e antítese.* A determinação da pertença do corpo humano repercute-se, entre outros aspetos, na questão da reparabilidade do dano da morte. Com efeito, concluindo-se, porventura, que o respetivo dono não é o sujeito nele integrado (mas antes qualquer outra entidade – o Criador, Deus, o Estado), inexistirá sustentação para, depois, lhe atribuir compensação pela sua eventual *wrongful death*.

O caso que exemplarmente faz aplicação desta tese é o decidido no litígio *Baker vs Bolton & Ors* (1808) EWHC KB J92 (8 December 1808): O *plaintiff* e a sua falecida mulher viajavam, entre Portsmouth e Londres, no tejadilho de uma diligência puxada por cavalos. Subitamente, a carruagem virou-se. O demandante ficou gravemente ferido e a sua mulher, após um mês de internamento hospitalar, acabou por falecer. No dizer do tribunal, “the plaintiff had wholly lost, and been

deprived of the comfort, fellowship, and assistance of his said wife, and had from thence hitherto suffered and undergone great grief, vexation, and anguish of mind. It appeared that the plaintiff was much attached to his deceased wife; and that, being a publican, she had been of great use to him in conducting his business.

But Lord Ellenborough said, the jury could only take into consideration the bruises which the plaintiff had himself sustained, and the loss of his wife's society, and the distress of mind he had suffered on her account, from the time of the accident till the moment of her dissolution. In a civil Court, the death of a human being could not be complained of as an injury; and in this case the damages, as to the plaintiff's wife, must stop with the period of her existence.

Verdict for the plaintiff, with £100 damages".

É o exemplo acabado – e modelar – da rejeição da tese que afirma a presença de um dano sempre que a morte de uma pessoa seja provocada por uma conduta alheia.

Ao invés, em orientação exatamente oposta, e mediante seleção quase aleatória, cf. v.g. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/05/2012, Proc. n.º 24/09.2TBCHV.P1: “II – Porque o dano da perda da vida ocorre na esfera jurídica do lesado direto, para a sua compensação deve ser fixada uma verba única, a repartir depois pelos autores (sua esposa e filhos). III – Tendo como ponto de referência os padrões jurisprudenciais vigentes a propósito da valorização do dano morte, ponderando a idade da vítima – 45 anos –, pessoa saudável e com alegria de viver, merecedor de estima e consideração, com família constituída (era casado e tinha dois filhos adolescentes) e unida, empresário em nome individual e trabalhador, entende-se adequado e justificado fixar o montante de € 70.000,00”.

É este último o sentido normal das coisas. Com efeito, “the average person would think it ridiculous to question the right of a widow to recover damages from a person whose irresponsible conduct had caused the death of her husband. After all, if the man had lived he would have been able to sue for his personal injuries. One needs only some common sense to conclude that, when a husband dies, the wife should be able to recover for her loss”.

§2. *Dano da morte: razões para o seu repúdio.* Vários são os argumentos que sustentam a primeira tese. Podem resumir-se, primariamente, aos seguintes quatro:

- i) dificuldade ou impossibilidade de mensuração do dano da morte;
- ii) ofensa à dignidade em virtude de, ao se pretender atribuir um valor pecuniário à vida humana, se assistir (ainda que inintencionalmente) à colocação dentro do comércio de um bem inestimável (ou seja, insuscetível de avaliação pecuniária);
- iii) inexistência de suporte subjetivo (credor) que sustente a concessão do respetivo direito à compensação;

iv) inexistência de lesado.

§3. *Rejeição do dano da morte: dificuldade de mensuração.* O problema da avaliação, da fixação de um valor, não se põe unicamente para o dano da morte. É comum ante a generalidade dos direitos de personalidade – ou, mais amplamente, perante todos os direitos de natureza não patrimonial – quando, por conduta imputável a terceiro, se dê a respetiva lesão.

Foi questão devidamente ponderada pela doutrina e pela jurisprudência. Muitas vezes conduziu à rejeição do direito à indemnização resultante da sua infração buscando fundamento precisamente na impraticabilidade de valorização. Ela não tem, porém, um significado unívoco. Tanto pode querer dizer que:

- sendo individualizável um dano, ele é insuscetível de quantificação (ao menos para efeitos de ressarcimento);
- nem sequer se torna possível identificar uma lesão.

Como se sustentou em outro local, a afirmação da existência de um dano supõe a execução do *counterfactual test* – ou seja, do teste *contrary to the facts*. Através dele pressupõe-se a concretização de um confronto entre a situação *real e atual* da pessoa afetada com aquela outra em que ela se encontraria caso o autor da conduta lesiva não tivesse atuado como atuou (situação *atual virtual*). Havendo diferença para pior – ou seja, encontrando-se agora o ofendido em situação *worse off* por comparação com aquela em se encontraria caso o evento lesivo não houvesse sucedido –, existe dano.

O raciocínio *contrary to the facts* é exequível ante qualquer espécie de lesão, patrimonial ou não patrimonial. Aplicado à infração de direitos pessoais, o respetivo sucesso manifesta-se como o resultado da colocação do seu titular em pior condição – pessoal, neste caso – quando comparada com aquela em que se encontraria caso a conduta lesiva não tivesse ocorrido. Mediante o recurso a este *test*, a ofensa a direitos pessoais dá assim incontestavelmente origem a um dano. O que significa que, a negar-se o direito à competente compensação, não há de tal entendimento alicerçar-se na sua inexistência ou impossibilidade de comprovação.

§4. *Rejeição do dano da morte e de outros danos pessoais.* Nos Direitos da Common Law, a regra, no que toca à indemnização fundada em responsabilidade civil, veicula-se mediante o chamado *make whole principle*: a vítima deve ser inteiramente recolocada na situação anterior à ocorrência do evento lesivo. O disposto no artigo 562º do Cód.Civil interpreta o mesmo exato princípio: “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

Ora, tratando-se de danos morais e, em especial, do dano da morte, suscita-se uma objeção intuitiva: seja qual for o montante, não haverá compensação pecuniária capaz de trazer o lesado de volta à vida. “A \$20,000 damage award

allows the 1994 Buick Regal's owner to replace her automobile; no amount of money replaces a life or reverses the effects of paraplegia".

O dilema da mensuração é efetivamente delicado. Mas, ficando assente que a infração de direitos pessoais é igualmente passível de engendrar um dano, não levanta especiais dificuldades quanto estendido àquele que consiste em causar a morte de outrem. Ele coloca-se ante todas as hipóteses em que se encontre em consideração a violação de direitos de natureza não patrimonial. Ora, aparentemente, dada a letra do artigo 496.º do Cód.Civil, isso não constitui um estorvo. Com efeito, do ponto de vista quantitativo, não se apresenta mais difícil apreçar a morte do que a injúria, a ofensa à integridade moral ou à integridade física, a intromissão na intimidade individual, a afetação da saúde, a publicação indevida de imagens ou de palavras, etc. Aliás, é até justamente de esperar, em geral, maior facilidade. Dado que o raciocínio subjacente se funda "no tudo ou nada", a representação da perda da vida é algo que qualquer ser humano será capaz de conjeturar e avaliar com maior desembaraço do que, ao invés, apreçar v.g. a dor causada pela agressão física ou a amargura provocada pela exposição pública de dados pessoalíssimos. Para estas, a diligência que se pede ao julgador é, normalmente, capaz de conduzir a resultado mais subjetivo.

Acresce, por outro lado, que não se afigura impossível que os danos patrimoniais se mostrem igualmente rebeldes à estimação. Suponha-se o caso em que a coisa destruída se encontra principalmente dotada de valor sentimental ou, mais vincadamente, as situações em que a restauração natural não se deve realizar por se mostrar impossível ou muito onerosa para o devedor da indemnização (artigo 566.º, n.º 1, Cód.Civil).

Nas hipóteses de dano pessoal, por fim, se a compensação em dinheiro pode não tornar o lesado *whole*, também é verdade que, ao atenuar o dano, será ao menos capaz de o recolocar numa situação próxima disso (ou, pelo menos, mais próxima). Se é verdade que "full compensation for pain and suffering is not equivalent to the value of the injury", é igualmente certo que entre o polo da insusceptibilidade de reparação e o polo da reparação integral, a respetiva concessão sempre avizinhará o ofendido deste último (ainda que mais ou menos longinquamente, consoante o caso). Ela não adquire, portanto, a natureza de "*pretium doloris*, mas" antes de "*compensatio doloris*".

§5. *Rejeição do dano da morte: natureza dos direitos de personalidade.* É possível tecer considerações de distinta ordem capazes de levar a negar a suscetibilidade de ressarcimento do dano pessoal. O que de todo o modo, sublinha-se, já pressupõe o seu reconhecimento enquanto tal. Assentam, em parte – assim se promovendo a rejeição da categoria dos direitos de personalidade –, na recusa da qualidade de direito subjetivo àquelas situações jurídicas em que o Direito outorga proteção a bens intimamente ligados à pessoa.

"Sobre este punto existe una doctrina que se ha extendido considerablemente. El hombre, se dice, tiene sobre su persona un derecho que nace necesariamente

con él y se extingue con su vida; este derecho se llama *originario*, por oposición a los derechos *adquiridos* los cuales son de naturaleza pasajera y puede el hombre ejercerlos accidentalmente sobre sus semejantes en el curso de su vida. Varios autores han llevado tan lejos esta doctrina, que consideran la dirección de la inteligencia como un derecho de propiedad, del cual hacen derivar lo que se llama la libertad de pensamiento; pero no se comprende como pudiera impedirse al hombre pensar o se pueda cohibir su pensamiento, violando así, de una o de otra manera, esta especie de propiedad; y si, para hacer inteligible esta doctrina se dice que el hombre tiene propiedad sobre su ser visible, sobre su cuerpo y sobre sus miembros, podría admitirse una violación que reprimiese esta teoría, la cual es tan inútil como censurable, porque, entre otras consecuencias, conduce a legitimar el suicidio”.

§6. *Rejeição do dano da morte: direito subjetivo vs interesse protegido.* A categoria direito subjetivo é complexa, de custosa definição e manuseio. Mas, sobretudo, encontra-se estreitamente dependente de concepções filosóficas, morais, sociais, políticas, que muito embaraçam a sua simples enunciação. À conta disso, dificilmente alguma aceção não padecerá de alguma dose, maior ou menor, de arbitrariedade.

Por surgir ligada a séculos de experiência jurídica, ele não deixa de se apresentar em simultâneo, contudo, como largamente intuitivo, acessível inclusivamente à percepção dos leigos.

Acresce que a generalidade das situações jurídicas subjetivadas se pode, em princípio, perspetivar ou traduzir em direitos subjetivos. É frequentemente uma questão de ordem semântica.

Atendendo em especial ao preceito contido no n.º 1 do artigo 483º do Cód. Civil, afigura-se aparentemente essencial a separação entre:

- (i) direito de outrem;
- (ii) e disposição legal destinada a amparar interesses alheios.

Na segunda categoria estará em causa a tutela de interesses particulares que, por exclusão de partes, não se consubstancia na atribuição ou reconhecimento de algum direito subjetivo.

Pela custosa demarcação de fronteiras ante a forma antecedente, esta modalidade apresenta enorme dificuldade de concretização, revelando-se, por isso, mais problemática. Os exemplos que normalmente se apontam para a integrar podem com facilidade constituir, de um modo geral, hipóteses de violação de verdadeiros direitos subjetivos. A diferenciação entre “direito de outrem” e “interesse alheio”, fruto de *nuances*, revela-se sobretudo uma subtilidade.

A diferenciação justifica-se mais por preconceitos históricos relativos à qualificação como direitos subjetivos de certos interesses individuais legalmente tutelados – de que os direitos de personalidade são exemplo acabado – do que

por uma efetiva necessidade de diferenciar entre direitos individuais e interesses diretamente protegidos. Talvez também o facto de a disposição constituir uma cópia parcial do § 823/2 do Código Civil alemão tenha ajudado.

Acrescenta-se ainda que se, porventura, a razão de ser da separação entre “direito de outrem” e “disposição legal destinada a proteger interesses alheios” residir no propósito de não deixar certas matérias na disponibilidade dos particulares – como sucederá com as situações integráveis na segunda categoria – torna-se então necessário aceitar uma regressão ao passado: os direitos de personalidade, na precisa medida em que são indisponíveis, não podem, afinal, como tal ser qualificados.

§7. *Direitos de personalidade e conceito de relação jurídica.* A dificuldade que, em primeira linha, se apresentou como capaz de estorvar o despontar da categoria dos direitos de personalidade parece ter sido, sobretudo, de natureza puramente conceitual. Ela não se pode dissociar, na verdade, da teoria da relação jurídica que dominou profundamente o saber jurídico do século XX e que intensamente subjaz à construção do Código Civil. De forma aliás muito marcada na área da chamada Parte Geral.

De harmonia com o entendimento habitual que dela se extraiu, o binómio direito-dever que interliga o sujeito ativo ao sujeito passivo há de versar sobre um objeto ao qual aquele respeita. Este é exterior aos sujeitos implicados – uma coisa ou, em geral, um bem. Ora, os chamados bens da personalidade, por se encontrarem intimamente unidos à pessoa do seu titular (sujeito ativo para este efeito), não lhe são por isso exteriores. Admitir direitos sobre a própria pessoa conduziria assim a um aparente ilogismo: o sujeito seria, em simultâneo, objeto do direito de que fosse titular (*ius in se ipsum*).

O obstáculo é, porém, transponível com alguma simplicidade. O *quid* que os direitos sobre a personalidade têm de imediato por alvo não é exatamente a pessoa. São antes certos bens a ela inerentes e que intelectualmente se separam do indivíduo a que pertencem: a vida, a integridade física ou psicológica, a saúde, a honra, a reputação, o nome, a intimidade, a liberdade, etc. Claro que o fim último é dar resguardo ao sujeito. Contudo, o *objeto* de cada direito de personalidade não é a pessoa; são sim aqueles haveres.

§8. *Direitos de personalidade: alcance da sua absolutidade.* Quanto à inferência segundo a qual o reconhecimento de direitos sobre a própria pessoa potencia *v.g.* a legitimação do suicídio ou de outras condutas socialmente intoleráveis ou inaceitáveis (*v.g.* escravidão ou aborto), cabe de imediato aduzir a óbvia observação: no sentido de direitos dotados de conteúdo ilimitado, inexistem direitos – de personalidade ou de distinta natureza – de carácter absoluto. Mesmo o supremo direito à vida se pode licitamente infringir *v.g.* em caso de legítima defesa ou de pena de morte (nos ordenamentos em que ela represente uma sanção criminal legalmente acolhida) .

A concessão, a atribuição ou o reconhecimento de um direito a certo sujeito jamais se faz em termos de lhe autorizar o exercício de todos os poderes que, em abstrato, nele são concebivelmente, plausivelmente, integráveis. Não há direitos irrestritos. Se outras limitações inexistirem, sempre subsistirão ao menos aquelas que decorrerem da colisão com outro direito de diferente sujeito que, nos termos do artigo 335º do Cód. Civil, se considere de igual ou de superior importância. Não se pode extrair automaticamente, portanto, um direito ao suicídio a partir do reconhecimento do direito à vida, nem se pode retirar um direito à sujeição a escravidão com simples fundamento nos direitos à integridade física e à liberdade pessoal. Assim como não é possível tirar mecanicamente um direito à destruição da coisa objeto do direito de propriedade ou um direito à sua indistinta utilização para qualquer fim [cf. *v.g.* artigo 1422º, n.º 2, alínea c)] a partir da respetiva concessão. Ou tal como, finalmente, não se pode assegurar a validade de todas as cláusulas contidas em qualquer contrato com mero apoio na afirmação da liberdade contratual das partes.

O conteúdo de um direito subjetivo é passível de circunscrição, maior ou menor, mediante o recurso a diversos instrumentos – *v.g.* lei, vontade das partes, conceitos indeterminados, cláusulas gerais – que imponham limites, restrições, deveres, sujeições, etc. Mas decerto nenhum conterà todos os poderes nele idealmente incorporáveis. Por isso o argumento em análise não detém a construção dos direitos de personalidade como direitos subjetivos. Mais do que isso: não só são verdadeiros direitos que estão em causa; eles apresentam-se, sobretudo, como os principais direitos que a qualquer cidadão cabe titular (*v.g.* artigos 24º a 27º, 34º a 37º e 41º a 47º, Constituição). O seu reconhecimento a título de *Direitos, Liberdades e Garantias* pessoais mais força confere a esta perspectiva.

Não é impossível afirmar que vários direitos de personalidade, em função das limitações de que padecem, acabem por *vincular* o seu titular à respetiva atuação manifestando-se assim, em simultâneo, como direitos que, ao menos, encerram ao mesmo tempo uma componente de dever (cf. o caso exemplar do direito à saúde – artigo 64.º, n.º 1, Constituição). Enquanto *v.g.* a eutanásia ou o suicídio assistido não forem objeto de direitos reconhecidos aos cidadãos em geral, o direito à vida não comporta o direito a morrer e o seu titular deve, portanto, permanecer vivo tanto quanto possível. De igual modo, constituindo *v.g.* a capacidade jurídica uma qualidade humana irrenunciável (artigo 69.º, Cód. Civil), inexistente a possibilidade de um sujeito se tornar escravo de outrem ou de se transformar em juridicamente morto.

Esta característica dos direitos de personalidade revela-se de modo muito particular quando eles se mostrem inabdicáveis. Como o seu titular não pode em tal caso quebrar o nexo de pertinência, o direito pertence-lhe necessariamente e é muitas vezes, por arrastamento, de exercício obrigado ou forçado. É o que sucede com a generalidade das qualidades que tenham em vista a tutela da personalidade humana. Não podem, em virtude disso, dela ser desligadas, nem mesmo por vontade da pessoa a quem pertencem. Constituem o exemplo

acabado dos *direitos ou situações jurídicas indisponíveis*. Daí que mesmo as *limitações* a direitos de personalidade da pessoa singular – que, enquanto tais, não acarretam qualquer abdição – somente sejam admitidas, marginalmente, se não forem contrárias a princípios de ordem pública (artigo 81.º, n.º 1, Cód.Civil). As referidas qualidades são, pois, “o «minimum» necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade”.

A irrenunciabilidade – ou, mais genericamente, a indisponibilidade – não envolve, portanto, a infinidade. Com efeito, o conteúdo dos direitos de personalidade pode experimentar restrições: *legais*, dentro dos marcos definidos pelo artigo 18º da Constituição; *voluntárias*, quando resultantes de negócio jurídico celebrado pelo respetivo titular, nos termos, por exemplo, do artigo 81º do Código Civil ou da Lei n.º 25/2012, de 16 de julho (em particular, do seu artigo 2º).

§9. *Rejeição do dano da morte: ofensa à dignidade*. Recusar conceber a morte como dano pode fundar-se em razões de ordem puramente moral. Designadamente, por a concessão de uma compensação pecuniária decorrente da violação do direito à vida ofender a dignidade do sujeito.

A objeção tem alcance mais amplo. Não é apenas o dano da morte que por ela se atinge. É a generalidade dos danos pessoais, a começar por aqueles que despontam como fruto da transgressão de direitos de personalidade.

Em termos estritamente morais ela tem algum peso. A vida, a dor, o sofrimento, a vergonha, a diminuição da consideração social, etc., não têm preço. Inexiste um mercado para esses bens onde oferta e procura se possam encontrar. Ao aceitar-se que a violação dos direitos que se lhe associam deva ser reparada mediante uma compensação em dinheiro, parece estar a atribuir-se um valor pecuniário à dignidade quando esta, sendo certamente o bem individual mais valioso, se encontra fora do comércio e é inestimável.

Posta, porém, em moldes comparativos, a discussão torna-se irrazoável. O que é preferível: que a violação de direitos de personalidade não desencadeie a obrigação de indemnizar ou que suceda precisamente o inverso, ainda que a custo de um certo aviltamento (em abstrato) da dignidade individual? Qual o menor dos males?

A quem entenda preferível a primeira opção, caberá então, de seguida, defrontar um evidente paradoxo: “we consider life priceless, so we treat it as worthless”!

Além de que, a manter-se tal escolha, uma parte significativa da tutela de que os direitos subjetivos em geral beneficiam – justamente a que resulta da entrada em marcha do instituto da responsabilidade civil – não alcança o mais importante de todos: aquele que versa sobre a vida!

Tratando-se do dano da morte, a compensação devida pela sua emergência representa o derradeiro e extraordinário sacrifício que o lesado faz pelos seus familiares. Como, de todo o modo, tal compensação não será por ele realmente cobrada, o lesado consagra assim – ainda que involuntariamente – o valor da

sua vida aos seus sucessores. Se inexistem obstáculos a heranças ou legados de carácter patrimonial, que impedimentos se poderão legitimamente erguer a uma entrega desta natureza, em especial quando ao afetado não reste qualquer escolha? Se, por exemplo, pai ou mãe oferecem (mesmo contrariando *v.g.* o disposto no n.º 7 do artigo 6º da Lei n.º 12/93, de 22 de abril) um órgão do seu corpo para preservar ou defender a vida do filho, a sua conduta merece censura ou é sequer questionável? Por que haverá então impedimentos a que lhe proporcionem o *valor* da sua vida?

§10. *Dano da morte: responsabilização penal vs responsabilização civil.* Acresce, por outro lado, que a tutela do direito à vida impõe a necessidade lógica de, em coerência, a morte dever ser configurada como uma lesão suscetível de pôr em marcha meios próprios, específicos, de proteção (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/07/2009, Proc. n.º 1541/06.1TBSTS.S1). E não se vislumbra fundamento capaz de levar a afirmar que a retribuição se há de circunscrever àquela que a responsabilidade penal é capaz de proporcionar.

Do ponto de vista do lesado, o recurso à responsabilidade penal – quando, por aplicação do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, dela se possa fazer uso – é geralmente uma inutilidade ou, na melhor das hipóteses, tem valor secundário. Ela representa verdadeiramente – pela perigosidade, censurabilidade, gravidade da conduta que lhe dá origem – a reação da comunidade contra o autor do ilícito. É, mormente, de *vingança pública* que se trata, tendo em vista acautelar o sucesso de futuros comportamentos similares.

Para aquele que suporta o dano, adquire importância diminuta a determinação da penalização a que sujeita o seu autor. Aliás, por não ser ela que trará a reposição – nem sequer por aproximação – da situação anterior, esta é-lhe quase indiferente. É verdade que estando em causa a infração de direitos de personalidade a restauração natural é genericamente impossível. Mas a concessão de uma compensação monetária normalmente servirá, pelo menos, para suavizar o dano.

Ainda que se mostre inviável o retorno à situação anterior à sua verificação, este ponto demonstra-se mediante a realização de um simples confronto: fica com certeza em melhor situação aquele que recebe uma certa quantia em dinheiro que minimize tanto quanto possível a lesão sofrida do que aquele que a não arrecada. A equação é simples: dano com compensação pecuniária conferida ao lesado é, em qualquer caso, melhor do que dano sem ela. O que decerto sucede é que, tratando-se de danos pessoais, nunca pode estar em causa uma indemnização no verdadeiro sentido da locução. Esta propõe-se tornar o lesado indemne – ou seja, sem dano. É uma pretensão que, ante a transgressão de direitos pessoais, se torna geralmente impraticável. Mas há proximidade suficiente entre a obrigação de indemnizar e a de compensar para que o instituto da responsabilidade civil se considere amplíavel à segunda. Vista assim, ela representa a *vingança privada*.

Esta constatação, que para a generalidade dos danos pessoais não parece

defrontar hoje sólida refutação, apresenta maiores dificuldades construtivas quando se estenda ao dano da morte. Embora, acentua-se desde já, não por a própria ideia central subjacente lhe ser inaplicável, mas antes pelo embaraço que se coloca na identificação do sujeito do dano, do lesado. O que, de todo o modo, remete para a dilucidação de distinto problema.

