



Universidade do Minho
Escola de Direito

Bruna Daniela Fernandes Nogueira de Sousa

Da Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Médico



Universidade do Minho
Escola de Direito

Bruna Daniela Fernandes Nogueira de Sousa

Da Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Médico

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação da
Prof.^a Doutora Anabela Susana Sousa Gonçalves

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos. Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada. Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição-NãoComercial
CC BY-NC**

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Agradecimentos

A realização da presente dissertação apenas foi possível devido ao contributo inestimável das pessoas que me acompanharam ao longo deste percurso. A todas, um muito obrigada pela força e pela motivação que sempre me transmitiram.

Em particular, um agradecimento muito especial:

À minha orientadora, a Professora Doutora Anabela Gonçalves, pela disponibilidade, pelos ensinamentos, pelas sugestões e pela dedicação, que se revelaram fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, Elsa e Filipe, pelo apoio, pela dedicação, pela compreensão e pela abnegação. Devo-vos tudo. Sem vocês nada disto seria possível.

À minha irmã, Filipa, pela amizade, pela preocupação, pelos conselhos e pela motivação constante. Obrigada por tudo.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração. Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Da Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Médico

Resumo

A presente dissertação tem por objetivo o estudo da teoria da perda de chance à responsabilidade civil do médico.

Nestes termos, dividimos o estudo em três partes distintas, mas complementares. Na primeira parte, analisaremos brevemente alguns tópicos essenciais da responsabilidade civil do médico com especial enfoque no preenchimento dos pressupostos deste instituto. De seguida, faremos um estudo geral e abrangente sobre a teoria da perda de chance em que se dará nota dos seus mais variados campos de aplicação, da sua presença no direito português bem como se tentará encaixar esta teoria no conceito de dano e no conceito de nexo causal. Finalmente, tentar-se-á aplicar a figura em estudo à responsabilidade civil do médico, nomeadamente aos casos de erro ou atraso no diagnóstico ou no tratamento, nas intervenções sem consentimento e nas *wrongful actions*, sempre com o cuidado de observar todas as condições e pressupostos de que depende o bom funcionamento da figura.

Concluir-se-á que esta teoria encerra potencialidades para promover uma maior proteção do doente lesado bem como para reforçar o sentido de justiça material pela superação do tradicional princípio do tudo ou nada. No entanto, reconhecer-se-á que são necessárias várias cautelas na aplicação da figura porquanto esta se pode revelar um mecanismo subversor dos requisitos da responsabilidade civil.

Palavras – Chave: Causalidade; Dano; Perda de Chance; Responsabilidade Civil Médica.

The Loss of Chance in the Physician's Civil Liability

Abstract

The present dissertation aims to study the application of the theory of loss of chance to physician's civil liability.

In these terms, we divided the study into three distinct but complementary parts. In the first part, we will briefly analyze some essential topics of medical civil liability with a special focus on fulfilling the assumptions of this institute. Next, we will make a general and comprehensive study on the theory of loss of chance in which we will note its most varied fields of application, its presence in portuguese law, as well as trying to fit this theory into the assumption of harm and in the plan of causality. Finally, an attempt will be made to apply the figure of loss of chance to the physician's civil liability, namely in cases of error or delay in diagnosis or treatment, in interventions without consent and in wrongful actions, always taking care to observe all conditions and assumptions on which the proper functioning of the figure depends.

It will be concluded that this theory has potential to promote greater protection of the injured patient as well as to reinforce the sense of material justice by overcoming the traditional principle of all or nothing. However, it will be recognized that several precautions are necessary in the application of the figure, as it may prove to be a subversive mechanism of the requirements of civil liability.

Key Words: Causality; Harm; Loss of Chance; Physician's Civil Liability.

