

Ressonância do problema do dano corporal na atuação do Provedor de Justiça.*

José de Faria Costa, *Provedor de Justiça*

1. O Provedor de Justiça e a defesa da integridade da pessoa ou, talvez melhor, da inteireza da pessoa.

Ao Provedor de Justiça compete, com independência e informalidade, prosseguir na prevenção e reparação de injustiças ou ilegalidades sentidas pelos cidadãos ante ações ou omissões dos poderes públicos. No epicentro da sua razão de ser encontram-se as pessoas e conseqüente proteção dos seus direitos e interesses, sejam aqueles mais intrinsecamente ligados à personalidade e devir humano, sejam aqueles outros que a acolhem e reconhecem na sua relação com a comunidade, os “direitos sociais”.

A intransigente defesa da pessoa habilita a atuação do Provedor de Justiça no exercício que admite a imputação de uma responsabilidade jurídica (*lato sensu*), como consequência da lesão de posições jurídicas que afetem a sua integridade ou “*inteireza*” psicofísica, independentemente do título da imputação, modalidade de facto lesivo ou ramo de Direito em que se insira.

Antes de continuarmos duas palavras para fundamentar a razão da preferência conceitual por “inteireza da pessoa” face à noção tradicional “integridade da pessoa”. Ser íntegro é menos do que ser inteiro, porquanto a integridade arrasta consigo a possibilidade da sua desintegração, enquanto “ser inteiro” não admite sequer a possibilidade de uma qualquer diminuição ou apoucamento. Qualquer ataque a “ser inteiro” implica a sua absoluta e inafastável nadificação (tornar em

(*) Este texto teve a colaboração da Dra. Sara Vera Jardim, Assessora do Provedor de Justiça, e serviu de base à comunicação proferida no Seminário *Avaliação Pericial e Reparação do Dano Corporal em Portugal*, realizada no Auditório Prof. Doutor Henrique Vilaça Ramos – Idealmed, em Coimbra, em 16 de Janeiro de 2015.

nada). Por outras palavras: ou sou “ser inteiro” ou não sou. Não há meio termo. Enquanto a integridade permite, o conceito de integridade permite, modulações, declinações, subtilezas quantitativas. Permite, digamo-lo abertamente, o poder ser mais ou menos íntegro, o poder estar mais ou menos íntegro. No entanto, bom é de ver eu não posso ser mais ou menos inteiro, eu não posso estar mais ou menos inteiro. Repete-se: ou se está ou é inteiro ou não se é ou não se está inteiro. Donde, o que importa, a todos os títulos e de maneira inequívoca, como se acaba de ver, é defender a inteireza da pessoa.

Fechado este pequeno excursão de fundamentação e de clarificação conceitual, poder-se-á afirmar que tal fim, a intransigente defesa da pessoa, se materializa, quer no contexto mais clássico da figura do Ombudsman de origem escandinava, pelo controlo da legalidade na prática administrativa do quotidiano, quer na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, este último beneficiando de afirmação crescente, desde 1999, ano do reconhecimento do Provedor de Justiça como Instituição Nacional de Direitos Humanos. Sem distinção rígida, ou sequer desejável, em ambas as vertentes o Provedor sugere a melhoria de práticas administrativas em uso, propõe a reformulação de decisões adotadas em função do enquadramento legal aplicável ou recomenda alterações legislativas que mais bem conformem os direitos dos cidadãos. A informalidade é o paradigma de uma atuação que se pretende, para além de justa, eficaz.

A ressonância que a matéria do dano corporal possa ter na atuação do Provedor de Justiça, na prática ou em perspetiva, não pode deixar de patentear esta dialética entre a interpretação do Direito palpável, no sentido do intransigente amparo dos direitos e interesses dos cidadãos e a pretensão de assegurar a melhor equidade possível na composição da solução, concreta ou sistémica, que é chamado a apreciar.