§11. *Rejeição do dano da morte: inexistência de lesado.* A inexistência de suporte subjetivo (credor) que sustente a concessão do respetivo direito à compensação ou a inexistência de lesado, são dois problemas com os quais tipicamente se defronta quem entenda dever conceder-se o direito à compensação pecuniária pela ocorrência do dano da morte.

“In order to be harmed, common sense reminds us, a person must be in existence at the time, but death... is the cessation of one’s existence, the first moment of a state of nonbeing, which is beyond harm or gain”.

Com efeito, reputar a morte - ocasionada por terceiro - como um dano origina um paradoxo, um *puzzle*: aparentemente, o correlativo direito à indemnização nascerá na titularidade do pretense lesado no preciso instante em que cessa a sua personalidade jurídica (artigo 68º, Cód.Civil) .

Ou, por outra, ele constituir-se-á no exato instante em que deixa de existir o suporte jurídico necessário para sustentar a sua atribuição. Trata-se, no fundo, de uma particular aplicação de um antigo princípio característico dos Direitos da Common Law: *actio personalis moritur cum persona*.

Tem sido sobretudo esta específica constatação a conduzir alguma doutrina e jurisprudência [cf. o supra mencionado *Baker vs Bolton & Ors* (1808) EWHC KB J92 (8 December 1808)] a negar a suscetibilidade de ressarcimento do dano morte ou, ao menos, a questionar a sua legitimação.

A resposta que ao referido aparente ilogismo se dê contenderá, por seu turno, com a questão da titularidade do crédito à compensação por danos pessoais.

Crê-se, todavia, que deve valer aqui um tópico intuitivo: se a ofensa corporal produz a obrigação de indemnizar, é por *maioria de razão* que o decesso causado por conduta alheia deve originar a mesma espécie de obrigação, para que se não chegue à incongruente conclusão de que, para o lesante, se torna preferível matar do que mutilar, agredir, espancar ou torturar ! Esquivar este desfecho é, só por si, razão suficiente para conceder ao lesado direito à compensação pelo dano da morte (ainda que isto possa, porventura, fundar uma concessão à doutrina dos *punitive damages*). Por isso se afigura acertado dizer que a obrigação de indemnizar pela *wrongful death* constitui ainda uma aplicação da regra *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* (Ulpiano, D.50.17.134.1).

Mormente por razões desta ordem, considera-se hoje suficientemente assente o ponto segundo o qual a verificação da morte de um sujeito como resultado da conduta alheia dá origem a uma lesão configurável como dano pessoal. É passível, por isso, de engendrar a obrigação de indemnizar ao abrigo

de uma *wrongful death action / survival action*. “The main support for the view of death as harm... comes not from ordinary language, but from whatever support has already been mustered for the analysis of harm as set-back interest, which, given the universal interest in not dying, implies that death is a harm. The continuance of our lives for most of us, at most moments in our lives, is something manifestly in our interests, and that being so, the sudden extinction of life would, as a thwarting of that interest, be a harm”.

“*Tem-se entendido doutrinária e jurisprudencialmente*”, com efeito, “*maxime após o acórdão do STJ de uniformização de jurisprudência de 17/03/1971 (BMJ 205.º/150), que do art.º 496.º, n.ºs 2 e 3, do CC, resultam três danos não patrimoniais indemnizáveis: i) o dano pela perda do direito à vida; ii) o dano sofrido pelos familiares da vítima com a sua morte (v.g. “pain and suffering”, “loss of society”, “bystander emotional distress”); iii) o dano sofrido pela vítima antes de morrer, variando este em função de fatores de diversa ordem, como sejam o tempo decorrido entre o acidente e a morte, se a vítima estava consciente ou em coma, se teve dores ou não e qual a sua intensidade, se teve ou não consciência de que ia morrer*” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/04/2009, Proc. n.º 08P3704).

Mais exatamente, e em benefício do rigor, “when a tortiously caused death occurs, five losses result: (1) the decedent’s life itself; (2) the trauma and bereavement suffered by the decedent’s survivors (...); (3) the pecuniary value of financial and service contributions that the decedent could have been expected to make to his or her dependents; (4) the loss of the decedent’s society and companionship (...); (5) the direct costs associated with death, such as funeral expenses”.

§12. Dano da morte: counterfactual test. “It is the living person ante mortem who is (usually) harmed directly by his own death. When then did his harmed condition begin? Presumably not at the moment of death itself, because that is when *he* ceased to be. Let us say then (...) that the harmed condition began at the moment he first acquired the interests that death defeats. Chief among these of course is the paramount welfare interest in remaining alive.

(...) Death can be a harm to the person who dies in virtue of the interests he had ante mortem that are totally and irrevocably defeated by his death. The subject of the harm in death is the living person ante mortem, whose interests are squelched. The fact of a person’s death «makes it true» that his ante mortem interests were going to be defeated and to that extent the ante mortem person was harmed too, though his impending death was still unknown to him”.

A pessoa vítima de *wrongful death* fica, comparativamente, em pior situação do que aquela em que antes se encontrava. Supondo que estar vivo é um bem – o bem supremo –, morrer é o pior dos males. É o único mal evidentemente irremediável.

É claro que não se mostra racionalmente possível sustentar que a existência supera, em valor, a não existência. O mesmo se diga para a asserção exatamente

inversa. Revela, por isso, uma *petitio principii* a afirmação segundo a qual a vida humana é o valor máximo.

Há, contudo, um princípio ético elementar que comanda o demais: todos somos igualmente indispensáveis pois, na composição social, todos somos indistintamente importantes. Sob pena de, não se vendo assim, os doentes incuráveis serem prescindíveis. Depois, os deficientes mentais profundos. Depois, os idosos em geral. Depois, os desempregados de longa duração. Depois, os inúteis em geral. Depois, por fim, os infelizes. E como ninguém consegue a felicidade por inteiro, em última análise seremos todos elimináveis ou, pelo menos, descartáveis.

É indemonstrável que existir seja melhor do que não existir. Mas o nosso mundo é feito para os vivos. Os falecidos não fazem parte dele. É em relação à pessoa viva que se há de averiguar se sofreu um mal ou se conquistou algum bem. O que seja bom ou mau afere-se em relação a um sujeito existente. O inexistente é o nada. Não é sujeito e, portanto, não adquire bens dos vivos nem padece dos seus males.

Avaliar se a morte constitui um dano para o titular do direito à vida pressupõe, portanto, que – mediante o *counterfactual test* – se proceda à seguinte comparação:

- (i) a situação (*virtual*) em que se encontraria o sujeito caso não fosse *vítima da conduta* que, depois, lhe provoca a morte;
- (ii) e aquela em que ele se encontra (*realmente*) após tal sucesso (e não após a concretização do seu resultado).

Não se coteja, com certeza, o estar vivo com o estar morto. As duas situações são incomparáveis. Caso contrário, confrontar-se-ia, em rigor, o estar com o não estar ou o ser com o não ser.

A referida comparação pressupõe, sobretudo, que se torna intelectualmente possível separar o instante em que o lesado é afetado pela conduta alheia com aquele em que o respetivo efeito se produz. Ainda que, cronologicamente, muitas vezes tudo se dê (quase) em simultâneo.

§13. *Dano da morte: nascituro*. Mesmo entendendo que o nascituro – como sinónimo de ser já concebido, mas ainda não nascido – tem personalidade jurídica, não se pode dizer que socialmente o não nascimento seja equiparável à morte.

A vida humana e, portanto, a pessoa começa a existir com a concepção. Mas isso não importa que a interrupção voluntária do processo de gestação – imputável à própria mãe ou a terceiro – equivalha a óbito. Do ponto de vista social não é assim encarado. Daí que o nascimento completo e com vida (artigo 66º, Cód. Civil) seja condição não de aquisição da personalidade, mas sim da sua (definitiva) consolidação. Por não ter (ainda) existência autónoma, o ser

intrauterino não é uma pessoa inteiramente comparável às demais (ou seja, às nascidas). Daí que, designadamente, certos direitos de personalidade não lhe possam ser estendidos, ao menos na sua plenitude. V.g. estando o aborto permitido em certas circunstâncias (artigo 142º, Cód.Penal), o direito à vida do feto tem necessariamente, por isso, menor amplitude do que o da pessoa nascida. V.g. o seu direito ao nome, ao não se encontrar ainda (por natureza) lavrado o respetivo assento de nascimento, não pode beneficiar da mesma tutela que se concede ao daquele cuja nascença se encontra já inscrita. Por seu turno, por exemplo, o direito ao bom nome e reputação carece de propósito nesta fase.

A conclusão tira-se, pois, no sentido de considerar que o nascituro não é suscetível, por definição, de sofrer o dano da morte, quando este se entenda estritamente. O que não significa que a sua supressão, ao menos fora dos casos em que o aborto seja legítimo, se revele inconsequente no plano da responsabilidade civil. Embora a falta de autonomia biológica dê origem a uma vida *sui generis*, há analogia suficiente com o dano da morte propriamente dito para justificar a extensão da obrigação de indemnização à sua indevida abolição. Ambos os danos, não se confundindo, são, no entanto, conceitualmente próximos.

Para estimar a vida intrauterina, a distinção – comum na jurisprudência norte-americana – entre *viable and unviable fetus* é claramente de repudiar. Adotar o critério da viabilidade envolveria cambiar – e, muitas vezes, com isso protelar – o momento da aquisição de personalidade. Ela deixaria de situar-se no nascimento (completo e com vida) ou na conceção e passaria a localizar-se algures na aptidão do feto para viver autonomamente. E acarretaria igualmente dar ao facto que determinasse a inviabilidade extrauterina a natureza de causa virtual a que ao autor da eliminação do nascituro seria legítimo recorrer para, eventualmente, se eximir de responsabilidade. Acresce que, se assim fosse, o *tortfeasor* ficaria “in a better position when killing the nonviable fetus than when injuring the fetus”.

Aproximadamente o mesmo se diga, nas conclusões, a propósito do entendimento segundo o qual a vida humana se caracteriza primariamente pela respetiva *consciousness*. É verdade que, em virtude v.g. de o ser intrauterino ou a pessoa demente não serem conscientes da sua própria existência, por esta via legitimar-se-ia com facilidade o aborto ou a eutanásia (involuntária e não voluntária). Mas o argumento prova excessivamente: a ser assim, por exemplo, uma criança com poucos meses de vida poderia ser licitamente liquidada sem que o homicida incorresse em responsabilidade!

Um problema similar se pode colocar, embora com particularidades, acerca da chamada gravidez de substituição (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto).

A gestante contrata uma espécie de prestação de serviços com aqueles que, futuramente, serão os pais jurídicos (artigo 8º, LPMA). Cabendo à convenção regular – dado o silêncio legal – os direitos e os deveres de uns e da outra, suponha-se que se dá o caso de a mulher que faz a gestação substitutiva não dar cumprimento às prescrições medicamente ordenadas. Repercutindo-se isso

na saúde do feto – inviabilizando, designadamente, o seu nascimento – parece evidente que estarão os comitentes legitimados para responsabilizar a mãe biológica pelos correspondentes danos morais. E terá o próprio feto direito à compensação pela afetação dos seus direitos de personalidade, incluindo a privação da sua vida.

§14. *Dano da morte: momento da sua verificação.* No que respeita ao momento da verificação do dano – em geral e não apenas no que especificamente concerne ao dano da morte, ainda que seja a este propósito que a questão adquire maior acuidade – duas hipóteses elementares se podem conjecturar. Ele pode coincidir:

- i) com o instante em que se inicia o processo que, posteriormente, desencadeia a lesão;
- ii) ou, ao invés, com o momento em que a referida lesão se tem por inteiramente concretizada.

No que toca ao dano da morte esta segunda possibilidade levanta dificuldades insuperáveis. Qual é o momento em que a morte se tem por verificada? O da cessação das funções cerebrais? O da paragem cardíaca? Aquele em que as funções vitais somente se podem assegurar mediante o recurso a meios artificiais de suporte?

Mesmo supondo que estas perguntas têm resposta, outras igualmente difíceis se erguem em seguida. O fenómeno será instantâneo? Ou haverá antes um processo de transição (da condição de vivo para a condição de morto)? E, por muito curto que se apresente, se ele for gradual – como se afigura, à primeira vista, ser o caso – haverá, em rigor, um momento específico? Não se tratará, mais propriamente, de uma sucessão de instantes?

Tal qual a conceção de uma pessoa não se dá repentinamente, também a cessação da sua vida não parece que ocorra subitamente. Esta constatação vale tanto quando a morte suceda por processos congénitos como quando se deva a razões não espontâneas nem naturais. *Maxime* quando se deva a uma conduta alheia. Por muito célere que então se apresente o processo de morte – *v.g.* corte ou incisão da artéria femoral –, sempre alguns instantes mediarão entre a ocasião em que sucede o facto apto a provocá-la e aquela em que ele culmina os seus efeitos. Assim sendo, a morte estará verificada exatamente quando? No exemplo, quando a pessoa começa a esvaír-se em sangue, quando perde os sentidos, quando fica totalmente exangue, quando deixa de respirar?

Em última análise, perguntar pelo (primeiro) momento da morte envolve perguntar, em simultâneo, pelo último momento da vida. Ora, tirando os que já morreram, ninguém mais terá resposta para esta questão. Somente é constatável – ao menos em geral – que se trata de uma condição evolutiva e, portanto, de carácter progressivo. A morte traduz-se, normalmente, num fenómeno de *fading*

out, de desaparecimento gradual.

As dificuldades suscitadas pelo acolhimento do segundo critério atrás enunciado remetem quase necessariamente para a adoção do primeiro. Que cabe formular nos seguintes moldes: *a obrigação de indemnizar constitui-se no instante em que o lesante executa a conduta que conduz à produção da lesão, ainda que só retrospectivamente a sua adequação se possa atestar*. A contabilização, eventualmente impossível nesta ocasião (seja por não se conhecer a sua existência ou extensão, seja por o prejuízo não estar ainda liquidado, etc.), não inviabiliza o ponto de partida. A obrigação de indemnizar considera-se instituída, portanto, na data em que o dano se materializa, mesmo que, nessa altura, o seu conteúdo seja impreciso, indeterminado ou indefinido. Outra opção inviabiliza a própria comprovação da existência do dano da morte.

Se, por comparação – acrescenta-se ainda –, é unânime o entendimento segundo o qual, ocorrido o nascimento completo e com vida (artigo 66º, n.º 1, Cód.Civil), o novo ser adquire personalidade e, portanto, os direitos e obrigações que nesse instante lhe competirem ainda que sucumba após um escasso segundo, pergunta-se: para efeitos de conservação da personalidade singular, haverá diferença significativa entre falecer decorrido este tempo sobre a ocorrência do evento lesivo e sobreviver autonomamente durante o mesmo período?

Adotando esta ótica, a compensação pela produção do dano da morte é devida apenas quando o lesado falecer, pois só então se *vence*. Mas o respetivo *surgimento* dá-se no momento em que haja sido desencadeado o processo capaz de conduzir a tal desfecho. Se *v.g.* o corte da artéria femoral ou da carótida for provocado por um tiro de caçadeira, o dano tem-se por verificado no instante em que ela é acionada ainda que só passados alguns segundos ou minutos tenha ocorrido a cessação da vida. Apenas sobrevivendo a morte se pode atestar a aptidão do referido disparo para o efeito. Mas uma vez estabelecida a adequação, pode asseverar-se retroativamente que foi por causa dele que o decesso se deu. O seu autor constitui-se então na obrigação de indemnizar no preciso momento em que acionou a espingarda. Nessa altura, a vítima ainda se encontrava viva, adquirindo na mesma ocasião, por isso, o simétrico direito à devida compensação.

Poderá colocar-se a questão de saber se as contingências específicas de cada processo causal deverão interferir na concessão do direito à compensação ou, ao menos, na determinação do seu valor. Suponha-se *v.g.* que *A*, condutor de uma *pick-up*, a estacionou indevidamente num terreno íngreme. Depois de sair do carro, inesperadamente, o veículo resvalou pela terra molhada indo entalar *B* (agricultor que se encontrava a colher os seus morangos) contra uma árvore. Sub-hipótese (i): *B* faleceu no preciso instante em que foi atingido pela *pick-up*. Sub-hipótese (ii): *B*, conduzido ao hospital, sofreu de imediato a amputação de uma perna, mas acabou por morrer, uma semana depois, devido aos múltiplos traumatismos. Para o que respeita à constituição da obrigação de indemnizar pelo dano da morte, e no pressuposto de para tanto não intercederem outros processos causais, encontrar-se-á dotado de algum significado o facto de o óbito

ocorrer mais cedo ou mais tarde? Se “the victim is injured and lives 14 months without filing a suit” e “his death is clearly a result of his injuries” (...), “no one seriously asserts that there is no wrongful death action in his beneficiaries”. Claro que o sofrimento (físico e psicológico) de que *B* padeceu na sub-hipótese (ii) é superior. Mas este é um distinto dano, a acrescer ao da morte, pelo qual *A* será igualmente responsável.

O critério apontado permite resolver igualmente o problema posto pelos chamados *danos póstumos*. Por exemplo: “A mother has a young son. The son will die soon from a rare disease. But the family is doubly unlucky, and the mother dies first. Is the mother harmed by her son’s subsequent death?”. Suponha-se que a doença de que o filho padece foi provocada pela injeção, administrada por terceiro, de um vírus altamente letal. Poderá a mãe pedir-lhe indemnização, nos termos do artigo 496º do Cód. Civil, pelos danos morais decorrentes da morte do filho antes de ela ocorrer, mas depois do seu próprio decesso? Como o momento decisivo para fixar o nascimento da obrigação de indemnizar é o que corresponde àquele em que se deu início ao processo causal capaz de determinar o surgimento do dano, a referida progenitora teria de imediato direito à compensação, não obstante ela já se encontrar eventualmente falecida no instante do óbito do filho.

§15. *Destino da compensação devida pela ocorrência do dano da morte*. “Wrongful death statutes provided that dependents, including spouses and children, could recover damages for lost support. Survival statutes provided that the victim’s estate could recover damages for certain losses that the victim incurred as a result of the tort, such as medical expenses and earnings lost between injury and death”.

No Direito anglo-americano a *wrongful death action* começou por se destinar, sobretudo, ao ressarcimento dos herdeiros do falecido. Somente uma evolução jurisprudencial posterior assente no Lord Campbell’s Act britânico e nos *wrongful death statutes* entretanto promulgados pelos diversos Estados norte-americanos permitiu alargar paulatinamente o seu âmbito de aplicação à compensação pelos danos ocasionados ao próprio falecido. Mas, geralmente, a morte e os correspondentes *hedonic damages* não têm sido considerados compensáveis. Apenas os danos patrimoniais e alguns pessoais (designadamente, *the pain and suffering*) – a título de perdas causadas ao “estate of the decedent resulting from his or her premature death” e ao abrigo da chamada *loss-to-estate rule* – usualmente se entendem neles compreendidos. O que, entre muitas outras objecções, quase impede as *wrongful death actions* fundadas no decesso de uma criança.

Em termos conceituais, é inquestionável, porém, que (i) se trata de diferentes danos (ii) provocados a distintas pessoas. As dores de que *v.g.* o falecido padeceu antes de morrer não se confundem com aquelas que os respectivos familiares sentem por assistirem ao seu sofrimento (*bystander emotional distress*). Não são sequer da mesma natureza. Se o decesso produz no *de cuius* a perda da vida, nos seus entes próximos ele motiva o sofrimento de quem perdeu um parente – são,

outra vez, lesões de distinta índole.

Assentando nisto, deve concluir-se que uma coisa é a indemnização devida ao lesado por violação dos seus direitos e outra é a violação dos direitos dos respetivos herdeiros ou familiares. Se a vida individual tem tutela própria e se ela também se extrai a partir da responsabilização aquiliana daquele que dela privar outrem, a compensação pelo dano da morte é devida à vítima e não aos seus herdeiros ou, mais genericamente, aos seus familiares. Estes são chamados apenas porque o respetivo beneficiário dela não pode efetivamente tirar o devido proveito. Nada obriga, por isso, a que eles pretendam indemnização por causa da transgressão dos seus direitos juntamente com a indemnização que eventualmente peçam pela violação dos direitos do lesado falecido. O disposto no n.º 4 do artigo 496º do Cód.Civil apenas terá utilidade, assim, quando os ditos familiares decidam peticionar ressarcimento tanto pelo desmando feito aos direitos deste como pela infração reflexa dos seus, pois em tal caso ao tribunal caberá fixar uma única indemnização.

A indemnização devida ao lesado pela privação da sua vida, ao não poder, na prática, ser percebida pelo seu titular, acaba por ser objeto de transmissão para os respetivos sucessores *mortis causa*. Inexistindo disposição testamentária, segue-se, para este efeito, a ordem fixada pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 496º do Cód. Civil, assim se afastando, por consequência, as regras contidas nos seus artigos 2133º e 2157º. Por outro lado, contudo, em virtude do que se estabelece na segunda parte do n.º 4 do artigo 496º do mesmo diploma, há inteira coincidência entre estes e o grupo de pessoas que têm direito a ser compensadas pelos danos *próprios* sofridos por causa da morte do familiar.

§16. *Dano da morte: reparação.* À responsabilidade civil tem sido vulgarmente apontadas duas finalidades principais que entre si denotam improvável conciliação:

- (a) encontram-se, por um lado, aquelas teses que a entendem ligada a políticas de ordem pública como a redistribuição de riqueza, a disseminação de perdas ou a dissuasão (justiça distributiva);
- (b) por outro, as que a conectionam genericamente com a justiça corretiva.

Dentro deste último é possível subdistinguir entre:

- (i) os que a consideram como um veículo destinado a anular vantagens e desvantagens no pressuposto de que hajam sido indevidamente obtidas ou sofridas, o que ainda permite buscar-lhe fundamento no interesse social;
- (ii) e aqueles que a concebem como um expediente de índole inteiramente privada destinado simplesmente a repor a justiça entre dois sujeitos (lesado e autor do dano).

Bem vistas as coisas, todavia, aquela primeira espécie representa realmente uma simples vertente da justiça distributiva, a incluir por isso no género (a).

A responsabilidade civil, ao servir para imputar ao autor do dano as consequências desafortunadas, *maxime* as patrimoniais, emergentes da lesão causada a outrem, é, no campo do Direito Privado, um instituto onde se executa por excelência a chamada justiça *corretiva*. Ainda que esta constatação não embarace a afirmação segundo a qual algumas formas de responsabilidade pelo risco ou pelo sacrifício (*v.g.* responsabilidade ambiental) se fundem sobretudo na justiça distributiva. Há particularismos que justificam soluções especiais.

A justiça distributiva define a retidão dentro de uma comunidade. Tem como propósito instituir, entre os seus membros, uma igualdade de proporções geométricas. A justiça corretiva, diversamente, determina o que é reto numa relação entre dois indivíduos e apresenta-se como uma igualdade de proporções aritméticas.

A justiça distributiva tem em vista a divisão de bens entre os membros de uma comunidade. Não requer que a cada indivíduo seja concedida uma parte idêntica à dos demais. Implica antes que se faça uma partilha de acordo com o respetivo mérito ou necessidade.

A justiça corretiva, diferentemente, reporta-se ao modo de repartição de vantagens e de desvantagens entre dois sujeitos específicos. Estes podem não ser iguais no que respeita à quantidade de bens que lhes pertencem, mas são certamente iguais na *qualidade* de donos daquilo que juridicamente lhes cabe. Quando uma pessoa, lesando outra, quebra tal igualdade obtém um ganho que ombreia com a perda alheia. De maneira a que o equilíbrio seja restaurado, deve o autor da violação reparar o dano sofrido pelo lesado. Como, porém, a igualdade prévia à transação entre ambos os sujeitos não é igualdade de participação, nem igualdade de *status*, o referido ganho também não é medido pelo concreto aumento de bens ou de *status*.

