

MESTRADO EM DIREITO

CIÊNCIAS JURÍDICO-CIVILÍSTICAS

A noção da Perda de Chance: a possível «cura» para as limitações da Responsabilidade Civil do Médico?

Raquel Maria Peixoto Ferreira

M

2020





Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Raquel Maria Peixoto Ferreira

**A NOÇÃO DA PERDA DE CHANCE:
A POSSÍVEL «CURA» PARA AS LIMITAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL
DO MÉDICO?**

Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas

Dissertação de Mestrado em Direito na área de Ciências Jurídico-Civilísticas, para finalização do ciclo de estudos conducente ao grau de Mestre, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação da Senhora Professora Doutora Rute Teixeira Pedro.

Porto

Outubro de 2020

Índice

Resumo/Abstract.....	3
Introdução.....	4
Parte I - O problema da sobrecarga do doente com o encargo probatório e a necessidade da sua resolução - a “doença” a que o direito deve dar resposta	
1. O crescimento da litigiosidade no âmbito da outrora intocável actividade médica: uma inevitável consequência do progresso e da crescente necessidade de protecção do doente.....	6
2. A responsabilidade civil do médico.....	8
2.1. Natureza contratual ou extracontratual?.....	8
2.2. Seus pressupostos.....	11
2.3. A (diminuta) importância da distinção entre responsabilidade delitual e contratual e como todas as obrigações são sempre de um certo resultado.....	19
3. O pesado encargo probatório sobre o doente e a dificuldade de estabelecimento do nexos causal entre o dano sofrido e o acto do médico.....	20
Parte II - O dano autónomo da Perda de Chance - uma “cura” ao alcance do direito positivo português?	
1. A noção da perda de chance.....	22
1.1. Conceito.....	22
1.2. A perda de chance no plano do dano e não como uma questão de causalidade parcial.....	24
1.2.1. A perda de chance como um mecanismo que faz relevar uma causalidade parcial.....	25
1.2.2. A perda de chance como um dano susceptível de reparação.....	27
1.3. Características da chance e da perda de chance.....	29
1.3.1. Características da chance: aleatória, neutra, autónoma e séria.....	29
1.3.2. Características do dano da perda de chance: autónomo, emergente e certo.....	31

1.4. Pressupostos da responsabilização por acto causador de perda de chance.....	32
1.5. Acolhimento na doutrina portuguesa.....	33
1.6. Acolhimento na jurisprudência portuguesa.....	37
2. O dano da perda de chance de cura ou sobrevivência.....	40
2.1. Os casos de dano da perda de chance de cura ou sobrevivência.....	40
2.1.1. Diagnóstico atrasado ou incorrecto.....	40
2.1.2. Tratamento atrasado ou incorrecto.....	41
2.1.3. Intervenções médicas sem o consentimento (informado) do doente.....	41
2.2. Distinção de outros tipos de danos causados pela actividade médica.....	42
2.3. A indemnização por perda de chance.....	44
2.3.1. Definição da probabilidade.....	44
2.3.2. Natureza e cálculo da indemnização.....	45
2.4. Dificuldades de índole prática e possíveis consequências negativas.....	48
3. Análise crítica.....	49
Conclusão.....	53
Bibliografia.....	54

Resumo

Nas acções judiciais de responsabilidade civil médica é notória a desproporção entre o poderio das partes em confronto, tocando ao doente lesado carregar todo o árduo fardo probatório, que vê, por esse motivo, e na maioria das vezes, as suas aspirações ressarcitórias completamente frustradas.

A noção da perda de chance tem vindo a ganhar alguma visibilidade no âmbito da responsabilidade civil médica, considerada enquanto dano autónomo de perda de chance de cura ou sobrevivência, com vista a corrigir um quadro jurídico visivelmente deficitário, no que respeita à aplicabilidade prática dos princípios jurídicos que lhe subjazem.

Apresentando-se como um instrumento tutelador, com a finalidade de corrigir as deficiências "diagnosticadas" na operação da afirmação do nexos causal no âmbito da responsabilidade civil do médico, esta noção alarga o modelo tradicional da responsabilidade civil e da indemnização por danos, tornando-o mais justo e adequado à sociedade actual.

Palavras-chave: Medicina; Responsabilidade civil; Perda de chance; Cura; Sobrevivência; Dano; Causalidade.

Abstract

In civil medical liability lawsuits, the disproportion between the power of the opposing parties is notorious, since it is often the patient who must bear the whole arduous burden of proof, thus seeing his aspirations for compensation completely frustrated.

The concept of loss of opportunity has gained some visibility in the field of medical liability, while regarded as an autonomous loss of cure or survival opportunity, in order to rectify a significant deficient legal framework when it comes to the practical applicability of the legal principles which underly it.

Presenting itself as an instrument of protection, with the aim of rectifying the deficiencies "diagnosed" in the operation of the causal link's affirmation in the context of the doctor's civil liability, this notion extends the traditional model of civil liability and compensation for damage, making it fairer and more appropriate for today's society.

Keywords: Medicine; Civil liability; Loss of opportunity; Cure; Survival; Damage; Causality.

Introdução

A democratização do acesso à saúde complexificou o relacionamento entre médicos e doentes e converteu a área médica (outrora, intocável e sagrada) num “terreno fértil” para litígios, consubstanciando desafios a que o Direito tem de atender.

Nos dias de hoje, os problemas suscitados pela responsabilidade civil decorrente de actos médicos são crescentes e de elevada complexidade, quer a respeito do regime jurídico positivo convocado para a resolução das questões suscitadas (se o da responsabilidade civil contratual ou delitual), quer a nível da sua efectivação prática. Desde logo, impõe-se saber em que situações o lesado pode exigir do lesante que o coloque na situação em que estava anteriormente à ocorrência do dano ou, quando tal não for possível, que o indemnize. Para isso, começaremos por analisar neste trabalho o preenchimento dos pressupostos constitutivos de responsabilidade civil, bem como a natureza da obrigação assumida pelo médico: se de meios, se de resultado. Cabe ressaltar que o conceito de responsabilidade médica, nesta dissertação, abrangerá tão-só a responsabilidade do médico propriamente dito na relação estabelecida entre este e o doente; neste trabalho não iremos incluir a responsabilidade dos organismos hospitalares públicos ou das clínicas privadas, cujos problemas (e correspondentes soluções) merecem análise autónoma, em sede distinta.

À semelhança do que tem sido a tendência noutros ordenamentos jurídicos, a doutrina e a jurisprudência portuguesas vêm impulsionando o recurso a meios de simplificação processual destinados a desonerar o lesado nas demandas judiciais. Tais mecanismos questionam os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, tanto quanto à forma de encarar a causalidade, como no reconhecimento dos novos danos indemnizáveis, de que é exemplo o dano autónomo da perda de chance, objecto da presente dissertação. A noção da perda da oportunidade ou chance aplicada à responsabilidade médica é um desses meios, pois o seu reconhecimento enquanto um dano autónomo e indemnizável permite distribuir o peso da incerteza causal entre as duas partes e considerar a carga aleatória inerente a esta actividade profissional.

Analisaremos as questões relativamente ao enquadramento dogmático no instituto da responsabilidade civil da teoria da perda de chance, nomeadamente a de saber se a noção tem aplicabilidade em sede do pressuposto do dano ou do nexo de causalidade, para concluir, que no ordenamento jurídico português, a aceitação desta noção deve passar pela consideração da

perda de chance como um dano autónomo. Faremos uma exposição sumária das características da chance - enquanto chance e enquanto dano -, dos pressupostos que se devem achar preenchidos para que possa haver lugar à sua aplicação prática e do acolhimento da figura em alguma jurisprudência e doutrina portuguesas. Dedicaremos algum estudo ao dano autónomo da perda de chance de cura ou sobrevivência, concretizando-o em casos habitualmente verificados na actividade médica e distinguindo-o de outros tipos de danos causados por esta actividade. Faremos ainda menção à indemnização a conceder neste tipo de dano e dos métodos possíveis para o seu cálculo.

Finalmente, apontaremos as dificuldades de índole prática que emergem da utilização desta figura e os possíveis inconvenientes consequenciais, ponderando-os com os aspectos positivos que a aplicação prática da mesma evidencia.

Parte I - O problema da sobrecarga do doente com o encargo probatório e a necessidade da sua resolução - a “doença” a que o direito deve dar resposta

1. O crescimento da litigiosidade no âmbito da outrora intocável actividade médica: uma inevitável consequência do progresso e da crescente necessidade de protecção do doente

As diversas transformações que se têm verificado na sociedade contemporânea desde o final do século XX, tais como as alterações demográficas (o aumento da longevidade e decréscimo da natalidade), as alterações sociais (o aumento da formação académica e cultural das populações, bem como uma generalizada consciencialização social relativa aos direitos de cada um), as alterações tecnológicas (as crescentes descobertas científicas e o fácil acesso a mais informação) têm provocado diversas alterações na forma como o profissional de saúde é encarado e na relação médico-doente.

A imagem de magistralidade que os profissionais de saúde desenvolveram perante a sociedade contemporânea, aliado ao que SINDE MONTEIRO aponta como um especial fenómeno do século XX, o “progressivo esbatimento dos privilégios ou imunidades (de direito ou de facto) das pessoas de nível superior”¹ conduz a que o profissional de saúde, outrora alvo de reverência e sentimentos de temor e gratidão, tenha sido gradualmente “despido pela sociedade da sua “veste santa” e se tenha transformado num alvo de críticas e de responsabilização, por iniciativa do doente, hoje menos resignado com as falhas da medicina e mais informado e consciente nos seus direitos².

Por outro lado, o progresso comprovado nas mais variadas áreas do saber médico, com técnicas de intervenção cada vez mais sofisticadas e terapêuticas cada vez mais complexas, coloca sobre o profissional médico uma esmagadora expectativa daqueles que procuram os seus

¹ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Dissertação de Doutoramento, Col. Teses, Coimbra, Almedina, 1989, p. 166.

² MARIA TERESA CAPELA, “O utente, o médico e o hospital - O busílis do regime da responsabilidade civil extracontratual subjectiva por actos médicos lesivos”, in *É-Pública, Revista Eletrónica de Direito Público*, Volume 2, n.º 2, Julho 2015, disponível em www.e-publica.pt.

serviços, o que reconduz qualquer acontecimento nefasto a uma falha indesculpável do profissional³.

Todas estas mutações, nas ciências e nas mentalidades, levaram a que se tenha verificado em Portugal - ainda que mais tardiamente do que no resto do mundo⁴, - um evidente aumento do número de acções em que se discute a responsabilidade profissional do médico pelas falhas ocorridas no exercício da sua actividade, conjuntamente com um aumento generalizado do *quantum* indemnizatório nelas exigido⁵.

No entanto, são muitas as lacunas no regime jurídico vigente no que concerne à efectivação desta responsabilidade, e a tutela oferecida ao doente lesado revela-se, muitas vezes, insuficiente, principalmente devido às dificuldades probatórias com que se debatem os lesados nas acções de responsabilidade civil médica, conclusão que, nas palavras de RUTE TEIXEIRA PEDRO, resulta desde logo “do número (comparativamente) muito reduzido de decisões proferidas em sentido favorável ao doente lesado e o abismo patenteado entre esse número e o dos pedidos ressarcitórios formulados”⁶ e do elevado número de “acordos de transacção” que são firmados no seio destas demandas⁷.

Mas não foi só a evolução da sociedade e a forma como esta olha para os profissionais de saúde que contribuiu para um aumento das acções judiciais nesta área. No mesmo sentido, acode também a crescente preocupação do legislador com o lesado. No entendimento de LLAMAS POMBO, a moderna responsabilidade civil tem como princípio geral o *favor victmae* ou *pro damnato*⁸. Tal como resulta das normas de responsabilização - o artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil⁹ refere “aquele que (...) violar ilicitamente o direito (...) fica obrigado a indemnizar o lesado (...)” -, o legislador actual teve uma crescente preocupação em favorecer

³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Colecção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º15, Coimbra, Coimbra Editora, Novembro de 2008, pp. 35 e ss.

⁴ Segundo ELENA BURGOA, tal dever-se-á ao temperamento do povo português – “os brandos costumes” – aliado à mistificação dos médicos. ELENA BURGOA, “A cabeça de Jano e a negligência médica, O caso português”, in *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 13, Abril-Junho de 1999, p. 75.

⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Da tutela do doente lesado: breves reflexões” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Volume 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 417-460, disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49897

⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Da tutela...” op. cit., p. 420.

⁷ Vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 42.

⁸ EUGÉNIO LLAMAS POMBO, “Prevención y reparación, las dos caras de la responsabilidad civil”, in *La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual*, Madrid, Dykinson, 2007, pp.447-448.

⁹ Todas as normas citadas neste trabalho, inclusivamente as citadas em notas de rodapé, sem indicação do diploma a que pertencem, são normas que integram o Código Civil português.

o lesado, nas situações em que se impõe uma intervenção correctora das desigualdades existentes entre as partes em juízo¹⁰. Entendemos que as situações ligadas à actividade médica merecem uma atenção especial, desde logo por se tratar de um sector de actividade profissional em que a saúde e o carácter biológico do ser humano interferem forte e determinantemente com a responsabilidade civil, incluindo-se nela, entre outras, a responsabilidade de técnicos, enfermeiros e até a responsabilidade medicamentosa¹¹. Por outro lado, deve ter-se em consideração a natureza dos bens jurídicos alegadamente violados pelo acto do médico - integridade física, saúde, vida, auto-determinação -, os quais o legislador português entendeu merecedores do grau máximo de tutela, fazendo-os constar do elenco de bens jurídicos protegidos pela Constituição da República Portuguesa, o que muito contrasta com as dificuldades, principalmente de carácter probatório, que o lesado enfrenta na efectiva protecção de tais bens¹². O acto que origina a responsabilidade caracteriza-se por uma enorme tecnicidade que o médico, em princípio, domina, em contraponto com a ignorância do doente, geralmente leigo na matéria. Como veremos, por força das regras da distribuição do ónus probatório (*maxime* artigo 342.º) o doente assume aqui o risco probatório numa situação em que o médico está claramente melhor preparado quer para aceder aos elementos probatórios (fichas clínicas, relatórios, exames, estudos clínicos, artigos científicos...), quer para desempenhar a tarefa de esclarecer a factualidade em juízo, a fim de demonstrar que a sua conduta, muito embora desvaliosa, não causou aquele dano.

A jurisprudência tem levado em conta estas circunstâncias, procurando ela também soluções mais protectoras do doente lesado, no sentido de superar a ideia de uma decisão judicial assente num julgamento somente procedimentalmente correcto.

2. A responsabilidade civil do médico

2.1. Natureza contratual ou extracontratual?

No passado, conforme expõe GUILHERME DE OLIVEIRA, a actividade médica era encarada quase como um sacerdócio. Numa altura em que a informação sobre as doenças (e, consequentemente, sobre a cura) era escassa, os entendimentos de um médico tinham uma

¹⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO. “Da tutela...”, cit., p. 435.

¹¹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil: responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra, Almedina, Junho 2006, p. 114.

¹² RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico: dos mecanismos jurídicos para uma intervenção *pro damnato*” in *Revista do CEJ*, n.º 15, 1.º Semestre, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2011, pp. 24-25.

natureza quase sacral situando-se, assim, num plano superior ao das comuns relações obrigacionais/contratuais estabelecidas entre as pessoas. A sua responsabilidade assumia, assim, um carácter meramente moral, aliada a uma ideia de impunidade jurídica. Vigorava, pois, o modelo do paternalismo clínico¹³. Assim, a actuação do médico sujeitava-se apenas ao imperativo do *non nocere*¹⁴, baseando-se a tutela do doente apenas no interesse geral da inviolabilidade da sua esfera jurídica pessoal, protecção que excluía o seu “interesse positivo” na correcta execução do acto médico¹⁵. Esta filosofia de “distanciamento” e de não informação do doente, aliada à não existência de um efectivo reconhecimento de verdadeiros deveres jurídicos do médico enquanto devedor de uma prestação técnica perante o doente (dever de informação, dever de obter o consentimento informado, ...), constituíam, sem dúvida, base natural para que a eventual responsabilidade do médico se sustentasse apenas no delito.

Actualmente, se considerarmos, entre outros aspectos, a crescente especialização dos profissionais médicos, a par da evolução dos direitos fundamentais e o progressivo reconhecimento do doente como sujeito pleno de direitos, capaz de agir racionalmente num plano de igualdade perante o médico, podemos concluir que o médico não se obriga apenas a não prejudicar, mas principalmente a diligenciar para a obtenção de um fim positivo correspondente com as fundadas expectativas do doente - o sucesso terapêutico -, utilizando para tal os seus conhecimentos técnicos e os meios que estiverem ao seu alcance, o que se traduz, nas palavras de RUTE TEIXEIRA PEDRO, “no dever de aproveitamento das possibilidades (*rectius* chances)”¹⁶ que o paciente tem de atingir o sucesso terapêutico, ainda que, em princípio, não garanta a respectiva obtenção¹⁷.

¹³ GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos”, in *Temas de Direito da Medicina* do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 91-100.

¹⁴ Este termo é geralmente atribuído a Hipócrates.