Índice

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS	ii
Agradecimentos	iii
DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE	iv
Resumo	v
Abstract	vi
Lista de Abreviaturas	ix
Introdução	1
Capítulo I – Da Responsabilidade Civil Médica	3
1. Os Requisitos da Responsabilidade Civil Médica	4
1.1.O Facto Voluntário na Atividade Médica	5
1.2.A Ilícitude na Atividade Médica	5
1.3.A Culpa na Responsabilidade Médica	8
1.4.O Dano na Responsabilidade Médica	11
1.5.O Nexo Causal na Atividade Médica	13
2. Responsabilidade Contratual ou Extracontratual?	16
3. O Ónus da Prova da Ilícitude, da Culpa e do Nexo Causal na Responsabilidade Médica	20
4. O Consentimento Informado.....	24
Capítulo II – Da Perda de Chance	29
1. Um Enquadramento da Perda de Chance	30
1.1.Âmbitos de Aplicação da Perda de Chance	31
1.2.No Direito Comparado.....	34
1.3.No Direito Português	37
2. A Perda de Chance como um Problema de Causalidade	41
3. A Perda de Chance como um Dano	44
4. Pressupostos de Aplicação e Caracterização da Chance Perdida.....	48
5. Cálculo para a Reparação das Chances Perdidas.....	53
Capítulo III – Das Particularidades da Perda de Chance na Responsabilidade Médica	56
1. Enquadramento da Problemática.....	56
2. Das Circunstâncias que Convocam a Perda de Chance na Responsabilidade Civil Médica	60
2.1.Atraso ou Erro no Diagnóstico e/ou no Tratamento.....	60
2.2.Intervenções sem Consentimento.....	63
2.3. <i>Wrongful Birth e Wrongful Life Actions</i>	67

3. Dano ou Nexo Causal?	71
Conclusões	77
Jurisprudência	81
Bibliografia	85

Lista de Abreviaturas

Ac. – acórdão

Al.- Alínea

Art. – Artigo

Arts- Artigos

CC- Código Civil

CEDHMed – Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina

Cfr. - Conforme

CP – Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

DL- Decreto-Lei

Ed. – Edição

i.e – *id est*

N.º - Número

Op. cit. - obra citada

p. – página

pp. – páginas

SNS- Serviço Nacional de Saúde

ss.- seguintes

TCAN – Tribunal Central Administrativo do Norte

TCAS- Tribunal Central Administrativo do Sul

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL- Tribunal da Relação de Lisboa

TRP- Tribunal da Relação do Porto

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

Vol. - Volume

Vs- versus

Introdução

A atividade médica é um campo repleto de incógnitas e incertezas para os juristas. Assim, o julgador quando confrontado com a necessidade de decidir sobre a condenação ou absolvição de um médico que praticou certo facto ilícito e culposo vê-se submerso numa questão de grande monta: terá sido a falta médica a verdadeira causa do dano sofrido pelo doente lesado ou se será que esse se traduz numa decorrência ou consequência natural da doença? A sombra desta dúvida conduz, frequentemente, à paralisação do funcionamento do instituto da responsabilidade civil e ao consequente incumprimento das principais funções deste instituto.

Numa posição igualmente ingrata encontra-se o doente lesado, normalmente um leigo em relação aos procedimentos médicos, que se vê confrontado com um pesadíssimo encargo probatório que lhe impõe que comprove a existência de ilicitude, culpa e causalidade entre o facto lesivo e o dano.

Torna-se, então, premente encontrar soluções e mecanismos para acautelar as fragilidades enunciadas. Neste esforço, resolvemos dedicar esta nossa dissertação à figura da perda de chance em especial quando aplicada à responsabilidade civil médica. Este é um tema que prima pela controvérsia. Argumentos e posições dissonantes colocam fortes entraves à aplicação da teoria deixando um rasto de incerteza e insegurança jurídica.

Propomo-nos, por isso, nesta dissertação a explorar as particularidades, os benefícios e os perigos desta teoria. Fá-lo-emos percorrendo lentamente um caminho que esperamos ser apto a encontrar uma resposta quanto à admissibilidade ou inadmissibilidade da figura no nosso ordenamento jurídico. Nestes termos, procuraremos, ao longo desta nossa caminhada, responder a algumas questões, tais como: caberá a perda de chance no nosso ordenamento jurídico? Deverá ser perspectivada sob o prisma do dano ou do nexos causal? Quais os pressupostos para a sua aplicação? Será, por fim, a teoria da perda de chance compatível com as peculiaridades da atividade médica?

São, então, estas algumas das questões que movem a nossa investigação. Para descobrirmos a resposta de cada uma delas espera-nos um longo e árduo caminho. No entanto, com vista a facilitar esta nossa tarefa, dividimos o nosso caminho por partes uma vez que acreditamos que um estudo parcelado, mas encadeado e instrumental se revelará útil para atingirmos as respostas que tanto procuramos.