Quando a justiça adquire finalidade corretiva não está em causa a punição de comportamentos ilícitos. Ela apenas leva em conta a conduta irregular de que resultem prejuízos. Ao seu autor não são imputáveis, todavia, todas as perdas que o seu ato provoque em esfera jurídica alheia (como sucederia se a sua responsabilidade fosse puramente objetiva), mas apenas aquelas que sejam tidas como injustas e reprováveis.

Tratando-se de um dos mais puros campos de aplicação da justiça corretiva, a responsabilidade civil – mesmo quando seja de natureza subjetiva – não se dirige à punição de comportamentos censuráveis. Considera-os somente enquanto eles se materializam em danos infligidos a certa pessoa, para que a compensação flua de um específico *tortfeasor* para a respetiva vítima. A sociedade, todavia, “has no interest in the mere shifting of a loss between individuals just for the sake of shifting it. The loss, by hypothesis, has already happened. A has been killed, or his leg broken or his automobile smashed up. If the only question is whether B shall be made to pay for this loss, any good that may come to society from having

compensation made to one of its members is exactly offset by the harm caused by taking that amount away from another of its members. In that view of the problem there had to be some additional reason for a defendant to compensate a plaintiff for his injury before society would compel compensation. These reasons might be (a) a feeling of what is fair or just; (b) a desire to discourage dangerous conduct, or of course a combination of both”.

Não obstante se ter tornado relativamente usual sustentar, em especial nos sistemas jurídicos da Common Law, que “the demands of corrective justice often can be satisfied better by a liability-for-risk system than by a harm-caused system”, a afirmação surge caracteristicamente conexcionada com a apelidada teoria da “análise económica do direito”. A economia, porém, é amoral. Pelo que é capaz de se alicerçar na mera comparação entre custos e benefícios. Ao invés, o Direito, não se confundindo embora com a ordem moral, não se pode desligar de valores morais. “Behind this contrast of the moral with the economic lie two grounds for dissatisfaction with economic analysis. The first is normative: because economic analysis is unabashedly instrumentalist, it depends on what many observers regard as a particularly problematic moral theory. The second is explanatory: whatever its general merit, economic analysis seems alien to tort law specifically. To take just one example, how can a mode of analysis that starts with the causal nihilism of the Coase theorem yield an adequate account of a field of law for which causation is a central organizing concept? These two considerations may be different ways of saying that economic analysis does not take tort law seriously as a system of rights. By treating rights only instrumentally as the placeholders of certain economic values, economic analysis misses the significance of the rights-vindicating structure of tort law”.

§17. *Dano da morte: dissuasão.* A escolha, no que tange à *wrongful death*, entre a adoção de métodos de cálculo da competente compensação definidos em abstrato e *ex ante* ou estabelecidos, ao invés, em concreto e *ex post*, liga-se, quando por sua causa sobrevenha responsabilidade civil, à questão da determinação das funções que a esta pertence desempenhar.

Inquestionavelmente, a imposição da obrigação de indemnizar dela emergente tem em vista a reparação de danos (artigos 562º a 564º, Cód.Civil). A justiça corretiva é o serviço elementar que à responsabilidade civil compete.

Ao incorporar-se na consciência social, todavia, a noção genérica de que lesar outrem – e, em particular, de que causar a morte alheia – é suscetível de gerar uma obrigação de indemnizar, à responsabilidade civil adjudicar-se-á também uma finalidade preventiva capaz de despersuadir idênticos propósitos de terceiros. Especificamente no que toca ao dano da morte, tornar-se-á presente para a comunidade em geral que provocar a morte de outrem não é ato gratuito. Muito particularmente quando os montantes pecuniários envolvidos forem altos.

Mas esta função dissuasora (de futuras condutas de similar natureza) para os demais sujeitos (os não obrigados), a revelar-se, opera em simultâneo e com

carácter claramente secundário. Não é para isso que o instituto existe. Além de os sujeitos económicos jamais ponderarem devidamente as suas decisões, no campo da responsabilidade civil – em especial quando ela tenha carácter subjetivo – a irracionalidade impera. Pertence-lhe, em tal caso, lidar com comportamentos assentes em motivações visceralmente emocionais. Ora, a adjudicação de um verdadeiro efeito dissuasor à *tort law* supõe racionalidade económica. Alguns sujeitos poderão autodeterminar a sua conduta de modo a não incorrerem na obrigação de indemnizar (*v.g.* médicos ou enfermeiros). No âmbito de responsabilidade objetiva pelo risco, pode também pressupor-se uma dose razoavelmente intensa de racionalidade (por exemplo, dos produtores de bens de consumo). Mas, em qualquer caso, ela nunca é perfeita ou total. Por isso a eficácia persuasiva coligada à responsabilidade civil apresenta-se tipicamente com importância acessória ou complementar.

Claro que o efeito dissuasório é potenciado quando ao lado dos *compensatory damages* se autorize igualmente a imposição de *punitive damages*. O que com facilidade se pode dar no que toca à contabilização de danos pessoais dada a quase arbitrariedade que a remissão para a equidade implícita, ainda que indiretamente, envolve (artigo 496º, n.º 4, Cód.Civil). Sucede neste caso, contudo, que a responsabilidade civil já não se encontra a executar a justiça corretiva, mas antes a função penalizadora que é própria da responsabilidade criminal. Ela torna-se então, como esta, num instrumento ao serviço da chamada justiça retributiva. Com efeito, enquanto a justiça corretiva supõe *correlativity* (entre *doer and sufferer*), “*punitive damages are not correlative*”.

§18. *Dano da morte: conexão entre reparação e dissuasão.* “There is no plausible moral argument for requiring others to compensate every person for every loss no matter how it occurred, and neither tort law nor law in general makes any attempt to achieve such universal compensation. Indeed, universal compensation of all losses, so that no one suffers any loss, is analytically impossible, since losses (like energy-matter) do not disappear, but rather are shifted (usually in transmuted form) to others, who then themselves bear uncompensated losses. Similarly, neither tort law nor law in general does or should seek to deter or prevent every loss or all risky conduct. Prevention of all risk of loss, at least in our world, is impossible. (...).

The question, then, is what types of losses should be compensated and what types of risky conduct should be deterred”.

A partir do instante em que a conduta de uma pessoa lesa bens pertencentes a outra, torna-se uma exigência de justiça que o prejuízo seja reparado. Num pressuposto de igualdade entre sujeitos, ninguém pode ser constrangido a tolerá-lo. “The parties of the interaction are considered to be «arithmetically» or absolutely equal regardless of their relative standing on any comparative criterion such as wealth, merit or need”. (...) “To put in another way, distributive justice and corrective justice encompass the two different aspects of external freedom: distributive justice defines the scope of a person’s positive freedom to

have access to the resources necessary to realize her humanity, and corrective justice defines the scope of a person's negative freedom not to have her person or existing stock of resources interfered with by others". Por isso, "structurally, distributive justice claims are multilateral claims that are independent of any interaction and potentially apply to all the members of the community, while corrective justice claims are bilateral claims which arise from an interaction and are limited to the parties to the interaction". Nesta última ideia encontra a responsabilidade civil o seu principal assento. "The defendant's payment of damages to the victorious plaintiff is a feature of the basic structure of tort law. Changing the form of damages would move us from tort law to a different mode of ordering. For example, requiring the injurer to pay the state rather than the victim would be the sign of a system of penal fines. Similarly, a system under which the plaintiff received money, but not from the defendant, would strike us as a compensation scheme that has replaced tort law".

Admitir que, concomitantemente, a responsabilidade civil serve propósitos preventivos – ainda que a título secundário ou marginal – implica dizer que ela vale para dissuadir condutas perigosas e para ressarcir o lesado. O que acarreta a consagração de uma "pluralist theory". Mas mesmo a tal título, a função dissuasora apresenta-se altamente contestável. Ela, a existir, deveria em rigor conduzir à entrada em marcha da responsabilidade civil mesmo ante a não apresentação ou a inexistência de lesado. O que não só contraria o regime legal como nem sequer se mostra razoável. V.g. por ter em vista a prevenção de danos tanto para terceiros como para o próprio, se alguém for detido a conduzir um automóvel com uma taxa de álcool no sangue igual a 4,0 g./l. fica preenchido o respetivo tipo de crime independentemente de a conduta lesar outrem. Justifica-se a responsabilização por a perigosidade da ação constituir motivo suficiente para a incriminação e por esta se dirigir sobretudo à dissuasão de futuros comportamentos de cariz idêntico. Não se pode dizer o mesmo, contudo, para efeitos de responsabilidade civil: se o efeito que se lhe associa é a constituição da obrigação de indemnizar, faltando um lesado o respetivo desencadeamento carece de suporte. Mesmo quando se concedam condenações por *nominal damages*, a sua presença encontra-se pressuposta.

O papel preventivo eventualmente ligado à *tort law* deve entender-se, portanto, como um fruto de ordem meramente accidental e contingente. Que se apresenta, no máximo, a título de side constraint. Ela articula-se com a responsabilidade civil não como justificação para a sua existência, mas apenas por razões conjunturais de ordem acentuadamente prática. Mesmo pressupondo a racionalidade dos agentes, a sua eficiência é simplesmente eventual. Por sua causa, pode casualmente dar-se o caso de alguém, em algum caso, conduzir o seu comportamento de modo a evitar nela incorrer. E não apresenta especialidades: como sucede com todas as desvantagens que sobrecarreguem alguém, a sua imposição pode fortuitamente servir de alerta para que os demais tomem, no futuro, redobrados cuidados.

Acresce ainda que este desígnio, mostrando-se mais ou menos plausível tratando-se de responsabilidade subjetiva, não tem significado em matéria de *strict liability*. Nesta, a precaução só pode valer com o sentido de inatividade, que é a única maneira de alguém nela não se enredar. O que decerto não é socialmente desejável.

De qualquer modo, “the goal of compensating the plaintiff... is not intrinsically connected to the goal of deterring the defendant. Deterrence operates on actors *ex ante* by providing incentives to avoid acts that might cause harm. Compensation, on the other hand, focuses *ex post* on the injuries suffered by the victim. Compensation is plausible even for injuries that cannot be deterred, and deterrence is plausible regardless of whether injury occurs. Each goal is intelligible apart from the other”.

II. Cômputo do dano da morte: *value of a statistical life (VSL)*

§19. *Dano da morte: value of a statistical life*. Demonstrando-se que a morte constitui um dano e que, à sua custa, se justifica o aparecimento de responsabilidade civil, o problema que em seguida se põe respeita ao modo de o contabilizar.

“The question of what is the right value of life cannot be answered in the abstract. The correct value will depend on the purpose to which it is being put”.

Em termos económicos, para cálculo do valor da vida, tem-se recorrido com frequência (em especial por influência da teoria da análise económica do direito) ao conceito de *value of a statistical life (VSL)*. Corresponde *grosso modo* à quantidade de dinheiro que, tendo em vista preservar *uma* vida, uma pessoa – ou uma comunidade – se encontra disponível para desembolsar. Nisto consiste a chamada “willingness to pay (WTP) for mortality risk reductions”. Ela compõe o alicerce que sustenta o VSL.

Figure-se a seguinte hipótese: “assume... that Boris and five of his friends will pay an average of \$100,000 to avoid playing one round of Russian roulette, a game in which each faces a risk of death of one in six. Economists would conclude that Boris and his friends place a value of \$600,000 on a statistical life, \$100,000 for each person’s one-sixth chance of dying”.

Ou, em exemplo quiçá mais realista, e partindo do princípio de que *safety has a price*, “suppose a new food safety regulation reduces the annual risk of dying of a foodborne illness by 0.00001. In a population of 100,000, the regulation is expected, in a statistical sense, to result in 1 fewer death from foodborne illness each year. Using this reasoning, regulations are sometimes said to save «statistical lives» as opposed to identified lives. If each person in that population of 100,000 is willing to pay \$20 a year for the reduction in mortality risks, the total WTP is \$2 million for an annual risk reduction that can be expected in the statistical sense to save one life. In this case, \$2 million is said to be the value of a

statistical life (VSL)”.

A fórmula matemática para computar o VSL com base na WTP traduz-se assim numa equação relativamente simples: “*Payment to Reduce Probability of Dying – Reduction in Probability of Dying = Value of Life*”.

§20. *Dano da morte: determinação da WTP.* Inexistindo um mercado vital, a única maneira de medir a WTP – e, portanto, o VSL – é aquela que supõe o recurso a métodos indiretos: *v.g.* qualidade de vida, esperança de vida, grau de rendimentos, categoria profissional, nível pessoal de consumo. Se, por exemplo, os trabalhadores que exercem profissões mais arriscadas para as respetivas vidas (*v.g.* um polícia ou um bombeiro) receberem, à conta disso, salários mais elevados (*wage-risk trade-off*) poderá de aqui inferir-se um índice capaz de interferir com a determinação do VSL. Sendo possível, ainda por exemplo, calcular quanto é que a sociedade estará disponível para gastar a título de redução de riscos para a vida (*v.g.* na melhoria das condições de segurança no trabalho ou na circulação rodoviária), isso permitirá estabelecer um outro índice de VSL.

Este último procedimento supõe a realização de inquéritos estatísticos, o que suscita problemas de fiabilidade. Considere-se, com efeito, “the following thought experiment. Suppose that you are faced with a 1/10,000 risk of death. (...) Suppose that this is a one-time-only risk that will not be repeated and that you can draw on your future resources to buy out the risk. Also assume that the death is immediate and painless. How much would you be willing to pay to eliminate this risk?”

Very few respondents indicate that they would be willing to sacrifice all of their economic resources in return for this risk reduction. As a result, life clearly has finite value, and the only question is determining its magnitude”.

Por tudo radicar, em última análise, no estabelecimento de uma relação entre custo e benefício, a colocação do problema em moldes puramente económicos torna-se perturbante. Acresce que os valores que se obtenham mediante os correspondentes instrumentos não de fatalmente apresentar (fortes) variações em função *v.g.* do nível de desenvolvimento económico de cada país (é marcada, por exemplo, a diferença entre o VSL das sociedades pobres e o das sociedades ricas). O que afronta o princípio segundo o qual a vida humana há de ter necessariamente a mesma exata valia em qualquer lugar. Serve, contudo, para alertar para a necessidade de identificar critérios objetivos de aferição do valor da vida ou de outros bens pessoalíssimos (como *v.g.* a integridade física). Para efeitos de responsabilidade civil ou não.

§21. Value of a statistical life (VSL): usos típicos. O VSL representa o “value of a statistical life, or the rate of tradeoff between risk and money for small risks of deaths. For labor market studies, which comprise most of the VSL literature, the VSL represents the compensating wage differential, or the willingness-to-accept amount that workers receive for facing job fatality risks.”

(...) Consideration of large risks necessitates a modification of the VSL amount. The VSL will overstate how much people will pay to avoid the certainty of death because the cost of purchasing large decreases in the risk lowers one's wealth and reduces the willingness-to-pay amount below the VSL. Analogously, the VSL will understate how much people must be compensated to face a series of increases in fatality risk that culminate with certain death".

Por força da própria descrição que antecede, ao VSL recorre-se reiteradamente para calcular o valor correspondente à "prevention of small risks of death" e não para definir o montante da compensação devida pela materialização de riscos que, em concreto, deram origem à morte de alguém. Sobretudo porque o VSL, exprimindo valores médios e abstratos - e, portanto, uma simples tendência geral - não se acomoda ao cômputo dos danos suportados por certa pessoa, numa dada situação, devido à ocorrência de determinado evento.

Com efeito, "government policies protect large populations *ex ante* rather than compensating specific individuals *ex post*". E, por isso, "even if a single government number existed" - o que não sucede - "it would not vary with the facts of the case, nor would it serve as an appropriate economic measure for compensatory damages purposes". O emprego que ao VSL tem sido dado reforça esta conclusão e sugere de imediato a sua vocação: segurança viária, prevenção de danos ambientais, cuidados em intervenções médicas e cirúrgicas e fenómenos similares.

De facto, por exemplo, "some of the earliest use of VSL estimates, and an area that remains of great practical importance, is in the design of highways. Though simplified, a large number of government highway departments throughout the world engage in an analysis of two key questions virtually daily: (1) Within a given budget, what is the best way to allocate resources so as to reduce traffic fatalities? (2) Is the budget sufficient to lower fatalities to the point where the typical driver would not be willing to pay more for traffic safety.

The first question does not require a measure of the VSL, but it does make use of the key ingredients that make up that analysis. Suppose, for example, there are three places on three different city streets where safety improvement projects could be undertaken. And suppose that in these projects the cost of saving a life is 3.0 million, 1.0 million, and 0.5 million dollars, respectively. Clearly, allocating funds to the third project is wiser than allocating funds to the other projects, as you get more for your «safety buck». For half a million dollars you can save a life, while with the first project you must spend six times as much to do so. In short, minimizing fatalities within a given budget requires calculation of the cost per fatality saved (...).

However, suppose that the total budget for safety projects in this city is 1.5 million dollars. Clearly, this means that only the second and third projects will be undertaken. But is this optimal? The answer to this question depends on the VSL. If the VSL is more than 3 million dollars, then clearly the third project should be undertaken also, because the typical person is willing to give up more than 3

million dollars to save a life”.

Ao invés, por comparação, a responsabilidade civil busca, essencialmente, a justiça do caso concreto, moldando-se a decisão que impõe a obrigação de indenizar às suas singularidades. Convém, aliás, que assim seja porque “it achieves optimal deterrence to potential tortfeasors as well as full compensation to the plaintiff in an already context-specific tort system using the most efficient means possible”. “Tort law has long focused on the compensation of those still living – a focus that naturally leads to a disregard of the deceased, an emphasis on what the plaintiffs have lost, and an interest in a set of highly individuated awards”.

É por o VSL consistir tipicamente num instrumento de intervenção *ex ante* que se lhe pode assacar uma função dissuasora. “If 10,000 workers each faced an annual risk of death of 1/10,000 and were compensated at \$500 each for facing the risk, then the total risk compensation for the one expected death would be \$5 million dollars. This \$5 million figure establishes the price the individual bearing the risk has established for his valuation of it.

(...) From the standpoint of the producer, paying the \$500 premium to each individual who must bear the risk of 1/10,000 of death will foster safety incentives. (...) The compensation mechanism described above will lead to an efficient degree of care on the part of the producer, thus ensuring appropriate safety incentives. (...) In contrast, tort liability generally addresses situations in which there is believed to be some shortcoming of the market, either because of a lack of any voluntary trade whatsoever or a failure to fully appreciate the risks that are present. In these situations, the compensation will not be paid in small increments in advance, but instead will be paid after the fact in a lump sum to the particular accident victim”.

§22. *VSL, WTP e hedonic damages*. Os danos não patrimoniais emergentes da violação de direitos de personalidade podem manifestar-se a título de *hedonic damages*: danos que, para além da privação de rendimentos, da dor, do sofrimento e da morte em si mesma considerada, provocam a perda do gozo da vida (*lost enjoyment of life*). São danos intangíveis, altamente dependentes das especificidades do sujeito que os sofre, mas inegavelmente concebíveis e decerto suscetíveis de concretização em algum caso particular.

A morte (como *catastrophic damage*) gera a perda integral do gozo da vida. Além da privação da vida em si mesma, acarreta, por arrastamento, a privação de todos os prazeres, alegrias ou satisfações a ela ligadas (*v.g.* ser pai, mãe, avô, avó; ver um filho crescer; ser marido ou mulher por cinquenta anos; ser pintor, escritor, bailarino, violinista, professor; praticar desporto; dedicar-se ao *hobby* preferido; assistir a peças de teatro, filmes, espetáculos musicais; tirar férias na praia, no campo, na neve). Por isso se pode, na sequência da sua verificação, colocar a questão do ressarcimento nos seguintes moldes: será possível que uma quantidade de dinheiro proporcione ao lesado uma utilidade similar ou

aproximada aos *enjoyments* perdidos?

Uma resposta precisa em termos quantitativos é claramente inexequível. Mas uma conclusão afigura-se certa: o montante há de ser alto, muito alto mesmo. No depoimento que prestou em *Sherrod vs Berry* [629 F. Supp. 159 (1985)], “Stan Smith apparently testified to a «central tendency» of \$1.5 million in 1985 dollars as a number that could be used by the jury to place a value on Ronald Sherrod’s enjoyment of life and on Lucien Sherrod’s loss of relationship with Ronald Sherrod”.

Recorrendo ao *counterfactual thinking*, o posicionamento do problema veicula-se através da formulação desta pergunta: qual o “amount of money” que uma pessoa, ocorrido o evento que provoca o seu falecimento, se encontraria disposta a pagar (WTP) “to avoid a risk of death”? Por outras palavras, generalizando o raciocínio: será possível precisar a quantidade de dinheiro que os membros de uma dada comunidade se mostram propensos a entregar para salvar uma qualquer vida?

Em abstrato, parece estar em causa, à primeira vista, um critério razoavelmente seguro. A dificuldade de pressupor uma prognose póstuma complica a sua aplicação, mas a realização do raciocínio *contrary to the facts* (aqui como em outros locais) não é problema novo para os juristas. Mais delicado é o embaraço suscitado pelo seu próprio modo de ser. É que, muitas vezes, a probabilidade de concretização de certo risco apenas é mais precisamente avaliada após a sua materialização. Assim *v.g.* a probabilidade de um grande e pesado rolo de feno rodar espontaneamente por um declive e esmagar o condutor de um automóvel que circula nas proximidades há de ser encarada *ex ante* como consideravelmente baixa. Aliás, ela somente se tornará normalmente perceptível depois de alguma vez ter sucedido. Ora, quando se coloca, retrospectivamente, a (referida) questão relativa ao grau de risco a considerar, reportar-se-á ela a momento anterior à morte ou ao instante imediatamente posterior? A WTP – e o VSL que nela se fundar – tem, na sua pureza, carácter prospetivo. Será referido, portanto, àquele primeiro momento. Já à responsabilidade civil, contudo, o que importa determinar é se, verificado o acontecimento, o resultado danoso se deve imputar, objetiva e subjetivamente, à ação/inação de alguém.

Para calcular *hedonic damages* – ao menos aqueles que emergem a partir da morte – “from the willingness-to-pay based estimate for the total value of life, we must subtract estimates of the labor component (earnings, fringe benefits, household services) for a statistically unknown person. Further, we must subtract an estimate for the value of preserving financial security, since this too is included in the total life value. The remaining «net» hedonic value may then be divided by the remaining life expectancy of a statistically average person to arrive at a hedonic value per year of life expectancy”. A fórmula é, portanto, a seguinte: “*Statistical Life Value – Future Earnings – Future Fringe Benefits – Future Household Services – Financial Security = Hedonic Damage*”.

§23. *Extensão do VSL à wrongful death.* Não falta, ainda assim, quem sugira a extensão do VSL ao cálculo, com fundamento em responsabilidade civil, da compensação devida a título de *wrongful death*. Com efeito, “numerous economists have attempted to introduce this concept in a variety of jurisdictions, but this approach has generally been rejected because of the mismatch between the value of life concept and the compensatory objective of the damages”.

Suponha-se, por exemplo, a seguinte proposta.

“The tortfeasor should pay the amount that the victim would be willing to pay to avoid the risk that was imposed on him by the tortfeasor’s actions, divided by that risk (R/q). Damages should not be based on lost income; as in the regulatory context, lost income is not a good proxy for the victim’s loss”.

O critério alvitado para determinação do montante assenta, portanto, no recurso à WTP. Como já se entreviu, a respetiva materialização ergue consideráveis dificuldades. Para as superar, propõem-se dois métodos:

i) First, the VSL (or VSLY) used by agencies could be used, with any adjustments necessary to reflect individual factors: the defendant’s risk preference, life expectancy (if VSLY is used), wealth, quality of life, and so forth. Indeed, it is possible that the victim’s own wages will reflect his VSL, if he has a risky job. So long as agencies use a uniform figure, courts might start with the standard \$6 million figure, and then make adjustments as appropriate. If agencies used more refined figures, as we have argued that they should, then courts might begin with those figures instead, and make appropriate adjustments from that amount.

ii) Second, the jury could be asked to determine the hedonic loss. However, the proper jury question is not, «What is the value of the life’s pleasures lost by the victim?» This question is too abstract. A better question would be, «Estimate the amount of money that the victim would have paid to avoid the risk in question». Of course an abstract answer to that question would be unreliable; VSL studies should be used to educate juries about common valuations, so that their own estimates will be informed rather than arbitrary”.