¹⁵ Nesta dissertação, aderimos à noção de acto médico proposta por JOÃO VAZ RODRIGUES, segundo o qual se trata aquele de “uma actuação do agente médico na esfera físico-psíquica do paciente com o sentido de proporcionar saúde em benefício próprio (deste), em benefício alheio ou em benefício geral”. JOÃO VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico português, Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente*, Colecção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, Maio de 2001, p. 24.

¹⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Da tutela...”, cit., p. 447.

¹⁷ FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS, “Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: O Caso Particular da Responsabilidade Civil Médica”, in *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* do Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 11, n.º 21/22, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro-Dezembro 2014, pp.10-11.

Hoje, pelos motivos já elencados¹⁸, foi-se sentindo um progressivo aumento das demandas judiciais contra os médicos, e a responsabilidade civil desta classe foi-se solidificando¹⁹, tendo-se também consolidado, doutrinal e jurisprudencialmente²⁰, a ideia de que entre médico e doente se gera, verdadeiramente, uma relação obrigacional originada num contrato, não obstante subsistirem casos desta área em que será exclusivamente aplicável o regime extracontratual²¹. Nesta tendência de progressiva admissibilidade da relação contratual, foi determinante a conhecida decisão francesa da *Cour de Cassation* de 20 de maio de 1936²², que, pela primeira vez na jurisprudência, reconhece o carácter contratual da responsabilidade deste profissional²³, o que viria a contribuir decisivamente para que as relações entre médico e doente passassem a ser enquadradas, legalmente, num plano de paridade em que ambas as partes são contraentes.

No entanto, esta decisão judicial sinalizava que a obrigação assumida pelo médico se reconduzia a uma obrigação de prudência e diligência e não de concretização da cura do doente. Tal afirmação, como explicaremos *infra*²⁴, acaba por diminuir a importância da discussão sobre se a responsabilidade do médico em relação ao doente merece enquadramento no âmbito contratual ou no extracontratual.

A questão major que se coloca na efectivação da responsabilidade civil é a de saber que esfera jurídica deverá arcar com o efeito negativo decorrente de um dano: se a de quem padeceu, enquanto um “risco” que naturalmente acompanha os “bens e a individualidade pessoal” de

¹⁸ Analisámos esta questão *supra*, no ponto 1.

¹⁹ GUILHERME DE OLIVEIRA, “O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos”, in *Temas de Direito da Medicina* do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 93-94.

²⁰ A orientação reiterada da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, por exemplo, nos acórdãos de 11/06/2013 (proc. n.º 544/10.6TBSTS.P1.S1), de 02/06/2015 (proc. n.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1), de 01/10/2015 (proc. n.º 2104/05.4TBPVZ.P1.S1), de 28/01/2016 (proc. n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1) e de 23-03-2017 (proc. n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1), todos disponíveis em www.dgsi.pt, vai no sentido da opção pelo regime da responsabilidade contratual tanto por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada, como por ser, em regra, mais favorável à tutela efectiva do lesado.

²¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 62-69.

²² Acórdão disponível em: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cour-de-cassation-civ-20-mai-1936-mercier/>.

²³ O referido acórdão sentenciou: “*Forma-se entre o médico e o seu cliente um verdadeiro contrato ... e a violação, mesmo involuntária, desta obrigação contratual é sancionada por uma responsabilidade da mesma natureza, igualmente contratual*”. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal, Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, Junho de 2013, p. 30.

²⁴ ver *infra*, no ponto 2.3.

qualquer indivíduo, ou se na do autor do acto que o causou, caso em que este ficará obrigado a repará-lo²⁵.

No que diz respeito à ordem jurídica portuguesa, excluindo da nossa análise as relações jurídico-administrativas²⁶, verificamos que, no âmbito da actividade médica, a lei não prevê casos de responsabilidade civil extracontratual objectiva (pelo risco) nem de responsabilidade por factos lícitos danosos que mereçam aqui ser chamados à colação. Assim, no nosso ordenamento jurídico, vigora o princípio geral da culpa para este sector de actividade, pelo que a aplicação do regime da responsabilidade civil pressupõe a reunião dos requisitos previstos no artigo 483.º ou no 798.º, conforme se enquadre a relação médico-doente no domínio delitual ou contratual, respectivamente²⁷.

2.2. Seus pressupostos

Tomando como ponto de partida o entendimento de que a responsabilidade civil médica convoca, em regra²⁸, o regime contratual, a aplicação do regime da responsabilidade civil

²⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Da tutela...”, cit., p. 421.

²⁶ A medicina praticada em hospitais públicos do Sistema Nacional de Saúde encontra uma expressa regulamentação no artigo 7.º, n.º 1 da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, relativa ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, de acordo com o qual o hospital público responde extracontratualmente e “exclusivamente” pelos danos causados pelos médicos com “culpa leve” (Artigo 7.º, n.º 1 do regime); já no caso de se verificar que o médico actuou com “diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se encontrava obrigado”, o profissional incorre em responsabilidade civil extracontratual.

²⁷ Cumpre fazer referência às vantagens que existem para o doente, enquanto credor, no enquadramento da relação com o médico no plano contratual. Em primeiro lugar, na relação contratual e por força da aplicação do artigo 799.º, aplica-se a presunção de culpa do médico, evitando-se a aplicação do regime geral do artigo 487.º, que, para além da prova dos restantes requisitos que já tantas dificuldades apresenta – facto, ilicitude (violação da *leges artis*), nexo de causalidade e dano - colocaria sob o doente o “peso” de provar a culpa do médico, tarefa difícil quando a larga maioria dos doentes não detém os conhecimentos científicos nem meios idóneos para demonstrar tal requisito; outra vantagem será o prazo de prescrição aplicável à relação contratual ser extenso – 20 anos, nos termos do artigo 309.º -, por contraposição com o aplicável à responsabilidade civil extracontratual, que se fixa no “veloz” prazo de três anos (498.º); finalmente, o último proveito para o doente reside no facto de na relação contratual o médico responder “automaticamente” pelas pessoas – outros médicos, enfermeiros... - que o auxiliaram no cumprimento da obrigação (artigo 800.º), enquanto que na responsabilidade delitual se exigir a verificação de uma relação de comissão entre o médico e essas pessoas, nos termos do artigo 500.º.

²⁸ Aderimos aqui ao entendimento de MÁRIO ALMEIDA COSTA. Quando determinado facto é susceptível de violar, simultaneamente, uma relação de crédito e um direito absoluto (nomeadamente, o direito à integridade física ou o direito à saúde) e seja, por essa razão, propenso a preencher os requisitos de aplicação dos regimes da responsabilidade contratual e extracontratual, será de afastar o sistema de cúmulo das duas variantes da responsabilidade civil, de acção híbrida ou da teoria da opção, antes se preconizando a aplicação do princípio da consumpção, de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual “consome” o da extracontratual. Sobre a questão do cúmulo ou não cúmulo de regimes quando tal aconteça, vide MÁRIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009, p. 490-495. Na área médica será então de excluir do âmbito contratual a situação do doente que, em virtude de estado de inconsciência, não manifestou a vontade formativa do contrato, pelo que esses casos apenas reclamam a aplicação do regime da responsabilidade extracontratual.

contratual pressupõe a reunião dos pressupostos previstos no artigo 798.º: facto, dano, ilicitude, culpa e nexo de causalidade. Passemos então a referir, com brevidade, atento o objecto deste trabalho e a sua economia, os pressupostos deste instituto, com especial enfoque na sua aplicação à área científica médica e nas especificidades que possam daí resultar²⁹.

Facto

A responsabilidade civil carece da ocorrência de um determinado facto, que poderá ser originado por acção ou omissão. No domínio em análise, nem sempre é líquido qual o agente que praticou o facto, já que muitos dos actos médicos são concretizados em equipa, no seio de uma organização de profissionais.

Ilicitude

A ilicitude, na responsabilidade contratual, traduz-se no desvio entre o comportamento (activo ou omissivo) adoptado e o comportamento devido. Traduz-se, portanto, no incumprimento das obrigações a que o devedor está vinculado.

A este propósito, neste domínio tem particular relevância a distinção entre dois conceitos: obrigação de meios e a obrigação de resultado. No que concerne às obrigações de meios, o devedor compromete-se apenas a desenvolver os esforços, com a diligência que lhe é exigível, para a satisfação do interesse do credor³⁰; contrapõem-se-lhes as obrigações de resultado, quando se possa concluir que o devedor está vinculado a conseguir a prossecução de certo efeito útil, ou seja, que está adstrito a determinado resultado com o qual se comprometeu³¹. A doutrina tem vindo a excogitar critérios que permitam, ainda que de forma limitada, discernir os dois tipos de obrigações. Cumpre aqui fazer referência ao critério da álea – da aleatoriedade, do acaso - por crermos ser o mais adequado para operar esta distinção no âmbito das obrigações assumidas pelo médico na sua actividade profissional. Este critério resolve a questão através da averiguação sobre a aleatoriedade (ou não) do fim das prestações assumidas: se a concretização da finalidade pretendida for aleatória – porque depende de diversos factores externos e incontroláveis pelo devedor, independentes da sua actuação zelosa

²⁹ Sobre os pressupostos da responsabilidade civil vide JORGE RIBEIRO DE FARIA, MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Direito das Obrigações*, Volume 2, Coleção Manuais Universitários, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 406-484.

³⁰ MÁRIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., 933.

³¹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume II, 7ª edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 1991, p. 72.

e competente – a obrigação será de meios, porque o devedor não pode “prometer” a concretização do resultado pretendido³², mas apenas que actuará com o zelo e a diligência que lhe são exigíveis. Quanto à obrigação de resultado, existirá nos casos em que o devedor consegue *a priori* garantir a sua concretização, já que a eficiência da sua prestação é praticamente certa³³.

Entre nós, FERNANDO CABANELAS é da opinião que o médico não assume “uma obrigação de curar o paciente, mas antes de o tratar medicamente de acordo com as melhores práticas e técnicas da medicina conhecidas tendo em vista um objectivo, por regra a cura do paciente”³⁴. No mesmo sentido, a doutrina e a jurisprudência portuguesa maioritárias têm defendido que o médico responde apenas pela omissão ou pela inadequação dos meios utilizados aos fins correspondentes, de acordo com o serviço que se propôs prestar³⁵, não respondendo pelo resultado que não foi obtido³⁶. De facto, não raras vezes, o efectivo sucesso curativo depende de factores endógenos e exógenos (como por exemplo, idade do doente, alergias medicamentosas, resistência do organismo ao tratamento...), sobre os quais o profissional médico mais competente e zeloso não tem controlo.

Diferente já será o enquadramento da intervenção médica que visa, não a cura, mas o embelezamento do doente e do seu aspecto físico³⁷... Defende ANDRÉ DIAS PEREIRA que

³² ANTÓNIO VAZ CARNEIRO entende que o risco e a incerteza inerente ao acto médico existe em todas as etapas da actividade do médico, nomeadamente, na definição do diagnóstico, no estabelecimento do prognóstico e na opção do tratamento. ANTÓNIO VAZ CARNEIRO, “A complexidade da prática clínica: análise baseada no risco e na incerteza”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 29, Novembro-Dezembro 2003, p. 57.

³³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 93-97.

³⁴ FERNANDO CABANELAS, “Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados”, in *Lex Medicinæ-Revista Portuguesa de Direito da Saúde* do Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.º 19, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro-Junho 2018, p. 97.

³⁵ LUIS FILIPE SOUSA, “O ónus de prova na responsabilidade civil médica”; in *Revista Data Venia, Revista Jurídica Digital*, Ano 06, n.º 08, Junho 2018, pp. 6-10, disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia08_p005_024.pdf.

³⁶ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA critica a qualificação da obrigação dos médicos como de meios, pois entende que tal classificação não é necessária nem suficiente na ordem jurídica portuguesa, uma vez que o contrato celebrado entre médico e doente é de “particularização sucessiva da prestação característica”, respondendo o médico pela escolha das prestações concretas que faz, que devem estar em concordância com as *leges artis ad hoc*. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 110-112.

³⁷ Recorrendo ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2009, processo n.º 544/09.9YFLSB, sobre a natureza da obrigação assumida pelo médico no âmbito de uma cirurgia estética diga-se que, ainda que o médico não possa “comprometer-se em absoluto” com a melhoria estética desejada, prometida e acordada”, a obrigação assumida é “seguramente uma obrigação de quase resultado” já que qualquer outro desfecho que não a concretização do resultado faz com que “não valha a pena correr o risco de pôr em risco o que era um estado de... saúde”. Sobre o tema vide FILIPA DOS SANTOS, *Responsabilidade médica e cirurgia estética*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011.

este tipo de intervenção apenas poderá ser encarado como obrigação de resultado, “em virtude do modo como a operação foi apresentada, ou seja, das informações que o médico forneceu ao doente” e das garantias de resultado que lhe foram prestadas na verificação das melhorias estéticas pretendidas³⁸. Nas palavras de RUTE TEIXEIRA PEDRO, revela-se “necessário abandonar uma perspectiva global da actividade do médico, considerando cada fragmento individualizável da mesma”³⁹ e, seguindo-nos pelo critério da álea, será possível identificar casos em que o médico-devedor se obriga à consecução do interesse final do doente-credor e outros em que apenas se compromete com o comportamento tecnicamente correcto e diligente.

Excluindo os casos que se enquadrem na hipótese *supra* descrita e outros que mereçam igual tratamento, entende a maioria dos autores que a obrigação do profissional clínico será de meios e o pressuposto da ilicitude corresponderá à desconformidade da concreta actuação do médico face ao padrão de conduta profissional que lhe seria minimamente exigível, de acordo com as normas da ciência médica: as *leges artis*⁴⁰. Segundo o artigo 4.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, “Qualquer intervenção na área da saúde, incluindo a investigação, deve ser efectuada na observância das normas e obrigações profissionais, bem como das regras de conduta aplicáveis ao caso concreto”⁴¹. Estas serão as normas comumente aceites pela comunidade científica, às quais é reconhecida suficiente autoridade e certeza científica para servirem de critério de avaliação do acto praticado pelo profissional. A demonstração de que foi violado um protocolo clínico ou *guideline* indicia uma incorrecção na técnica aplicada pelo agente.

³⁸ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º 22, Coimbra, Coimbra Editora, Maio de 2015, p. 721.

³⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 98-99.

⁴⁰ Uma definição deste conceito é-nos dada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/12/2015, no âmbito do processo judicial n.º 1490/09.1TAPTM.L1-3: “O conceito de *leges artis* pode ser delineado como sendo um conjunto de regras científicas e técnicas e princípios profissionais que o médico tem a obrigação de conhecer e utilizar tendo em conta o estado da ciência e o estado concreto do doente. Trata-se de um critério valorativo de um ato clínico praticado por um médico.”

⁴¹ Também no artigo 26.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos se lê: “O Médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se por esse facto à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a Saúde, suavizar os sofrimentos e prolongar a vida, no pleno respeito pela dignidade do Ser humano.” Daqui resulta que o profissional médico se compromete a prestar o melhor serviço que estiver ao seu alcance – e que for possível –, evidenciando claramente que a obrigação assumida se trata de uma mera obrigação de meios, no sentido de empregar todos os esforços na tentativa de alcançar a sobrevivência ou a cura do doente.

Em conclusão, parafraseando CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “quem invoca tratamentos defeituosos, como fundamento da responsabilidade civil contratual, tem de provar (...) a desconformidade (objetiva) entre os atos praticados e a *leges artis* (...). Feita essa prova, o médico (ou clínica) só se exonera da responsabilidade se provar que a desconformidade não é devida a culpa sua”⁴².

Culpa

A culpa resulta do juízo de reprovabilidade pessoal da conduta, ou seja, do nexó entre o facto e a vontade do agente. A mera circunstância da conduta mostrar-se contrária ao Direito não coloca o agente em situação de ser civilmente responsabilizado se não se puder afirmar que ele devia ter procedido de outra forma⁴³. Excluindo os raros casos de actuação dolosa do profissional de saúde (situações em que se também convoca naturalmente a responsabilidade criminal), podemos afirmar que, na maioria das situações, o médico age somente com negligência, subtraindo à sua actuação o zelo e cuidado que lhe eram exigíveis. Este requisito é apreciado em abstracto, para ambas as modalidades de responsabilidade, através do critério “composto” que nos é fornecido pelo artigo 487.º, n.º 2, para o qual o 799.º também remete: “a diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”. Enquadrando o primeiro subcritério no cenário em análise, este reconduz-se ao médico normalmente prudente, diligente e cuidadoso, com os conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe⁴⁴. Já no que diz respeito ao segundo subcritério, importa enquadrar o “bom profissional” nas condições específicas do caso, atendendo à urgência, à gravidade das lesões e à quantidade e qualidade dos meios hospitalares disponíveis (não raras vezes, escassos e obsoletos...) ⁴⁵.

No que respeita à prova deste pressuposto, na responsabilidade médica vigora o princípio geral da culpa, pelo que se aplica o disposto nos artigos 483.º e 799.º, para a responsabilidade extracontratual e contratual, respectivamente. Perante a violação de uma

⁴² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Os contratos civis...”, cit., pp. 117-118.

⁴³ GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 346.

⁴⁴ ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – Alguns casos da Jurisprudência”, in *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* do Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 4, n.º 7, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro-Junho 2007, p. 56.