O próprio sistema da reparação do dano corporal é fundamentado pela tutela de posições jurídicas primárias, objeto de uma certa ordenação jurídica, na qual se misturam diferentes níveis de proteção. No topo desta hierarquia de bens pré-

definida, surgem, com maior ou menor grau de execução, os direitos fundamentais como sejam, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da vida, o direito à integridade pessoal física e moral, o direito ao trabalho e o direito à proteção da saúde, mas também, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito a constituir família ou mesmo o direito ao lazer.

Naturalmente que se evita, de maneira legítima, o formalismo da consagração normativo-constitucional, assumindo o reconhecimento de direitos fundamentais fora do catálogo estrito que ali se desenha. De resto, sempre o Provedor de Justiça tem o dever de intervir ante a postergação de qualquer posição subjetiva, independentemente da identificação de uma componente, formal ou material, de fundamentalidade.

Queria com isto concluir que, sem embargo de o domínio da responsabilidade por facto danoso se encontrar, como não podia deixar de ser, erigido em um robusto sistema de normas formais, balizado por pressupostos objetivos de imputação e com margem de discricionariedade demarcada, trata-se de problemática a que não é alheia a vantagem de uma atuação do Provedor de Justiça, quer na exegese sempre requerida, quer na procura dos valores primários que habilitam o sistema normativo.

Como em todas as outras, procura-se uma decisão mais justa e célere, que defenda o interesse dos cidadãos, respeitando a atividade pública, buscando a sua legitimação na defesa dos mais fundamentais direitos da pessoa.

Acompanhando o progresso jurídico e social da doutrina dos direitos humanos, também a conceção sobre a integridade pessoal se foi moldando em função dos avanços culturais, científicos e ideológicos. A pessoa, na sua individualidade, não se reconduz ao seu corpo, na perspetiva material dos elementos que o compõem.

Evitando dissonâncias doutrinárias, uma das particularidades modernas da dogmática da disciplina do dano corporal prender-se-á com a assunção de variáveis indemnizáveis que vão muito além da originária lesão física comprovada, perda de rendimento, ou mesmo perda de funcionalidade, evoluindo para um entendimento

que incorpora no dano toda a compressão de faculdades psicossomáticas e funcionais da pessoa, que atinja a sua vida nas suas vertentes profissional e também pessoal. Não merecerá contestação que a realização da pessoa hoje integra uma dimensão lúdica, cultural, familiar, estética e sexual, entre outras.

O peso da imaterialidade que decorre do entendimento que acabei de expor, ainda que orientada ou, se preferível, tabelada por uma avaliação técnico-científica indispensável, não deixa de ser complementada pela consideração das particularidades do caso concreto, os danos não patrimoniais a acrescer aos danos patrimoniais, a ofensa à saúde em si e o imprescindível recurso ao juízo de equidade.

É neste momento que o Provedor de Justiça interceta a atividade de avaliação e reparação do dano corporal, entendido em uma versão ampliada de dano na integridade da pessoa. Os paradigmas da informalidade e da ética do comprometimento que caracterizam a sua atuação facilitam a superação dos raciocínios de perícia, almejando, como é de definição, uma liberdade que vai ainda mais além do que aquela que é reconhecida aos órgãos jurisdicionais.

O desagrilhoamento normativo que qualifica o especial trajar do Provedor de Justiça realça a pertinência da sua intervenção, em particular, nas áreas pautadas pela incerteza quanto aos perigos ou título de imputação da responsabilidade, cada vez mais típicas da sociedade de risco que gerámos. Referimo-nos, por sobre tudo, à responsabilidade pelo risco, tendo como factos danosos lesões resultantes de danos ambientais ou de danos tecnológicos.