Se o apelo ao VSL procura a objetivação do juízo subjacente à contabilização de danos pessoais, *maxime* do dano da morte, o emprego do primeiro método é quase forçoso. Além de entre nós a figura do júri praticamente não ter expressão, nem se lhe poder dar uso em sede de responsabilidade civil (DL n.º 387-A/87, de 29 de dezembro), sempre restaria a arbitrariedade da pergunta que o tribunal lhe haveria de colocar para precisar a WTP e daquela que certamente haveria de fundar a respetiva resposta. Consista ela nalguma das que se sugerem na transcrição, seja qualquer outra que se possa imaginar.

É certo que as necessidades, contingências e particularidades próprias de cada caso de *wrongful death* deverão acarretar variações em torno do VSL. Mas se este compuser o assento elementar da estimativa e, sobretudo, se for instituído como fasquia mínima, ter-se-á encontrado um modo de reduzir o âmbito da discricionariedade e de obter compensações que revelem maior respeito pela dignidade do lesado.

§24. *VSL: quantificação geral vs quantificação individualizada.* Como há de ser quantificado o VSL? A vida da pessoa idosa valerá mais ou menos do que a vida do jovem? A vida de um trabalhador valerá mais do que a de um desempregado? A vida de uma criança há de ser suscetível de representação por esta via? É verdade v.g. que a esperança de vida se reduz conforme a idade avança. Mas também é certo que com ela cresce o bem-estar, a capacidade económica ou o nível de consumo do sujeito. Estes fatores poderão desconsiderar-se na contabilização de uma eventual compensação fundada em *wrongful death*?

Mediante a WTP, o VSL tem sido abstratamente definido e, sobretudo, calculado. Não é de uso que através dele se dê atenção às circunstâncias do caso. O principal obstáculo à realização da aludida extensão resulta por isso de “no agency treats cancer risks, or mortality risks that produce unusual fear or involve special suffering, as worthy of more concern than other risks. No agency treats young people as worth more than poor people. No agency values the lives of poor people less than the lives of rich people. No agency distinguishes between whites and African-Americans or between men and women. For statistical lives, the governing idea is that each life is worth exactly the same. With respect to cost-benefit analysis, much is disputed. But on the idea of a uniform value per life saved, there is a solid consensus, at least in terms of regulatory practice”.

O VSL, tal como foi originalmente formulado, exprime o valor da vida para efeitos de *prevenção* da morte. Não para computar uma compensação pela sua efetiva perda. Por isso, na sua transposição para o campo da responsabilidade civil, há quem entenda que “expert testimony fails to assist the trier of fact because the economic models that measure lost enjoyment of life only capture the value placed on the life of a statistically average person, and use sources too attenuated to capture a specific individual’s value of enjoying life”.

§25. *VSL: impossibilidade de individuação integral.* Em tese, “each person in society should have a particular VSL for each and every risk, resulting in a fully individuated VSL”. A sua integral individualização é todavia impossível, pois, “first, government lacks the information that would permit the calculation. Regulators do not know how much each person would be willing to pay to reduce each statistical risk; categories are therefore inevitable”. E “second, many regulatory programs involve collective goods and therefore must protect many people at once”. O que não significa que um maior grau de concretização se torne inenquívvel. Seria viável, designadamente, individuar o VSL por cada específico risco de vida: acidente de trabalho (eventualmente por categoria profissional: funcionários de limpeza, motoristas, manipuladores de máquinas, pintores, executivos, empregados de balcão, etc.), SIDA, Alzheimer, cancro (eventualmente por cada espécie: de pulmão, de fígado, de intestino, cerebral, etc.), acidente de viação, doença coronária, etc. Materializada a correlativa WTP, identificar-se-ia o correspondente VSL.

Se alguma vez for possível concretizar o VSL deste modo, não há dúvida

que oferecerá base segura suficiente para computar danos pessoais em geral e, muito particularmente, o dano da morte. O facto de ele compor um critério de avaliação formulado *ex ante* e ter, por isso, carácter abstrato permanece como um obstáculo à sua eficaz transposição para o campo da responsabilidade civil em geral. A concretização do VSL não é, contudo, irrealizável. “For example, it costs approximately \$15.000 to \$20.000 a year to maintain a person in prison. When society chooses not to exclude a criminal but to incur these annual costs, it is implicitly placing a value on the life of the criminal. The costs of maintaining profoundly injured people under minimal health care at institutions for the indigent significantly exceeds the costs of prison. When society chooses to pay these costs to prevent the death of incapacitated people, it is placing a value on life”. Este valor é passível de extrapolação. Acontece é que ele não assenta na WTP.

§26. *Extensão do VSL à wrongful death action: críticas e dificuldades.* O recurso ao VSL através da WTP (que é o método corrente) não permite apreçar a vida de pessoas identificáveis. Sendo ele computado por referência a um ente imaterial, a vida da individualidade humana permanece inestimada. Sob esta perspectiva, o apelo ao VSL apresenta-se ilusório. Efetivamente, “there is a difference between the estimated value of an anonymous person’s life and the value that an individual places on his or her own life”.

Em rigor, a *statistical person* é uma nova, distinta e única entidade. É uma abstração [como *v.g.* a pessoa de normal diligência (artigo 236º, Cód.Civil) ou o bom pai de família (artigos 497º ou 1446º, Cód.Civil)] sem uma verdadeira correspondência com a realidade. É ninguém em particular. “Indeed..., the statistical person is not a person at all, but rather only a collection of risks”. Daí que, segundo os critérios sociais típicos, se em geral se mostra aceitável a morte de uma pessoa quando um programa de prevenção de riscos fatais se apresente demasiado oneroso para ser posto em execução, já, tudo ao contrário, ela se considera intolerável quando *v.g.* alguém dispare uma caçadeira sobre outrem com o propósito de matar ainda que, porventura, o benefício associado à defunção seja capaz de superar os respetivos custos. Este afigura-se ser o principal obstáculo – aparentemente intransponível – a que se sujeita a adaptação do VSL ao campo da responsabilidade civil subjetiva. A *identificabilidade* do indivíduo – ausente na primeira hipótese mas presente na segunda – é a raiz da diferenciação. Basta, para demonstrar este ponto, atentar nas inúmeras situações em que, não obstante a comunidade se ter absterido de despendar antecipadamente qualquer quantia para prevenir a possibilidade de certo acidente se verificar, ela se encontra disponível, todavia, para proceder à salvação *v.g.* de uma pessoa em perigo de vida imediato (devido a um incêndio, a uma derrocada, a um acidente mineiro) ainda que com custos quase incalculáveis. A razão para que assim seja liga-se necessariamente à apontada identificabilidade da vítima. Ela, porém, não explica tudo. Se aquela pessoa chegar a falecer por uma razão

que se possa imputar a uma conduta censurável alheia, é altamente provável que a compensação arbitrada com fundamento em *wrongful death* seja de valor relativamente diminuto e, com certeza, incomparavelmente mais baixa do que o montante correspondente aos referidos custos. E, por outro lado, também é verdade que *v.g.* não é por o mendigo que se apresenta a pedir esmola num semáforo ser claramente reconhecível que ela se lhe dá.

Acrescem, ainda, outros estorvos. A WTP supõe racionalidade económica. Torna-se necessário assumir, por exemplo, “that people accept particular jobs out of free choice, rather than because of external factors. This is a dubious proposition. Diverse barriers-geographic, educational, language and racial, to name but a few-preclude free choice in employment decisions for many groups of people. For example, we cannot say that residents of Appalachian coal mining regions freely choose to be exposed to the risks of coal mining in return for a wage risk-premium. For many, coal mining is the only choice because of their lack of mobility”.

A própria consciência do risco que a WTP pressupõe pode, por seu turno, revelar-se insignificante. As pessoas muitas vezes assumem certo risco não por lhes faltar a vontade de pagar uma pequena quantia para o prevenir, mas simplesmente por crerem que ele jamais se concretizará nelas. Por consequência, qualquer que seja o procedimento a que se recorra para computar a WTP, o referido fator será capaz de condicionar larga e profundamente o respetivo grau de certeza.

A ideia elementar que preside à WTP e o modo como é concebida autorizam serenamente a sua extensão à responsabilidade pelo risco porque esta desempenha, ao lado da função corretiva, uma função dissuasora. Basta atentar no respetivo *modus operandi*: “assume that the defendant’s wrongdoing resulted in the plaintiff being exposed to a 1-in-10,000 risk of injury. This means that one injury identical to the plaintiff’s pain-and-suffering injury would occur on average for every 10,000 times that an individual in the plaintiff’s position was exposed to this risk. To determine what is fair compensation for the pain-and-suffering injury in light of this 1-in-10,000 risk, assume that a reasonable person is given the choice to purchase a safety device that would eliminate only this risk. If the individual purchased the safety device, she would continue to face the risk of suffering other injuries, but the safety device would completely eliminate the 1-in-10,000 risk that this individual would end up with a pain-and-suffering injury as severe as the plaintiff’s injury. In choosing between spending money on this safety device or facing this 1-in-10,000 risk of injury, a reasonable person would compare the cost of eliminating the risk with the cost of the injury that she might suffer if the safety device were not purchased”. Mas, claro, já não se pode afirmar o mesmo para efeitos de responsabilidade subjetiva. Haverá *v.g.* um *safety device* (ou algo semelhante) que a pessoa razoável se possa mostrar disponível para adquirir de maneira a evitar o risco de ser esbofeteada, injuriada ou ferida? Como se determinaria sequer a WTP relativamente ao risco de *v.g.*

alguém morrer por causa de um disparo de caçadeira intencionalmente efetuado por outrem?

É imprescindível acentuar, por último, que “statistical people do not die”. Quando o VSL surja fundado na WTP limita-se, considerando a sua própria formulação, a refletir “risk and not life itself”. Cada indivíduo cuja WTP é questionada revela-se certamente capaz de apreçar certo risco para a vida, mas não ela própria. O que significa, no rigor dos conceitos, que o VSL não exprime o modo como certa comunidade avalia a vida humana mas apenas os termos em que quantifica certos riscos suscetíveis de conduzir à sua perda. De outro modo, aliás, nem se compreenderia a razão pela qual, por exemplo, as diversas agências governamentais dos EUA sempre apuraram, entre si, diferentes VSL’s.

Há, contudo, um ponto que não pode deixar de se levar na devida conta. Se é verdade que o VSL não fornece um valor para a vida individual, a conclusão não implica que a maneira como a comunidade “values an anonymous life is irrelevant to litigation settings”. O VSL, como ponto de referência, consegue, ao menos, fornecer um valor indicativo.

§27. *Valor da vida e human capital approach.* Um outro método proposto para cômputo do valor da vida, igualmente enunciado *ex ante* e relativamente próximo ao que subjaz ao VSL e à correlativa WTP, corresponde ao chamado *human capital approach*. Ele mede-o calculando o custo que a morte de uma pessoa acarreta para a sociedade em termos de produtividade económica. “It equates lost human economic productivity with the loss of goods that would result from the premature destruction of productive physical capital. Specifically, the human capital approach measures the value of human life by the amount of lost future earnings discounted to present value”.

Dada a forma como é construído, este critério não consegue levar em conta os *hedonic damages*. Apenas lhe importa a repercussão que a perda de uma vida pode trazer sobre o rendimento nacional. Em rigor, “this approach measures lost income rather than lost life”. E como o respetivo impacto é diferenciado – pois, embora dependendo do método que se utilize (*v.g.* nível salarial), a relevância de cada indivíduo para a formação do rendimento nacional não é idêntica –, ter-se-ia de admitir, igualmente, que as vidas não valeriam todas o mesmo. O que se afigura inaceitável. E, no limite, *v.g.* os desempregados, os reformados ou as crianças, não teriam uma vida passível de avaliação.

§28. *Dano da morte e limites de indemnização.* Um procedimento mais radical consiste em fixar limites máximos (*caps* ou *ceilings*) de indemnização sempre que estejam em causa danos não patrimoniais. Em especial, quando pressuponham a morte, a dor ou o sofrimento da vítima. Para aqueles que potencialmente nela incorram, oferece a vantagem, para efeitos de dissuasão e para a contratação de seguros de responsabilidade civil, de se poder saber de antemão os valores máximos de indemnização a que se sujeitam. O que é especialmente importante

em matéria de responsabilidade pelo risco, como, de resto, dá eco a própria legislação (v.g. artigo 508º, Cód.Civil). A verdade, porém, é que a essência do problema permanece: a ideia não auxilia a concretização do montante do dano pois, abaixo da fasquia legal, a ela continua a proceder-se arbitrariamente. Por esta mesma razão, por outro lado, a igualdade entre vítimas de danos similares (igualdade horizontal) não é alcançada. E a igualdade entre lesados com distintos danos – mais intensos e comparativamente menos intensos – tende a dissolver-se porque, uma vez que para aqueles não está permitido ultrapassar os tetos máximos, as compensações atribuídas pela verificação dos segundos se acercam daquelas concedidas pela ocorrência dos primeiros.

III. Cômputo do dano da morte: a experiência jurisprudencial portuguesa (STJ)

§29. *Valor da vida na experiência do STJ*. A experiência jurisprudencial portuguesa tem sido no sentido de, na fixação de montantes devidos a título de compensação pelo dano da morte, atender a um número considerável de diretrizes, de forma mais ou menos constante, capazes de auxiliarem o decisor a computar o respetivo montante.

No caso particular do dano da morte, os montantes que ela tem apurado situam-se, antecipa-se, nos antípodas daqueles a que as agências governamentais norte-americanas têm acertado para o VSL. Com efeito, tornou-se uma constante a afirmação segundo a qual se consolidou “na jurisprudência o entendimento de que o dano pela perda do direito à vida – direito absoluto e do qual emergem todos os outros direitos – deve situar-se, com algumas oscilações, entre os € 50.000 e os € 80.000” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/06/2015, Proc. n.º 2567/09.9TBABF.E1.S1; cf., por último, o acórdão do mesmo Tribunal de 29/11/2016, Proc. n.º 820/07.5TBMCN.P1.S1).

Para tanto, entre outros fatores, tem a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça ordenado atender:

- (i) À idade da vítima (cf. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18/06/2015, Proc. n.º 2567/09.9TBABF.E1.S1, ou de 18/12/2013, Proc. n.º 1749/06.0TBSTS.P1.S1).
- (ii) Ao seu estado de saúde (cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31/05/2012, Proc. n.º 14143/07.6TBVNG.P1.S1).
- (iii) Ao respetivo futuro mais ou menos “radioso” (cf. acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 31/01/2012, Proc. n.º 875/05.7TBILH.C1.S1, de 30/10/2008, Proc. n.º 08B2989, ou de 30/10/2008, Proc. n.º 08B2989).
- (iv) Ao seu estado civil (solteiro/casado/divorciado) – assim v.g. “*perfila-se adequado fixar em 60.000 euros a indemnização pelo dano da morte de uma jovem de 19 anos, solteira, sem descendência, saudável, alegre e sociável, boa aluna, estudante do 11º ano que aspirava a tirar um curso superior, tal estando ao seu*”

- alcance, para poder trabalhar e ajudar os pais”* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/10/2008, Proc. n.º 08B2989); ou *“à míngua de outro critério legal, na determinação do concenrente quantum compensatório importa ter em linha de conta, por um lado, a própria vida em si, como bem supremo e base de todos os demais. E, por outro lado, conforme os casos, a vontade e a alegria de viver da vítima, a sua idade, a saúde, o estado civil, os projetos de vida e as concretizações do preenchimento da existência no dia-a-dia, designadamente a sua situação profissional e socioeconómica”* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/07/2009, Proc. n.º 205/07.3GTLRA.C1).
- (v) A ser progenitor, filho, enteado, neto, irmão – assim, por exemplo, *“no que tange às concretas condições pessoais e sociais da vítima, há que reter que o mesmo, à data do sinistro, tinha 41 anos de idade, era casado, tinha uma filha menor, era sócio gerente duma empresa familiar, era saudável, alegre, estimado no seu meio social, e tinha frequentado o ensino superior”* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/05/2012, Proc. n.º 451/06.7GTBRG.G1.S2).
- (vi) À sua ocupação (desempregado, funcionário público, profissional liberal, trabalhador por conta de outrem, estudante) – assim v.g. *“está em causa a morte de uma jovem de 24 anos que, como observa o acórdão recorrido, era «saudável, alegre, comunicativa, trabalhadora, com emprego presumivelmente estável», que «certamente, teria pela frente um longo futuro e possuía, sem dúvida, fortes motivos para viver»”* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/02/2013, Proc. n.º 3557/07.1TVLSB.L1.S1).
- (vii) Às expectativas de vida – assim v.g. *“perfila-se adequado fixar em 60.000 euros a indemnização pelo dano da morte de uma jovem de 19 anos, solteira, sem descendência, saudável, alegre e sociável, boa aluna, estudante do 11º ano que aspirava a tirar um curso superior, tal estando ao seu alcance, para poder trabalhar e ajudar os pais”* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/10/2008, Proc. n.º 08B2989).
- (viii) Ao sucesso profissional, atual ou potencial – assim v.g. *“A falecida D era uma jovem com 15 anos de idade que se dedicava habitualmente a uma atividade desportiva onde havia revelado já méritos destacados e obtido êxitos assinaláveis, com reconhecimento adequado dentro das próprias estruturas oficiais dessa atividade”* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/11/1998, Proc. n.º 98A990); ou *“I – A fixação da indemnização de 8.000.000 de escudos, pelo dano da morte de pessoa com 19 anos de idade, com um brilhante futuro à sua frente na área da economia, não peca por excesso”* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/05/2001, Proc. n.º 01B413); ou ainda *“provando-se que a vítima, na altura do acidente, tinha 51 anos de idade, era um profissional prestigiado e com boa situação económica, socialmente respeitado e disponível... é ajustado fixar o montante da indemnização devida pela supressão do direito à vida em 49.879,79 €”* (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05/06/2008, Proc. n.º 08A1177).
- (ix) À importância do rendimento que aporta à economia familiar – assim, por exemplo, *“na falta de outro critério fiável, sendo o autor estudante à data do acidente,*

- desconhecendo-se quanto é que irá auferir no seu desempenho profissional, teremos que nos ater, como ponto de partida, ao salário mínimo nacional”* (cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/04/2012, Proc. n.º 3046/09.0TBFIG.S1).
- (x) À sua esperança média de vida (cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/04/2012, Proc. n.º 3046/09.0TBFIG.S1) – assim *v.g.* tratando-se “da morte de um jovem adulto, com uma esperança de vida de cerca de 54 anos e um futuro ilimitado à sua frente..., a compensação por danos não patrimoniais, em que se inclui o dano de morte, deve ter um alcance significativo” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/02/2015, Proc. n.º 6301/13.0TBMTS.S1); “deve considerar-se a esperança média de vida ativa, tendo em vista que a vida ativa não cessa no dia em que se deixa de trabalhar por conta alheia” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011, Proc. n.º 549/08.7PVLSB.S1).
- (xi) À “função normal que a vítima desempenha na família e na sociedade, em geral”, e “no papel excecional que desempenhe na sociedade” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/01/2003, Proc. n.º 02P4219).
- (xii) À inserção de Portugal “no espaço político, jurídico, social e económico mais alargado correspondente à União Europeia” (cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/06/2015, Proc. n.º 2567/09.9TBABF.E1.S1).
- (xiii) Ao “maior relevo que vem sendo dado aos direitos de natureza pessoal” (cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/06/2015, Proc. n.º 2567/09.9TBABF.E1.S1).
- (xiv) À “situação económica” do autor do dano e do lesado, nos termos combinados dos artigos 496º, n.º 4 e 494º, Cód.Civil – assim, por exemplo, “Considerando a juventude da vítima, com 27 anos de idade à data do acidente, e o futuro radioso que tinha à sua frente, e atendendo a que não há, no caso, que ponderar a situação económica do lesante, visto que não é o seu património, mas sim o da seguradora, que suportará o pagamento da indemnização, entende-se que é de elevar para € 75.000 a compensação de € 60.000, fixada pela 1.ª instância e mantida pela Relação, pelo dano da morte” (cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31/01/2012, Proc. n.º 875/05.7TBILH.C1.S1). Em sentido idêntico o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/06/2010, Proc. n.º 562/08.4GBMTS.P1.S1).
- (xv) Às “circunstâncias do caso”, ainda por força da conjugação entre os artigos 496º, n.º 4 e 494º, Cód.Civil, nelas “incluindo a desvalorização da moeda” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/02/2011, Proc. n.º 395/03.4GTSTB.L1.S1) – assim *v.g.* “A apreciação da gravidade do dano tem de se assentar no circunstancialismo concreto envolvente” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/05/2012, Proc. n.º 451/06.7GTBRG.G1.S2), o que significa *v.g.* que “os tribunais não estão vinculados, na fixação equitativa dos montantes indemnizatórios a atribuir aos lesados em acidentes de viação, à aplicação das tabelas plasmadas na Portaria n.º 377/2008, de 26 de Maio, alterada pela Portaria n.º 679/2000, de 25 de Junho, estas estabelecendo padrões mínimos, a cumprir pelas seguradoras, na apresentação a tais lesados de propostas sérias e

- razoáveis de regularização dos sinistros, indemnizando o dano corporal” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/01/2014, Proc. n.º 1269/06.2TBBCL.G1.S1), além de que a referida Portaria “tem um âmbito institucional específico de aplicação, extrajudicial, e, por outro lado, pela sua natureza, não revoga nem derroga lei ou decreto-lei, situando-se em hierarquia inferior, pelo que o critério legal necessário e fundamental, em termos judiciais, é o definido pelo CC” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/2009, Proc. n.º 09P0611).
- (xvi) Às “exigências do princípio da igualdade” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31/05/2012, Proc. n.º 14143/07.6TBVNG.P1.S1) – assim v.g. “o facto de a indemnização pela perda do direito à vida ser fixada em valor sensivelmente igual em todos os casos porque está em causa o dano da perda de vida, valor idêntico para cada ser humano, não significa que o tribunal não possa excluir dessa indemnização o titular provando-se que não existiam laços de afeto de espécie alguma entre ele e a vítima” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/04/2015, Proc. n.º 1380/13.3T2AVR.C1.S1). Igualmente, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/07/2009, Proc. n.º 1541/06.1TBSTS.S1: “Sendo a vida um valor absoluto, o seu valor ficcionado não depende da idade, condição sociocultural ou estado de saúde da vítima”.
- (xvii) À equidade a título de “justiça em concreto ou do caso concreto que o n.º 3 do art.º 496 do C.Civil impõe” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/10/2002, Proc. n.º 02B2721) e que não se deve confundir “com a mera arbitrariedade ou com a entrega da solução a critérios assentes no puro subjetivismo do julgador, devendo aquela traduzir a «justiça do caso concreto, flexível, humana, independente de critérios normativos fixados na lei», devendo o julgador «ter em conta as regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas e da criteriosa ponderação das realidades da vida»” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/11/2013, Proc. n.º 177/11.0TBPCR.S1).
- (xviii) À morte como “prejuízo supremo, que absorve todos os outros prejuízos não patrimoniais, pelo que o montante da sua indemnização deve ser superior à soma de todos os outros danos imagináveis” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/10/2010, Proc. n.º 488/07.9GBLSA.C1.S1). Cf., todavia, sobretudo levando em conta os limites enunciados pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça para o dano da morte – “entre os € 50.000 e os € 80.000” –, o acórdão do mesmo tribunal de 02/03/2011, Proc. n.º 1639/03.8TBBNV.L1 segundo o qual “É justo atribuir uma indemnização de € 400.000 por danos morais à lesada que, com 19 anos de idade, por força do embate de uma árvore na viatura onde seguia, ficou com diversas e muito graves lesões, de entre as quais se salienta a fratura de vértebras, com instalação irreversível de tetraplegia, sofrendo de diminuição acentuada da função respiratória e de incapacidade funcional permanente de 95%, com incapacidade total e permanente para o trabalho; a partir da data do sinistro e durante cerca de um ano, foi alimentada através de um tubo gástrico introduzido pelas narinas e, na sequência de gastrotomia a que teve de ser submetida em resultado de uma fistula esofágica alta que sobreveio a

uma intervenção cirúrgica, alimentada através de uma sonda introduzida no corte cirúrgico, na zona do estômago; foi submetida a várias intervenções cirúrgicas e ficou com múltiplas e extensas cicatrizes deformantes; as lesões sofridas, os seus tratamentos e suas sequelas provocaram dores lancinantes; desloca-se em cadeira de rodas e necessita de assistência permanente de pessoa nos atos da vida diária, sendo que, para certos atos (tais como, tomar banho e defecar) carece da ajuda de mais uma pessoa; perdeu todos os movimentos e sensibilidade do pescoço para baixo (com exceção dos ombros), designadamente nos órgãos sexuais, nos esfíncteres, no ânus, no reto, nos intestinos, no estômago, no aparelho urinário, no respiratório e nos membros inferiores e superiores; corre o risco sério de vir a sofrer graves lesões renais; tem a sua expectativa de vida encurtada; não pode ter relações sexuais, nem prazer sexual, nem procriar; vive em permanente estado de amargura, desespero e angústia, inconformada com a sua situação e perdeu a vontade de viver e muitas vezes tem pedido que lhe ponham termo à vida". A justificação para esta solução parece encontrar-se na seguinte ideia: "Não temos como certa a limitação, no domínio do direito não patrimonial, do quantum indemnizatório ao fixado para o dano da morte, porque em certos casos, sobretudo naqueles em que o lesado está condenado a permanecer numa situação irreversível enquanto for vivo, em estágio vegetativo, totalmente dependente de terceiros, em sofrimento permanente, tanto para si como para familiares, sem expectativa de recuperação, manda a justa avaliação das coisas, um justo critério de bom senso e de perceção da realidade, que serve de padrão, de guia no recurso à equidade para fixação do dano não patrimonial, que possa exceder-se esse quantitativo, em nome de uma justa e adequada tutela da integridade física e moral" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/06/2009, Proc. n.º 81/04.8PBBGC.S1).