⁴⁵ Sobre os parâmetros de aferição do que é o “bom profissional médico” vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 127-132.

obrigação de resultado no âmbito contratual⁴⁶, é aceite pela doutrina e jurisprudência o recurso à presunção de culpa consagrada no n.º 1 do artigo 799.º, uma vez que a não verificação do resultado pretendido permite, desde logo, inferir o incumprimento (ou o cumprimento defeituoso) dessa obrigação. No entanto, já quanto à sua aplicação nos casos em que o médico assumiu uma obrigação de meios – em que não se pode afirmar que a falta de obtenção do resultado pretendido (a cura, a sobrevivência ou a melhoria do estado de saúde do doente) foi causada pelo incumprimento do contrato –, a doutrina é divergente.

TEXEIRA DE SOUSA defende que a presunção de culpa prevista no artigo 799.º não se justifica na área da responsabilidade médica, devendo o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual, porque o facto de existir uma relação contratual entre doente e médico não faz emergir “qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional” e, por conseguinte, não se deve sobrecarregar o médico com a repartição do ónus da prova⁴⁷.

Já AFONSO DE MELO não vislumbra qualquer razão para não fazer incidir sobre o médico a presunção de culpa estabelecida no artigo 799.º, n.º 1. O autor afirma que o médico, ao colocar à disposição do doente a sua técnica para atingir um resultado, se compromete a proceder com a devida diligência, que é objecto da obrigação de meios que assume. Por conseguinte, se o doente “se queixa que o médico procedeu sem a devida diligência, isto é, com culpa, está a imputar-lhe um cumprimento defeituoso”, accionando, assim, a presunção de culpa⁴⁸.

ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA entendem que, em regra, o devedor é quem “está em condições de fazer prova das razões do seu comportamento em face do credor, bem

⁴⁶ Cumpre aqui fazer referência aos casos que suscitam a aplicação do artigo 493.º, n.º 2. Regra geral, tem-se entendido que a actividade médica não é uma actividade perigosa, até porque o seu exercício justifica-se exactamente porque se verifica um perigo para a saúde do doente; não obstante, há actos médicos que podem, pela sua natureza ou pela dos meios utilizados, ser considerados perigosos. São apontados como tais os exemplos clássicos do manuseamento de um bisturi eléctrico, de aparelhos de ressonância magnética, anestesia, hemodiálise... Em todas estas situações, a execução do plano terapêutico não está totalmente sobre o controlo do profissional de saúde, e a utilização destes meios é susceptível de originar graves consequências para o paciente, que o coloquem num estado pior do que o que se encontrava antes da intervenção... Assim, entende-se que o médico assume uma obrigação de resultado no que respeita à correcta utilização dos instrumentos e ao bom funcionamento dos mesmos, pelo que justificar-se-á, nos casos em que essa perigosidade se verifique, a inversão do ónus da prova, cabendo ao clínico demonstrar que actuou sem culpa, a fim de afastar a sua responsabilização. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/04/2016, processo n.º6844/03.4TBCSC.L1.S1.

⁴⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 125-137.

⁴⁸ Posição acolhida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2002, relatado pelo Conselheiro AFONSO DE MELO, proferido no processo n.º 02A4057.

como dos motivos que o levaram a não efectuar a prestação a que estava vinculado”, apresentando-se numa melhor posição perante a prova⁴⁹.

Posicionamo-nos com estes dois últimos autores. Parece-nos que se assim o é para as relações contratuais em geral, na relação médico-doente o desequilíbrio estrutural na relação estabelecida é por demais evidente: o médico, não só detém os conhecimentos técnico-científicos pelos quais se pautou na execução da prestação a que se obrigou, como também tem o acesso facilitado a registos clínicos e relatórios, bem como a toda a restante documentação (ou até pareceres de outros colegas médicos) cuja existência ou utilidade o doente poderá nem sequer estar ciente, ou que, dado o teor, seja difícil para o doente compreender o alcance.

Dano

Não existe obrigação de indemnizar sem a produção de um dano, que tanto pode ter natureza patrimonial (artigo 563.º) como não patrimonial (artigo 496.º), dependendo dos bens jurídicos atingidos. É neste requisito que tentaremos enquadrar *infra*, a noção da perda de chance, enquanto dano autónomo contabilizável no âmbito da responsabilidade civil por erro médico. Por esse motivo não nos demoraremos, aqui, em observações adicionais.

Nexo de Causalidade

A verificação de um dano só é juridicamente relevante se se verificar efectivamente que o mesmo é imputável à conduta concreta do agente. Os contornos deste requisito são delineados pelos artigos 562.º e 563.º e, para se aferir da sua verificação, é necessário proceder a um duplo juízo⁵⁰. Em primeiro lugar, recorrendo à teoria da *conditio sine qua non*, deve ficar claro que o acto do médico enquanto agente foi, concretamente, uma condição da verificação do dano. Seguidamente, impõe-se que se possa afirmar, em abstracto, que um acto daqueles contornos é passível de causar danos da natureza dos que se verificam, nos termos da teoria da causalidade adequada, que alguns autores⁵¹ entendem que é a acolhida pelo legislador nos referidos artigos. Trata-se de fazer um juízo de adequação que se abstém do evento condicionante e do evento

⁴⁹ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, Volume II, reimpressão da 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, p. 55.

⁵⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? A revisitação de um tema” in *Direito da saúde, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades*, Volume II, Coimbra, Almedina, Julho de 2016, p.77.

⁵¹ JORGE SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 379, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 828-829.

danoso concretos, elevando-os ao tipo ou género de facto. Neste âmbito, segundo SINDE MONTEIRO, alguns autores entendem que deve adoptar-se uma formulação positiva da teoria da causalidade adequada, ou seja, deverá o efeito danoso representar uma consequência normal ou comum do facto, para determinar a responsabilização do agente; Outros defendem a formulação negativa que, por sua vez, determina que a condição "sem a qual não" havia dano só não será imputável ao âmbito da responsabilidade do agente quando essa condição era de todo indiferente à produção desse dano, atendendo à sua natureza, tendo resultado somente de circunstâncias completamente extraordinárias⁵². Nesta segunda formulação, a inadequação só existe quando o facto, segundo as regras de experiência e o normal decurso dos factos, "não eleva ou favorece, nem modifica o círculo de riscos da verificação do dano"⁵³. Ou seja, o facto praticado pelo agente só deixa de ser considerado como causa adequada, se se mostrar absolutamente indiferente para a verificação do dano, tendo-o originado devido a circunstâncias anormais que interferiram com o normal encadeamento dos acontecimentos⁵⁴. Esta formulação implica que o nexo de causalidade subsista ainda que o facto ilícito não seja produtor do dano, desde que seja uma consequência provável dele, segundo o curso normal dos acontecimentos. A opção por esta formulação acarreta implicações probatórias ao nível da responsabilidade médica, uma vez que ao doente lesado caberá apenas provar o primeiro juízo, ou seja, que o facto foi condição "sem a qual não" haveria o dano. Caberá depois ao médico fazer a prova quanto ao segundo juízo: comprovar que tal condição é, em regra, inadequada para produzir tal prejuízo, tendo este sido uma consequência extraordinária e imprevisível do facto⁵⁵.

Sobre este pressuposto, alguma doutrina tem chamado a atenção para a sua dupla função: por um lado, serve para limitar o direito de indemnização, determinando a relação juridicamente relevante entre a conduta do lesante e o facto lesivo e, por outro lado, tem a função de estabelecer a medida concreta da indemnização, através da análise da relação causal entre o facto lesivo e os danos sofridos pelo lesado. Fazemos uma breve referência ao entendimento de PAULO MOTA PINTO, que encara esta "dupla função" de forma diversa, optando pela distinção entre uma "causalidade fundamentadora", correspondente à primeira função, e uma "casualidade preenchedora", correspondente à segunda função. Para este autor, "a admissão do dever de indemnizar tem de exigir, não só a relação entre o comportamento e

⁵² JORGE SINDE MONTEIRO, "Rudimentos da Responsabilidade Civil", cit., p. 380.

⁵³ KÖTZ/WAGNER *apud* JORGE SINDE MONTEIRO. "Rudimentos da Responsabilidade Civil", cit., p.380.

⁵⁴ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, cit., pp. 890-891.

⁵⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...* cit., p. 151.

um determinado evento lesivo, integrador da “situação de responsabilidade”, como a relação entre este e os danos a reparar”. Será a distinção entre interesse contratual positivo e negativo que determinará o alcance desta “causalidade preenchedora”, pois o problema que estará aqui subjacente é o relativo ao nexo entre o evento danoso e os prejuízos sofridos pelo lesado⁵⁶.

2.3. A (diminuta) importância da distinção entre responsabilidade delitual e contratual e como todas as obrigações são sempre de um certo resultado

O regime de fundo em que enquadrámos a responsabilidade médica – delitual ou contratual – terá uma relevância diminuta na determinação de qual das partes verá a sua posição protegida, pois, como já vimos, ambos assentam sobre idênticos pressupostos, à luz de um princípio subjectivo. O que realmente determina que parte verá a sua posição agravada é saber qual delas terá de arcar com o encargo probatório e é a qualificação das obrigações do médico como sendo de meios ou de resultado que determinará se se aplica ou não presunção de culpa do artigo 799.º, n.º 1. O entendimento clássico é que, assumindo o médico uma obrigação de meios - ainda que enquadrada numa relação contratual -, o doente deixa de poder beneficiar da referida presunção, recaindo sobre ele o ónus da prova⁵⁷.

Todavia, concordamos que é necessário proceder ao “desmembramento da obrigação”⁵⁸ para podermos apurar que mesmo as obrigações de meios sempre encerram uma obrigação de resultado. Veja-se a apreciação de RUTE TEIXEIRA PEDRO de que qualquer obrigação comporta sempre uma dupla dimensão de interesses: o interesse imediato, que corresponde à adopção do comportamento indicado à concretização do interesse mediato; o resultado “final”. A obrigação de meios fica cumprida com a satisfação de um desses resultados - o interesse imediato - não sendo exigível ao devedor que o mediato venha a verificar-se (devido à “álea” que já analisámos anteriormente). Assim, estamos sempre perante a obrigação, pelo menos, de um resultado. Partindo deste raciocínio, recorreremos às palavras de RIBEIRO DE FARIA⁵⁹, que afirma que “se o médico não deve a cura do doente”, deve, todavia, “não só o tratamento adequado” e ainda “a não lesão do doente”. Desta forma, a obrigação de meios transfigura-se,

⁵⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 922-929.

⁵⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 103-105.

⁵⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., p. 121.

⁵⁹ RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica: reflexões em torno do direito alemão” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, Porto, Coimbra Editora, 2004, p. 174.

verdadeiramente, numa obrigação de resultado cuja substância entendemos ser – como mais tarde analisaremos - a de não arruinar as chances de obter a cura ou a sobrevivência do doente⁶⁰.

3. O pesado encargo probatório sobre o doente e a dificuldade de estabelecimento do nexo causal entre o dano sofrido e o acto do médico

A regra do ónus da prova prevista, em termos gerais e abstractos, no artigo 342.º, n.º 1, consagra que incide sobre o autor o ónus de provar os factos constitutivos do direito que pretende ver reconhecido, e sobre o réu o encargo de provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito. Estas regras não só repartem o encargo probatório entre as partes, como também o risco inerente ao mesmo, o que conduz a que o reconhecimento da pretensão do doente-autor seja sistematicamente preterido em favor da protecção do médico-réu.

Como já vimos *supra*⁶¹, para que exista a obrigação de indemnizar por parte do lesante não chega que o lesado tenha sofrido danos; é necessário que entre estes e a actuação do lesante haja uma conexão causal suficiente, de modo a poder dizer-se que a produção dos referidos danos teve como causa altamente provável facto imputável ao lesante⁶², impondo-se, em relação ao pressuposto do nexo de causalidade, a eficácia de um duplo juízo: é necessário que seja possível afirmar que o acto do médico foi condição indispensável à ocorrência do dano de que padeceu o doente e que se possa afirmar, em abstracto, que o mesmo seria apto a causar aquele dano. Caberá ao doente lesado fazer prova do primeiro juízo e ao médico lesante fazer a prova necessária para afastar o segundo juízo. Assim, o problema emerge do facto da prova do nexo causal que cabe ao doente lesado ser, precisamente, a de maior dificuldade, não se chegando, na maioria dos casos, à formulação do segundo juízo. Desde logo, numa acção judicial em que se discuta a responsabilidade do médico, a prova pericial assume uma importância fulcral e quase determinante, cabendo aos peritos produzir o seu parecer perante o julgador, na maioria dos casos, também ele, leigo na matéria. Normalmente, quando é possível conhecer o encadeamento factual⁶³, os peritos são capazes de afirmar que o acto do médico é

⁶⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 115-121.

⁶¹ Ver ponto 2.2. *supra*.

⁶² ADRIANO VAZ SERRA, “Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceitos e Espécies de Dano. Nexo Causal. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, Março de 1959, p. 21.

⁶³ Não raras vezes, é difícil definir com precisão a ordem cronológica dos factos relevantes para o litígio, tal é a velocidade com que ocorrem e atendendo até ao facto do doente não raras vezes se encontrar inanimado quando os mesmos sucedem...

idóneo a produzir o dano verificado ou até mesmo que contribuiu, juntamente com a maleita que levou o doente a procurar os serviços médicos, para o aumento das probabilidades de este ter ocorrido... Ou seja, conseguem efectivar o segundo juízo. No entanto, não conseguem afiançar - por ser cientificamente impossível - que o acto desencadeou o processo causal que efectivamente gerou o dano, operando como causa efectiva, e que a sua relevância não é meramente ocasional, falhando assim na formulação daquele primeiro juízo⁶⁴.

O nosso ordenamento jurídico adopta uma teoria de “tudo ou nada”, o que resulta em que todo o peso da incerteza probatória recaia apenas sobre uma das partes: ou sobre o agente, quando, perante dificuldades probatórias, o julgador afirma um nexo causal (ainda que) duvidoso e obriga aquele à reparação total do dano sofrido; ou sobre o lesado, quando o julgador nega o nexo causal e a responsabilidade do agente, vendo o lesado negadas quaisquer pretensões indemnizatórias⁶⁵. Segundo este princípio, ou se prova que a falha médica contribuiu efectivamente para o dano, sendo o médico responsável pela totalidade do mesmo, ou, não se conseguindo provar a causalidade entre o facto ilícito e o prejuízo verificado, o médico não responderá por nada. Neste entendimento, a concessão da indemnização depende totalmente da conclusão a que chega o julgador acerca do nexo causal⁶⁶. Assim, na maioria dos casos, o doente consegue demonstrar que o médico actuou ilícita e culposamente, mas não consegue excluir da “equação” todos os factores endógenos e exógenos que potencialmente poderiam ter também provocado o dano verificado, o que impossibilita que se afirme - com a certeza necessária - que aquele acto do médico desencadeou aquele concreto dano. Desta feita, o julgador só poderá decidir pela rejeição do nexo de causalidade e por um desfecho desfavorável ao doente, que verá denegado o seu direito indemnizatório, enquanto o autor do comportamento comprovadamente reprovável, sairá da demanda “impune”, por não ser possível apurar a verdade material através do funcionamento das regras probatórias.

O instituto da responsabilidade civil não acolhe de forma adequada a carga aleatória inerente a esta actividade profissional⁶⁷ e, nesse seguimento, propõe-se uma mudança de

⁶⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Da perda de chance de cura ou sobrevivência...”, cit., pp. 76-78.

⁶⁵ LUIS MEDINA ALCOZ *apud* ISABEL BRANCO, *A ideia de “perda de chance” e a sua aplicação jurisprudencial em sede de mandato judicial*, Trabalho apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Janeiro de 2015, p. 4, disponível em https://www.verbojuridico.net/ficheiros/forenses/advogados/isabelbranco_perdachance_mandatojudicial.pdf.

⁶⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida: o dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 35, nº 138, Abril-Junho 2014, Lisboa, 2014, pp. 15-16.

⁶⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Da perda de chance de cura ou sobrevivência...”, cit., p. 80.

perspectiva, em que se admita a “perda da possibilidade de cura” e a “perda de possibilidade de sobrevivência” como figuras autónomas de danos passíveis de serem ressarcidos, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade, com o intuito prático de aligeirar a prova da causalidade e de superar as limitações do “tudo ou nada”.

Parte II - O dano autónomo da Perda de Chance - uma “cura” ao alcance do direito positivo português?