Como tal, o nosso estudo começará por uma análise, ainda que breve, dos pressupostos da responsabilidade civil: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexos de causalidade. Posteriormente, debruçar-nos-emos sobre a problemática do concurso entre a responsabilidade contratual e

extracontratual de modo a compreendermos como poderá ser configurada uma ação de responsabilidade civil médica. De seguida, aprofundaremos a questão do ónus da prova da ilicitude, da culpa e do nexu causal bem como dos mecanismos apontados para repartir ou redistribuir, de forma mais justa, esse encargo probatório. Finalmente, consideramos pertinente fazer uma breve referência à problemática do consentimento informado, sempre presente na atividade médica.

Na segunda parte da nossa dissertação, o foco incidirá somente sobre a figura da perda de chance. Desta feita, encarregar-nos-emos de esmiuçar a noção e o sentido das chances, a sua evolução histórica, o seu tratamento no direito comparado e a sua presença no direito português. A partir daqui a atenção recairá na tentativa de enquadrar a perda de chance primeiramente como um dano e, posteriormente, como um problema de causalidade de modo a contactarmos diretamente com as dificuldades práticas que cada uma das configurações apresenta. De seguida, impõe-se a caracterização das chances e a enunciação dos pressupostos para o funcionamento da figura bem como daremos nota de algumas operações para o apuramento do valor da indemnização pela chance perdida.

Por fim, a dissertação que aqui apresentamos terminará com a coordenação e conjugação da matéria relativa à atividade médica com a teoria da perda de chance. Deste modo, iremos explorar algumas das situações que invocam a utilização da teoria da perda de chance, tais como o erro ou atraso no diagnóstico ou no tratamento, as intervenções sem consentimento e as *wrongful actions*, de molde a percebermos se esta teoria, importada do direito francês, tem exequibilidade no ordenamento jurídico português. O nosso estudo culminará, finalmente, com a tentativa de responder à complexa questão de determinar se a atividade médica, atentas as suas variadas especificidades, deverá ser encarada como um dano ou como um problema de causalidade com vista a concluirmos se poderá ou não ser aplicada a teoria da perda de chance à responsabilidade civil médica.

Com tudo isto, pretendemos apenas ressaltar que este estudo é um singelo ponto de partida, tem somente o intuito de sintetizar algumas das contribuições avançadas pela doutrina e pela jurisprudência e a nossa perspetiva sobre alguma das questões levantadas. Ficam, por isso, aqui algumas bases para posteriores estudos da perda de chance na responsabilidade médica.

Capítulo I – Da Responsabilidade Civil Médica

O Direito tem acompanhado a evolução e a prática da Medicina¹. Atualmente, fruto do progresso tecnológico, a interferência do Direito na Medicina é cada vez mais premente dada a crescente necessidade de assegurar a posição do doente².

Se é verdade que durante muitos anos era impensável colocar em crise a decisão do médico no tratamento do doente, tal era a misticidade da atividade médica, e que se refletia no ínfimo número de ações judiciais em que se discutia a responsabilidade do médico³ é também verdade que o correr do tempo determinou um recrudescimento das ações movidas contra o médico com o intuito de o responsabilizar por danos que tenha provocado ao doente no exercício da atividade médica⁴.

Os fatores⁵ que podem justificar a inversão da tendência são a maior valorização da vida, da saúde e do bem-estar e a sua reivindicação por parte dos agentes sociais; o maior acesso à formação e à informação pela população em geral coadjuvada pelas notícias difundidas nos meios de comunicação social sobre má prática médica⁶, bem como o facto da sociedade estar cada vez mais exposta ao risco, fruto da evolução tecnológica que tem revolucionado a prática da medicina.

Atualmente, a Medicina é encarada como uma atividade profissional remunerada tal como tantas outras. O cenário intimista do médico que acompanhava o doente no seio da sua família foi votado ao esquecimento: a massificação da prestação de cuidados de saúde conduziu a uma objetificação da relação entre o médico e o doente, onde impera o distanciamento e o desapego entre as partes⁷. Nesta medida, o doente passa a ser visto como credor de uma prestação de carácter especializado que é satisfeita por um médico convenientemente qualificado para o efeito⁸.