Em contrapartida, como limites ou como fatores atenuantes da compensação devida pela perda da vida cabe:

- (i) *"Ser deduzida a importância que a vítima gastava consigo mesmo (cerca de 1/3 por regra, mas podendo ser menor)" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011, Proc. n.º 549/08.7PVLSB.S1).*
- (ii) *Considerar "a circunstância de a indemnização ser recebida de uma vez só, o que permite utilizá-la de imediato, fazendo frutificá-la em termos financeiros, sob pena de enriquecimento sem causa" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/12/2011, Proc. n.º 549/08.7PVLSB.S1).*
- (iii) *Atender ao "grau de culpabilidade do agente", nos termos conjugados dos artigos 496º, n.º 4 e 494º, Cód.Civil (cf. v.g., entre outros inúmeros e incontáveis, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/02/2011, Proc. n.º 395/03.4GTSTB.L1.S1).*
- (iv) *Levar em conta a evolução da jurisprudência do STJ "no sentido de considerar que a indemnização em causa deve constituir um lenitivo para os danos suportados e não ser orientada por critérios hoje considerados miserabilistas" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/06/2015, Proc. n.º*

2567/09.9TBABF.E1.S1; cf. igualmente o acórdão do mesmo Tribunal de 28/11/2013, Proc. n.º 177/11.0TBPCR.S1) – assim v.g. “a compensação por danos não patrimoniais, em que se inclui o dano de morte, deve ter um alcance significativo, como acontece com a fixação da correspondente compensação pela supressão do direito à vida de um jovem adulto de 31 anos, em € 70.000,00, e não, meramente, simbólico” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/02/2015, Proc. n.º 6301/13.0TBMTS.S1).

§30. *Valor da vida: capacidade económica do autor do dano.* O manuseio e, particularmente, a sincronização de todos estes *standards* que seja capaz de se concretizar num único e exato valor pecuniário afigura-se tarefa hercúlea. E arbitrária, a menos que existam pesos relativos precisos (proporções) que a cada qual caibam (o que se desconhece). E ainda, por fim, incoerente em muitas das suas materializações.

O critério que manda atender à capacidade patrimonial do autor do dano para fixar a indemnização devida pela *wrongful death* somente se pode aceitar assumindo que a ela cabe atribuir (também) uma finalidade punitiva. Aí, a intensidade da sanção depende efetivamente, por definição, do custo (do esforço) que o seu cumprimento represente para o infrator. A fixação do montante compensatório em v.g. € 60.000 adquire um significado para o agente que tenha um rendimento mensal de € 500 e outro inteiramente distinto para aquele que esteja no patamar dos € 15.000. Quando, todavia, o tribunal decida atender a este critério põe-se em contradição com outro: o do mesmo valor que a vida humana há de ter independentemente da pessoa do seu titular (princípio da igualdade). E de facto, em última análise, pergunta-se: por que razão há de (casualmente) o valor da vida do lesado variar em função da riqueza material patenteada pelo autor do dano (ou pela pessoa por ele responsável)? O valor da vida não pode cambiar em função do estatuto patrimonial do autor do dano. Caso contrário, dever-se-á admitir que ele se torna dependente da maior ou da menor fortuna do lesado (em ser vítima de um agente abastado ou de um desventurado). O que claramente carece de sentido.

O que fica dito vale igualmente para os casos em que se pondera a culpabilidade do autor do dano. Se *grosso modo* o seu dolo ou a sua negligência possuírem relevância para fixar o valor da vida do defunto, este torna-se dependente de condições que em nada mantêm relação com a sua pessoa. O mesmo se, em geral, através da fórmula “demais circunstâncias do caso” se estiver a remeter para contextos desligados da sua conjuntura individual.

§31. *Valor da vida: miserabilismo e enriquecimento ilegítimo.* A fasquia do miserabilismo afigura-se igualmente de custosa materialização. Admitindo que ela se situa nos € 50.000, cabe concluir que a vida humana equivale, do ponto de vista económico, v.g. a um automóvel de gama média/alta. Tendo em conta que na sociedade em que nos inserimos, um carro é um puro bem de consumo,

equiparável a outro qualquer *gadget*, poderá realisticamente entender-se que o aludido montante supera a meta do miserabilismo?

Será possível, eventualmente, esgrimir-se com o argumento da fraca capacidade económica dos portugueses, a qual, em geral, não autorizará uma acentuada subida da fasquia. Mas se muitos cidadãos estão disponíveis *v.g.* para o sacrifício e para os riscos da emigração para locais distantes e tantas vezes perigosos com o propósito de adquirirem uma casa ou um automóvel, será excessivo pretender que igualmente se disponibilizem para ele tendo em vista a realização do pagamento de uma compensação devida àquele por cuja morte são responsáveis?

Conjeturar, por outro lado, o enriquecimento sem causa como um eventual efeito emergente da concessão de compensação pelo dano da morte afigura-se um despropósito. Conferir (no máximo) € 80.000 como contrapartida pela perda da vida poderá, em algum caso, traduzir uma espécie de aproveitamento *ilegítimo*? E o enriquecido será quem? O defunto?

§32. *Valor da vida: alcance do disposto no artigo 494º CC.* Sob pena de se desvirtuar ou subverter o que se preceitua no artigo 494º do Cód.Civil – diretamente ou aplicado através da remissão operada pelo seu artigo 496º –, a orientação nele inscrita não pode entender-se como uma regra. Tudo ao contrário, daí só pode extrair-se contra o julgador uma exigência de grande comedimento no seu emprego dado que se trata:

- (i) primeiro, de uma permissão a que, como tal, o tribunal pode ou não dar uso;
- (ii) segundo, de uma faculdade de carácter excecional², pois, caso contrário,

² Acórdão da Relação de Coimbra de 03/07/1984, R. 13.356, Col. de Jur., 1984, 4, 38: “IV – A indemnização em montante inferior ao valor dos danos, nos termos do artigo 494º do Código Civil, apenas deve funcionar quando, dado o volume daqueles, a reparação que os cobrisse integralmente fosse claramente injusta em face da pequena culpa do lesante, da disparidade de condições económicas, etc.”. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29/11/2005, Proc. n.º 05B3678: “1. Quem no seu interesse de qualquer natureza organiza um evento desportivo a que o público assista obriga-se a garantir-lhes a segurança por via de adequadas medidas de precaução. 2. O facto de os regulamentos da modalidade desportiva de hóquei em patins não exigirem a colocação de redes de proteção fora da zona de enfiamento das balizas não dispensa o organizador do evento desportivo de tomar as precauções necessárias para evitar que as bolas movimentadas no ring pelos jogadores atinjam as pessoas nas bancadas. 3. Com idênticos efeitos jurídicos, o caso fortuito é caracterizado como o evento não previsível, mas evitável se tivesse sido previsto, e o caso de força como não previsível e inevitável se previsto tivesse sido. 4. O facto de uma bola – com 155 gramas e circunferência de 23 centímetros – impulsionada pelo stick de um jogador na direção da baliza adversária haver embatido na trave ou no poste e tomado a direção de uma bancada e atingido lá uma pessoa não é caso fortuito porque a lesão podia ter sido evitada pela existência no respetivo enfiamento de meios materiais adequados de barragem. 5. O clube organizador do evento desportivo e responsável pelo funcionamento do pavilhão de jogos é obrigado a indemnizar a pessoa lesada nos termos gerais da responsabilidade civil. 6. Não obstante a culpa leve dos seus titulares, não provada a carência económica que invocou no recurso, à luz do artigo 494º do Código Civil, queda injustificada a redução do montante indemnizatório apurado em proporção superior a três quintos. 7. Confirmada pela Relação a sentença onde consta, por declaração expressa, ter a indemnização sido fixada por referência à data da citação do réu, e tendo em conta o acórdão de fixação de jurisprudência n.º 4/2002,

- a responsabilidade civil não conseguiria cumprir a sua função corretiva sempre que a conduta lesiva revestisse carácter negligente;
- (iii) terceiro, de uma decisão a ser tomada no pressuposto de a correspondente solicitação e comprovação ter sido promovida pelo autor do dano;
- (iv) quarto, de um poder cujo exercício assenta principalmente sobre o confronto de sacrifícios, dependente da demonstração da reduzida implicação que o dano tem na esfera jurídica do lesado por comparação com as fortes consequências que a execução da obrigação de indemnizar trará sobre o património do lesante.

Sendo o argumento literal de pouca valia, note-se, ainda assim, que a prescrição contida no artigo 494º do Cód.Civil somente entrará em marcha “quando a responsabilidade se fundar na mera culpa”. Ora, tendo esta locução um sentido unívoco na cultura jurídica nacional – aí equivalendo a negligência –, ele não pode ser lido como se estivesse simplesmente a conceder ao tribunal o poder de, em qualquer caso, graduar (entre o polo da negligência inconsciente e o do dolo direto) a compensação devida em atenção ao juízo de culpa que o agente mereça. À responsabilidade civil cabe a missão de repor o lesado no estado em que ele se encontraria caso o evento lesivo não houvesse ocorrido. Esta é a regra. Não há, em geral, lugar para amenizações fundadas apenas *v.g.* na falta de intenção maligna. Quantas vezes o descuido é tão grosseiro que iguala o dolo. Por isso, só extraordinariamente³, se as condições ali identificadas estiverem preenchidas, o tribunal terá legitimidade para, a requerimento do obrigado à indemnização, o condenar em montante inferior àquele que corresponder ao dano efetivamente causado. A *mera culpa* é unicamente uma delas.

A atribuir algum significado, para este efeito, à separação entre conduta negligente e conduta dolosa, ele dever-se-á tirar no sentido exatamente oposto àquele que a jurisprudência dominante parece buscar. Não é à ação/inacção negligente que normalmente importa atender, salvo no caso excecional do artigo 494º do Cód.Civil, para atenuar a compensação devida. Ao invés, é a intensidade dolosa do comportamento do agente que cabe considerar para produzir o respetivo agravamento. A “*extreme and outrageous conduct*”⁴ – a atuação

de 9 de maio, inexistente fundamento legal para fixar o início da contagem dos juros moratórios no momento do encerramento da decisão da matéria de facto ou da sentença”.

³ “I – É função da obrigação de indemnizar a remoção de todo o dano real à custa do lesante, só assim reconstituindo, nos termos do art.º 562.º do CC, a situação que não existiria se não fosse o evento obrigando à indemnização, obrigação que só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão – art.º 563.º do CC. II – Por danos patrimoniais ou não patrimoniais, só excecionalmente pode a indemnização ser fixada equitativamente em valor inferior ao correspondente aos danos, limitando-os, se, fundada em mera culpa, as circunstâncias do caso o justificarem, em especial o grau de culpa do lesante e a condição económica daquele e lesado o justificarem, sendo o caso em que, com culpa mínima se causou um elevado dano, insuportável para o lesante, já o não sendo para o lesado – art.º 494.º do CC” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/10/2010, Proc. n.º 488/07.9GBLSA.C1.S1).

⁴ Kenneth Cole, *Nature and Origin of Punitive Damages*, Punitive Damages and Business Torts, Section of Antitrust Law, American Bar Association, pág. 1.

manifestamente censurável – justifica que, em tal caso, a retribuição alcance carácter punitivo e sofra, por isso, um acentuado incremento.

§33. *Montante da compensação: morte vs outros danos pessoais.* Se a morte é o “prejuízo supremo” deve rejeitar-se, em geral, que as compensações devidas pela geração de outros danos pessoais ultrapassem, na fixação do seu montante, aquelas que se concedem pelo dano da morte. Caso contrário, a ordem de valores inverter-se-á, relegando para lugar secundário a dignidade e o direito à vida. Excepcionalmente, quando aqueles forem muito graves, será de admitir solução inversa. Jamais, porém, quando os montantes envolvidos se mostrem profundamente díspares, como sucedeu no caso decidido pelo citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02/03/2011, Proc. n.º 1639/03.8 TBBNV.L1 em que se considerou “*justo atribuir uma indemnização de € 400.000 por danos morais*”. Não é que, para a referida hipótese, aquela quantia se revele excessiva. O limite máximo geral que a jurisprudência usualmente adota para o dano da morte – € 80.000 – é que se mostra claramente exíguo e até, por comparação, uma afronta à dignidade.

§34. *Valor da vida: discricionariedade vs arbitrariedade.* Tecnicamente, cláusula geral e conceito indeterminado não são locuções com significado idêntico, embora se relacionem de modo íntimo. “Por *conceito indeterminado* entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”⁵. Estes conceitos podem ser descritivos ou normativos. São da segunda espécie quando a sua aplicação dependa de uma *valoração*⁶. Ora, ao invés do que, por definição, sucede com a cláusula geral, o conceito indeterminado normativo não está necessariamente dotado da generalidade que caracteriza aquela. “Característico da cláusula geral é a sua maior abertura, que alarga o seu campo de aplicação, deixando bastante indefinidos os casos a que virá a aplicar-se”⁷.

A uma e a outro acresce o chamado *conceito discricionário* – que pode igualmente fazer apelo, para se manifestar, a conceitos indeterminados ou a cláusulas gerais –, cujo principal atributo reside na “«autonomia» da valoração pessoal”⁸. Os conceitos discricionários são, por regra, estruturalmente formulados “como indeterminados e normativos (p. ex., «interesse público», «equidade», «dureza»)”⁹. Decisivo, porém, é que “a convicção pessoal (particularmente, a

⁵ Karl English, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. de *Einführung in das Juristische Denken* por João Baptista Machado, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 208.

⁶ Karl English, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. de *Einführung in das Juristische Denken* por João Baptista Machado, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 213.

⁷ Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 116.

⁸ Karl English, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. de *Einführung in das Juristische Denken* por João Baptista Machado, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 214.

⁹ Karl English, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. de *Einführung in das Juristische Denken* por João Baptista Machado, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 225.

valoração) de quem seja chamado a decidir” se torna “elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo «espaço de jogo» será havida como sendo a melhor e a «justa»”¹⁰.

Importa sobretudo vincar que, por intermédio da outorga de discricionariedade, é “a coloração pessoal das valorações materiais e da decisão da vontade” que vale e vigora¹¹. Por isso, quando, por razões de oportunidade ou de conveniência seja acolhida por lei – como justamente sucede na hipótese do artigo 496º do Cód.Civil –, afigura-se inegável que ela representa, com frequência, um eufemismo para a arbitrariedade¹². Não é, portanto, que uma e outra se oponham. Diversamente, entre a primeira e a segunda, medeia uma simples diferença de grau. A sua separação apresenta-se não como dicotómica, mas antes como gradativa (embora a linha que as interliga não se mostre plana, mas seja antes uma *slippery slope*). Por isso é que, por exemplo, “*salvo caso de manifesto arbítrio na fixação da indemnização, o STJ não pode sobrepor-se ao Tribunal da Relação na apreciação do quantum indemnizatório por esta julgado equitativo*” (acórdão do supremo Tribunal de Justiça de 07/07/2009, Proc. n.º 1145/05.6TAMAI.C1)¹³.

A arbitrariedade identifica-se, com rigor suficiente, através da *irrazoabilidade*. “The ideas of the reasonable and the unreasonable... provide a framework in which any legal authority has to function. What is unreasonable is always unacceptable in law. (...)”

Every time any legal institution gives to an authority a certain power, even a discretionary power, it is presupposed that this power will not be exercised in an unreasonable manner. (...)

The unreasonable is the limit that any legal exercise of power cannot transgress: the power that is given implies a possible choice between different eventualities, but only up to a certain limit; in cases of trespass, the unreasonable use of legal authority will be censured”¹⁴.

Todos aqueles elementos que acima se apontaram como capazes de condicionar, segundo a jurisprudência, a fixação do objeto da obrigação de indemnizar são, em si, razoáveis. Já a sua ponderação não se afigura sequer inteligível, dado que não se individualiza ou demonstra o respetivo peso relativo

¹⁰ Karl English, Introdução ao Pensamento Jurídico, trad. port. de Einführung in das Juristische Denken por João Baptista Machado, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, págs. 227/228.

¹¹ Karl English, Introdução ao Pensamento Jurídico, trad. port. de Einführung in das Juristische Denken por João Baptista Machado, 6ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, pág. 249.

¹² De resto, na generalidade dos dicionários da língua portuguesa, “discricionário” e “arbitrário” são locuções que valem como sinónimos.

¹³ Não falta, porém, quem declare que a equidade – ao menos aquela para que remete o disposto no artigo 496º do Cód.Civil – “não é, obviamente, um qualquer exercício de discricionariedade, mas antes a procura de uma forma superior de justiça, da mais justa das soluções” (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/04/2005, Proc. n.º 04B2431). Terá o tribunal tomado discricionariedade como sinónimo de arbitrariedade?

¹⁴ Chaïm Perelman, The Rational and the Reasonable, Philosophic Exchange, vol. 10, n.º 1, 1979, pág. 32.

nem o modo como internamente se ajustam. Apenas a existência de uma certa uniformidade na fixação dos montantes devidos a título de dano da morte – entre € 50.000 e € 80.000, como se disse – impede que as decisões que os têm estabelecido se tenham por inteiramente arbitrárias. Mas os próprios limites (máximo e mínimo) a que se chegou representam, em si, uma arbitrariedade.

IV. Cômputo do dano da morte: estimativa médica

§35. *Valor da vida: escala de danos pessoais.* A teoria dos *hedonic damages* tem vindo paulatinamente a desenvolver uma escala, fundada em avaliações de ordem psicológica, que supõe a divisão do desaparecimento dos prazeres da vida provocada pela perda da vida ou por outros danos pessoais em quatro áreas principais: *Practical Functioning*, *Emotional/Psychological Functioning*, *Social Functioning* e *Occupational Functioning*¹⁵. A graduação vai de *minimal* (1-17%) até *catastrophic* (83-100%), passando por *mild* (17-33%), *moderate* (33-50%), *severe* (50-67%) e *extreme* (67-83%)¹⁶.

Não parece, contudo, que o problema de fundo se consiga solucionar inteiramente deste modo. Mesmo recorrendo a um método de pendor aparentemente mais objetivo, alguma arbitrariedade permanece. Com efeito: (i) Por quê estes seis graus? (ii) Que razões justificam a integração da lesão produzida *v.g.* na classe *severe* ou na classe *catastrophic*? (iii) Qual a razão para que cada uma das classes se situe nos referidos intervalos e não em outros?

Cabe reconhecer em sentido oposto, porém, que o recurso a este critério permite, primeiro, a sua ampliação sem reservas à responsabilidade subjetiva, o que não é normalmente autorizado mediante o apelo ao VSL e à WTP. E, segundo, embora a respetiva ossatura se encontre predefinida *ex ante* é adaptável à configuração do caso e é capaz, portanto, de atender às suas especificidades. E se os tribunais encontram motivos para recorrer a peritos tendo em vista os mais diversos propósitos, que razão haverá para que, no que toca a lesões à personalidade, assim não seja¹⁷?

¹⁵ Edward P. Berla – Michael L. Brookshire – Stan V. Smith, *Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach*, *Journal of Forensic Economics* 3, 1990, pág. 2. Cf., igualmente, David E. DePianto, *Tort Damages and the (Misunderstood) Money-Happiness Connection*, *Arizona State Law Journal*, vol. 44, 2012, págs. 1405 a 1419.

¹⁶ Edward P. Berla – Michael L. Brookshire – Stan V. Smith, *Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach*, *Journal of Forensic Economics* 3, 1990, pág. 3.

¹⁷ O julgamento das lesões à personalidade integra “matéria profundamente subjetiva que os tribunais têm dificuldade em aferir. Em geral, recorrem à apreciação dos comportamentos lesivos, da sensibilidade das vítimas, das circunstâncias do caso e da experiência e prudência do julgador.

As decisões acabam, invariavelmente, por ser acusadas de subjetivismo, de emocionalidade e perdem muito do carácter convincente que, embora não seja em rigor necessário, não deixa de ser sempre desejável.

E, no entanto, tal não constitui uma fatalidade.

A psiquiatria permite o diagnóstico da «dor de alma», do sofrimento moral, das lesões

§36. *Danos corporais: influência do «guide barème».* Mediante uma referência explícita, o Decreto-Lei n.º 352/2007 de 23 de outubro, que aprova a Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais bem como a Tabela Indicativa para a Avaliação da Incapacidade em Direito Civil, inspirou-se no «**Guide barème européen d'évaluation des atteintes à l'intégrité physique e psychique**». Na sequência deste último, diz-se aí que “de acordo com esta nova tabela, a avaliação da incapacidade basear-se-á em observações médicas precisas e especializadas, dotadas do necessário senso clínico e de uma perspetiva global e integrada, fazendo jus à merecida reputação que Portugal tem tido na avaliação do dano corporal.

Com a adoção desta nova tabela visa-se igualmente uma maior precisão jurídica e a salvaguarda da garantia de igualdade dos cidadãos perante a lei, no respeito do princípio de que devem ter avaliação idêntica as sequelas que, sendo idênticas, se repercutem de forma similar nas atividades da vida diária”.

Por força do que se estabelece no n.º 3 do artigo 2º do referido diploma, “a incapacidade permanente do lesado para efeitos de reparação civil do dano é calculada por médicos especialistas em medicina legal ou por especialistas noutras áreas com competência específica no âmbito da avaliação médico-legal do dano corporal no domínio do direito civil e das respetivas regras”.