Já na década de 90, em domínio adjacente à responsabilidade pelo risco, o Provedor de Justiça não se alheou do mediático caso do “sangue contaminado”. Relembre-se que estava inicialmente em causa a contaminação com VIH de utentes hemofílicos que haviam recebido, durante o ano de 1987, transfusões sanguíneas em estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde. Neste contexto, foi recomendado ao Governo que proovesse pela indemnização dos lesados mediante simples prova de ter sido recebido tratamento médico com o lote de sangue contaminado, em conjugação com o resultado positivo aos marcadores de VIH. Não sendo acatada a

flexibilização da prova do nexo de causalidade, a solução seguida consistiu na criação de um tribunal arbitral.

Antes de me referir a outros exemplos ilustrativos da intervenção do Provedor de Justiça no domínio da responsabilidade, ocorre sublinhar que a sua atividade se insere no domínio da atividade de entes públicos, encontrando-se portanto excluídas as relações entre particulares, salvaguardadas aquelas que impliquem uma especial relação de domínio no âmbito da proteção dos direitos, liberdades e garantias. Por fim, é de observar que a garantia da independência dos tribunais e reserva jurisdicional constitucionalmente estabelecidas previnem a pronúncia ou intervenção do Provedor relativamente a atos materialmente judiciais, ou sempre que determinada situação tenha sido submetida a julgamento pelos tribunais.

No confronto com os mecanismos clássicos de intervenção, impõe-se lembrar que as suas decisões não são vinculativas, característica que acentua a dependência do seu modo de agir da força de uma magistratura de influência, presentemente legitimada por quarenta anos de história.

De tudo quanto ficou exposto, resulta uma delimitação negativa que exclui da tutela provedoral um conjunto importante de situações de responsabilidade civil, aquelas que resultam de acidentes de viação, ou mesmo de acidentes de trabalho sempre que intervenham entidades empregadoras privadas, duas das mais clássicas áreas de abordagem do dano corporal.

Já no travejamento das linhas que têm edificado a sua intervenção, identificam-se aquelas situações em que ao Provedor compete garantir a realização da legalidade vigente, na fixação da responsabilidade, respetivos termos e medida de reparação (ou mesmo compensação) instituída, por contraponto a uma intervenção de natureza mais atípica, norteadas pelos princípios da informalidade e da equidade, espaço que pressupõe maiores desafios, em medida que assumo proporcional à liberdade de agir e de propor.

2. O controlo da legalidade na reparação do dano decorrente de acidentes de trabalho.

Centrando-nos em um dos domínios tradicionais de aplicação da disciplina da reparação do dano corporal, os acidentes de trabalho ocorridos ao serviço de entidades públicas supõem desafios de interpretação de ordem diversa.

Contam-se no conjunto de casos abordados intervenções a respeito da qualificação de determinadas ocorrências como acidentes de trabalho, a pronúncia relativa aos limites do dever de assegurar a reintegração do trabalhador acidentado no posto de trabalho ou, inclusivamente, a identificação das despesas abrangidas pela extensão da responsabilidade da entidade empregadora.

Com particular interesse, por buscar arrimo na tutela constitucional do direito à assistência e justa reparação dos trabalhadores quando vítimas de acidentes de trabalho (artigo 59.º, alínea *f*), da Constituição da República Portuguesa), ainda que intermediada pela respetiva concretização infraconstitucional, recordo aqui a Recomendação n.º 19/A/2012. Teve esta tomada de posição como objeto a reparação devida a três docentes contratados a termo, vítimas de acidentes de trabalho geradores de incapacidades temporárias absolutas e que, após a caducidade dos mesmos, se mantêm nessa situação de incapacidade.

Em suma, arguindo a necessidade de conformação constitucional do quadro legal aplicável (artigos 4.º, n.º 4, e 15.º, do Decreto-lei n.º 503/99, de 20 de novembro), afirmou o Provedor de Justiça, em oposição à conduta adotada pelas entidades oficiais, que ao empregador incumbe o dever de assegurar a reparação devida pelo acidente sofrido independentemente da caducidade do contrato de trabalho. Em um primeiro momento, o Ministério da Educação e Ciência defendeu a desvinculação do dever de ressarcir em dinheiro os danos causados pelos acidentes – o qual, em função do regime legal aplicável (Decreto-lei n.º 503/99, de 20 de novembro) se reconduz a remuneração - porquanto estritamente contido na relação jus-laboral, entretanto cessada.