Ora, para o ressarcimento dos danos sofridos pelo doente na decorrência de uma prestação médica, recorreremos ao instituto da responsabilidade civil.

Porém, a Medicina atua num campo de grandes incertezas. Inúmeros aspetos se conjugam no êxito ou no fracasso do tratamento médico. Provar que determinado dano se deu como resultado de

¹ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil do Médico in *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo 3, 2000, p. 164.

² RENÉ SAVATIER, La Responsabilité Médicale en France (aspects de droit privé) in *Revue Internationale de Droit Comparé*, [em linha] Vol. 28, n. °3, 1976, pp. 493-510. [Consultado em 20.12.2020].

³ FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO, Responsabilidade Médica em Portugal in Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984, p. 5

⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, A Tutela do Doente Lesado: Breves Reflexões in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* [em linha], V, 2008, pp. 417-460, p. 417. Disponível em https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49897. [Consultado em 20.12.2020]

⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp.38 e ss.

⁶ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 114.

⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, op. cit., p. 115.

⁸ Atendendo ao desequilíbrio entre as partes no âmbito da relação médico/doente é ponderado o recurso às normas de Direito do Consumo na medida em que se contrapõe um profissional a um leigo, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 50 e ss. Sobre o Direito do Consumo, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 69.

um erro culposo no diagnóstico ou no tratamento prescrito médico⁹ e não da decorrência normal da doença revela-se uma tarefa hercúlea¹⁰.

O aumento das ações de responsabilidade civil por danos provocados pela atividade médica veio denunciar diversas fragilidades e incongruências no seu regime tal como se encontra tipificado¹¹. O doente lesado depara-se com dificuldades gigantescas no momento de preencher e demonstrar os pressupostos da responsabilidade civil, o que conduz a uma alarmante desproteção do doente¹².

Urge o estudo de novas soluções e alternativas para colmatar as insuficiências e superar as dificuldades. Nesta investigação dedicar-nos-emos ao estudo de uma possível solução: a perda de chance.

Porém, antes de passarmos a esse estudo, impõe-se uma análise, necessariamente breve, da responsabilidade médica direcionada e instrumental à explicação da eventual aplicação da figura da perda de chance na responsabilidade médica.

1. Os Requisitos da Responsabilidade Civil Médica

A responsabilidade civil prende-se com o problema da atribuição dos danos¹³, isto é, com a determinação dos “termos em que alguém é chamado a suportar um prejuízo sofrido por outrem”¹⁴. A regra é que os danos devem ser suportados por quem os sofreu, tal como espelha a expressão latina *casum sentit dominus*. A responsabilidade civil surge-nos, por isso, como uma exceção a este princípio geral na medida em que pretende deslocar o dano da pessoa que o sofreu para a pessoa que o causou. Ora, para a responsabilidade civil operar é necessário que haja um dano e o dever de o indemnizar em virtude de este exceder os limites do risco geral da vida¹⁵. Assim, existindo um dano e estando preenchidos os critérios legais para a sua imputação ao agente, nasce o dever de indemnizar. Termos em que, a responsabilidade civil se apresenta como uma das fontes das obrigações conforme a própria sistematização do Código Civil.

Ora, transmutando estas considerações gerais para o âmbito da responsabilidade médica, podemos afirmar surge a obrigação do médico indemnizar o paciente lesado sempre que haja uma falta médica que provoque um dano e sempre que este possa ser imputado ao médico a título de

⁹ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 216.

¹⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico* op. cit., pp.83-88.

¹¹ Nas palavras ANTUNES VARELA “(...) dificuldades que se localizam, quer na fixação das soluções, quer na sua fundamentação à face do direito constituído, quer na sua coordenação exigida pela coerência e unidade do sistema, quer principalmente na sua planificação doutrinária ou científica.” *Das Obrigações em Geral – Vol. I*, 10.ª edição, 10.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013.

¹² JORGE 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*, I, 2004, p. 118.

¹³ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 590.

¹⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, op. cit., p. 60

¹⁵ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 9ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014, p. 71.

culpa. A responsabilidade do médico que aqui estamos a analisar é, à partida, subjetiva, isto é, depende da culpa, normalmente de tipo negligente, do médico.

Feitas estas considerações gerais, é hora de nos dedicarmos a expor, em traços gerais e muito breves, partindo da análise do artigo 483.º CC, os requisitos da responsabilidade civil do médico: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo causal.