Em qualquer caso, todavia, não se encontram critérios para valorizar a vida. A explicação é simples: na generalidade dos Estados da União Europeia, a morte causada pela conduta de outrem não é havida como um dano, não dando origem, por conseguinte, à competente obrigação de ressarcir. Além disso, o aludido Decreto-Lei, tal como o «barème», são um simples “guide, sans caractère impératif”. Está em causa uma “tabela médica com valor indicativo”.

Por seu turno, relativamente a acidentes de viação, a Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio, alterada pela Portaria n.º 679/2009 de 25 de junho, mantém uma orientação similar, ainda que incomparavelmente menos minuciosa. Mas, ao invés, já se fixam “critérios e valores orientadores para efeitos de apresentação aos lesados por acidente automóvel, de proposta razoável para indemnização do dano” da morte. Diz-se expressamente, aliás, no artigo 2º daquele primeiro diploma que “são indemnizáveis, em caso de morte: a) A violação do direito à vida”. De acordo com as modificações introduzidas através do segundo, a compensação devida pela perda da vida ascenderá, no máximo, a € 61.560,00¹⁸.

psicológicas causadas por humilhações, pelo medo, pela sensação de desprezo, próprio ou alheio, pela sensação de rejeição, pela necessidade, por vezes compulsiva, de autojustificação, etc. Os psiquiatras conseguem fazer diagnósticos muito apurados, quer das lesões, quer das suas causas, quer ainda da sua gravidade.

(...) Não existe, no foro, o costume de recorrer a perícias psiquiátricas para a prova do sofrimento moral, da «dor de alma». No entanto, elas são possíveis e são desejáveis na determinação dos danos morais” (Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 152).

¹⁸ Para obter um termo comparativo tendo em vista o mesmo efeito cf., na legislação espanhola, a Tabla I do Anejo ao Real Decreto Legislativo 8/2004. Embora ela se mostre mais detalhada, o

De qualquer modo, não se trata de adotar o VSL na medida em que não está em causa o valor de uma vida para efeitos estatísticos. Diferentemente, é a vida da pessoa concretamente lesada a que se atende. Ainda assim, tiraram-se ilações que muitos igualmente extraem a partir da instituição do VSL: designadamente que “the value of a statistical life... peak at birth and decline steadily thereafter”¹⁹.

Por fim, ainda a título exemplificativo, a Lei n.º 10/2016 de 4 de abril, veio estabelecer o direito a uma compensação por morte emergente de doença profissional dos trabalhadores da Empresa Nacional de Urânio. Nos termos do seu artigo 3º, ela atingirá, no máximo, os € 50.000,00.

Um ponto evidencia-se: em matéria tão melindrosa, delicada e escorregadia, rigor e precisão são imprescindíveis. É a estas necessidades que tenta dar resposta a legislação citada.

§37. *Estimação do valor da vida: recurso a perito.* O apelo ao método que remete a avaliação da vida para o juízo do perito médico suscita uma hesitação adicional. Como a “prova pericial tem por fim a perceção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem” (artigo 388º, Cód.Civil), a pergunta que a convocação de especialistas pode trazer no que tange à mensuração dos *hedonic damages* situa-se neste ponto: a respetiva apreciação envolve a interposição de conhecimentos peculiares de que o tribunal não se encontra geralmente dotado?

Em *Sherrod vs Berry* [629 F. Supp. 159 (1985)] – caso em que o falecimento do *plaintiff* se deveu ao disparo intencional de um polícia (o *defendant*) que alegadamente o teria divisado empunhando uma arma quando, na realidade, não se demonstrou que ele a portasse²⁰ – discutiu-se a legitimidade da prova

valor máximo corresponde praticamente ao dobro daquele que resulta da aplicação da Portaria n.º 377/2008 de 26 de maio.

¹⁹ Joseph E. Aldy – W. Kip Viscusi, *Age Variations in Workers’ Value of Statistical Life*, Discussion Paper n.º 468, 03/2004, Harvard Law School, pág. 2.

²⁰ “On December 8, 1979, Ronald Sherrod was 19 years old. He lived in Joliet, Illinois, with his father, Lucien, and worked as a mechanic in a family-owned auto repair shop that did business as Sherrod’s Auto Repair. He had an older brother, Tyrone, who also worked in the auto shop. Ronald had gone as far as the senior year at Joliet Central High School. He was not known to the police; he had never been arrested for, or charged with, a crime.

The Sherrods are Negroes. When Ronald was 12 years old, his mother died; and his father married his present wife, Sandra, a Caucasian woman. She, as a stepmother, took over the task of rearing Ronald and guiding him through school. Whenever she spoke of him, as she did in her testimony in this case, she called him «my son». Ronald was close to his father and to other members of his family; they all considered him a kind, loving, and companionable youth who enjoyed life.

Lucien Sherrod had plans for his future which involved Ronald and his brother, Tyrone. In August 1979, he spoke about their taking over the family garage business and running it. They informally agreed that Tyrone and Ronald would remain in Joliet, work in the garage, take care of expenses from gross income, and pay their father 50 percent of the net profits for his interest in the auto shop property and business. It was agreed that the turnover would take place early the next year, January 1980, and that Lucien, Sandra, and the younger members of the family would move to

produzida e apreciada através do depoimento de um perito (o economista Stanley Smith). O tribunal onde a ação cível foi julgada acabou por aceitá-la e sobre ela alicerçar a essência da sua decisão. "(...) The testimony of Stanley Smith as an expert in economics enabled the jury to perform its function in determining the proper measure of damages in this case. This court's ruling allowing him to testify concerning «the hedonic value of life» was not error".

É verdade que, em última análise, se toda a matéria probatória pudesse ser objeto de laudo pericial, o princípio da sua livre apreciação e, portanto, a própria independência judicial ficaria posta em crise. Mesmo sendo a força probatória das respostas dos peritos autonomamente fixada pelo tribunal (artigo 389º, Cód. Civil), o recurso generalizado a peritos torna-se por isso inaceitável.

No que especificamente tange ao dano da morte, indubitável é que qualquer tribunal se encontra habilitado para perceber o que qualitativamente significa o decesso de uma pessoa. Para a vítima e para os demais. É uma apreciação que o ser humano consegue por si só, independentemente de especiais conhecimentos técnicos ou científicos. Quantificá-la, porém, é tarefa que nitidamente só pode ser executada por profissionais categorizados. Aliás, numa sociedade altamente especializada e com um alto grau de divisão de tarefas entre os seus membros, até se afigura quase caricato que um não perito se possa pronunciar sobre tal matéria. Desejável é, portanto, que o tribunal, quando entenda dever arbitrar compensação

Savanna, Illinois, a rural community northwest of Joliet where the Sherrods owned a home. As a boy growing up, Ronald had been there with his father on hunting and fishing trips.

At the trial, in order to prove the damages he suffered from the death of his son, Lucien Sherrod called as an expert witness, Stanley Smith, an economist, holder of a master's degree in economics from the University of Chicago. Defendants did not question Smith's qualifications; instead, they filed a motion in limine asking that his testimony concerning the hedonic value of life be excluded from the jury on the ground that it was speculative. The motion was denied, this court ruling that such testimony was not speculative; that it was relevant and material and would aid the jury in determining the proper amount of damages in the event it found in favor of the plaintiff.

Accordingly, Smith, after explaining what he did and the information he used, testified to the amount of loss Lucien Sherrod suffered when he was deprived of his son's association and companionship. Smith described and explained how he had calculated the economic loss which Ronald Sherrod's estate incurred from his death. Smith told the jury the basis of his opinions, and the economic theories which supported his conclusions.

Apart from his testimony concerning the economic value of life, he gave the jury some «insight into the guidelines that economists use in looking at how society values what we call the hedonic aspect, the hedonic value of life, separate from economic productive value of an individual». He said there had been studies by economists which «indicate that a human life has value separate from the economic productive value that a human being would have». Of course, Smith said, the economic aspect of life valuation presents what may appear to be imponderable difficulties in those cases when the individual, because of infancy, old age, or physical incapacity, has no measurable economic productivity. These difficulties, however, did not apply to the case before the jury because Ronald Sherrod was gainfully employed up to the day he was killed by Berry.

Smith told the jury that in the last ten years' economic literature showed some 15 studies «with respect to the value of life». There «was a study by Blomquist here in Illinois» which in turn considered all the other studies and found that there was a relationship somewhere in the dimension of three times up to 30 times their economic productive income. Smith expressed agreement with Blomquist's conclusions, considering him an authoritative source of knowledge on the subject of the hedonic value of life".

pelo dano da morte, se louve em relatório pericial que lhe estime o montante, limitando-se o órgão jurisdicional a controlar a justeza do seu resultado.

V. *Wrongful death*, eutanásia e suicídio assistido

§38. *Respeito pela dignidade e termo artificial da vida.* A questão da morte a pedido da vítima ocasiona a colisão entre si de, pelo menos, dois valores: o direito à vida, de um lado; a dignidade do ser humano, do outro.

Em geral, o direito à vida constitui também, simultaneamente, um dever²¹ de viver²². Segundo as conceções sociais dominantes em qualquer lugar, momento e cultura²³, o seu titular não pode decidir pôr-lhe termo livremente nem rogar

²¹ “A indisponibilidade da vida, não torna o direito à vida totalmente objetivo: ele tem uma componente objetiva, naquilo que é indisponível pela pessoa de cuja vida se trata e também no dever que incumbe ao Estado e a defender, mas também uma componente subjetiva, no poder que cabe à pessoa de a defender por si própria, com o Estado, sem ele, apesar dele e mesmo contra ele, e também no poder de, lúcida e informadamente, decidir não fazer” (Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 54).

²² “O direito à vida, que implica a obrigação de respeitar a vida, a dos outros e às vezes a própria, constitui uma regra fundamental tanto de nossa moral quanto de nosso direito” (Chaïm Perelman, *Ética e Direito*, trad. bras. de Éthique et Droit por Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2000, pág. 308).

²³ Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, Declaração sobre a Eutanásia de 05/05/1980:

“I. Valor da Vida Humana

A vida humana é o fundamento de todos os bens, a fonte e a condição necessária de toda a atividade humana e de toda a convivência social. Se a maior parte dos homens considera que a vida tem um carácter sagrado e admite que ninguém pode dispor dela a seu bel-prazer os crentes veem nela também um dom do amor de Deus, que eles têm a responsabilidade de conservar e fazer frutificar. Desta última consideração se derivam as seguintes consequências:

1. ninguém pode atentar contra a vida de um homem inocente, sem com isso se opor ao amor de Deus para com ele, sem violar um direito fundamental que não se pode perder nem alienar, sem cometer um crime de extrema gravidade.

2. todos os homens têm o dever de conformar a sua vida com a vontade do Criador. A vida é-lhes confiada como um bem que devem fazer frutificar já neste mundo, mas só encontrará perfeição plena na vida eterna.

3. a morte voluntária ou suicídio, portanto, é tão inaceitável como o homicídio: porque tal ato da parte do homem constitui uma recusa da soberania de Deus e do seu desígnio de amor. Além disto, o suicídio é, muitas vezes, rejeição do amor para consigo mesmo, negação da aspiração natural à vida, abdição frente às obrigações de justiça e caridade para com o próximo, para com as várias comunidades e para com todo o corpo social — se bem que por vezes, como se sabe, intervenham condições psicológicas que podem atenuar ou mesmo suprimir por completo a responsabilidade.

É preciso, no entanto, distinguir bem entre suicídio e aquele sacrifício pelo qual, por uma causa superior — como, a honra de Deus, a salvação das almas ou o serviço dos irmãos — alguém dá ou expõe a própria vida (cf. Jo. 15, 14).

II. A Eutanásia

Para tratar de modo adequado o problema da eutanásia, convém antes de mais, precisar o

a outrem que o faça por ele ²⁴. Por maioria de razão, menos podem terceiros deliberar acerca da continuação da vida alheia. Tanto pela perspectiva moral, como, particularmente, do ponto de vista jurídico, não se encontra justificação para que alguém beneficie da prerrogativa que o autorize a colocar fim à vida alheia, seja a que título for (desde a imposição de pena de morte ao simples ato de misericórdia).

Há que considerar, em contrapartida, que a vida humana é finita e que, por isso, o seu prolongamento artificial contraria a natureza das coisas ²⁵. Contudo, a simples extensão da vida não pode ser vista como um mal em si mesmo ou, em alternativa, como um objetivo impróprio. Precisamente ao invés, o desejo de perenidade é um justo anseio do ser humano. Por isso, não está em causa proibir a assistência médica capaz de estender a vida para além do que seria o seu ponto normal e exclusivamente natural de duração. O que se discute são apenas os limites que se devem instituir no recurso a técnicas, métodos ou, em última análise, a terapêuticas, destinadas àquele fim.

vocabulário. Etimologicamente, a palavra eutanásia significava, na antiguidade, uma morte suave sem sofrimentos atrozos. Hoje já não se pensa tanto no significado originário do termo; mas pensa-se sobretudo na intervenção da medicina para atenuar as dores da doença ou da agonia, por vezes, mesmo com risco de suprimir a vida prematuramente. Acontece ainda que, o termo está a ser utilizado num sentido mais particular, com o significado de «dar a morte por compaixão», para eliminar radicalmente os sofrimentos extremos, ou evitar às crianças anormais, aos incuráveis ou doentes mentais, o prolongamento de uma vida penosa, talvez por muitos anos, que poderia vir a trazer encargos demasiado pesados para as famílias ou para a sociedade.

É necessário, portanto, dizer claramente em que sentido se usa este termo no presente documento.

Por eutanásia, entendemos uma ação ou omissão que, por sua natureza ou nas intenções, provoca a morte a fim de eliminar toda a dor. A eutanásia situa-se, portanto, ao nível das intenções e ao nível dos métodos empregados.

Ora, é necessário declarar uma vez mais, com toda a firmeza, que nada ou ninguém pode autorizar a que se dê a morte a um ser humano inocente seja ele feto ou embrião, criança ou adulto, velho, doente incurável ou agonizante. E também a ninguém é permitido requerer este gesto homicida para si ou para um outro confiado à sua responsabilidade, nem sequer consenti-lo explícita ou implicitamente. Não há autoridade alguma que o possa legitimamente impor ou permitir. Trata-se, com efeito, de uma violação da lei divina, de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade.

Pode acontecer que dores prolongadas e insuportáveis, razões de ordem afetiva ou vários outros motivos, levem alguém a julgar que pode legitimamente pedir a morte para si ou dá-la a outros. Embora em tais casos a responsabilidade possa ficar atenuada ou até não existir, o erro de juízo da consciência — mesmo de boa-fé — não modifica a natureza deste gesto homicida que, em si, permanece sempre inaceitável. As súplicas dos doentes muito graves que, por vezes, pedem a morte, não devem ser compreendidas como expressão duma verdadeira vontade de eutanásia; nestes casos são quase sempre pedidos angustiados de ajuda e de afeto. Para além dos cuidados médicos, aquilo de que o doente tem necessidade é de amor, de calor humano e sobrenatural, que podem e devem dar-lhe todos os que o rodeiam, pais e filhos, médicos e enfermeiros²⁶.

²⁴ "The protection of life is basic to any legal order. Indeed, as Thomas Hobbs affirmed, the protection of human life is the prime justification for the existence of a state and the accompanying legal machinery" (Luis Kutner, *Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*, *Indiana Law Journal*, vol. 44, issue 4, 1969 pág. 539).

²⁵ "Longer life is not such a supreme good that it outweighs all other considerations" (Peter Singer, *Practical Ethics*, second edition, Cambridge University Press, 1993, pág. 197).

§39. *Direito à vida vs direito à morte.* Faz parte componente da cultura da generalidade dos povos, a título de princípio fundamental, a rejeição do direito de (voluntariamente) pôr termo à própria vida mediante autorização concedida a terceiro para o efeito, seja através da chamada *eutanásia ativa* ou *passiva*, seja por meio de *suicídio assistido*. A atuação que consume o resultado proibido não deixa de ser havida como ofensiva de um valor fundamental (o respeito pela existência), preenchendo, por isso, o tipo legal de crime de homicídio, ainda que a respetiva responsabilidade possa ser eventualmente atenuada por via da demonstração do rogo do lesado e/ou mediante a desculpabilização da conduta do agente.

Deduz-se, com base nesta asserção, que a vida humana não tem sido encarada, nas mais diversas tradições culturais, como objeto de um simples direito individual. Há justificações morais, éticas e religiosas subjacentes que legitimam a sua consideração como valor social. Parte-se do único princípio eticamente admissível: todos os indivíduos, enquanto pessoas, são preciosos e imprescindíveis à sociedade, independentemente da sua utilidade, estado de vida, idade, sexo, raça, estatuto social, etc. Por isso, ninguém pode determinar a sua eliminação (o que, em Direito Privado, se justifica facilmente com alicerce no princípio da paridade). Nem mesmo o próprio na medida em que não pode ser ele o juiz da sua valia social. Deve assim recusar-se, pelo menos com carácter geral, o chamado *direito à morte* ²⁶.

²⁶ “Hoje, na sequência dos progressos da medicina e num contexto cultural frequentemente fechado à transcendência, a experiência do morrer apresenta-se com algumas características novas. Com efeito, quando prevalece a tendência para apreciar a vida só na medida em que proporciona prazer e bem-estar, o sofrimento aparece como um contratempo insuportável, de que é preciso libertar-se a todo custo. A morte, considerada como «absurda» quando interrompe inesperadamente uma vida ainda aberta para um futuro rico de possíveis experiências interessantes, torna-se, pelo contrário, uma «libertação reivindicada», quando a existência é tida como já privada de sentido porque mergulhada na dor e inexoravelmente votada a um sofrimento sempre mais intenso.

Além disso, recusando ou esquecendo o seu relacionamento fundamental com Deus, o homem pensa que é critério e norma de si mesmo e julga que tem inclusive o direito de pedir à sociedade que lhe garanta possibilidades e modos de decidir da própria vida com plena e total autonomia. Em particular, o homem que vive nos países desenvolvidos é que assim se comporta: a tal se sente impelido, entre outras coisas, pelos contínuos progressos da medicina e das suas técnicas cada vez mais avançadas. Por meio de sistemas e aparelhagens extremamente sofisticadas, hoje a ciência e a prática médica são capazes de resolver casos anteriormente insolúveis e de aliviar ou eliminar a dor, como também de sustentar e prolongar a vida até em situações de debilidade extrema, de reanimar artificialmente pessoas cujas funções biológicas elementares sofreram danos imprevistos, de intervir para tornar disponíveis órgãos para transplante.

Num tal contexto, torna-se cada vez mais forte a tentação da eutanásia, isto é, de apoderar-se da morte, provocando-a antes do tempo e, deste modo, pondo fim «docemente» à vida própria ou alheia. Na realidade, aquilo que poderia parecer lógico e humano, quando visto em profundidade, apresenta-se absurdo e desumano. Estamos aqui perante um dos sintomas mais alarmantes da «cultura de morte» que avança sobretudo nas sociedades do bem-estar, caracterizadas por uma mentalidade eficientista que faz aparecer demasiadamente gravoso e insuportável o número crescente das pessoas idosas e debilitadas. Com muita frequência, estas acabam por ser isoladas da família e da sociedade, organizada quase exclusivamente sobre a base de critérios de eficiência produtiva, segundo os quais

Mesmo quando alguma vez se der o reconhecimento legal da eutanásia, será preferível configurá-la como uma hipótese em que a comunidade *tolera* a morte a pedido da vítima. Caso contrário, a ser configurada como o resultado do exercício de um verdadeiro direito subjetivo, implicará (i) não só o surgimento, contra o Estado, da obrigação de instituir os meios necessários à concretização da solicitação, como ainda (ii) a necessária e consequente suscetibilidade de responsabilização daqueles que, a qualquer título – por exemplo, objeção de consciência, voluntarismo, religião, razões éticas ou morais (aquele que *v.g.* impede ou demove outrem de saltar para um precipício) –, obstem ou estorvem a execução da eutanásia ou do suicídio. O que aparenta franco exagero.

§40. Liberdade individual e direito à morte. O pretense *direito à morte* é abstratamente suscetível de encontrar legitimação na liberdade individual. Esta não pode servir, porém, como seu único ou principal alicerce. Não se compreenderia *v.g.*, caso contrário, a razão pela qual a produção e o tráfico de estupefacientes são atos tipicamente ilícitos²⁷ ou não haveria justificação para impor aos automobilistas o uso de cinto de segurança ou aos motociclistas o uso de capacete. Em qualquer destes casos, a probabilidade de concretização da morte é menos elevada do que na hipótese em que o próprio insistentemente solicita que se lhe ponha termo à vida. Não deixam por isso de ser atos proibidos. Ora, sob pena de grave incoerência, quando se proíbe o menos há de igualmente proibir-se o mais (*minor ad maius*).

A autonomia pessoal, como já resulta dos referidos exemplos, não legitima tudo. Nem é ilimitada ou infinita. John Stuart Mill²⁸ “thought that the state should never interfere with the individual except to prevent harm to others. The individual’s own good, Mill thought, is not a proper reason for state intervention. But Mill may have had too high an opinion of rationality of a human being. It may occasionally be right to prevent people from making choices that are obviously not rationally based and that we can be sure they will later regret”²⁹.

uma vida irremediavelmente incapaz não tem mais qualquer valor” (Carta Encíclica *Evangelium Vitae* do Sumo Pontífice João Paulo II, de 25/03/1995, n.º 64).

²⁷ Peter Singer, *Practical Ethics*, second edition, Cambridge University Press, 1993, pág. 199.

²⁸ “The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him must be calculated to produce evil to someone else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign” (John Stuart Mill, *On Liberty*, Chapter I – Introductory, second edition, John W. Parker and Son, 1859).

²⁹ Peter Singer, *Practical Ethics*, second edition, Cambridge University Press, 1993, pág. 200.

§41. Espécies e modalidades de eutanásia. Eutanásia “means, according to the dictionary, «a gentle and easy death», but is now used to refer to the killing of those who are incurably ill and in great pain or distress, for the sake of those killed, and in order to spare them further suffering or distress”³⁰.

A eutanásia diferencia-se, antes do mais, em *não voluntária, involuntária e voluntária*.

No primeiro caso, retira-se a vida sem conhecimento da pessoa atingida em virtude de ela não poder manifestar a sua vontade nesse sentido, seja por não estar em condições de o fazer (os que *v.g.* por grave doença, acidente ou idade avançada perderam o discernimento), seja por ela se mostrar juridicamente inatendível (*v.g.* menores ou interditos).

No segundo, provoca-se a morte contra a vontade de quem juridicamente se poderia ter pronunciado, mas efetivamente não se pronunciou (seja por não ter sido questionado, seja por, ante a pergunta, ter optado pela manutenção da vida).

No terceiro, o processo que a desencadeia funda-se em pedido (livre e esclarecido) daquele que dela ficará privado³¹. “Typically at least four conditions are often thought to justify voluntary euthanasia: (a) a life without consciousness, known as a vegetative life, (b) a life of unremitting great pain, (c) a life of total dependence on others, (d) a life of greatly diminished mental capacities (severe loss of memory, absence of linguistic capacity, unremitting severe mental distress, fear, etc.)”³².

A linguagem³³ não observa, obviamente, os cânones. Do ponto de vista jurídico, as locuções *não voluntária e involuntária* equivalem. Por isso, melhor seria enquadrar todas as suas modalidades sob a mesma designação, subdistinguindo posteriormente as respetivas espécies. De todo o modo, até que a eutanásia voluntária possa constituir causa de exclusão da ilicitude, todas as suas classes preenchem o tipo legal de crime de homicídio.

Em qualquer caso, ela poderá ser *ativa* ou *passiva*. A primeira (*causing death*) dá-se quando se apela a recursos que colocarão fim à vida de certa pessoa (injeção letal, medicamentos em dose excessiva, etc.). A segunda (*letting die*) verifica-se quando o óbito ocorre por falta de provimento dos recursos necessários para a manutenção das funções vitais (falta de água, alimentos, fármacos ou cuidados médicos)³⁴. Mas

³⁰ Peter Singer, *Practical Ethics*, second edition, Cambridge University Press, 1993, pág. 175.