1. A noção da perda de chance

1.1. Conceito

A preocupação de proteger o lesado conduziu a que se tentasse encontrar alternativas para a correcção das limitações detectadas no momento de aplicação do instituto da responsabilidade civil às situações concretas que se caracterizassem particularmente por uma elevada álea, o que muito dificulta um juízo positivo de condicionalidade. A perda de chance surge, desta forma, como uma solução de *jure constituto*, inicialmente convocada pela jurisprudência e, ulteriormente, enquadrada dogmaticamente pela doutrina. Será elucidativo começar por fazer referência a um caso paradigmático de responsabilidade médica, levado à *Court of Appeal* inglesa, em 1987: *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, onde o juiz Dillon argumentou no sentido do dano da “perda de chance” enquanto dano autónomo e individualizado do dano final. Um adolescente de 13 anos, tendo caído de uma altura de vários metros, foi conduzido ao hospital, tendo-lhe sido dada alta hospitalar algumas horas mais tarde, sem, no entanto, ter sido realizado qualquer exame complementar de diagnóstico de imagem. Acontece que cinco dias mais tarde, o jovem, com muitas dores, regressa ao hospital, tendo a radiologia efectuada demonstrado uma fractura na anca, que originou uma necrose vascular, causando uma incapacidade permanente no quadril esquerdo. O caso foi levado à justiça inglesa, e o lesado fundamentou a sua pretensão indemnizatória na alegação de que o atraso no diagnóstico da fractura levou a que fossem destruídos os vasos sanguíneos remanescentes, suprimindo a “chance” de evitar uma necrose irreversível e a consequente incapacidade permanente. O juiz Dillon considerou que o dano sofrido pelo doente não foi o despoletar da necrose vascular, mas sim a perda da oportunidade de a evitar, que ficou provada pela

ponderação das concretas probabilidades⁶⁸. Este caso é um exemplo clássico de um processo aleatório, que impossibilita estabelecer um nexo causal entre o facto ilícito e o resultado pretendido e não verificado, uma vez que não é certo que, se o primeiro não tivesse ocorrido, o segundo se teria verificado. Historicamente, a figura de “perda de chance”, no campo da responsabilidade civil, surgiu em França, em finais do século XIX⁶⁹, e foi alastrando a diversos ordenamentos jurídicos: “*Perte dune Chance*”, “*Lost of a Chance*”, “*Pérdida de Oportunidades*”⁷⁰.

Um dos primeiros casos em que se recorreu à noção da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil do médico remonta a 24 de Outubro de 1961⁷¹, com uma criação jurisprudencial da *Cour d’Appelle* de Grenoble, que decidiu ser devida indemnização pela perda de chance enquanto dano autónomo. Em causa estava a responsabilidade de um médico que teria efectuado um diagnóstico errado, não tendo identificado na radiografia do doente uma fractura que este havia sofrido no pulso. Vários anos depois, o doente sentiu dores ao levantar um objecto pesado e outro médico, ao consultar as anteriores radiografias, detecta a fractura antiga. No entanto, entende este profissional que a dor ora sentida pelo doente se devia já a outro traumatismo, ocorrido sobre o pulso fragilizado com uma fractura não tratada. O doente propôs então uma acção contra o primeiro médico, argumentando que o seu erro de diagnóstico tivera influência no seu estado recente, e que a aplicação do correcto tratamento no momento certo (aquando da fractura inicial) teria evitado uma lesão permanente e o Tribunal decidiu que o primeiro médico privou o doente das chances de recuperação com as quais ele poderia normalmente contar numa situação idêntica⁷². Outra conhecida decisão que aplicou esta noção foi a proferida em 1969 pela *Cour de Cassation* francesa, onde estava sob análise o caso de um doente diagnosticado com apendicite que veio a falecer durante a cirurgia. O profissional médico responsável diagnosticou o paciente sem realizar quaisquer exames pré-operatórios, o

⁶⁸ Caso relatado em PATRÍCIA COSTA, *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no Direito Português*, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2010. p. 33, disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacostra_danoperdachance.pdf

⁶⁹ Em França, a gestação do tipo de dano da “perda de chance”, surge a 17 de Julho de 1889, através do Acórdão da *Cour de Cassation* francesa que concedeu provimento a um pedido de indemnização pela perda de chance de prosseguir com um processo judicial, e da consequente perda de oportunidade de obtenção de ganho de causa. NUNO SANTOS ROCHA, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011., pp. 9-10.

⁷⁰ Sobre o surgimento da figura vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 192-198.

⁷¹ DURVAL FERREIRA, *Dano da perda de chance, responsabilidade civil: pelo que não se fez ou se fez mal com perda de oportunidade duma vantagem*, 2.ª edição, Porto, Vida Económica, Setembro 2017, p. 16, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>

⁷² RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 240-243.

que levou a que, durante a intervenção cirúrgica, o doente desenvolvesse uma reacção alérgica, o que acabou por causar a sua morte. O fundamento da indemnização não foi a morte do doente, - considerando que o nexo causal com a actuação do profissional não ficou devidamente demonstrado -, mas sim o dano correspondente à privação do doente das suas chances de sobreviver. Pela análise desta decisão, fica claro que houve uma conduta culposa do profissional (pela não realização de exames pré-operatórios). Quanto ao dano da perda da vida que se equacionou reparar, o nexo causal não ficou devidamente demonstrado, pois a morte e poderia ter ocorrido em virtude de condições físicas do próprio doente e não da ausência da realização dos exames. Assim, a *Cour de Cassation* responsabilizou o médico somente pelo dano da perda de chance de sobrevivência, considerando que, se o médico tivesse agido com o cuidado e a diligência necessária, existiria uma chance séria de sobrevivência do doente.

Em todos os casos aludidos existiam sujeitos que se encontravam numa posição em que lhes eram reconhecidas várias possibilidades de alcançar um resultado favorável, que se viram diminuídas ou totalmente inviabilizadas devido a um acto ilícito e culposos de outrem: é o dano da perda de chance. A aplicação desta noção possibilita que a aleatoriedade que caracteriza o encadeamento causal neste tipo de situações seja transferida para a entidade cujo desaparecimento constitui o dano, livrando o nexo causal da incerteza que obstava à formulação de um juízo seguro quanto à condicionalidade. A incerteza é, desta forma, eliminada do nexo de causalidade e passa a caracterizar o bem lesado.

1.2. A perda de chance no plano do dano e não como uma questão de causalidade parcial

Apesar desta noção vir solucionar uma questão que se reporta ao pressuposto do nexo causal, aderimos ao entendimento⁷³ de que a mesma opera ao nível de um outro: o dano. Todavia, há muitos autores que consideram a noção da perda de chance uma mera construção artificial, utilizada para a facilitação do apuramento do nexo de causalidade e a distribuição do ónus da prova, e não como um genuíno tipo de dano. Estes autores⁷⁴, defendem que esta nova espécie de dano representa uma confusão entre os planos do dano e da causalidade, sendo uma brecha para a possibilidade de indemnizar – ainda que parcialmente – o único dano

⁷³ Ver *infra* ponto 1.2.2.

⁷⁴ Ver *infra* ponto 1.2.1.

verdadeiramente existente (o da não verificação do resultado pretendido), o que representa, como consequência última, o desrespeito pelas regras tradicionais da responsabilidade civil.

1.2.1. A perda de chance como um mecanismo que faz relevar uma causalidade parcial

É nos anos 70 que surge a concepção da perda de chance associada a uma ideia de responsabilidade parcial enquanto “mecanismo de responsabilidade proporcional em virtude do qual se reconhece ao prejudicado uma indemnização à qual se desconta uma parte proporcional ao grau de incerteza constituída pela probabilidade de que o agente do dano, não fosse, na verdade, causa do padecimento”⁷⁵, a que aderiram JACQUES BORÉ e JOHN MAKDISI. Para estes autores, verifica-se uma indissociabilidade entre o dano da chance perdida e o dano final; o juiz, perante uma situação de aplicação desta noção, tem uma de duas opções: ou entende que não se verifica a certeza necessária para afirmar o nexo causal entre facto antijurídico e prejuízo e não concede nenhuma indemnização, ou reduz a indemnização na medida do vínculo causal que ficou efectivamente comprovado. Desta forma, haverá apenas o reconhecimento de uma obrigação parcial e relativa de indemnizar – que se traduz na perda de chance – e que será quantificada de acordo com a probabilidade da causa que ficou verdadeiramente demonstrada em juízo, pela produção de prova. Assim, se um facto tinha 20% de possibilidade de ter causado o dano final, o lesado será indemnizado em 20% do prejuízo que sofreu⁷⁶. Por exemplo, veja-se um concurso de cultura geral a que concorrem 10 pessoas, sendo que seria premiada a que apresentasse o melhor resultado numa prova escrita. No entanto, um dos concorrentes não comparece no dia da prova, devido a uma falha da comunicação da data agendada. Não era certo que fosse obter o melhor resultado caso tivesse comparecido, mas dúvidas não existem de que o candidato em questão viu a oportunidade de vencer o prémio perdida⁷⁷. Neste caso, calcular-se-ia a possibilidade de o erro na comunicação ser causa do dano final (não ser vencedor) e o lesado seria indemnizado exactamente nessa percentagem, calculada sobre o prejuízo total sofrido. Estes autores argumentam que terá forçosamente de se admitir esta interdependência entre o prejuízo dito intermédio e o prejuízo final, já que, se assim não fosse,

⁷⁵ LUIS MEDINA ALCOZ *apud* VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, cit., p.17.

⁷⁶ JACQUES BORÉ e JOHN MAKDISI *apud* NUNO SANTOS ROCHA, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, cit., pp. 13-14.

⁷⁷ Exemplo inspirado no caso que originou o Acórdão do *Court of Appeal* de 1911, em Inglaterra, que admitiu a indemnização pela perda de chance de uma concorrente a um concurso de beleza, que não compareceu na entrevista final por uma deficiência de comunicação.

a perda de chance enquanto dano seria indemnizável, mesmo nos casos em que a perda da vantagem final esperada não se verifica⁷⁸.

Este entendimento gerou várias críticas por parte da doutrina francesa, em especial de RENÉ SAVATIER, no que concerne à aplicação desta teoria ao sector médico⁷⁹. Para este autor defensor da teoria divisionista, os casos clássicos de perda de chance – onde se enquadra o exemplo apresentado, bem como o caso paradigmático do advogado que interpõe um recurso fora do prazo e vê o mesmo ser liminarmente recusado, sem no entanto saber se o resultado seria favorável ao seu cliente – o acto ilícito do agente é causa imprescindível do processo aleatório, do qual será impossível conhecer o desfecho e se comportaria ou não um dano final, verificando-se uma “causalidade certa que produz um dano incerto”⁸⁰. No caso da perda de chance de cura ou sobrevivência do doente, não estamos perante um encadeamento causal interrompido, mas antes perante a ocorrência de um dano final, tratando-se, neste caso, “de um dano certo produzido por uma causalidade incerta”⁸¹. Nesta situação, a “chance” não poderá ser encarada como uma “espécie de “propriedade anterior” da vítima totalmente independente do dano final, como aconteceria nos casos clássicos de “perda de chance”.”⁸² Para os seguidores de RENÉ SAVATIER, a aplicação da teoria da perda de chance à responsabilidade civil médica seria um desvirtuamento do pressuposto do nexos causal como é classicamente concebido e um “paraíso do juiz indeciso”⁸³ que, perante a adequação abstracta do acto médico ser causa do dano sofrido pelo doente, mas não conseguindo provar que o mesmo acto é *conditio sine qua non* para o prejuízo verificado⁸⁴, se serve da perda de chance para poder atribuir ao lesado uma indemnização parcial, em função da probabilidade da verificação desse nexos. Representa-se, assim, a criação de um “dano virtual” para justificar uma decisão judicial a nível ressarcitório, numa tentativa de superação do princípio do “tudo ou nada”, concedendo-se a indemnização por um “diminutivo abstracto” do dano concreto⁸⁵. Por conseguinte, enquanto no entendimento tradicional a perda de chance seria um “dano parcial” em relação ao “dano total final”, ao

⁷⁸ JACQUES BORÉ e JOHN MAKDISI *apud* NUNO SANTOS ROCHA, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, cit., pp. 14-15.

⁷⁹ NUNO SANTOS ROCHA, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, cit., p. 17.

⁸⁰ Expressão de NUNO SANTOS ROCHA, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, cit., p. 15.

⁸¹ ZENO-ZENCOVICH *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 282.

⁸² NUNO SANTOS ROCHA, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, cit., p. 16.

⁸³ Expressão de RENÉ SAVATIER *apud* NUNO SANTOS ROCHA, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, cit., p. 18.

⁸⁴ Não se verificando o primeiro requisito para a aplicação da teoria da causalidade adequada, nos termos do nosso Código Civil. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2000., p. 889.

⁸⁵ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., p. 298.

transpormos a figura para o âmbito da responsabilidade civil do médico, ocorre uma transformação da noção, representando um “dano virtual” diferente do que se verificou, mas que não é “parte” do mesmo⁸⁶. Desta forma, a teoria da perda de chance corresponderia, na prática, a uma presunção de causalidade que permitiria a redução da indemnização, nos termos de uma causalidade probabilística, concedida com base no quantum de “chances” que se constata que o acto ilícito fez perder ao lesado, substituindo-se o critério da certeza por um critério probabilístico⁸⁷.

JEAN PENNEAU aponta o perigo de uma utilização abusiva da teoria desta forma: se o critério relevante for a probabilidade de o acto médico ser a causa do dano, então qualquer conduta ilícita do médico sempre originaria a perda de alguma chance para o doente, o que corresponderia a uma constante responsabilização do profissional, que só conseguiria afastar a mesma se provasse que fora outra a causa do dano final morte ou invalidez, mas também da perda de chance⁸⁸. Esta presunção de causalidade provocaria uma modificação na natureza da obrigação, em regra, de meios do médico, transfigurando-a numa obrigação de resultado.

1.2.2. A perda de chance como um dano susceptível de reparação

A doutrina que referimos anteriormente defende que esta noção não deverá ser aplicada aos casos da responsabilidade civil médica, sustentando que nestes casos não foi interrompido um processo aleatório em curso. Abordaremos agora a teoria unitária, que afirma não parecerem existir diferenças significativas que justifiquem o tratamento diferenciado da perda de chance nos casos de responsabilidade civil médica e todos os restantes. Para podermos enquadrar o sector médico no âmbito de aplicação desta noção na sua vertente clássica, é necessário individualizar, em paridade com o dano traduzido na perda da vida ou na concretização de uma incapacidade, uma outra realidade: a chance de sobrevivência ou de cura⁸⁹. Ora, a evolução recente da tecnologia permite reunir dados estatísticos de elevada precisão, dos quais se obtém a informação relativa às possibilidades de cura e sobrevivência que existem no momento em que determinada doença é detectada, no momento em que o tratamento é aplicado, no momento em que o acto médico ocorre... Concordamos com a perspectiva de FRANÇOIS CHABASA, de que o indivíduo que padece de uma enfermidade é titular de “duas potencialidades”: a vida

⁸⁶ LAMBERT-FAIVRE *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 285.

⁸⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., p. 397.

⁸⁸ JEAN PENNEAU *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., p. 286.

⁸⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., pp. 287-288.

e a probabilidade de sobrevivência⁹⁰. Um comportamento censurável protagonizado pelo médico dá origem a dois processos causais e a dois danos diferentes. Um deles sendo o classicamente prosseguido no âmbito da responsabilidade civil médica, cujos pressupostos (como já vimos) são de difícil preenchimento, conduzindo, na maioria das situações, à impossibilidade de indemnização do doente; e outro correspondendo ao aparecimento de um dano intermédio, que é reparado tendo em conta as possibilidades de cura ou sobrevivência que se extinguíram devido ao comportamento do médico, em vez de se optar pela reparação do dano final verificado (a morte ou invalidez do doente). Assim, em termos práticos: no caso de, por exemplo, um doente ser sujeito a uma intervenção cirúrgica e durante a mesma vir a falecer, ficando demonstrado que ocorreu um erro médico⁹¹, será, em princípio, impossível demonstrar que, não fosse o acto ilícito do médico, o doente iria sobreviver, não se estabelecendo o nexo causal entre facto e dano. Com o avanço científico e tecnológico que se verificou na área médica, é possível, no entanto, atestar que o doente teria morrido mais tarde, tendo o acto médico provocado uma aceleração do dano. Em vez de se indemnizar o dano morte, é indemnizado o dano correspondente à perda das possibilidades de sobrevivência ou à perda de chances existentes de cura.

Relembrando o anteriormente analisado, em regra, a realização da prestação do médico é apenas um meio para atingir o interesse final: a cura ou a sobrevivência do doente. O médico compromete-se a aplicar o seu conhecimento e a sua técnica para alcançar a finalidade pretendida, e, não obstante a sua não verificação (da finalidade) não constituir, por si só, um incumprimento, facilita a demonstração do incumprimento da obrigação de aproveitamento de todas as chances de êxito terapêutico de que o doente dispõe⁹². Entender esta obrigação como sendo de resultado permite ultrapassar as consequências probatórias que decorrem da categorização estanque das obrigações em dois grupos (como sendo ou de meios ou de resultado). Assim, bastará ao doente comprovar a não-obtenção do resultado do “aproveitamento das chances de êxito terapêutico existentes”⁹³, pela prova do desvalor objectivo da conduta (ou seja, da divergência entre a actuação verificada e a que deveria ter sido adoptada), passando a caber ao médico o ónus de provar que dedicou a diligência

⁹⁰ FRANÇOIS CHABASA *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., p. 290.

⁹¹ Merecedor de um juízo de reprovação jurídica nos termos *supra* referidos na parte 1 deste trabalho.

⁹² RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário...”, cit., pp. 84-86.

⁹³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Da tutela...”, cit., p.451.

necessária no exercício da sua actividade ou a não verificação do nexo causal entre os seus actos e os danos sofridos, libertando o doente do ónus de provar o desvalor subjectivo da conduta e passando o encargo probatório para a esfera jurídica do sujeito melhor posicionado para o assumir.