1.1. O Facto Voluntário na Atividade Médica

O facto voluntário é normalmente definido como uma conduta humana controlável pela vontade. Assim, o médico será responsabilizado quando atua em desconformidade com as *leges artis* e com isso provoque um dano. No entanto, pode também haver responsabilidade quando se verifique uma omissão juridicamente relevante nos termos do art. 486.º do CC, ou seja, quando o médico não pratique determinada ação quando esta era devida, *i.e.*, quando pura e simplesmente o médico não agiu¹⁶. Exemplificativamente, poderá haver responsabilidade por omissão quando não se realiza o diagnóstico ou quando não se prescreve exames ao doente.

1.2. A Ilcitude na Atividade Médica

A ilicitude traduz-se num juízo de censura dirigido ao comportamento, à conduta. Aquilo que se censura é a discrepância entre o comportamento praticado e aquele que era devido.

Assim, a ilicitude pode derivar da violação de direitos de outrem; da violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios ou do abuso de direito¹⁷.

Ora, restringindo-nos à formulação mais comum, no domínio aquiliano, a ilicitude verifica-se sempre que haja a violação de um direito absoluto e no âmbito contratual, a ilicitude implica a violação de um direito relativo, isto é, o incumprimento ou o cumprimento defeituoso de uma obrigação.

Determinar a ilicitude na responsabilidade médica dependerá da ponderação que seja feita sobre a natureza desta responsabilidade. Apesar de não colher unanimidade e de se reservar certas situações especiais exclusivamente à tutela aquiliana, é entendimento corrente que a responsabilidade médica enquadra-se na responsabilidade contratual¹⁸, como explicaremos adiante neste estudo. Assim

¹⁶ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2018, Reimpressão, p. 25 e ss.

¹⁷ Sobre a noção e as modalidades da ilicitude, vide, entre outros, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., pp. 530 e ss; ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, Cascais, 2017, pp. 146 e ss.

¹⁸ Partilhando o entendimento que é aplicável o regime da responsabilidade contratual à responsabilidade médica, vide, a título meramente exemplificativo, na doutrina, ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 221; VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 35; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 56; JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica* in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p.221. Na jurisprudência, Ac. do TRP de 12.11.2019, processo n.º 289/12.2TVPR.T.P1, relatado por RODRIGUES PIRES, disponível para consulta em www.dgsi.pt; Ac. do TRG de 20.03.2018, processo 304/17.3T8BRG.G1, relatado por MARIA AMÁLIA DOS SANTOS, disponível para consulta em www.dgsi.pt [Consultados em 05.01.2021]

sendo, encarando-se a relação entre o médico e o doente como um contrato que gera obrigações para ambas as partes, cumpre-nos indagar sobre quais e de que tipo são as obrigações que impendem sobre o médico. Ora, esta questão reporta-nos inelutavelmente para a dicotomia entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado apresentada pelo autor francês RENÉ DEMOGUE¹⁹.

Estamos perante uma obrigação de meios quando “o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa atividade para a obtenção de determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza”²⁰. Por outro lado, existe uma obrigação de resultado sempre que “se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a conseguir certo efeito útil”²¹.

Coloca-se a questão: terá o médico a obrigação de conseguir a cura do doente ou apenas a obrigação de usar de toda a diligência, cuidado e conhecimentos científicos dentro do estado da ciência para promover a cura ou a melhoria do doente, sem lhe poder garantir qualquer tipo de resultado?

Na senda da nossa jurisprudência e doutrina, o médico, na grande maioria das situações, obriga-se a utilizar os meios adequados, a tratar o paciente com diligência, aplicando as leis da arte e da ciência médica sem, contudo, garantir qualquer resultado ou efeito. Impende, por isso, sobre o médico, uma obrigação de meios²².

Sinteticamente, nas obrigações de meios o médico obriga-se a empregar diligentemente as técnicas adequadas e os seus melhores conhecimentos científicos, pelo que cumpre a sua obrigação mesmo que o doente não melhore consideravelmente ou fique curado. Inversamente, nas obrigações de resultado o médico entrará em incumprimento caso não atinja certo efeito a que se tinha comprometido e que era expectável. Figuradamente, nas obrigações de meios o médico obriga-se a menos, contrariamente, nas de resultado, o médico obriga-se a mais²³.