³¹ Apenas esta é eutanásia em sentido próprio. “Pour l’application de la présente loi, il y a lieu d’entendre par euthanasie l’acte, pratiqué par un tiers, qui met intentionnellement fin à la vie d’une personne à la demande de celle-ci” (Loi du 28 Mai 2002 relative à l’euthanasie en Belgique, article 2).

³² Joseph Raz, *Death in Our Life*, Columbia University Public Law & Legal Theory – Research Paper Series, Columbia Public Law Research Paper n.º 12-305, 2012, págs. 10/11.

³³ Ver, por exemplo, Gary Stewart – William Cutrer – Timothy Demy – Dónal Mathúna – Paige Cunningham – John Kilner – Linda Bevington, *Basic Questions on Suicide and Euthanasia – Are They Ever Right*, Kregel Publications, Grand Rapids MI, 1998, pág. 25; ou Peter Singer, *Practical Ethics*, second edition, Cambridge University Press, 1993, págs. 176 a 182.

³⁴ Cf. o caso recentemente decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em *Lambert and others vs France*, Application n.º 46043/14, de 05/06/2015: “Vincent Lambert sustained serious head injuries in a road-traffic accident on 29 September 2008, which left him tetraplegic and in a state

deixar morrer também pode decorrer, por exemplo, da administração de certos cuidados paliativos ou da interrupção ou da não manutenção de certa terapêutica. Para todos os efeitos, não é já de eutanásia que aqui se trata, pese embora (ao menos de acordo com as conceções vigentes) as ações/inações que lhes subjazem não se mostrem necessariamente ilícitas ou censuráveis. Pode considerar-se, por exemplo, que a administração de uma *overdose* de morfina a título de cuidado paliativo se configura juridicamente como uma causa de exclusão da ilicitude do homicídio ou, no mínimo, como uma atuação cuja motivação não é suscetível de reprovação.

Pese embora as condutas em que o *letting die* se cifra se mostrem em geral menos censuráveis³⁵, há certamente hipóteses – ainda que porventura excepcionais – em que elas podem apresentar maior gravidade do que aquelas em que se consubstanciam os casos de *causing death*. Suponha-se, por exemplo, a pessoa que é vítima de cancro na laringe e que por isso sofre cruelmente: não havendo maneira de lhe aliviar a dor (*v.g.* por razões médicas, económicas ou meramente conjunturais), o médico que a assiste deverá ministrar-lhe uma injeção letal (nem que seja a título paliativo) ou deixá-la agonizar até à morte³⁶? Em qualquer caso, ocorrerá uma *wrongful death*?

Da eutanásia distingue-se (embora, para algumas hipóteses, a fronteira não seja transparente) o *suicídio assistido*³⁷. Neste, a morte não é provocada por terceiro

of complete dependency. According to the expert medical report ordered by the Conseil d'État on 14 February 2014, he is in a chronic vegetative state.

From September 2008 to March 2009 he was hospitalized in the resuscitation wing, and subsequently the neurology ward, of Châlons-en-Champagne Hospital. (...) Vincent Lambert receives artificial nutrition and hydration which is administered internally, that is, via a gastric tube.

In July 2011 Vincent Lambert was assessed by a specialized unit of Liège University Hospital, the Coma Science Group, which concluded that he was in a chronic neuro-vegetative state characterized as «minimally conscious plus». O Conseil d'État, em decisão de 24/06/2014, entendeu que “the various conditions imposed by the law before any decision can be taken by the doctor in charge of the patient to withdraw treatment which has no effect other than to sustain life artificially, and whose continuation would thus amount to unreasonable obstinacy, may be regarded, in the case of Mr. Vincent Lambert and in the light of the adversarial proceedings before the Conseil d'État, as having been met. Accordingly, the decision taken by Dr. Kariger on 11 January 2014 to withdraw the artificial nutrition and hydration of Mr. Vincent Lambert cannot be held to be unlawful”. Antes este quadro, entendeu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que “there would be no violation of Article 2 of the Convention in the event of implementation of the Conseil d'État judgment of 24 June 2014”. Aceitou-se assim, por outras palavras, que a cessação de prestação de alimentação e de hidratação artificial não configurava homicídio.

³⁵ Entre *causing death* e *letting die* podem apontar-se, com carácter geral, as seguintes dissemelhanças:

- inexistência, na segunda hipótese, de uma vítima identificável;
- alto grau de incerteza acerca do resultado da inação;
- distinta motivação;
- a frustração do *letting die* requer alto grau de heroísmo moral (Peter Singer, *Practical Ethics*, second edition, Cambridge University Press, 1993, págs. 223/224).

³⁶ James Rachels, *Active and Passive Euthanasia*, *The New England Journal of Medicine*, vol. 292, n.º 2, 1975, pág. 78.

³⁷ De que constitui exemplo muito conhecido o caso de Ramón Sampedro. Tendo ficado tetraplégico aos vinte e seis anos, assim permaneceu durante mais vinte e nove. Sendo

mas sim pelo próprio (do latim *sui*, «próprio», e *caedere*, «matar»). O resultado, contudo, só é suscetível de ser obtido mediante a cooperação de outrem, o qual, para o efeito, deve ser havido como cúmplice³⁸. Outra vez, se coloca a pergunta:

incapaz de realizar qualquer atividade autonomamente, dependia da assistência diária de amigos. Em 1993, solicitou autorização judicial para morrer, mas os tribunais espanhóis recusaram-na. Em 15 de Janeiro de 1998 foi encontrado morto na sua casa numa pequena aldeia na Galiza (Porto do Son). Os seus últimos momentos de vida encontram-se registados num vídeo através do qual se deduz a colaboração de terceiros – por via da colocação do copo com um canudo ao alcance da sua boca contendo uma dose mortal de cianeto de potássio –, mas fica igualmente documentado que foi o próprio quem realizou a ação de o colocar na boca para sugar o conteúdo.

³⁸ Contendem igualmente com a definição do âmbito dos direitos à vida e à liberdade pessoal alguns casos de tentativa de puro suicídio em que, contrariamente àqueles em que a vítima obtém a cooperação alheia, um terceiro – designadamente um médico – intervém para evitar a sua consumação. Veja-se, por exemplo, o caso decidido pela sentença do Tribunal Constitucional espanhol n.º 120/1990, de 27 de junho: certos membros do grupo político armado GRAPO entraram em greve de fome para reivindicar que o Estado Espanhol os agrupasse a todos na mesma cadeia. Dado o perigo de vida que a partir de certo instante começaram a correr, foram conduzidos para um hospital onde lhes foi ministrada, com fundamento em decisão judicial, a terapia adequada à manutenção da sua vida, não obstante terem antecipadamente declarado que a não pretendiam. No dizer do Tribunal, “el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial (...) frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/1985).

Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho.

En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art.º 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente.

Una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la Ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger”.

a atuação deste último configurará condição suficiente para que de *wrongful death* se possa falar?

§42. *Eutanásia, distanásia e ortotanásia.* A locução *eutanásia* provem do grego *eu* + *thanatos*, que significa “boa morte” ou morte sem dor³⁹. A ela se opõe a *distanásia*, do grego *dis* + *thanatos* que se pode traduzir por “má morte”, no sentido em que se produz uma atuação destinada a retardá-la o mais possível causando um sofrimento escusado ou atroz (equivalendo, assim, a *obstinação terapêutica*). A este conceito contrapõe-se o de *ortotanásia*, sinónimo de morte natural, sem interferência da ciência, processo pelo qual se permite uma morte digna ao paciente, sem padecimento, deixando que a doença siga o seu percurso espontâneo.

Tratando-se de conceitos racionalmente diferenciáveis de forma medianamente clara, torna-se muitas vezes difícil, na prática, efetuar a destrição. Separa-se da eutanásia “a decisão de renunciar ao chamado «excesso terapêutico», ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar ou ainda porque demasiado gravosas para ele e para a sua família. Nestas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência «renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes». Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e procurar curar-se, mas essa obrigação há de medir-se segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos disponíveis são objetivamente proporcionados às perspetivas de melhoramento. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte” (Carta Encíclica *Evangelium Vitae* do Sumo Pontífice João Paulo II, de 25/03/1995, n.º 65)”.

Para todos os efeitos, a eutanásia, até que eventualmente algumas das suas modalidades se encontrem legalmente legitimadas, conduz à *wrongful death* da vítima. A distanásia e a ortotanásia não, embora a primeira possa suscitar a responsabilização por danos morais (designadamente, pelo *pain and suffering*).

§43. *Wrongful life e wrongful death.* “Could a life be so bad – so diseased or deprived – that it would not be worth living? Could a life be even worse than this? Could it be worse than nothing, or worth not living?”⁴⁰.

Ainda que se admita existirem situações, no limite, em que certa vida não pareça *prima facie* digna de ser vivida, há um ponto de partida que se afigura

³⁹ Para um resumo relativo ao significado da expressão “eutanásia” ao longo dos tempos, cf. v.g. Roque Cabral (SJ), *Eutanásia. O debate anunciado*, Brotéria - Cristianismo e Cultura, 6, vol. 169, dezembro 2009, págs. 761 a 766.

⁴⁰ Derek Parfit, *Future Generations: Further Problems*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 11, n.º 2, 1982, pág. 116.

indisputável: mesmo que a vida de uma pessoa se revele muito penosa, árdua ou sofrida, isto não pode constituir argumento para entender que teria sido preferível não existir. E mesmo quando a pessoa suporte provações inimagináveis, se a sua vida, como um todo, merecer a pena, jamais se poderá considerar ter vivido ou viver *a wrongful life*.

A questão só poderá colocar-se com alguma propriedade, pois, ante aqueles casos em que *all things considered* a vida se mostre objetivamente “not worth living”. Existirão hipóteses deste género ou, ao menos, poderão elas ser assim encaradas? Morrer novo, viver, desde a nascença, com cegueira ou surdez absoluta, não poder ter filhos ou nascer na condição de escravo, são deficiências ou males capazes, só por si, de tornarem a vida não merecedora de ser vivida?

A vida com deficiência severa é, por simples confronto, certamente pior do que aquela que dela esteja isenta. A imperfeição grave é um mal em si mesmo. Mas o que é ou no que consiste uma deficiência de tal ordem ⁴¹? E *all things considered* poderá dizer-se que aquela vida não é digna de ser vivida?

De um modo geral, a vida imperfeita apenas permite asseverar que “if my mother had conceived a different child, that would have been better. And this need not imply that I ought rationally to regret that my mother had *me*, or that *she* ought rationally to regret this. If she loves me, her actual handicapped child, this is enough to block the claim that she is irrational if she does not have such regret” ⁴².

Certo é que as pretensões subjacentes às chamadas *wrongful life* e *wrongful birth actions* têm exclusivamente em vista o puro ressarcimento pecuniário ⁴³. A eutanásia ou o suicídio assistido não estão no horizonte dos seus autores. Não suscitam, por isso, questões ligadas à *wrongful death*.

§44. Vida not worth living e wrongful death. É inquestionável que uma vida digna, que mereça ser vivida, será melhor do que a não existência. É uma *petitio principii*, na verdade, mas que, não sendo acolhida, torna injustificável v.g. a responsabilização do homicida. Ao invés, a vida “not worth living” será também preferível à não existência?

Não se pode dizer, por exemplo, que “people who are permanently unconscious are better off dead. How could death be better for someone who has no sense whatever of the condition he is in? Why take the trouble to sign a living will for these circumstances?” ⁴⁴.

O problema põe-se, antes do mais, na definição de fronteiras. A vida da

⁴¹ A própria natureza do critério que permite aferir sobre a existência de uma deficiência tem sofrido rápidas e sucessivas mutações em tempos recentes (ver resumidamente v.g. Wendy Hensel, *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review, vol. 40, 2005, págs. 146 a 150).

⁴² Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford - New York, Oxford University Press, 1984, pág. 385.

⁴³ Cf. v.g. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/2016, de 02/02/2016, Proc. n.º 662/15.

⁴⁴ Ronald Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Vintage, 1993, pág. 193.

pessoa idosa que sofra de uma doença terminal e muito dolorosa vale mais ou menos do que a vida da pessoa jovem que se encontre em estado vegetativo permanente? A vida do escravo vale mais ou menos do que a da criança livre que padeça de atroz doença física ou mental?

E, por outro lado: quem decidirá acerca do que se considera “worth living”? O próprio? Mas, se assim for, então quando *v.g.* alguém impede outrem de cometer suicídio iminente estará a atuar erradamente e poderá por este ser responsabilizado? E se a um terceiro for concedida aquela competência, quem será a pessoa ou entidade com legitimidade suficiente para tal ⁴⁵? Prevenindo dilemas e questões deste género, a doutrina católica liquida o problema à partida, considerando simplesmente inaceitável que à vida humana se dê termo por causas não naturais ⁴⁶. Funda-se no entendimento segundo o qual a vida humana é sagrada, razão pela qual a eutanásia é, em qualquer caso, intolerável ⁴⁷.

O ponto de partida é: “If any particular person had not been conceived when he was in fact conceived, it is *in fact* true that he would never have existed” ⁴⁸.

Suponha-se que um casal está a projetar ter filhos. Se ela ficar grávida agora, é antecipável que irá conceber uma criança capaz de sofrer de uma doença penosa. Mas se esperarem alguns meses para engravidar, a criança que nascer

⁴⁵ Cf. a enumeração de possibilidades em Joel Feinberg, *Wrongful life and the counterfactual element in harming*, in *Freedom and Fulfillment, Philosophical Essays*, Princeton University Press, New Jersey, 1992, págs. 20 a 23.

⁴⁶ Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, Declaração sobre a Eutanásia de 05/05/1980: “I. Valor da Vida Humana

A vida humana é o fundamento de todos os bens, a fonte e a condição necessária de toda a atividade humana e de toda a convivência social. Se a maior parte dos homens considera que a vida tem um carácter sagrado e admite que ninguém pode dispor dela a seu bel-prazer os crentes veem nela também um dom do amor de Deus, que eles têm a responsabilidade de conservar e fazer frutificar. Desta última consideração se derivam as seguintes consequências:

1. ninguém pode atentar contra a vida de um homem inocente, sem com isso se opor ao amor de Deus para com ele, sem violar um direito fundamental que não se pode perder nem alienar, sem cometer um crime de extrema gravidade.

2. todos os homens têm o dever de conformar a sua vida com a vontade do Criador. A vida é-lhes confiada como um bem que devem fazer frutificar já neste mundo, mas só encontrará perfeição plena na vida eterna.

3. a morte voluntária ou suicídio, portanto, é tão inaceitável como o homicídio: porque tal ato da parte do homem constitui uma recusa da soberania de Deus e do seu desígnio de amor. Além disto, o suicídio é, muitas vezes, rejeição do amor para consigo mesmo, negação da aspiração natural à vida, abdicação frente às obrigações de justiça e caridade para com o próximo, para com as várias comunidades e para com todo o corpo social – se bem que por vezes, como se sabe, intervenham condições psicológicas que podem atenuar ou mesmo suprimir por completo a responsabilidade”.

⁴⁷ A distinção entre “intrinsic value of life and its personal value for the patient explains why so many people think that euthanasia is wrong in all circumstances. They think that a person should bear the pain, or be cared for unconscious, until his life ends naturally – by which they mean other than through a human decision to end it – because they believe that deliberately ending a human life denies its inherent, cosmic value. People who say that suicide and euthanasia are against God’s will take that view” (Ronald Dworkin, *Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Vintage, 1993, pág. 195).

⁴⁸ Derek Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford – New York, Oxford University Press, 1984, pág. 399.

dela não padecerá⁴⁹. O casal opta, apesar de tudo, pela gravidez imediata⁵⁰. A criança beneficia, em geral, de uma boa vida, apesar da sua doença, ainda que ela se revele pior do que seria a do outro ser que teria nascido se os pais tivessem escolhido aguardar mais algum tempo. Parece que os pais agiram, por isso, de forma censurável em virtude de terem infligido um dano à criança. Comparando a existência com a não existência, poder-se-á concluir que, ainda assim, aquela traduz mais benefícios do que esta. *All things considered*, a criança estará em melhor situação enquanto ser vivo, não obstante a (menos feliz) decisão dos pais. Mas também será imaginável entender, ao invés, que a não existência se teria tornado preferível para o novo ser. A questão que envolve comparações deste género tem sido identificada como *the non-identity problem*^{51 52}.

Na maioria dos casos desta ordem, no entanto, e *all things considered*, a vida merece inequivocamente ser vivida. O problema somente adquire significado, portanto, a partir do instante em que seja possível afirmar a entrada no campo do “not worth living”.

Aceitar a existência de vidas “not worth living” – ou simplesmente acolher a hipótese – conduz, do ponto de vista jurídico, a uma conclusão perturbante: como nesta circunstância a morte não pode, em coerência, ser havida como *wrongful* ou indevida, a respetiva eliminação – mesmo a não consentida pela vítima – torna-se insuscetível de engendrar a competente responsabilização, civil ou penal. Até por isto a eutanásia, especialmente a não voluntária e a involuntária, se torna incapaz de encontrar justificação bastante.

Ainda que se admita existirem vidas na condição “not worth living” – porque o critério é essencialmente subjetivo –, permanece um problema quando se pretenda estender a ideia à justificação da eutanásia. Uma vez que o ser humano não é de geração espontânea, a que título se pode atribuir a alguém o *direito de saída* quando, à partida, não se lhe concede o *direito de entrada*? Numa

⁴⁹ Quando o ato de conceber uma criança é movido para frente ou para trás no tempo (anos, meses, dias ou instantes), ou quando o método concecional é ele próprio alterado (por exemplo, fertilização *in vitro* em vez de relação sexual), o resultado, muito provavelmente, consistirá na conceção de uma criança diferente. Qualquer diferença de tempo ou de método determinará presumivelmente uma inseminação distinta [cf. Gregory Kavka, *The Paradox of Future Individuals*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 11, n.º 2, 1982, pág. 93].

⁵⁰ Exemplo retirado de Derek Parfit, *Future Generations: Further Problems*, in *Philosophy & Public Affairs*, vol. 11, n.º 2 (Spring, 1982), pág. 118.

⁵¹ Se conduzir uma pessoa à existência acarretar a sua inevitável deficiência, então, para o agente, a alternativa coloca-se nestes termos: não a levar à existência ou dar vida a pessoa diferente (ou seja, a pessoa não idêntica, mas em situação mais favorável)? O que sugere a questão de saber se o bem que um agente confere ao dar existência contrabalança o mal que, porventura, se lhe associa.

⁵² “The non-identity problem concerns actions that affect who exists in the future. If such an action is performed, certain people will exist in the future who would not otherwise have existed: they are not identical to any of the people who would have existed if the action had not been performed. Some of these actions seem to be wrong, and they seem to be wrong in virtue of harming the very future individuals whose existence is dependent on their having been performed. The problem arises when it is argued that the actions do not harm these people – because the actions do not make them worse off than they would otherwise be” (Elizabeth Harman, *Can we harm and benefit in creating?*, in *Philosophical Perspectives*, 18, Ethics, 2004, pág. 89).

sala de cinema, por exemplo, qualquer espectador a pode abandonar quando lhe aprouver na medida em que, também quando entender, tem o direito de entrar (e, portanto, o de não entrar). Mas a decisão – se decisão for – de nascer não é tomada por cada um de nós. Não importa se alguém a toma. Importa apenas que ela não nos pertence. Por conseguinte, que fundamento se poderá invocar para conceder a cada indivíduo o poder de deliberar acerca da sua subsistência?

Um outro ponto apresenta-se inquestionável: quando se valora a vida de uma pessoa para determinar se é digna de ser vivida considera-se apenas ela própria e não qualquer espécie de comparação com outras (de distintas pessoas) com melhores vidas ou com vidas “normais”. É que, caso contrário, todas as vidas anômalas ou de pior qualidade se revelariam “not worth living”. E, portanto, em relação a todas elas se poderia encontrar justificação para a sua livre eliminação.

O critério de decisão, todavia, quando se encara o que antecede para efeitos de eutanásia, é o do próprio sujeito. Daí que ela se não conceba faltando a competente petição ou, ao menos, o assentimento da vítima. Acolher a eutanásia involuntária ou a não voluntária é admitir que um terceiro, movido por propósitos talvez meritórios ou talvez não, adquira o poder de ajuizar acerca da continuação da via alheia. O que se afigura particularmente perturbante quando se trate de eutanásia ativa.

Uma conclusão é segura e infere-se a partir do que antecede: a ninguém se pode conceder legitimidade para deliberar acerca da importância ou do significado da existência alheia. Só ao próprio cabe julgar acerca da dignidade e da valia da sua vida. Inexistindo rogo da vítima não é possível, por isso, falar em eutanásia. Há de ser ao próprio e nunca a um terceiro que pertencerá o poder de determinar o que é a “boa morte”. Sob pena de, não se vendo assim, todos sermos potencialmente passíveis de eutanásia involuntária. Apesar de amplamente utilizadas, tanto esta locução como a de eutanásia não voluntária são, pois, genericamente inaceitáveis. Se eventualmente se chegar a outorgar a uma pessoa o poder de definir “se” e “quando” há de ocorrer o decesso de outrem, o caso não passará, na melhor das hipóteses, de morte misericordiosa (*mercy killing*). O que permitirá, eventualmente, desculpar a respetiva conduta mas não inviabiliza, à partida, a responsabilização.

§45. Eutanásia voluntária *mediante rogo tácito e wrongful death*. Ainda assim, todavia, uma interrogação persiste: o que distingue a morte ordenada por compaixão ou por comiseração e *v.g.* os fuzilamentos ou os gaseamentos decretados por Hitler? Muitos dos que, neste contexto, foram privados da sua vida contra a sua vontade não estariam em situações de sofrimento atroz? Não haveria muitos, de entre eles, vítimas de doenças letais provocadas por razões não imputáveis aos carrascos?

Com efeito, traçar a fronteira entre a morte misericordiosa e o homicídio puro e simples não se apresenta fácil. E, sobretudo, revela-se altamente subjetivo. Poder-se-ia em geral dizer, no caso do extermínio em massa, que a causa de desculpabilização estaria objetivamente presente em relação àqueles que sofressem *v.g.* de doenças incuráveis em estado de desenvolvimento muito avançado, muito embora, ao não

ser conhecida do seu autor, ela acabasse por não produzir a exclusão da culpa. Mas se, porventura, este delas obtivesse conhecimento, estaria preenchido o modelo da eutanásia involuntária? É verdade que as motivações dos homicidas são, num e no outro caso, profundamente diferentes. Mas haverá maneira de, em concreto, as destrinçar? Será de considerar liminarmente inviável que, ao decretar a matança, Hitler ou alguém a seu mando tivesse sido movido, em simultâneo, pelo intuito de evitar o sofrimento das vítimas que padecessem de doenças fatais?

Suponha-se, igualmente, que alguém é portador de um vírus altamente mortal. Para o próprio e para os demais que com ele contactarem (*v.g.* ébola-vírus). Causar a respetiva morte em virtude de o paciente já não ter salvação possível e tendo em vista prevenir a propagação deverá entender-se como uma hipótese de morte misericordiosa?

Tendo em vista superar estas dificuldades, e para que de *mercy killing* se possa falar com alguma propriedade, cabe exigir pelo menos, ao lado da motivação do agente, um outro requisito de procedência: que seja de presumir, atendendo aos valores vitais da vítima, que ela teria solicitado a morte se lhe fosse possível pronunciar-se sobre a manutenção da vida. Trata-se, no fundo, de viabilizar a eutanásia voluntária por pedido tácito e de a imputar ainda, portanto, à vontade daquele que dela será objeto. O que será concebível, ao menos, quando este sobre ela jamais haja sido sequer questionado ou quando se trate de pessoas que pelo estado em que se encontram (*v.g.* coma irreversível ou demência) não estejam capacitadas para proferir o seu arbítrio ⁵³.