Se considerarmos o dano da “perda de chance” como “outro” dano, autónomo e individualizado face ao dano final, não estamos a deturpar a imagem clássica do pressuposto do nexo de causalidade, mas sim a efectuar a diferenciação que se impõe entre o que causou o dano e a natureza e a extensão do dano. Nas palavras de RUTE TEIXEIRA PEDRO, é assim “possível distinguir aquele prejuízo real deste prejuízo, que, sendo fruto de uma elaboração intelectual, assenta em elementos reais e quantificáveis”⁹⁴. No que diz respeito aos pressupostos da responsabilidade civil, o doente continuará com o encargo de provar que o acto do médico foi condição indispensável para a perda da oportunidade que detinha de obter o resultado benéfico ou de evitar um dano. Em conclusão, estamos em posição de afirmar que existe apenas “uma variação no conteúdo do dano e não “*no nexo de proveniência causal com a fonte de responsabilidade*”: em vez de doença, a possibilidade de cura, em vez da morte, a possibilidade de sobrevivência”⁹⁵.

Os dois entendimentos abordados excluem-se: “trata-se de dois juízos distintos: a afirmação de que um facto causou a perda de uma chance, valorada em 30%, de alcançar um dado resultado positivo e a afirmação de que existe uma probabilidade de 30% de um facto ter sido a causa de um determinado dano”, segundo RUTE TEIXEIRA PEDRO⁹⁶. O primeiro situa-se no domínio do dano o segundo no da causalidade. Passemos à caracterização da chance, enquadrando-a no primeiro domínio.

1.3. Características da chance e da perda de chance

1.3.1. Características da chance: aleatória, neutra, autónoma e séria

Para que a perda de uma chance seja ressacável *qua tale* é necessário que revista certas características.

A chance caracteriza-se, desde logo, pela sua neutralidade e aleatoriedade. A chance tem uma natureza neutral, uma vez que apresenta em si o potencial de dois resultados: o de se

⁹⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 291.

⁹⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., pp. 400-401.

⁹⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., p. 209.

verificar o desenlace pretendido ou o de não se verificar. Para além desta real possibilidade de obtenção do resultado final e da certeza da sua perda, existe sempre uma componente de incerteza relativamente ao que teria acontecido não fosse o acto que gerou a responsabilidade. A verificação desse possível ganho dependeria de um conjunto de inúmeros factores, que poderiam actuar a favor ou contra a verificação dessa chance. Tal deve-se à aleatoriedade inevitável presente no decurso dos acontecimentos⁹⁷.

Deve destacar-se também o carácter autónomo e actual da chance. Na verdade, apesar de se enquadrar num processo causal e dinâmico que visa um determinado resultado, a chance é passível de ser autonomizada, correspondendo a uma possibilidade existente (actual) à data da ocorrência do facto, passível de valoração económica: é uma possibilidade autónoma e actual de obtenção de uma vantagem. Neste campo, impõe-se determinar se a chance é um “bem” merecedor de tutela jurídica, para que a sua eliminação dê lugar ao direito a ser indemnizado, como acontece com a violação de um direito subjectivo. Aqui aderimos ao entendimento de que a chance é um bem relacional: é um valor conexo a um outro bem do lesado, pelo que a norma que protege este último deve ser estendida para protecção daquela. Assim, a chance, correspondendo a um valor juridicamente protegido, pré-existe na esfera do lesado, pelo que a sua perda se traduz numa lesão a este último, passível de ser reparada⁹⁸.

Para a possibilidade perdida pelo lesado ser ressarcível e para se determinar o *quantum* de indemnização, é ainda necessário que esta se caracterize por um determinado grau de probabilidade e consistência suficientes: tem de ser séria. Este requisito é analisado no caso concreto, cabendo ao lesado demonstrar que a mesma é justificada e existia um grau atendível de probabilidade de que, não fosse a conduta ilícita do agente, poderia ter alcançado o resultado pretendido⁹⁹. É esta veracidade da chance que permite reconhecer que estamos perante um dano certo, e não meramente eventual ou hipotético. Coloca-se a questão de saber quando é que uma chance é considerada “real e séria”. Há autores que defendem que basta que a probabilidade da chance de atingir o resultado pretendido seja superior a 0, outros que entendem que tem de ser superior à probabilidade de não o atingir, colocando a “fasquia” nos 50%, havendo ainda doutrina que defende que o que se impõe é que o lesado consiga comprovar qualquer probabilidade através de factos sem que o lesante prove factos que sejam impeditivos da

⁹⁷ CAROLINE RUELLAN *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 208-209.

⁹⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., pp. 210-215.

⁹⁹ NUNO SANTOS ROCHA, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, cit., pp. 26-27.

consumação dessa chance¹⁰⁰. Neste ponto, aderimos ao entendimento de RUTE TEIXEIRA PEDRO, e entendemos que a perda de chances é ressarcível desde que essas se revistam de uma consistência mínima, analisados os contornos da situação concreta e dos bens afectados e tendo em ponderação o disposto no n.º 1 do artigo 496.º que exige que os danos não patrimoniais se caracterizem por uma gravidade mínima merecedora de tutela jurídica, para que possam ser compensados. É ainda indispensável que se considerem os conhecimentos estatísticos disponíveis sobre a matéria, enquadrando-os no caso concreto, sem olvidar as características pessoais do doente e todos os elementos circunstanciais e particularidades desse caso concreto¹⁰¹.

1.3.2. Características do dano da perda de chance: autónomo, emergente e certo

A perda de chance perspectiva-se como vimos, por parte da doutrina, num entendimento a que aderimos, como um dano. O dano da perda de chance reveste certas características que passamos a expor.

O dano resultante da perda de uma chance é diferenciado do dano final sofrido pelo autor da acção judicial, face ao qual temos a (já muito referida) dificuldade de estabelecer o nexo causal: é um “outro” dano. O dano da perda de uma chance é um dano por si só, mas não é possível ignorar a relação que estabelece com o dano final, tratando-se de um dano reduzido na extensão do provável nexo de causalidade que une o evento que gera responsabilidade com o dano final. Daqui podemos concluir que, apesar da indemnização deste dano não ser “parcial” - porque não estamos a indemnizar uma parcela do dano final, mas um dano na íntegra –, o seu cálculo continuará a depender do valor que seria atribuído ao dano final (ao qual, como já vimos, não poderá ser atribuída qualquer compensação)¹⁰². A existência e extensão do dano da perda de chance têm necessariamente de ser analisados em função do resultado final expectável; as chances são-no de “alguma coisa”.

O dano da perda de chance indemnizável tem também de ser actual, ainda que corresponda à possibilidade de um benefício a ocorrer no futuro. A perda desse benefício tem de ser presente, no momento da verificação do acto ilícito, distinguindo-se assim o dano da perda de chance (uma perda actual de oportunidade futura) dos danos futuros. Por exemplo, se

¹⁰⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 215-217.

¹⁰¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário...”, cit., pp. 86-90.

¹⁰² VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, cit., p. 20.

um doente sujeito a uma operação cirúrgica às cordas vocais fica sem voz, sem que fique claro que o dano se ficou a dever a um acto ilícito do médico, perde uma oportunidade actual. Diferentemente, se após a operação o doente mantiver a sua capacidade vocal, mas correr sério risco de vir a perder a sua voz, então este já será um dano futuro, não indemnizável à luz da noção da perda de chance. Isto porque este último dano que descrevemos é somente hipotético, pelo que no momento da aplicação da figura da perda de chance e da determinação da indemnização, ainda não se saberá se essa chance foi efectivamente perdida, ou se o será sequer... Contudo, há alguma jurisprudência e doutrina que defende que o aumento de um risco por vezes é um dano indemnizável ao abrigo da noção da perda de chance¹⁰³.

Questiona-se também se a perda de chance, sendo a perda de um ganho que não se obteve, será um dano emergente, provocando a redução do património do lesado existente à data do facto ou se, por outro lado, será um lucro cessante, correspondendo a um benefício que o lesado deixou de obter¹⁰⁴. Para o lucro cessante ser indemnizável, é necessária certeza quanto ao facto como causa do dano, sem que fiquem demonstrados outros factos que também poderiam ter originado esse dano... Nos casos de perda de chance, como já vimos, não se verifica essa certeza, mas apenas a da existência de uma possibilidade e de um dano, que a destrói. Trata-se, então, de um dano emergente¹⁰⁵. O dano da perda de uma possibilidade só é reparável se tivesse existido uma possibilidade concreta e real de se obter o resultado pretendido: este dano tem de ser certo e não eventual. Ou seja, a chance de que o lesado era titular antes do facto ilícito ocorrer tem de ser definitivamente inviabilizada por este último. A certeza do dano depende, assim, da seriedade da chance que foi perdida. Se o lesado tinha a séria possibilidade de obter o resultado até ao momento da lesão e após a lesão deixou de a ter, então o dano é certo¹⁰⁶. É, por isso, essencial que não se verifique o resultado útil ambicionado, sob pena de estarmos apenas perante uma hipótese de mera criação de risco¹⁰⁷.

1.4. Pressupostos da responsabilização por acto causador de perda de chance

Partindo da análise das características da chance e do dano, passemos a sistematizar os pressupostos que têm de se verificar para que o dano da perda de chance seja indemnizável, a

¹⁰³ MEDINA ALCOZ *apud* VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, cit., p. 20.

¹⁰⁴ MÁRIO ALMEIDA COSTA. *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009, p. 546.

¹⁰⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp.225-226.

¹⁰⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., pp. 226-227.

¹⁰⁷ Ver a distinção entre “chance” e “criação de risco” *infra*, no ponto 2.2.

que acrescerá a verificação em concreto dos pressupostos classicamente previstos da responsabilidade civil¹⁰⁸.

Desde logo, a chance terá de corresponder a uma entidade cujo resultado final de verificação apenas é passível de ser previsto num plano probabilístico, podendo o resultado inclinar-se para a sua frustração ou não. A chance deverá existir na esfera jurídica do lesado no momento da ocorrência do facto, ser autónoma do processo causal (seja o real ou o hipotético) e terá de ser real para que possa ser tutelada juridicamente: tem de ficar demonstrado em juízo a existência de uma efectiva possibilidade de obtenção do resultado pretendido - no caso da responsabilidade médica, a cura ou a sobrevivência –, bem como substancial (e não meramente especulativa), para que a sua eliminação mereça protecção jurídica.

Quanto ao ónus de provar a existência da chance, e considerando o teor do n.º 1 do artigo 342.º, caberá ao lesado alegar e provar esse dano, evidenciando as perdas sofridas e os ganhos que poderia ter obtido, não fosse a ocorrência do acto ilícito e culposos que, alegadamente, ocorreu. Reunindo a chance estas características, fica demonstrado que a pessoa que se apresenta como lesado era detentora de chances reais de alcançar o resultado final pretendido.

Seguidamente, torna-se então essencial evidenciar que as mesmas se perderam por causa do acto de quem se entende ser o responsável. Para tal é necessário demonstrar o preenchimento cumulativo de todos os requisitos de que depende a afirmação da responsabilidade civil. Tem de ter ocorrido um facto ilícito e culposos e ficar comprovado que efectivamente foi destruída uma chance. Haverá depois que provar que o acto desvalioso do terceiro destruiu algumas ou todas as chances de alcançar o resultado pretendido¹⁰⁹.

Teremos, assim, um dano emergente e certo causado pelo facto ilícito e culposos. Na determinação da indemnização, deverá, em primeiro lugar, procurar-se uma solução de reintegração da chance na esfera jurídica do lesado e, caso tal se revele inexecutável (o que acontecerá na maioria das vezes), então deverá ser determinada em valor monetário, através de cálculos que a seu tempo analisaremos.

1.5. Acolhimento na doutrina portuguesa

¹⁰⁸ Já analisados na parte I deste trabalho.

¹⁰⁹ Apesar de se exigir na mesma a verificação deste requisito, o encargo probatório do lesado é, com a aplicação desta figura, muito mais leve do que aquele que se verificaria no caso de ter de demonstrar que aquele comportamento em concreto é a condição necessária para a perda do resultado final.

Em Portugal, a figura da perda de chance tem vindo a ser analisada por vários autores.

SINDE MONTEIRO entende que na nossa ordem jurídica “nada parece opor-se à sua ressarcibilidade (do dano da perda de chance), respeitados que sejam os “*garde-fous*” colocados por aquela doutrina e jurisprudência (francesas) ”, interpretando, todavia, no que concerne aos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência, que o dano final pode ser substituído por “um diminutivo abstracto deste prejuízo (perda da oportunidade de não morrer ou de se curar), hipoteticamente atribuído à culpa do médico em razão do perigo a que expõe a saúde do doente”¹¹⁰.

CARNEIRO DA FRADA refere que este dano revela a importância da causalidade puramente probabilística, sendo uma das formas de antecipar “o prejuízo relevante em relação ao dano final (apenas hipotético, v.g. da ausência de cura,...)”, o que força a que se considere a mera possibilidade de cura como um bem jurídico autónomo e merecedor de tutela, que poderá ser protegido contratualmente, por vontade das partes, ou extracontratualmente, desde que enquadrado numa norma jurídica cujo escopo seja precisamente a salvaguarda de uma “oportunidade”, integração que na perspectiva deste autor é de difícil concretização¹¹¹.

O autor JÚLIO GOMES apresenta uma visão crítica da noção da perda de chance, entendendo que esta figura “coloca um sem número de problemas, quer ao nível conceptual, quer ao nível prático”, não tendo, entre nós, “virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória”, não obstante reconhecer a sua importância na denúncia das “limitações e as eventuais injustiças do princípio do tudo ou nada (...) actualmente vigente”. Este autor apenas admite um espaço residual para aplicação desta noção no Direito português vigente, não no caso da responsabilidade médica, mas em casos em que a chance já se “densificou” o suficiente para não cair no livre arbítrio do julgador, mas ainda assim ser considerado um “bem”, passível de ser tutelado juridicamente. Aqui inclui o caso da exclusão ilícita de um candidato de um concurso, por exemplo, a quem foi negada a possibilidade de vencer. Além disso, entende que não é claro que a perda de chance seja um dano emergente e, ainda que o seja e que se encare como autónomo, nunca o será quanto à sua avaliação, porque o prejuízo da perda de chance se insere num processo dinâmico que conduziria a um prejuízo final. O autor conclui no sentido da rejeição desta noção, por se tratar de uma forma camuflada de introduzir uma causalidade

¹¹⁰ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pp. 297-300.

¹¹¹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil: responsabilidade civil: o método do caso*, cit., pp. 103-104.

probabilística, com a finalidade de facilitar o ónus da prova que recai sobre o lesado, quando já existem outras soluções para corrigir essa realidade que não implicam o afastamento da teoria da causalidade adequada consagrada entre nós no artigo 563.º, como por exemplo, a inversão do ónus da prova¹¹².

PAULO MOTA PINTO reconhece que as clássicas soluções de facilitação da prova da causalidade se mantêm no âmbito do “tudo ou nada” e que, por isso, têm vindo a ser alvo de refutação com base em exigências de proporcionalidade e de justiça individualizadora, e contrariadas por abordagens do tipo “proporcional” ou “gradualista”, como o é a autonomização da protecção da chance como ressarcível. Descreve o autor que, segundo este entendimento, nas situações em que a causalidade se apresenta como probabilística, pode afirmar-se que a lesão privou o lesado de determinadas oportunidades, as quais devem ser ressarcidas, reduzindo-se o valor da indemnização na razão da probabilidade de o dano se ter igualmente produzido se o lesante não tivesse destruído essas oportunidades. No entanto, para o autor, estas teorias induzem um excesso de responsabilização e insegurança para o lesante, transformando-o num garante da probabilidade de sucesso da chance, quando esta, pela sua natureza, não prometia nenhum resultado. Conclui que esta solução só pode ser aceite de *jure condendo*, e cumprido o limiar mínimo de relevância da chance. Porém, entende o autor que não existe “entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização de perda de chances... Antes parece mais fácil percorrer o caminho da inversão do ónus, ou da facilitação da prova, da causalidade e do dano, com posterior redução da indemnização, designadamente por aplicação do artigo 494.º, do que fundamentar a aceitação da “perda de chance” como tipo autónomo do dano, por criação autónoma do direito para a qual faltam apoios...”¹¹³.

Por sua vez, RUTE TEIXEIRA PEDRO entende que a aplicação desta figura no âmbito da responsabilidade civil do médico “apresentará um vasto leque de potencialidades” nas situações que se caracterizem pela incerteza quanto ao ocorrido e ao encadeamento factual, e em que tenham sido “destruídas certas potencialidades propiciadoras de um determinado resultado positivo futuro de verificação incerta”¹¹⁴. A autora qualifica ainda a perda de chance como um dano substancialmente distinto do dano decorrente da perda do resultado

¹¹² JÚLIO VIEIRA GOMES, “Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance” in *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, “Responsabilidade Civil”*, Volume II, Braga, CEJUR, Dezembro de 2012, p. 29.

¹¹³ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 1103 e ss.

¹¹⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 457-464.

proporcionado pela chance, que tem como objecto “a perda da possibilidade actual de conseguir um resultado determinado”, já existente no momento da lesão, perda essa que tem de ser provada com o grau de verosimilhança exigido em termos de consistência e seriedade¹¹⁵.