O não acatamento inicial da Recomendação justificou o seu envio à Assembleia da República, conforme procedimento admitido nos Estatutos do Provedor de Justiça. Por fim, o Senhor Secretário de Estado da Administração Pública terá corroborado a posição do Provedor de Justiça, declarando que a prestação em dinheiro devida por incapacidade absoluta para o trabalho tem por fim a reintegração da anterior capacidade de trabalho ou ganho do acidentado, assim anuindo na rejeição da respetiva subsunção ao conceito de remuneração em situação de faltas.

Estribado na necessidade de garantir uma interpretação conforme à Constituição da legislação em vigor, foi determinado o reconhecimento do direito dos docentes à reparação em dinheiro do dano de incapacidade temporária absoluta resultante dos acidentes sofridos enquanto essa incapacidade se mantiver (o que equivale a dizer, até a alta clínica, ou, se for esse o caso, até ser determinada a incapacidade definitiva), tendo sido impulsionada, pelo membro do Governo responsável, a elaboração de proposta de instrumento legislativo clarificador da situação.

Permitindo-me traçar uma ponte com as considerações iniciais sobre a conceção sociojurídica de dano na integridade da pessoa, o acatamento da Recomendação mencionada pode ser interpretado como um reflexo da concretização da tutela do bem jurídico capacidade de trabalho ou de ganho, pressupondo este uma esfera de proteção mais ampla do que aquela que é antecipada pela reconstituição da situação em que o trabalhador estaria sem a lesão corporal.

Em outra vertente, trata-se de um exemplo paradigmático da amplitude plausível da intervenção do Provedor de Justiça; atuando com vista à correção da decisão considerada injusta, sem abdicar da clarificação do regime legal consagrado no Decreto-lei n.º 503/99, de 20 de novembro.

A propósito de intervenções sistémicas, ainda que apenas ladeando os aspetos da qualificação e quantificação de lesões corporais, o Provedor de Justiça

sugeriu em 2012, a adoção de medida legislativa que consagre uma tabela própria para avaliação e graduação da desvalorização dos cidadãos portadores de deficiência para efeitos de acesso às medidas e benefícios previstos na lei. Esta posição encontra-se alicerçada no entendimento de que a aplicação da atual Tabela Nacional de Incapacidades (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 352/2007, de 23 de outubro), cujo objeto se previa restrito à graduação da “perda de capacidade de ganho”, não é adequada a avaliar o grau de incapacidade e funcionalidade em saúde.

Apesar se ter sido bem acolhida a sugestão, aguardam-se desenvolvimentos no projeto de harmonização no espaço europeu da medição da incapacidade.

3. O princípio da equidade em domínios atípicos de responsabilidade por danos na integridade da pessoa.

Reflexo da especificidade da intervenção no domínio da reparação de danos, confirmando o seu potencial como mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos, ao Provedor de Justiça coube, em 2001, a responsabilidade pela fixação dos critérios a utilizar no cálculo das indemnizações a pagar pelo Estado aos herdeiros das vítimas da trágica queda da ponte de Entre-os-Rios.

Assumindo o encargo de indemnizar os familiares das vítimas, o Estado português pediu a colaboração do Provedor de Justiça para determinar as regras de cálculo dos valores a atribuir, as quais haviam de ser fixadas tendo por base o princípio da equidade (Resolução do Conselho de Ministros n.º 29-A/2011, de 9 de março). De resto, um seu representante integrou a comissão responsável pelo apuramento do montante devido em cada caso concreto (compunham a referida Comissão, para além do representante do Provedor de Justiça, um magistrado judicial, que presidia, um representante da Ordem dos Advogados, um representante do Instituto de Seguros de Portugal e um representante do Governo).