Fora destas condições mínimas, a pretensa eutanásia não o é rigorosamente. Pelo que, portanto, uma *wrongful death action* pode desencadear-se, na sequência, quando elas não se encontrem cumpridas.

§46. Eutanásia não voluntária, eutanásia involuntária e *wrongful death*. No que tange à *wrongful death* importa sobretudo considerar a eutanásia que não funde uma causa de exclusão da ilicitude (o que, de momento, alcança a

⁵³ “We can respect the autonomy of someone who has become unconscious only by asking what he would have decided himself, under appropriate conditions, before he became incompetent. That may seem easy when the patient has signed a living will dictating what is to be done in such circumstances, or when he has made his wishes known in a less formal but nevertheless emphatic way – for example, by repeatedly telling relatives. Yet even in such cases, there is no guarantee that he did not change his mind sometime after the last formal or informal declaration, or that he wouldn’t changed his mind if he had thought about the matter again.

If someone had not indicated his wishes, formally or informally, then of course it is possible that he never considered the matter at all and had no view either way. In such case, relatives might ask whether he would have wanted to be allowed to die or to be killed if he had thought about it. That is a very tricky judgement; everything depends on the setting one imagines. Are we asking what he would have thought after reading a specific novel or hearing a specific argument? Or in the absence of any discussion or argument? In a good mood? Or depressed? Still, people do think they can sensibly judge what some friend or relative would have wanted. Their opinion is usually based on their sense of what would be most consistent with his personality as a whole” (Ronald Dworkin, *Life’s Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Vintage, 1993, pág. 191).

generalidade das suas espécies) ou a assistência ao suicídio que não se encontre legitimada. Para todos os efeitos, as condutas que lhe dão causa configuram-se como homicídio. E ocasionam, por isso, o surgimento das consequentes responsabilidades (penal e civil).

Nos casos de eutanásia involuntária, é manifesto que ela constituirá, normalmente, uma desculpa inatendível. Somente nos casos de morte misericordiosa se poderá eventualmente pensar de modo diverso. No pressuposto, porém, de a motivação ser claramente identificável e de se tornar possível conjecturar a vontade do falecido nesse sentido. Nestas circunstâncias ficará preenchida uma causa de desculpabilização capaz de excluir ou de simplesmente reduzir o objeto da obrigação de indemnizar.

Tratando-se de eutanásia não voluntária, o raciocínio é similar. O simples facto de uma pessoa sofrer de inaptidão para transmitir os seus desígnios não é razão suficiente para desculpar a conduta daquele que, pretensamente por compaixão, lhe provocar o decesso. A conduta do autor da morte apenas se poderá perdoar mediante a prova de que, caso lhe fosse possível comunicar, a vontade da vítima seria presumivelmente essa.

Particularmente difícil é a situação relativa a menores, em especial quando (ainda) sejam naturalmente incapazes. É inexequível conjecturar a sua vontade de pretender a morte quando padeçam, designadamente, de doença terminal em estado avançado. O estabelecimento desta presunção (*counterfactual*) pressupõe, em geral, que a pessoa optaria, *presentemente*, pela morte caso tivesse discernimento para declarar a sua vontade: se *v.g.* o idoso não sofresse de demência teria muito provavelmente requerido a eutanásia ante o quadro criado pela doença de que sofre. Este raciocínio aplicado à criança é inviável porque, ao contrário do que sucede com as demais pessoas, ela não tem um passado relevante que permita antever-lhe um futuro. A comparação só poderia fazer-se, prospetivamente, entre o ser enquanto criança e o ser enquanto adulto. Contudo, além de a própria suposição assente neste confronto se mostrar arriscadíssima, acresce que já não se trataria então do mesmo exato ser⁵⁴. A eutanásia (não voluntária) da criança não consegue encontrar fundamento, portanto, numa vontade tacitamente declarada. Só poderá, casualmente, desculpar-se com base no sofrimento atroz de que padeça por não ser exigível que o suporte como um adulto. Já ao invés, a dor cruel que o estado da criança provoque à respetiva família – e, designadamente, aos pais – não pode servir como fundamento atendível, ainda que se lhe possa dar relevância para

⁵⁴ É precisamente por uma razão desta ordem que, por exemplo, o testamento vital pode ser livremente revogado pelo seu autor quando o entender (artigo 8º, Lei n.º 25/2012, de 16 de julho), que ele caduca ao fim de cinco anos se não for renovado (artigo 7º, Lei n.º 25/2012, de 16 de julho) ou que não valha quando se comprove que o outorgante não desejaria mantê-lo [artigo 6º, n.º 2, alínea a), Lei n.º 25/2012, de 16 de julho]. Em qualquer caso, o seu autor já não é então a mesma exata pessoa que antes era, justificando-se, por isso, que não pretenda mantê-lo. Há dissemelhança significativa entre o “*earlier self*” e o “*later self*”.

diminuir ou excluir a culpa ⁵⁵.

Em qualquer outra hipótese (fora dos anteriores contextos, portanto), a pretensa eutanásia (involuntária ou não voluntária) dará lugar a uma *wrongful death action* com a conseqüente responsabilização do seu autor.

§47. Eutanásia voluntária, suicídio assistido e *wrongful death*. O mesmo se diga, até certa medida, para os casos de eutanásia voluntária e de suicídio assistido: aquele que produz a morte de outrem a seu rogo ou que coopera com o suicida, a menos que tenha desculpa razoável, responderá pela sua morte a título de homicídio. Como, todavia, a vítima almejou e/ou planeou o respetivo decesso, não poderá depois (através dos seus sucessores) pretender compensação a título de *wrongful death*. É certo que o consentimento para este efeito, ao ser antijurídico (artigo 340º, n.º 2, Cód.Civil), não legitima a conduta do autor/participante. Mas a pretensão indemnizatória paralisar-se-á mediante a invocação de exercício abusivo na modalidade de *venire contra factum proprium* (artigo 334º, Cód.Civil) ⁵⁶.

A proibição de exercício emergente da entrada em marcha do abuso de direito não alcança, todavia, os familiares do defunto a quem, nos termos do artigo 496º, n.ºs 2 e 3, do Cód.Civil, caiba “o direito à indemnização por danos não patrimoniais”. Não obstante o dano da morte não propiciar, nestas circunstâncias, a responsabilização civil do autor/cúmplice, *v.g.* os *pain and suffering*, o *loss of society* ou *loss of consortium* ⁵⁷ e o *bystander emotional distress* ⁵⁸ que hajam padecido

⁵⁵ “Samuel Linares, an infant, swallowed a small object that stuck in his windpipe, causing a loss of oxygen to the brain. He was admitted to a Chicago Hospital in a coma and placed on a respirator. Eight months later he was still comatose, still on the respirator, and the hospital was planning to move Samuel to a long-term care unit. Shortly before the move, Samuel’s parents visited him in the hospital. His mother left the room, while his father produced a pistol and told the nurse to keep away. He then disconnected Samuel from the respirator, and cradled the baby in his arms until he died” (Peter Singer, *Practical Ethics*, second edition, Cambridge University Press, 1993, pág. 180).

⁵⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/11/2013, Proc. n.º 1464/11.2TBGRD-A. C1.S1: “II – São pressupostos desta modalidade de abuso do direito – *venire contra factum proprium* – os seguintes: a existência dum comportamento anterior do agente suscetível de basear uma situação objetiva de confiança; a imputabilidade das duas condutas (anterior e atual) ao agente; a boa fé do lesado (confiante); a existência dum «investimento de confiança», traduzido no desenvolvimento dum atividade com base no *factum proprium*; o nexo causal entre a situação objetiva de confiança e o «investimento» que nela assentou. III – O princípio da confiança é um princípio ético fundamental de que a ordem jurídica em momento algum se alheia; está presente, desde logo, na norma do art.º 334.º do CC, que, ao falar nos limites impostos pela boa fé ao exercício dos direitos, pretende por essa via assegurar a proteção da confiança legítima que o comportamento contraditório do titular do direito possa ter gerado na contraparte”.

⁵⁷ O *loss of society* ou o *loss of consortium* é a perda não patrimonial que se exprime através da privação dos benefícios puramente pessoais provenientes da relação familiar ou da relação conjugal. Cf. *v.g.* Joellen Lind, *Valuing relationships: the role of damages for loss of society*, *New Mexico Law Review*, vol. 35, 2005.

⁵⁸ O *bystander* é, neste contexto, o espetador vítima de trauma emocional por haver testemunhado uma atuação negligente alheia da qual tenha resultado a morte – ou outro dano pessoal – de ente querido. Ver *v.g.* *Dillon v. Legg* (1968) 68 Cal.2d 728, 746. Cf. John L. Diamond, *Dillon v. Legg Revisited: Toward a Unified Theory of Compensating Bystanders and Relatives for Intangible*

não podem deixar de fundar, nos termos gerais, algum pedido de ressarcimento.

Bibliografia.

- Albrecht, Gary R.** *The application of the hedonic damages concept to wrongful death and personal injury litigation*, Journal of Forensic Economics, 7, 1994.
- Aldy, Joseph E. – Viscusi, W. Kip.** *Age Variations in Workers' Value of Statistical Life*, Discussion Paper n.º 468, 03/2004, Harvard Law School.
- Andrade, Manuel de.** *Teoria Geral das Obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 1966.
- Aristóteles.** *Ética a Nicómaco*, Livro V, 3/4, Quetzal Editores, trad. port. de Castro Caeiro, 2009.
- Ascensão, José de Oliveira.** *Direito Civil – Sucessões*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- Ashenfelter, Orley.** *Measuring the Value of a Statistical Life: Problems and Prospects*, IZA Discussion Paper n.º 1911, 2006.
- Berla, Edward P. – Brookshire, Michael L. – Smith, Stan V.** *Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach*, Journal of Forensic Economics 3, 1990.
- Bevington, Linda.** Ver **Stewart, Gary – Cutrer, William – Demy, Timothy – Mathúna, Dónal – Cunningham, Paige – Kilner, John – Bevington, Linda**
- Brookshire, Michael L. – Smith, Stan V.** *Economic / Hedonic Damages – The Practice Book for Plaintiff and Defense Attorneys*, Anderson Pub. Co., 1990.
- Brookshire, Michael L.** Ver **Berla, Edward P. – Brookshire, Michael L. – Smith, Stan V.**
- Cabral, Roque (SJ).** *Eutanásia. O debate anunciado*, Brotéria – Cristianismo e Cultura, 6, vol. 169, dezembro 2009.
- Campos, Diogo Leite.** *A indemnização do dano de morte*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. L, 1974.
- Cascarejo, Guilherme.** *Danos não patrimoniais dos familiares da vítima de lesão corporal grave*, Almedina, Coimbra, 2016.
- Coelho, Francisco Pereira.** *Direito das Sucessões*, policopiado, Lições ao curso de 1973-1974, Parte II, Coimbra, 1974.
- Cole, Kenneth.** *Nature and Origin of Punitive Damages*, Punitive Damages and Business Torts, Section of Antitrust Law, American Bar Association.
- Cordeiro, António Menezes.** *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo III, *Pessoas*, Almedina, Coimbra, 2004.
- Côrte-Real, Carlos Pamplona.** *Curso de Direito das Sucessões, Quid Juris*, Lisboa, 2012.

Injuries, Hastings Law Journal, vol. 35, 1984; Julie A. Greenberg, Negligent Infliction of Emotional Distress: A Proposal for a Consistent Theory of Tort Recovery for Bystanders and Direct Victims, Pepperdine Law Review, vol. 19, 1992; ou Michael Philips, Drawing the Line: Missouri Adopts the Zone of Danger Rule for Bystander Emotional Distress, Missouri Law Review, vol. 56, 1991.

Em *Dillon vs Legg* [68 Cal.2d 728, Sac. No. 7816. In Bank. June 21, 1968] ficaram estabelecidas as bases para a atendibilidade das pretensões indemnizatórias fundadas em negligent bystander emotional distress (NIED). Devem, para tanto, preencher-se as seguintes condições: “(1) Whether plaintiff was located near the scene of the accident as contrasted with one who was a distance away from it. (2) Whether the shock resulted from a direct emotional impact upon plaintiff from the sensory and contemporaneous observance of the accident, as contrasted with learning of the accident from others after its occurrence. (3) Whether plaintiff and the victim were closely related, as contrasted with an absence of any relationship or the presence of only a distant relationship”.

- Cunningham, Paige.** Ver **Stewart, Gary – Cutrer, William – Demy, Timothy – Mathúna, Dónal – Cunningham, Paige – Kilner, John – Bevington, Linda Cupis, Adriano de.** *Os direitos da personalidade*, trad. port. de *I Diritti della Personalità* por Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro, Morais Editora, Lisboa, 1961.
- Cutrer, William.** Ver **Stewart, Gary – Cutrer, William – Demy, Timothy – Mathúna, Dónal – Cunningham, Paige – Kilner, John – Bevington, Linda**
- Davis, Frederick.** *Wrongful Death*, Washington University Law Quarterly, vol. 1973, 1973.
- Decof, Leonard.** *Damages in Actions for Wrongful Death of Children*, Notre Dame Law Review, vol. 47, 1971.
- Demy, Timothy.** Ver **Stewart, Gary – Cutrer, William – Demy, Timothy – Mathúna, Dónal – Cunningham, Paige – Kilner, John – Bevington, Linda**
- DePianto, David E.** *Tort Damages and the (Misunderstood) Money-Happiness Connection*, Arizona State Law Journal, vol. 44, 2012.
- Diamond, John L.** *Dillon v. Legg Revisited: Toward a Unified Theory of Compensating Bystanders and Relatives for Intangible Injuries*, Hastings Law Journal, vol. 35, 1984.
- Dworkin, Ronald.** *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Vintage, 1993.
- English, Karl.** *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. de *Einführung in das Juristische Denken* por João Baptista Machado, 6.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988.
- Feinberg, Joel.** *The moral limits of the criminal law*, vol. 1, *Harm to Others*, Oxford University Press, New York, 1984.
- Wrongful life and the counterfactual element in harming*, in *Freedom and Fulfillment*, Philosophical Essays, Princeton University Press, New Jersey, 1992.
- Feinberg, Kenneth R.** *Unconventional Responses to Unique Catastrophes*, Akron Law Review, vol. 45, 2012.
- Fernandes, Luís A. Carvalho.** *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª edição, *Quid Juris*, Lisboa, 2012.
- Frankel, Marvin – Linke, Charles M.** *The Value of Life and Hedonic Damages: Some Unresolved Issues*, Faculty Working Paper n.º 91-0142, College of Commerce and Business Administration, University of Illinois at Urbana-Champaign, May 1991.
- Geistfeld, Mark.** *Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries*, California Law Review, vol. 83, 1995.
- Goldberg, John C.P.** *Ten Half-Truths About Tort Law*, Valparaiso University Law Review, vol. 42, n.º 4, 2008.
- González, José.** *Wrongful birth, wrongful life – O conceito de dano em responsabilidade civil*, *Quid Juris*, Lisboa.
- Greenberg, Julie A.** *Negligent Infliction of Emotional Distress: A Proposal for a Consistent Theory of Tort Recovery for Bystanders and Direct Victims*, Pepperdine Law Review, vol. 19, 1992.
- Harman, Elizabeth.** *Can we harm and benefit in creating?*, in *Philosophical Perspectives*, 18, Ethics, 2004.
- Heinzerling, Lisa.** *The Rights of Statistical People*, Harvard Environmental Law Review, vol. 24, 2000.
- Hensel, Wendy.** *The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions*, Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review, vol. 40, 2005.
- Hoener, Sonya Harrell.** *Extending Wrongful Death Damages to Kinship-Care Relationships*, University of Toledo Law Review, vol. 43, 2011.
- Ireland, Thomas R.** *Different Methods Used to Derive Hedonic Damages in Litigation*, Forensic Rehabilitation & Economics, 3, 2010.
- James, Fleming.** *Accident liability reconsidered: the impact of liability insurance*, The Yale Law Journal, vol. 57, 1948.

- Johnson, H. Alston.** *Death on the Callais Coach: The Mystery of Louisiana Wrongful Death and Survival Actions*, Louisiana Law Review, vol. 37, 1976.
- Kavka, Gregory.** *The Paradox of Future Individuals*, in Philosophy & Public Affairs, vol. 11, n.º 2, 1982.
- Kenkel, Donald.** *Using estimates of the value of a statistical life in evaluating regulatory effects*, in Valuing the health benefits of food safety: A proceedings, e-report, United States Department of Agriculture, 2001.
- Kilner, John.** Ver **Stewart, Gary – Cutrer, William – Demy, Timothy – Mathúna, Dónal – Cunningham, Paige – Kilner, John – Bevington, Linda**
- Kippersluis, Peter P. M. Van.** Ver **Lindenbergh, Siewert D.**
- Kornhauser, Lewis A.** *The Value of Life*, Cleveland State Law Review, vol. 38, 1990.
- Kutner, Luis.** *Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal*, Indiana Law Journal, vol. 44, issue 4, 1969.
- Lafuente, Múrtula.** *Causalidad alternativa y indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil*, InDret, www.indret.com, 2006.
- Lambert, Wesley B.** *The price of life: A prediction of South Carolina's approach to expert testimony on hedonic damages using the willingness-to-pay method*, South Carolina Law Review, 2013, vol. 64.
- Lind, Joellen.** *Valuing relationships: the role of damages for loss of society*, New Mexico Law Review, vol. 35, 2005.
- Lindenbergh, Siewert D. – Kippersluis, Peter P. M. van** *Non pecuniary losses*, Tort Law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics, Michael Faure (ed.), Cheltenham, 2009, vol. 1.
- Linke, Charles M.** Ver **Frankel, Marvin**
- Machado, João Baptista.** *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1999.
- Malone, Wex S.** *The Genesis of Wrongful Death*, Stanford Law Review, vol. 17, n.º 6, 1965.
- Mathúna, Dónal.** Ver **Stewart, Gary – Cutrer, William – Demy, Timothy – Mathúna, Dónal – Cunningham, Paige – Kilner, John – Bevington, Linda**
- McClurg, Andrew Jay.** *It's a Wonderful Life: The Case for Hedonic Damages in Wrongful Death Cases*, Notre Dame Law Review, vol. 66, 1990.
- Dead sorrow: a story about loss and a new theory of wrongful death damages*, Boston University Law School, n.º 85, 2005.
- Meade, Daniel S.** *Wrongful Death and the Unborn Child: Should Viability Be a Prerequisite for a Cause of Action?*, Journal of Contemporary Health Law & Policy, vol. 14, 1998.
- Mendes, João Castro.** *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1978.
- Mill, John Stuart.** *On Liberty*, Chapter I – Introductory, second edition, John W. Parker and Son, 1859.
- Moncada, Luís Cabral de.** *Lições de Direito Civil (parte geral)*, Atlântida Editora, Coimbra, 1932.
- Mullis, Alastair – Oliphant, Ken.** *Torts*, third edition, Palgrave/Macmillan, Palgrave Law Masters, Hampshire – New York, 2003.
- Oliphant, Ken.** Ver **Mullis, Alastair**
- Parfit, Derek.** *Future Generations: Further Problems*, in Philosophy & Public Affairs, vol. 11, n.º 2, 1982.
- Reasons and Persons*, Oxford – New York, Oxford University Press, 1984.
- Perelman, Chaïm.** *The Rational and the Reasonable*, Philosophic Exchange, vol. 10, n.º 1, 1979.
- Ética e Direito*, trad. bras. de *Éthique et Droit* por Maria Ermantina Galvão, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- Perry, Stephen R.** *The Moral Foundations of Tort Law*, Iowa Law Review, 1992.

- Philips, Michael.** *Drawing the Line: Missouri Adopts the Zone of Danger Rule for Bystander Emotional Distress*, Missouri Law Review, vol. 56, 1991.
- Posner, Eric – Sunstein, Cass.** *Dollars and Death*, University of Chicago Law Review, n.º 72, 2005.
- Rachels, James.** *Active and Passive Euthanasia*, The New England Journal of Medicine, vol. 292, n.º 2, 1975.
- Raz, Joseph.** *Death in Our Life*, Columbia University Public Law & Legal Theory – Research Paper Series, Columbia Public Law Research Paper n.º 12-305, 2012.
- Savigny, Friedrich Carl von.** *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. esp. de System des heutigen römischen Rechts por Jacinto Mesía e Manuel Poley, tomo I, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878.
- Schroeder, Christopher.** *Corrective justice, liability for risks, and tort law*, UCLA Law Review, vol. 38, 1990/1991.
- Silva, João Calvão da.** *A Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1999.
- Singer, Peter.** *Practical Ethics*, second edition, Cambridge University Press, 1993.
- Smith, Stan V.** Ver **Brookshire, Michael L.**
- Smith, Stan V.** Ver **Berla, Edward P. – Brookshire, Michael L. – Smith, Stan V.**
- Sousa, Rabindranath Capelo de.** *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- Stanton, Katherine J.** *The Worth of a Human Life*, North Dakota Law Review, vol. 85, 2009.
- Steinglass, Steven H.** *Wrongful Death Actions and Section 1983*, Indiana Law Journal, vol. 60, 1985.
- Stewart, Gary – Cutrer, William – Demy, Timothy – Mathúna, Dónal – Cunningham, Paige – Kilner, John – Bevington, Linda.** *Basic Questions on Suicide and Euthanasia – Are They Ever Right*, Kregel Publications, Grand Rapids MI, 1998.
- Strasser, Mark.** *Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One*, vol. 64, 1999.
- Sunstein, Cass R.**
Are Poor People Worth Less Than Rich People? Disaggregating the Value of Statistical Lives, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n.º 207, 2004.
- Sunstein, Cass.** Ver **Posner, Eric – Sunstein, Cass**
- Symonds, Sheryl Anne.** *Wrongful Death of the Fetus: Viability Is Not a Viable Distinction*, University of Puget Sound Law Review, vol. 8, 1984.
- Tavares, José.** *Os princípios fundamentais do Direito Civil*, vol. I, 1ª parte, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1930.
- Taylor, Dennis C.** *Your Money or Your Life?: Thinking About the Use of Willingness-to-Pay Studies to Calculate Hedonic Damages*, Washington and Lee Law Review, vol. 51, 1994.
- Telles, Inocêncio Galvão.** *Direito das Sucessões – Noções Fundamentais*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.
- Vasconcelos, Pedro Pais de.** – *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 2015.
– *Direito de Personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.
- Viscusi, W. Kip.** *The Value of Life: Has Voodoo Economics Come to the Courts?*, Journal of Forensic Economics 3(3), 1990.
The Value of Life in Legal Contexts: Survey and Critique, American Law and Economics Review, vol. 2, n.º 1, 2000.
The Flawed Hedonic Damages Measure of Compensation for Wrongful Death and Personal Injury, Journal of Forensic Economics 20(2), 2007.
- Viscusi, W. Kip.** Ver **Aldy, Joseph E. – Viscusi, W. Kip**
- Walker, Brian.** *Lessons that Wrongful Death Tort Law Can Learn from the September 11th*

Victim Compensation Fund, The Review of Litigation, vol. 28, 2009.

Weinrib, Ernest. *The special morality of Tort Law*, McGill Law Journal, vol. 34, n.º 3, 1989.

The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law, Valparaiso University Law Review, vol. 23, n.º 3, 1989.

Williams, Sean Hannon. *Lost Life and Life Projects*, Indiana Law Journal, vol. 87, 2012.

Wright, Richard W. *Right, Justice and Tort Law*, Philosophical Foundation of Tort Law (coordenação de David G. Owen), Oxford University Press, New York, 1995.

- Salvo explícita indicação em sentido contrário, toda a jurisprudência nacional citada ou referida foi obtida no sítio www.dgsi.pt

- A generalidade da *case law* norte-americana foi obtida no sítio www.justia.com e a britânica em www.bailii.org