RUI CARDONA FERREIRA, por sua vez, assinala argumentos que afastam a qualificação da chance como um dano emergente, patrimonial e autónomo. Desde logo relembra que, classicamente, a categorização de um dano como emergente requer que sejam atingidos bens ou direitos pré-existentes na esfera jurídica do lesado, cabendo então determinar se a chance integra essa realidade. Ora, um dos critérios para determinar esses bens ou direitos é a sua susceptibilidade de avaliação pecuniária, pelo seu valor de uso ou valor de troca... Acontece que, no entendimento do autor, a chance não é valorável por nenhum destes “medidores”. Por outro lado, sinaliza que, nos termos dos artigos 562.º e 566.º, n.º2, o dano patrimonial potencialmente indemnizável é determinado pela “comparação ou confronto entre a situação existente e a situação actual hipotética (...), sendo que, pela sua própria idiossincrasia, a expectativa ou a chance não se encontrarão reflectidas na situação actual hipotética”. Isto, porque sendo o processo causal um processo dinâmico, as chances ou se consolidam na situação jurídica definitiva – não havendo, assim, dano a indemnizar – ou irão perder-se irremediavelmente... Defende o autor que as normas referidas corroboram, deste modo, a tese de que a chance enquanto bem autónomo é patrimonialmente irrelevante. Partindo de uma análise jurisprudencial, conclui que o valor da chance é normalmente decalcado dos lucros cessantes ou do prejuízo que poderia ter sido evitado, não podendo admitir-se que a chance tem um valor patrimonial independente, mas apenas “uma fracção ou antecipação de lucros cessantes relativamente incertos”. O autor termina assegurando que, atendendo ao nosso ordenamento jurídico, não existem razões para sustentar uma posição favorável no que concerne à aceitação da configuração da perda de chance como dano patrimonial, emergente e autónomo¹¹⁶.

Já AFONSO DE MELO pronuncia-se quanto à aplicação da noção à responsabilidade civil do advogado no caso do constituinte que vê o seu direito de ser indemnizado prescrever porque o advogado não intentou a acção no prazo legal. De facto, a acção judicial tem um resultado aleatório, não sendo possível afirmar que a mesma seria total ou parcialmente

¹¹⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., pp. 208-227.

¹¹⁶ RUI CARDONA FERREIRA, “A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Outubro-Dezembro de 2013, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>.

procedente. Refere o autor que em Portugal tem vindo a utilizar-se a perda de chance – ainda que sem esse nome – quando o lesado alega danos derivados de ter perdido uma oportunidade, e prova em juízo que tinha toda a probabilidade de ter êxito na finalidade da mesma. Nestes casos, discute-se saber se o juiz está obrigado a realizar uma representação ideal do que teria sucedido no primeiro processo, caso não tivesse ocorrido o facto negligente do advogado, avaliando se o grau de probabilidade de vitória naquele deve ser realizado, segundo o ponto de vista do juiz da acção de responsabilidade civil movida contra o advogado, ou se passa por averiguar qual, presumivelmente, teria sido a decisão proferida pelo juiz da acção falhada ou omitida, através da reconstrução de um processo imaginário¹¹⁷. De facto, tal como o médico, também o mandatário judicial assume uma obrigação de meios que pode, no entanto, ser decomposta em várias obrigações, algumas delas de resultado, nomeadamente a que diz respeito ao cumprimento dos prazos judiciais e legais, já que está fora do âmbito do que é a “arte”¹¹⁸. É nestes casos que a jurisprudência portuguesa tem, maioritariamente, aplicado a noção da perda de chance, conforme veremos adiante.

1.6. Acolhimento na jurisprudência portuguesa

Conforme afirmámos anteriormente, é em situações onde existe uma impossibilidade de provar o nexo causal entre uma conduta ilícita e um determinado dano que os Tribunais portugueses têm chamado à colação esta noção. Apesar da aceitação não ser ainda pacífica, a jurisprudência portuguesa tem acolhido a noção de forma crescente, “estando praticamente superada alguma resistência, em especial na jurisprudência, no reconhecimento da validade desse instituto como possível fundamento de responsabilidade civil”¹¹⁹.

O domínio onde com mais frequência se tem usado a perda de chance é o relacionado com o mandato forense, com vista a indemnizar o cliente que, por descuido do profissional forense cujos serviços contratou, se viu privado de uma hipótese razoável de ganhar uma

¹¹⁷ AFONSO MELO, “Responsabilidade Civil de Mandatário Judicial”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 26, Maio-Junho 2003, pp. 26 e ss., disponível em http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=12955&idr=2932&ida=12973.

¹¹⁸ Expressão utilizada por DIANA ANTÃO SEABRA, “As dificuldades probatórias na responsabilidade civil médica do recurso a presunções e à perda de chance” in *Cadernos da Lex Medicinæ - Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades, Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico*, n.º 4, Volume I, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, p. 187.

¹¹⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência” in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil, Jurisdição Civil*, Coleção Formação Contínua, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Outubro de 2018, p. 194, acessível em www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28/11/2017, processo n.º 287/13.9T2AND.P1.

determinada causa em juízo. Nesta área, é, hoje, praticamente pacífica a aplicação da noção da perda de chance processual por violação dos deveres na execução do mandato forense pelo advogado¹²⁰.

No campo da responsabilidade médica não é tão comum encontrar aplicações deste raciocínio, desde logo porque é muito menos discutida neste âmbito, sendo o sentido maioritário o da não aceitação¹²¹. No entanto, há que referir a sentença proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa de 23 de Julho de 2015¹²², decisão que mereceu destaque e que ficou conhecida por ter aplicado, pela primeira vez em Portugal, a teoria da perda de chance no domínio da responsabilidade civil médica¹²³. Em causa estava a situação de um doente que, apresentando problemas respiratórios, se dirigiu ao serviço de urgência de um hospital privado, onde foi – erradamente, adiante-se - diagnosticado com uma amigdalite bacteriana. O diagnóstico correcto (pneumonia) só foi efectuado 9 horas depois deste primeiro episódio, e o doente acabou por falecer 17 dias depois, devido a uma sépsis, com provável ponto de partida respiratório. Deu-se como provado, atendendo aos conhecimentos científicos e médicos disponíveis, que um diagnóstico atempado é o factor determinante da evolução de uma sépsis e que as chances de sobrevivência de um doente séptico diminuem com o decurso do tempo: uma sépsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, valor que é reduzido para cerca de 40% quando passam cerca de 3 horas, sendo que, ao fim de 12 horas, apenas 20% dos doentes sobrevivem. Apresentava-se, assim, difícil a demonstração do nexo causal entre a omissão de diagnóstico e o dano final (morte), tendo-se recorrido a um juízo de probabilidade sobre a sobrevivência que, apesar de não ser fundado numa das existentes posições doutrinárias acerca da noção da perda de chance, acabou por claramente reconhecer a existência, no caso concreto, de uma chance neutra, aleatória, autónoma e séria cuja perda

¹²⁰ Como exemplos de decisões de tribunais superiores em que se expressa a aceitação da ressarcibilidade da perda de chance processual veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/05/2018, processo n.º 236/14.7TBLMG.C1.S1, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/01/2020, processo n.º 454/15.0T8AVR.P1, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 02/02/2017, processo n.º 753/15.1T8VGT.G1, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/02/2020, processo n.º 17592/16.5T8SNT.L1-8, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹²¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, cit., p. 197, nota 59.

¹²² Decisão disponível em www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf.

¹²³ Decisão analisada por RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, cit., p. 197-198, e DIANA ANTÃO SEABRA, “As dificuldades probatórias na responsabilidade civil médica do recurso a presunções e à perda de chance”, cit., pp. 180-183.

configurou um dano intermédio e autónomo do dano final, que se entendeu causado pela conduta danosa do médico. O Tribunal acabou por condenar o réu a pagar uma indemnização pelo cumprimento defeituoso causador do dano da perda de chance de sobrevivência e a decisão transitou em julgado sem que dela tivesse sido interposto recurso.

Olhando agora para as decisões dos tribunais superiores, será de evidenciar o voto de vencido do Juíz Conselheiro Oliveira Vasconcelos no Acórdão de 17 de Outubro de 2009 do Supremo Tribunal de Justiça¹²⁴. O caso levado à apreciação do Tribunal era o de uma doente que, sujeita a uma intervenção cirúrgica de lipoaspiração, sofreu uma paragem cardio-respiratória no momento da administração da anestesia local, tendo falecido de um choque anafilático. A decisão absolveu os médicos, entendendo que ficou “provado que nada fazia prever qualquer contra-indicação, na fase pré-anestésica, há que concluir que não era de contar, no caso com tal consequência para a paciente” e que “por outro lado, não ficou provado o nexo causal entre a paragem cárdio-respiratória e o choque anafilático (...) Portanto, não resultou provada qualquer violação das *leges artis*!”, mas o voto de vencido do juíz refere que o médico assume a obrigação do resultado imediato que é constituído pelo aproveitamento das reais chances que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado imediato – a cura, a sobrevivência - e que, por isso, a “ausência da verificação daquele resultado facilita a demonstração do incumprimento da obrigação de não destruir as possibilidades de êxito terapêutico, de que o doente dispunha”. Concluiu que a matéria de facto provada não permitia extrair uma conclusão segura sobre se a actuação dos réus se desviou ou não do padrão de comportamento diligente e competente pelo que, apesar de não se conseguir “retirar qualquer conclusão sobre o resultado imediato, pode, no entanto e infelizmente, concluir-se pelo resultado mediato: a morte da EE. Sendo assim, com esta morte, perdeu-se a oportunidade, a chance, do aproveitamento da oportunidade que a EE tinha de ser operada com êxito.”¹²⁵.

Do exposto, torna-se perceptível que esta noção tem vindo a ter uma aplicação jurisprudencial crescente nos últimos anos, ainda que, por vezes, inexacta, principalmente na determinação do dano que se pretende ressarcir com o seu reconhecimento, já que várias vezes é erradamente aplicada para efeitos de ressarcibilidade do dano final. Algumas decisões

¹²⁴ Vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, cit., nota 60.

¹²⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/2009, processo n.º 08B180, disponível em www.dgsi.pt.

qualificam esta figura como um dano autónomo, mas outras tendem a interpretá-la como um entendimento distinto da causalidade.

Em suma, apoiando-nos nas palavras de VERA LÚCIA RAPOSO, a jurisprudência nacional desenvolveu a sua posição quanto à perda de chance “como uma espécie de amor-ódio: por um lado, recusa-a, por entender que contraria princípios jurídicos básicos do direito e da ordem jurídica interna (...) mas, e por outro lado, aceita-a (...) para não deixar o lesado sem compensação”¹²⁶, utilizando-a como meio de aproximar o Direito das realidades mais conformes com o sentido comum de justiça.

2. O dano da perda de chance de cura ou sobrevivência

Na senda do que temos vindo a analisar, as aplicações mais recentes da noção da perda de chance têm vindo a incidir sobre casos de responsabilidade civil médica. Nestas situações, o facto antijurídico não provoca a interrupção de um processo causal, mas sim uma destruição fáctica de um processo causal, que se torna meramente hipotético. O médico, com o seu acto negligente, poderá não ter provocado o desfecho final da doença, mas coloca o doente numa posição mais desvantajosa do que aquela em que este estaria se tivesse sido diligente. O doente nunca participará desse processo causal destruído, mas é à luz do mesmo que deve ser analisada a chance perdida.

No que respeita à perda de chance de sobrevivência evidenciam-se, pela sua frequência, os arestos que responsabilizam os médicos com base em atrasos no diagnóstico de doenças cancerígenas e carcinomas que acabaram por terminar com a morte do doente; em relação à perda de chance de cura, são mais comuns as decisões que atribuem indemnizações com base na perda da oportunidade de melhorar o estado de saúde ou de suportar sequelas menores¹²⁷.

2.1. Os casos de dano da perda de chance de cura ou sobrevivência

2.1.1. Diagnóstico atrasado ou incorrecto

O médico que, de forma comprovadamente negligente, se engana no diagnóstico da doença, provoca, com a falha, a destruição de um encadeamento de eventos (que por força daquele acto se tornam) hipotéticos em que o doente iria tentar combater a doença. Com o acto

¹²⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, cit., p. 50.

¹²⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 262-264.

do médico, ocorreu a destruição do processo causal que se seguiria a um diagnóstico correcto, durante o qual o doente iria dispor de todos os seus meios (chances) para tentar vencer a doença. Igual entendimento seguimos para os casos em que o diagnóstico é o correcto, mas por algum motivo foi efectuado tardiamente. A título exemplificativo, veja-se o caso em que a *Cour de Cassation* francesa apreciou a morte de um doente ao qual não foi diagnosticada, em tempo útil, uma gripe. Numa primeira fase da acção judicial intentada pelos familiares do doente, o Tribunal não deu provimento às suas pretensões indemnizatórias, devido à incerteza quanto ao que teria sucedido caso o diagnóstico tivesse ocorrido mais cedo. No entanto, posteriormente foi dado como provado o nexo causal entre o atraso no diagnóstico e a morte, ainda que tenha ficado por determinar a real causa da morte¹²⁸.

2.1.2. Tratamento atrasado ou incorrecto

Neste caso, o doente foi correctamente diagnosticado, mas por causa de um erro culposo do profissional clínico, o tratamento foi retardado¹²⁹. É neste grupo de situações que se inclui o exemplo de um doente que, por falta de bloco operativo disponível, não é operado na segunda-feira, mas apenas uma semana depois. Tal leva a que as chances de recuperação, que poderiam ser, por exemplo, caso tivesse sido operado na segunda-feira, de 80%, caíssem para apenas 40%, acabando o doente acabado por morrer. O mesmo raciocínio é aplicável no caso do doente oncológico que é diagnosticado tardiamente, atraso que, por exemplo, diminui as suas hipóteses de recuperação de 60% para 30%. Ficando esta factualidade provada em juízo, verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil, poderá a decisão condenatória basear-se no dano da perda de chance de sobrevivência do doente por atraso no tratamento.

2.1.3. Intervenções médicas sem o consentimento (informado) do doente

Muitas das acções de responsabilidade civil médica têm como fundamento a ausência do consentimento informado do doente para uma determinada intervenção médica. Nesta situação, o que é censurado não é um erro ou uma falha técnica, mas um incumprimento do dever de informação quanto aos riscos de um determinado tratamento. Também neste caso, o recurso à figura da perda de chance tem sido apresentada como uma solução viável¹³⁰: ao não

¹²⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, cit., p. 45.

¹²⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, op. cit., p. 45-46.

¹³⁰ Não é, no entanto, um entendimento unânime. Rejeitando a aplicação da figura neste caso, veja-se RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 313 e ss. A Autora entende que nos casos

ter sido fornecida toda a informação relevante ao doente, foi retirada a este último a oportunidade de avaliar o acto médico e de o recusar, se assim entendesse. De facto, realizar um acto médico não consentido corresponde a uma violação da *leges artis*. Neste sentido, a *Cour de Cassation* francesa, em 1997, condenou uma clínica médica por não ter informado os autores que durante o parto do seu filho, não estaria presente um obstetra. As complicações ocorridas durante o parto causaram danos graves na saúde da criança, não tendo, todavia, ficado provado o nexo de causalidade entre qualquer acto médico e os danos sofridos pelo bebé. Todavia, entendeu o Tribunal que a decisão de realizar o parto não foi informada, concluindo que se os pais tivessem sabido da ausência do obstetra, poderiam (e provavelmente iriam) optar por realizá-lo noutra clínica. Assim, os pais foram privados da possibilidade de escolher uma clínica com um especialista presente, o que fundamentou a responsabilização da clínica pelos danos sofridos pela criança¹³¹.

2.2. Distinção de outros tipos de danos causados pela actividade médica

Para que uma determinada situação possa ocasionar a aplicação da noção da perda de chance, tem de reunir os pressupostos que já oportunamente analisámos. Importa agora distinguir esta figura de outras que por vezes são com ela confundidas.

De acordo com o que já vimos¹³², deverá desde logo afastar-se a consideração da perda de chance como um lucro cessante, uma vez que este último se reporta a benefícios patrimoniais que seriam obtidos pelo doente lesado no futuro e que deixam de o ser devido à conduta do médico, não havendo qualquer dúvida da existência de nexo causal entre a conduta e esse dano. Veja-se o caso do doente que exerce a profissão de cantor e que, devido a comprovado erro médico numa operação às cordas vocais, deixará de poder dar concertos e de auferir os rendimentos futuros que eram previsíveis. Trata-se de um dano futuro, ao contrário da perda de chance, que é um dano presente, em que os lucros seriam apenas hipoteticamente perdidos. O dano da perda de chance também não se confunde com os eventuais danos morais decorrentes do sofrimento ou da dor que o lesado possa ter sofrido, não obstante ambos poderem ser compensados na mesma situação concreta. Quando a conduta ilícita do médico, para além da perda de oportunidade de cura ou sobrevivência também causa tristeza ou vergonha no doente

em que o incumprimento do dever de informação por parte do médico priva o doente de não prestar o seu consentimento, não está em causa a perda de uma chance, mas a frustração do exercício de uma escolha informada.

¹³¹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, cit., p. 47.