Sublinho que constituíam contornos especiais deste procedimento, o facto de se tratar de responsabilidade extracontratual assumida pelo Estado por uma questão de justiça, embora sem um título de imputação que fosse ao tempo legalmente definido, bem como a circunstância de estarem envolvidas dezenas de vítimas. O princípio da equidade foi formalmente estipulado como único critério vinculativo para a solução a encontrar, pretendendo-se a conclusão célere de um processo que, de outro modo, se antevia moroso e extremamente dispendioso.

A solução proposta partiu da conceção sobre o dever indemnizatório que prevê a reconstituição da situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (artigo 562.º do Código Civil) ou, verificada a sua impossibilidade, pelo cálculo de sucedâneo pecuniário que se aproxime dessa medida (artigo 566.º, n.º 1, do Código Civil). O comando legal da indemnização pelos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito (artigo 496.º, n.º 1 do Código Civil) foi, naturalmente, cumprido.

Ao carácter inovador do procedimento, acresceram dois aspetos particulares que enformaram a decisão final com potencial influenciador de enquadramentos futuros: o primeiro, consubstanciado na defesa da posição de que o prejuízo pela perda de vida deve ser valorizado de igual forma para todos, independentemente, portanto, de juízos sobre a idade da vítima, esperança média de vida ou outras variáveis comumente utilizadas; o segundo, a afirmação da necessidade de garantir que a fórmula utilizada para cálculo das indemnizações, previa o pagamento de determinado capital, subvertendo consequentemente o efeito depreciativo da inflação.

O procedimento foi concluído em menos de um ano, salvo uma situação excecional que aguardou a definição judicial do universo de herdeiros.

Antecedendo cronologicamente esta intervenção, em domínios equivalentes, não poderia deixar de mencionar que o Provedor de Justiça havia anteriormente proposto critérios de indemnização em outros três casos legalmente atípicos. Em 1996, incidindo sobre a morte de cidadão em posto da Guarda Nacional

Republicana, com posterior decapitação e ocultação de cadáver, em 1997, visando a morte de cidadão emigrante em acidente durante colaboração graciosa com representação consular portuguesa (fora, portanto, da qualificação como uma relação de trabalho), bem como a morte de guarda-florestal no exercício das suas funções. Muito embora sem a robustez da intervenção no caso da ponte de Entre-os-Rios, dada a singularidade de cada um dos casos, foi então proposto um critério de indemnização considerado justo, aceite pelo Estado português e pelos lesados, alcançando-se uma solução célere e menos onerosa.

Chegados à fase final desta incursão não poderia deixar de aflorar a temática da responsabilidade dos profissionais de saúde, dada a progressiva posição de relevo que vem ocupando no domínio da responsabilidade por danos na integridade da pessoa, quer pelo número crescente de casos que motiva, quer pela indissociável relevância que a tutela do bem saúde vem assumindo, imbrincado inclusivamente na evolução da noção de dano (na evolução para o designado “dano biológico”).

Restrinjo-me, todavia, à experiência e limites de intervenção do Provedor de Justiça, reiterando que esta pressupõe a intervenção de uma unidade de saúde de natureza pública e que dificilmente progrediria na hipótese de estarem em apreço factos controvertidos, apenas dirimíveis por recurso a júzos de natureza técnica, nomeadamente médica. E neste contexto não posso deixar de referir que a isenção do cumprimento de um procedimento probatório típico, característica ímpar do Provedor de Justiça, sem embargo de permitir um procedimento mais célere e justo em situações de erro grosseiro ou manifesto ou relativamente às quais estejam firmados os factos, acarreta limitações de prova nem sempre ultrapassáveis, sobretudo pela indisponibilidade do recurso a peritos médicos e nesta sede especialmente sentidas.