¹³² Ver *supra* o ponto 1.3.2.

lesado, este pode ser indemnizado por esse dano moral causado no bem que pertence à personalidade do lesado, nos termos do disposto no artigo 496.^{o133}. O dano da perda de chance também não se confunde com o dano de encurtamento da vida ou de agravação do estado de saúde do doente no período de sobrevida. O médico, perante o doente diagnosticado com uma doença terminal (em que a morte é uma certeza), aplicará todos os seus conhecimentos e técnicas a fim de prolongar a vida do mesmo com a maior qualidade possível. Em caso contrário (ou seja, caso o médico tome alguma medida que encurte esse período de sobrevida ou o deteriore), o doente poderá peticionar uma indemnização pelo dano, que não é o da perda de chance de sobreviver (porque tal já não era uma possibilidade), mas da diminuição do tempo de vida ou da qualidade desse tempo¹³⁴. Da mesma forma, excluem-se os danos causados pela actividade médica que são isentos de um erro não censurável, resultantes da incerteza que caracteriza esta actividade, uma vez que nenhum procedimento é plenamente isento de riscos para o doente que, nestes casos, os assume sem ter direito a ser indemnizado, desde logo porque não ocorre o preenchimento do requisito da ilicitude¹³⁵. Merecem ainda menção os danos punitivos, que encerram um fim sancionatório e que visam indemnizar o lesado por um valor superior ao dos danos sofridos, para assim penalizar o autor do facto ilícito e culposos, ao contrário do dano da perda de chance, que apenas permite a indemnização pelo prejuízo efectivamente sofrido pelo doente (sendo que para os autores que consideram que o dano da perda de chance só dá origem a uma indemnização parcial e logo inferior à devida pelos danos sofridos pelo lesado, estas figuras são verdadeiros antónimos)¹³⁶. Finalmente, cumpre distinguir a perda de chance da responsabilidade pela criação ou aumento de riscos. Esta última teoria questiona se a simples criação de uma situação perigosa pode ser considerada como um real prejuízo, passível de gerar uma obrigação de indemnização¹³⁷. Aqui, o lesado encontra-se, tal como na teoria da perda de chance, perante um processo aleatório, mas no momento da análise não sofreu ainda nenhuma perda de vantagem nem qualquer prejuízo (não obstante poder vir a sofrer no futuro). Parece-nos que ao admitir a reparação da mera criação de um risco estaríamos a afastar o instituto da responsabilidade civil da sua função reparatória¹³⁸, no sentido de uma função preventiva, apanágio do direito penal.

¹³³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/03/2011, processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1.

¹³⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 302-304.

¹³⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., pp. 305.

¹³⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., pp. 306-308.

¹³⁷ JORGE SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., p. 298.

¹³⁸ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil: responsabilidade civil: o método do caso*, cit., p. 64

2.3. A indemnização por perda de chance

No caso da perda de chance aplicada à responsabilidade médica é necessário verificar se o doente era titular de chances de sobrevivência ou de cura quando foi alvo do tratamento médico. Não se confunde com o dano final, na medida em que este depende da análise da situação que causou a morte ou a lesão do doente. A perda de chance é um dano que tem de ser analisado de forma casuística, sem que seja possível o pré-estabelecimento de critérios aplicáveis a todas as situações aparentemente similares.

Entendemos que o direito à indemnização só poderá existir se a possibilidade for suficientemente relevante, pois não se podendo afirmar, com um considerável grau de certeza, seriedade e firmeza, que o dano teria podido não ocorrer, estaremos apenas perante meras probabilidades, não subsistindo motivo para o risco das mesmas correr por conta do médico. Em complemento, o valor do dano da perda de chance, para efeitos de atribuição de indemnização, terá como limite máximo o valor do benefício que se pretendia alcançar, pois estamos perante a reparação causada pela destruição da possibilidade de um resultado e não do próprio resultado. O valor económico deste dano será determinado com base na probabilidade que esse resultado teria de se verificar¹³⁹ e, nesse sentido, o valor da indemnização será maior ou menor, consoante a densidade e consistência dessa chance e o grau de probabilidade que havia do resultado realmente acontecer. O *quantum* reparatório corresponderá assim à “utilidade económica realizável diminuída de um coeficiente de redução proporcional ao grau de possibilidade de consegui-la”¹⁴⁰. Para a determinação das chances que o doente tinha de sobreviver ou de se curar, no momento do acto médico, serão decisivos os dados fornecidos por estudos científicos e pelas estatísticas, bem como os pareceres de peritos.

2.3.1. Definição da probabilidade

Recorrendo às considerações expostas por VERA LÚCIA RAPOSO, existem várias probabilidades que podem ser consideradas para determinar a indemnização a atribuir em casos

¹³⁹ Em sentido contrário, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/10/2009, processo n.º 409/09.4YFLSB. Nesta decisão, o Supremo Tribunal de Justiça entendeu não se verificar motivo para conferir uma indemnização distinta da que seria atribuída pelo dano final, uma vez que não estariam perante uma situação enquadrável na previsão do artigo 494.º, para efeitos de redução de indemnização. No entanto, esta decisão recusa a própria aplicação da teoria da perda de chance, posição que terá influído na posição adoptada quando ao valor da indemnização.

¹⁴⁰ ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, p. 251, nota 580 *apud* NUNO SANTOS ROCHA, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, cit., p. 30.

de perda de chance por responsabilidade médica: a probabilidade de se concretizar a chance caso a conduta do médico não tivesse ocorrido; a probabilidade de se concretizar a chance caso a conduta do médico tivesse correspondido ao melhor tratamento médico imaginável; e a probabilidade de se concretizar a chance caso a conduta do médico tivesse sido diligente¹⁴¹. Aderimos à opinião da autora e entendemos que serão de excluir as duas primeiras, levando em conta o critério da expectativa do doente: desde o momento em que o doente decide submeter-se a um determinado tratamento médico tem a expectativa de ser tratado (logo, exclui-se a primeira opção), mas não de receber o melhor tratamento já registado (excluindo-se, deste modo, a segunda), bastando-se com uma conduta correcta e diligente, de acordo com as regras da arte. Esta é a chance que o doente pretende aproveitar, pelo que é a probabilidade dessa se verificar que deverá ser apreciada para realizar este cálculo.

De realçar que existem situações em que a materialização da chance perdida resulta da combinação (diga-se multiplicação) de duas probabilidades¹⁴². Recorrendo a um dos exemplos que vimos no ponto 2.1.2., a possibilidade de recuperação de um doente que sofreu um atraso no seu diagnóstico e cujo tratamento é feito com recurso a uma intervenção cirúrgica é definida considerando a probabilidade destes dois acontecimentos: a recuperação do doente, caso o diagnóstico tivesse sido feito atempadamente, e o sucesso da intervenção cirúrgica necessária ao tratamento, caso a mesma tivesse ocorrido nesse contexto atempado, pois encerram duas probabilidades que se sucedem no tempo e que interferem nas chances que o doente tem de recuperar.

2.3.2. Natureza e cálculo da indemnização

Atendendo à natureza dos bens jurídicos protegidos (vida, saúde, integridade física...), a valoração do dano final revela-se por si só uma tarefa árdua e, por conseguinte, também o será traduzir as chances de cura ou sobrevivência num valor percentual¹⁴³. O cálculo da probabilidade da realização da chance é um elemento essencial, não só para determinar o *quantum* indemnizatório, mas também como meio de determinar se a perda da oportunidade é juridicamente relevante para fundamentar um direito à indemnização¹⁴⁴. Apenas a chance a que se reconhece uma probabilidade suficientemente relevante é passível de conferir o direito à

¹⁴¹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, cit., p. 33.

¹⁴² VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, op. cit., p. 34-35.

¹⁴³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 323.

¹⁴⁴ Pois, como já vimos *supra*, a mera expectativa não recebe esse grau de protecção jurídica.

indenização, desde logo tendo em conta o disposto no artigo 496.º, que limita a compensação aos danos não patrimoniais que sejam graves o suficiente para merecerem tutela jurídica. A dificuldade reside em determinar a partir de que valor da probabilidade de vir a verificar-se determinada possibilidade de cura ou sobrevivência é que se poderá justificar uma compensação do lesado; no entanto, não se mostra vantajoso estabelecer um valor fixo como limiar de ressarcibilidade, pois, tal como afirma RUTE TEIXEIRA PEDRO, só perante a situação concreta, analisados os seus contornos e a natureza dos bens afectados “se poderá apreciar onde deve ser colocada a fasquia delimitadora *in casu*”¹⁴⁵.

O cálculo do valor da indemnização exige uma operação complexa que parte do pressuposto de que à conduta do médico se devem todos os danos (patrimoniais e não patrimoniais) que foram causados ao doente. Inicialmente, é necessário determinar qual o valor económico do resultado que se tinha expectativa de atingir, cabendo depois determinar o valor - habitualmente percentual - das chances detidas pelo doente de se furtar aos danos que sofreu, ou seja, a probabilidade que existiria daquele resultado se verificar. Finalmente, cabe aplicar essa percentagem ao valor monetário determinado no primeiro passo, obtendo-se assim o valor pecuniário do dano da perda de chance¹⁴⁶. Um dos possíveis métodos para calcular o valor da indemnização opera pela regra da proporcionalidade: se o doente tinha 40% de chance de recuperar da doença sem quaisquer sequelas ou limitações, caso o médico o tivesse diagnosticado mais cedo, e supondo que o dano final sofrido pelo doente se avaliou em 20.000 Euros, então o valor da perda de chance será 8.000 Euros (40% de 20.000 Euros). Foi este cálculo matemático que foi utilizado para atribuir a indemnização na sentença proferida no âmbito do processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015, já analisado nesta dissertação¹⁴⁷. Em contrapartida, será também enquadrável a aplicação da regra da diferença, que tem por base a redução das probabilidades que foi causada pelo médico, o que implica que se determinem quais as chances tituladas pelo doente em pelo menos dois momentos diferentes¹⁴⁸. Seguindo-se o mesmo exemplo: imagine-se que o facto de o médico ter diagnosticado o doente mais tarde fez a chance de recuperação cair de 40% para 20%, acabando mesmo por não se verificar essa recuperação. Seguindo a regra da diferença, a chance perdida será de 20% (a diferença entre os

¹⁴⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, cit., p. 202.

¹⁴⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 321-322.

¹⁴⁷ Ver ponto 1.6.

¹⁴⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, cit., p. 36

dois valores), e será essa percentagem que irá multiplicar-se com o valor do dano final, que assim será de 4.000 Euros. Segundo VERA LÚCIA RAPOSO, os dois métodos têm vindo a ser adoptados pelos Tribunais portugueses, uma vez que não é líquido em que casos utilizar um ou outro, não obstante serem claramente dispares no que concerne ao valor indemnizatório que cada um origina¹⁴⁹. No entanto, afirma a autora que a regra da proporcionalidade tem vindo a ser mais utilizada nas decisões judiciais, provavelmente por ser a de mais fácil aplicação, pois o julgador apenas necessita de determinar a chance inicial e não a que se verifica após a intervenção do médico, não raras vezes de difícil determinação devido à falta de elementos probatórios¹⁵⁰. Não obstante, posicionamo-nos com a autora e entendemos que a segunda regra será a mais coerente, pois apenas imputa ao médico a perda da chance que ele efectivamente fez perder ao doente e não por toda e qualquer oportunidade perdida que, como sabemos, poderá ter sido causada por dezenas de outros factores alheios ao médico. Contudo, também esta regra não é imune a críticas, uma vez que não tem em conta os valores de probabilidades entre os quais a perda de chance se situa. WEIGAND evidencia que uma redução das chances de sobrevivência de 10% para 5% tem uma relevância muito diferente de uma redução de 80% para 75%, já que a primeira representa a perda de 50% das chances detidas pelo doente e a segunda apenas a perda de 6,25%, não obstante, em termos absolutos, serem ambas perdas de 5%¹⁵¹. VERA LÚCIA RAPOSO designa esta norma de regra da diferença relativa porque calcula a diferença entre as probabilidades de forma relativa, baseando-se na ideia “de que a diminuição de possibilidades já de si diminutas se revela mais gravosa do que uma diminuição de igual montante numa possibilidade que seja mais elevada”¹⁵².

No caso de o Tribunal não dispor de dados suficientes que permitam esta operação de cálculo ou se debata com dificuldades na determinação de um valor, a avaliação segundo critérios de equidade parece-nos ser uma possível alternativa a adoptar, nomeadamente considerando o disposto no n.º 3 do artigo 566.º conjugado com o artigo 514.º, que permitem concluir que bastará ao autor provar um facto que encerre um significado de dano, para que o Tribunal considere esse dano e que o valore equitativamente¹⁵³.

¹⁴⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, op. cit., p. 38.

¹⁵⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, op. cit., p. 38-39.

¹⁵¹ WEIGAND *apud* VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, op. cit., p. 37.

¹⁵² VERA LÚCIA RAPOSO, “Em busca da chance perdida...”, op. cit., p. 38-39. A Autora questiona, no entanto, se uma probabilidade tão baixa de sobrevivência (como é a de 10%) será passível de originar a responsabilidade civil do agente, uma vez que este se encontra a efectuar a sua prestação num contexto em que a perda da vantagem é uma realidade quase certa (no exemplo apresentado, de 90%).

¹⁵³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 370-373.

2.4. Dificuldades de índole prática e possíveis consequências negativas

Uma das grandes dificuldades de implementação prática da noção da perda de chance prende-se com o facto da mesma corresponder a um artifício teoricamente construído para permitir a autonomização dessa perda como dano, com o propósito principal de simplificar a posição do lesado no seio de um processo judicial. Este artificialismo da noção, para além de obrigar a raciocínios complexos no momento de fundamentar e formular o pedido de indemnização numa acção judicial¹⁵⁴, no entendimento de LUIZ MEDINA ALCOZ faz depender a existência de um dano do conhecimento do juiz e das informações (relatório de peritos, dados estatísticos, estudos clínicos, etc.) que este tiver ao seu dispor: se os dados e informações recolhidos demonstrarem uma probabilidade causal séria e relevante, afirma-se que o lesado perdeu uma chance enquanto bem merecedor de tutela; se, no mesmo caso, os dados disponíveis indicarem que tal probabilidade é, na realidade, muito alta ou muito baixa para ser relevante, esse bem “automaticamente” desaparece¹⁵⁵...

Um outro obstáculo à aplicação prática desta noção está relacionado com a dificuldade de determinar o valor económico das chances perdidas, para assim estabelecer o *quantum* indemnizatório por equivalente, não sendo possível a restauração natural da lesão sofrida (chances perdidas), segundo o artigo 566.º, n.º 1. Para esse complexo cálculo podemos partir de um limite superior: a indemnização da perda de uma possibilidade terá sempre de ser de montante inferior à que seria atribuída ao dano da perda da vantagem final pretendida, pois a mesma deve ser medida relativamente à chance perdida e não à vantagem que se procurava alcançar¹⁵⁶. Porém, tal não resolve a complexa operação de traduzir os danos sofridos para um valor económico, o que poderá comportar “uma grande margem de arbitrariedade” para realizar esse cálculo¹⁵⁷. Tais dificuldades não nos parecem, contudo, mais restritivas do que, por exemplo, as que surgem no cálculo da compensação a atribuir por danos morais, em que também se consideram aspectos subjectivos de difícil enquadramento económico, ou pelos lucros cessantes, que correspondem a uma espécie de danos patrimoniais cuja reparação coloca sobre o lesado o ónus de comprovar as vantagens futuras que perspectivava obter¹⁵⁸, ou ainda

¹⁵⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., p. 433.

¹⁵⁵ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pp. 49-50 *apud* PATRÍCIA COSTA, *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no Direito Português*, cit., pp. 84-85.

¹⁵⁶ PATRÍCIA COSTA, *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no Direito Português*, op. cit., p. 103.

¹⁵⁷ JÚLIO VIEIRA GOMES, “Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance” in *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, “Responsabilidade Civil”*, Volume II, Braga, CEJUR, Dezembro de 2012, p. 291.

¹⁵⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., pp. 431-433.

pelas indemnizações determinadas com recurso à equidade (como é o caso previsto no 494.º, por exemplo). Também o doente poderá experienciar algumas dificuldades em fazer prova das chances de que era efectivamente titular aquando da lesão. Sem escamotear tais complicações, parece-nos que, tal como refere RUTE TEIXEIRA PEDRO, “a questão essencial é a de saber se esta “invenção” se apresenta assente numa justificação suficiente, e se ela desempenha a função simplificadora que lhe é assinalada”¹⁵⁹.

No que diz respeito às possíveis consequências negativas que podem advir da aplicação prática da noção, é apontada a possibilidade de aumentar as acções propostas contra os profissionais de saúde e, em consequência, originar uma atribuição indiscriminada de indemnizações, abrangendo casos em que a mesma não teria justificação suficiente¹⁶⁰. Na mesma linha de pensamento, expõe-se também o risco de o julgador, servindo-se desta noção para superar a incerteza quanto ao nexo de causalidade, atribuir ao lesado uma indemnização parcial, quando a dissipação dessa incerteza poderia resultar na atribuição de uma indemnização total.

Por outro lado, o aumento da efectivação prática da responsabilidade médica poderá conduzir à prática da medicina defensiva¹⁶¹. O profissional médico, com vista a reduzir a sua exposição à susceptibilidade de ser accionado judicialmente por má prática, requisita exames ou testes desnecessários e evita certos doentes ou procedimentos de alto risco, passando as suas decisões a serem orientadas para o propósito de evitar a responsabilidade e não tanto o de beneficiar o doente¹⁶². Para além disso, esta tendência pode ainda promover o abandono por parte dos profissionais de saúde de certas especialidades médicas de maior risco clínico inerente à própria actuação médica.

3. Análise crítica

Segundo o artigo 24.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, o doente “que tenha sofrido um dano injustificado resultante de uma intervenção tem direito a uma reparação equitativa”. Contudo, a aleatoriedade que está subjacente à prestação de

¹⁵⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., pp. 433-434.

¹⁶⁰ PATRÍCIA COSTA, *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no Direito Português*, cit., p. 80.

¹⁶¹ O “conceito de medicina defensiva refere-se a práticas médicas realizadas apenas com o objectivo de evitar acções de responsabilidade por má prática ou com o fim de conseguir uma defesa no caso de uma acção ser proposta.” – cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “Responsabilidade Médica e Medicina Defensiva”, in *Estudos de Direito da Bioética*, Volume III, Coimbra, 2009, p. 171.

¹⁶² ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, cit., p. 76.

cuidados de saúde impossibilita, na maioria dos casos, que se consiga comprovar que o dano injustificado resultou da intervenção médica, uma vez que não é possível determinar com certeza qual teria sido o curso dos acontecimentos caso o profissional médico tivesse actuado diferentemente, porquanto ocorrem sempre diversos factos que poderiam ter causado o dano verificado.

Perante um cenário de incerteza no que concerne ao nexo causal, o julgador tende a dar por assente que tal nexo não se verificou. A teoria da perda de chance apresenta-se, a nosso ver, como uma solução justa adequada ao caso concreto. O doente, quando é alvo de uma intervenção médica, pretende obter com a mesma a cura, a sobrevivência, a recuperação ou melhoria do seu estado de saúde... Tais resultados, óbvia e infelizmente, não podem ser garantidos. No entanto, espera-se do médico que, dentro daquilo que o seu conhecimento e competência permitirem no caso concreto, aproveite todas as possibilidades de cura ou sobrevivência que o doente tiver ao seu dispor no momento da intervenção, bem como a não as destruir: esta é uma verdadeira obrigação de resultado à qual o médico se vincula perante o doente.

Nestes termos, a ressarcibilidade do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência funda-se na violação do contrato firmado entre médico e doente que originou a lesão aos interesses por ele protegidos. O vínculo contratual estende, assim, a sua protecção também às chances¹⁶³. Este dano está, por isso, intimamente coligado com o dano final sem, no entanto, se confundir com este. A chance deve, por isso, ser encarada como um bem jurídico autónomo (que integra a esfera jurídica do doente lesado antes da lesão) e merecedor de tutela (desde que real e séria), pelo que também terá de encerrar um valor económico próprio e independente.

Esta noção prescinde da imposição de detectar uma causalidade suficientemente certa para responsabilizar o profissional pelo dano final causado, exigindo embora essa causalidade suficientemente certa em relação ao dano da perda de chance, “possibilitando a obtenção de uma indemnização por parte do doente, em situações em que, apesar de ter perdido chances de recuperação, ele permanecia desprotegido e modulando o *quantum* reparatório, em função da consistência das chances perdidas.”, nas palavras de RUTE TEIXEIRA PEDRO¹⁶⁴.

¹⁶³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 214.

¹⁶⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, op. cit., p. 443.

Conduzindo a uma solução mais justa para as partes envolvidas¹⁶⁵, cumpre-se a função reparatória do instituto da responsabilidade civil.

Por outro lado, entendemos que a aplicação prática da noção orientará o médico para uma gestão mais consciente dos possíveis incidentes que podem ser ocasionados pela sua actuação, uma vez que também por ele (e não só pelo doente) será distribuída a álea e o risco da actividade médica, passando a tocar ao médico arcar com o “risco da prestação no que diz respeito à sua culpa”¹⁶⁶, ao mesmo tempo que permite uma repartição mais justa e igualitária do ónus probatório – pois a cada parte caberá fazer a prova quanto aos elementos sobre os quais tem maior conhecimento e proximidade¹⁶⁷ - sem que se inverta totalmente o cânone legislativo actual, e se onere excessivamente o médico.

No entanto, conforme acabamos de ver, esta noção não é isenta de críticas, que passamos a comentar. Sobre o reparo de a utilização desta noção poder ocasionar a concessão de indemnizações parciais, como já vimos, sendo a perda de chance um dano autónomo cuja existência se baseia no nexo de causalidade entre o facto ilícito e a oportunidade perdida, o seu ressarcimento terá de entender-se como integral, sob pena de estarmos a rejeitar a aplicação da teoria. Também quanto ao consequente aumento das acções propostas no campo da responsabilidade médica, apreendemos que não poderá relevar, uma vez que tal efeito constitui uma natural decorrência da utilização de um qualquer instrumento de simplificação da actividade processual do demandante, exactamente porque permite que os lesados que outrora não actuariam judicialmente (atendendo à dificuldades probatórias que anteveriam), decidam agora deduzir a sua pretensão indemnizatória, com base nesta noção. Desde que os pressupostos da responsabilização civil do médico estejam preenchidos, parece-nos que daí só advirá, no limite, um maior número de resultados justos, o que não pode ser vislumbrado como um inconveniente¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Mais justa do que aquela que se obteria com outras soluções alternativas de simplificação processual, que por vezes levam o agente a responder por danos que não causou ou a indemnizar danos que, na verdade, não se verificaram. Sobre o tema *vide* RUTE TEIXEIRA PEDRO, “A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico: dos mecanismos jurídicos para uma intervenção *pro damnato*”, cit., p. 26 e ss.

¹⁶⁶ RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica: reflexões em torno do direito alemão”, cit., p. 177.

¹⁶⁷ O doente terá de comprovar a existência das chances e o valor das mesmas e o médico terá de demonstrar o efectivo encadeamento causal, para excluir o seu acto enquanto causador do desaparecimento dessas chances.

¹⁶⁸ Sem prescindir quanto ao que se deixou exposto, o resultado poderá mesmo, a longo prazo, ser o oposto. O facto de a noção da perda de chance ocupar uma posição estável no nosso ordenamento jurídico, enquanto solução jurídica globalmente aceite, poderá permitir que vários litígios se resolvam pela via extrajudicial, uma vez que o

Não obstante, o recurso à noção não pode ser desmedido, sob pena de a consequência ser a de que servirá de “remédio” para conseguir atribuir indemnizações em casos em que o processo causal é demasiadamente hipotético para merecer tutela jurídica¹⁶⁹.

Finalmente, a implementação prática da medicina defensiva que o emprego da noção poderá originar é uma consequência que não deve ser negligenciada, mas sim ponderada conjuntamente com os benefícios que resultam de uma perspectiva mais alargada da responsabilidade civil do médico. Em última análise, uma solução jurídica que permite “sancionar” os profissionais que, com a sua actuação ilícita e culposa, causaram danos aos seus doentes, poderá mesmo significar uma valorização da imagem profissional dos médicos, que beneficia toda a classe.

doente passa a repartir o encargo probatório com o médico, e este último consciente disso, poderá começar a priorizar uma solução concertada.

¹⁶⁹ O médico demandado também não pode ser “surpreendido” com esta figura no momento da prolação da sentença. Ao contrário do que ocorre com outras soluções de distribuição do ónus probatório, neste caso, o doente/autor deve, obrigatoriamente, fundamentar o seu pedido nesta noção, seja a título principal ou subsidiário, para que a mesma seja alvo do debate judicial, e se possa averiguar da pertinência da sua utilização. *Vide* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, cit., p. 454-455.

Conclusão

O acolhimento global da noção da perda de chance como um dano autónomo ainda não é uma realidade, pois como qualquer construção jurídica relativamente recente e em evolução, encontra alguns obstáculos do ponto de vista da sua aceitação teórica e apresenta algumas fragilidades de cariz prático. Todavia, o caminho até agora traçado para a admissão da perda de chance enquanto dano - que encontrou o seu impulso inicial na jurisprudência de outros países e que tem vindo a ser alvo do progressivo acolhimento da doutrina e jurisprudência portuguesas -, revela uma clara e propensa abertura do instituto da responsabilidade civil à autonomização das chances, para efeitos de atribuição de indemnização.

No que respeita à sua aplicação aos casos de responsabilidade civil médica, o enquadramento dogmático da noção da perda de chance como um dano autónomo permite minorar as assimetrias existentes entre o médico e o doente, enquanto sujeitos processuais posicionados numa acção judicial fundada na responsabilidade civil. A utilização da noção no âmbito deste tipo de demanda judicial toma em consideração a incontestável aleatoriedade associada à actividade profissional médica e os aspectos concretos de cada caso particular sem, no entanto, prescindir do preenchimento dos pressupostos clássicos da responsabilidade civil. Acresce que, sendo procedente a pretensão do doente, a indemnização devida pelo médico será determinada em função da quantidade de chances que fez perder ao doente, logo esse só será responsável pelo dano que resultou efectivamente provado ter sido por ele provocado, permitindo assim uma solução balanceada. Todavia, entendemos que se impõe o seu aperfeiçoamento e a afinação dos seus pressupostos e critérios, especialmente no que respeita aos critérios de fixação do montante indemnizatório, ainda algo indeterminados.

Concluimos que a noção da perda de chance enquanto dano autónomo não poderá ser vista como uma “cura”, porque não trata “todos os males” e não encerra em si a solução para todos os problemas de incerteza causal que emergem da responsabilidade civil médica. Contudo, esta noção é, sem dúvida, um “remédio” *de jure condito* que melhora consideravelmente a posição jurídica do doente e vislumbram-se na sua aplicação vantagens que se sobrepõem claramente às desvantagens apontadas.

Bibliografia

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 75 e ss.

ALMEIDA, MOITINHO DE, “Responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XXI, Janeiro-Abril 1972, pp. 327 e ss.

BRANCO, ISABEL, *A ideia de “perda de chance” e a sua aplicação jurisprudencial em sede de mandato judicial*, Trabalho apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Janeiro de 2015, disponível em www.verbojuridico.net/ficheiros/forenses/advogados/isabelbranco_perdachance_mandatojudicial.pdf, acedido em 10/12/2019.

BURGOA, ELENA, “A cabeça de Jano e a negligência médica, O caso português”, in *Sub Iudice, Justiça e Sociedade*, n.º 13, Abril-Junho de 1999, pp. 75 e ss.

CABANELAS, FERNANDO, “Responsabilidade Civil nos Hospitais Privados”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde* do Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 15, n.º 19, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro-Junho 2018, pp. 87 e ss.

CAPELA, MARIA TERESA, “O utente, o médico e o hospital - O busílis do regime da responsabilidade civil extracontratual subjectiva por actos médicos lesivos”, in *É-Pública, Revista Eletrónica de Direito Público*, Volume 2, n.º 2, Julho 2015, disponível em www.e-publica.pt, pp. 143 e ss., acedido em 1/12/2019.

CARNEIRO, ANTÓNIO VAZ, “A complexidade da prática clínica: análise baseada no risco e na incerteza”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 29, Novembro-Dezembro 2003, pp. 57 e ss.

COSTA, ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.^a Edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009.

COSTA, PATRÍCIA, *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no Direito Português*, Dissertação de Mestrado, Coimbra, 2010, disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciocosta_danoperdachance.pdf, acedido em 24/01/2020.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO/MACIERINHA, TIAGO, *Direito da Saúde, Lições*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014.

FARIA, JORGE RIBEIRO DE, “Da prova na responsabilidade civil médica: reflexões em torno do direito alemão” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, Porto, Coimbra Editora, 2004, pp. 115 e ss.

FARIA, JORGE RIBEIRO DE/VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA DE/PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *Direito das Obrigações*, Volume 2, Coleção Manuais Universitários, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2020.

FERREIRA, DURVAL, *Dano da perda de chance, responsabilidade civil: pelo que não se fez ou se fez mal com perda de oportunidade duma vantagem*, 2.^a Edição, Porto, Vida Económica, Setembro 2017.

FERREIRA, RUI CARDONA, “A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Outubro-Dezembro de 2013, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>, acedido em 30/10/2019.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, *Direito civil: responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra, Almedina, Junho 2006.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA, “Contrato e Deveres de Protecção”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Instituto Jurídico, 1994, pp. 161 e ss.

GOMES, JÚLIO VIEIRA, “Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance” in *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, “Responsabilidade Civil”*, Volume II, Braga, CEJUR, Dezembro de 2012, pp. 17 e ss

GOMES, JÚLIO VIEIRA, “Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões” in *Estudos em Homenagem do Professor Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Direito Privado, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

GONÇALVES, CARLA, *A responsabilidade civil médica: um problema para além da culpa*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 14, Coimbra, Coimbra Editora, Novembro de 2008.

MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE, “Traços Distintivos e Sinais de Contacto entre os Regimes da Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual: O Caso Particular da Responsabilidade Civil Médica”, in *Lex Medicinae - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* do Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 11, n.º 21/22, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro-Dezembro 2014, pp. 9 e ss.

MELO, AFONSO, “Responsabilidade Civil de Mandatário Judicial”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 26, Maio-Junho 2003, pp. 26 e ss., disponível em http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=12955&idr=2932&ida=12973 , acedido em 30/10/2019.

MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Dissertação de Doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1989.

MONTEIRO, JORGE SINDE, “Rudimentos da Responsabilidade Civil” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 349 e ss.

OLIVEIRA, GUILHERME DE, “O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos”, in *Temas de Direito da Medicina*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, “A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico: dos mecanismos jurídicos para uma intervenção *pro damnato*” in *Revista do CEJ*, n.º 15, 1.º Semestre, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2011, pp. 9 e ss.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 15, Coimbra, Coimbra Editora Novembro de 2008.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, “Da tutela do doente lesado: breves reflexões” in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Volume 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 417 e ss., disponível em <https://sigarra.up.pt/fdup/pt> , acedido em 30/11/2019.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? A revisitação de um tema”

in *Direito da saúde, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades*, Volume II, Coimbra, Almedina, Julho de 2016, pp. 73 e ss.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência” in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil, Jurisdição Civil*, Coleção Formação Contínua, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Outubro de 2018, pp. 185 e ss., acessível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf, acedido em 20/07/2020.

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º 22, Coimbra, Coimbra Editora, Maio de 2015.

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Responsabilidade civil dos médicos: danos hospitalares – Alguns casos da Jurisprudência”, in *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde* do Centro de Direito Biomédico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano 4, n.º 7, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro-Junho 2007, pp. 53 e ss.

PEREIRA, ANDRÉ DIAS, “Responsabilidade Médica e Medicina Defensiva”, in *Estudos de Direito da Bioética*, Volume III, Coimbra, 2009, pp. 171 e ss.

PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

POMBO, EUGÉNIO LLAMAS, “Prevención y reparación, las dos caras de la responsabilidad civil”, in *La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual*, Madrid, Dykinson, 2007.

RAPOSO, VERA LÚCIA, “A Perda de Chance no Mandato Judicial (Comentário ao Acórdão do STJ n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1, de 01-07-2014)” in *Revista do Ministério Público*, Ano 35, n.º 140, Outubro-Dezembro 2014, pp. 249 e ss.

RAPOSO, VERA LÚCIA, “Em busca da chance perdida: o dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica” in *Revista do Ministério Público*, Ano 35, nº 138, Lisboa, Abril-Junho 2014, pp. 9 e ss.

ROCHA, NUNO SANTOS, *A perda de chance como uma nova espécie de dano*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011.

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal, Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, Junho de 2013.

RODRIGUES, JOÃO VAZ, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico português, Elementos para o Estudo da Manifestação de Vontade do Paciente*, Coleção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, Maio de 2001.

SANTOS, FILIPA DOS, *Responsabilidade médica e cirurgia estética*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011.

SEABRA, DIANA ANTÃO, “As dificuldades probatórias na responsabilidade civil médica do recurso a presunções e à perda de chance” in *Cadernos da Lex Medicinae - Saúde, Novas Tecnologias e Responsabilidades, Nos 30 Anos do Centro de Direito Biomédico*, n.º 4, Volume I, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pp. 179 e ss.

SERRA, ADRIANO VAZ, “Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceitos e Espécies de Dano. Nexo Causal. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, Março de 1959, pp. 5 e ss.

SERRA, ADRIANO VAZ, “Provas (Direito Probatório Material)”, in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 110, 1961, pp. 61 e ss.

SOUSA, LUÍS FILIPE, “O ónus de prova na responsabilidade civil médica”; in *Revista Data Venia, Revista Jurídica Digital*, Ano 06, n.º 08, Junho 2018, pp. 5 e ss., disponível em <https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia>, acedido em 07/03/2020.

SOUSA, TEIXEIRA DE, “Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 121 e ss.

TELLES, GALVÃO, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000.

VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, volume II, 7ª Edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 1991.

VARELA, ANTUNES/LIMA, PIRES DE, *Código Civil Anotado*, volume II, reimpressão da 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2002, processo n.º 02A4057

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/2009, processo n.º 08B180

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/2009, processo n.º 544/09.9YFLSB

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/06/2013, processo n.º 544/10.6TBSTS.P1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02/06/2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/10/2015, processo n.º 2104/05.4TBPVZ.P1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/01/2016, processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/04/2016, processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/03/2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/05/2018, processo n.º 236/14.7TBLMG.C1.S1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/12/2015, processo n.º 1490/09.1TAPTM.L13

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 02/02/2017, processo n.º 753/15.1T8VGT.G1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23/01/2020, processo n.º 454/15.0T8AVR.P1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/02/2020, processo n.º 17592/16.5T8SNT.L18

Sentença da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa de 23/07/2015, processo n.º 1573/10.5TJLSB

- Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Cour de cassation, Civ., 20 mai 1936, Mercier, disponível em www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cour-de-cassation-civ-20-mai-1936-mercier/, acedido em 17/08/2020.