Não obstante a limitação descrita, nos anos de 2000 e 2001, o Provedor de Justiça não deixou de recomendar ao então titular da pasta da Saúde o pagamento de uma indemnização a cidadã que, na sequência da administração de uma anestesia geral prévia à realização de uma cesariana, sofreu uma paragem cardiorrespiratória

que lhe provocou sequelas irreversíveis. A posição adotada baseou-se essencialmente no teor do relatório do inquérito promovido pela Inspeção-Geral da Saúde e demais elementos atinentes a este processo. Destes resultava, sem que parecessem subsistir dúvidas, a verificação de uma deficiente vigilância da doente no período pós-operatório, em violação das regras técnicas definidas para o caso da administração do anestésico então utilizado. Esta recomendação não foi, todavia, acatada.

Trata-se, porém, de um caso de intervenção excepcional, dificilmente enquadrável nas situações que frequentemente são trazidas à apreciação do Provedor de Justiça no presente. Refiro-me a queixas sobre os termos da assistência médica prestada nas unidades do Serviço Nacional de Saúde, fundamentalmente centradas em alegações de negligência médica e má prática, incluindo danos corporais, designadamente, a morte. O ressarcimento nem sempre é invocado como pretensão concreta. Na grande maioria, a apreciação técnica não se mostra viável, pelas razões que acima aduzi. Assim sendo, procura-se assegurar o mais correto encaminhamento do cidadão, lembrando que são as próprias unidades de saúde visadas as primeiras responsáveis pela análise e averiguação da situação denunciada, justificando-a, ou adotando as diligências consideradas necessárias à sua superação e, se for o caso, aperfeiçoamento de procedimentos. Mantém-se possível a intervenção do Provedor, não só no controlo do cumprimento do dever de resposta da entidade envolvida, como na apreciação do teor da mesma, pugnando-se, sempre que necessário, para que sejam efetivamente esclarecidas todas as dúvidas expostas e alegações imputadas.

Paralelamente procede-se ao encaminhamento dos interessados para as entidades administrativas com competência para fiscalizar o funcionamento dos serviços, mormente através do exercício do poder disciplinar sobre os profissionais de saúde, a saber, a Inspeção-Geral das Atividades em Saúde e as ordens profissionais envolvidas. No caso específico da Ordem dos Médicos o tempo de resposta praticável não permitirá considerar que se trate, no atual modelo, de uma

solução idónea a satisfazer os anseios dos cidadãos que se julgam lesados na sua integridade (sendo inclusivamente discutível que tal constitua a finalidade desta entidade).

Caso nenhum dos mecanismos não jurisdicionais se mostre apto à superação do conflito, o recurso aos Tribunais afigura-se a solução mais consentânea com as preocupações dos cidadãos, só ali sendo viável, no atual enquadramento jurídico nacional, o recurso aos meios de prova especializados requeridos para dirimir a imputação de responsabilidade, civil ou penal, em matéria de tamanha complexidade técnica.

Ante a questão de saber se lograria o Provedor de Justiça atuar como mecanismo extrajudicial de resolução de litígios emergentes de responsabilidade civil na aventada desjudicialização, tema recorrente nomeadamente no domínio da responsabilidade médica, importa de novo sublinhar a matriz de independência e informalidade que caracteriza a sua atividade, para arguir a desejável exclusão da sua participação em juízos que incidam sobre a mensurabilidade do dano.

O Provedor deve preservar-se como possível solução de justiça acionável sempre que esgotadas as demais garantias reconhecidas ao cidadão, incluindo aquelas que se concretizem através do mecanismo formal de resolução alternativa de litígios. Vale isto por dizer que, em regra, deverá evitar-se uma intervenção precoce, meramente executiva, só assim se favorecendo o reforço da confiança dos cidadãos em um interlocutor estável que, a todo o tempo e de modo informal, possa ampará-los na realização dos seus direitos e liberdades fundamentais.