Contudo, advirta-se que, apesar das obrigações de meios serem subsumíveis à maioria das relações médico-paciente, não o são à sua totalidade. Na verdade, existem circunstâncias em que o médico tem uma verdadeira obrigação de resultado, pelo que se não atingir um certo resultado incorre em incumprimento contratual²⁴.

¹⁹ RENÉ DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général* apud RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 90.

²⁰ ALMEIDA DA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.º Ed., Almedina, Coimbra, 2018 pp. 1039.

²¹ ALMEIDA DA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 1039.

²² RENÉ SAVATIER, *La Responsabilité Médicale en France*, op. cit. p. 499 e JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 251.

²³ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, Centro de Direito Biomédico, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (I) Materiais para o Direito da Saúde [em linha] n.º1, 2019, pp. 81-82. Disponível em <http://www.centrodireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/imateriais-para-o-direito-da-sa%C3%BAde-ilicitude-e-culpa-na> [Consultado em 12.01.2021]

²⁴ Na senda da doutrina e da jurisprudência, podemos indicar alguns procedimentos médicos que se têm como geradores de verdadeiras obrigações de resultado. É o caso das intervenções médicas que pressupõe o uso de instrumentos mecânicos; a elaboração de próteses para os doentes; a observação ou a realização de exames físicos ou biológicos e ainda, apesar de estar envolvida em alguma controvérsia, a cirurgia estética e as intervenções dentárias com fins estéticos. Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p.100-102. Na jurisprudência, são exemplos, respetivamente, Ac. do STJ de 23.03.2017, processo n.º296/07.7TBMCN.P1.S1, relatado por TOMÉ GOMES; Ac. do STJ 26.04.2016, processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1, relatado por SILVA SALAZAR; Ac. do STJ de 04.03.2008, processo n.º 08A183, relatado por FONSECA RAMOS; Ac. do STJ de 17.12.2009, processo n.º

Surge então a questão: quando é que o médico tem uma obrigação de meios e quando tem uma obrigação de resultado? Para respondemos a esta questão necessitamos de considerar as particularidades do caso concreto e alguns critérios distintivos. Assim, na responsabilidade médica, a classificação de uma obrigação como sendo de meios ou de resultado depende, em larga medida, da margem de risco, da álea subjacente a certa prática médica. Isto é, o “carácter aleatório” ou, ao invés, “rigorosamente determinado” do resultado pretendido ou exigível pelo credor”²⁵. Como tal, sempre que em determinada intervenção médica existam vários fatores externos que desempenhem um papel ativo no desenrolar do tratamento do doente, que se apresentem de todo em todo imprevisíveis e que escapem ao controlo do médico, só será exigível que este atue com o maior cuidado e diligencia possíveis, sendo que esses deveres de cuidado bastam para que se tenha a obrigação como cumprida. Contrariamente, existem procedimentos médicos onde o grau de risco ou de imprevisibilidade é mínimo, ou mesmo nulo, pelo que todos os fatores que podem influenciar o resultado, isto é, o sucesso da intervenção, estão sob o controlo do médico, o que nos leva a afirmar uma obrigação de resultado ou de *quase* resultado.

Contudo, não podemos deixar de dar nota que esta distinção entre obrigações de meios e de resultado tem sido alvo de críticas por parte de alguma doutrina. Com efeito, tem-se apontado a superficialidade da divisão entre os tipos de obrigação na medida em que, mesmo nas obrigações de meios é devido um resultado. A diferença entre estas prende-se com o tipo de resultado que é devido²⁶. Assim, numa obrigação de meios há também um resultado que se deve obter: o emprego das melhores técnicas, do cuidado e da diligência de modo a viabilizar o alcance do resultado final. Como bem explica RIBEIRO DE FARIA, o médico não deve a cura do doente, o que seria uma obrigação de resultado típica, mas deve um tratamento adequado, pelo que a obrigação de meios se transforma numa obrigação de resultado. Portanto, “o médico é responsável por um resultado que faz parte da sua própria obrigação, e que é a de preservar o doente de riscos negligentemente (de forma grosseira) causados”²⁷.

Aqui chegados, torna-se imperativo explicitar que o pressuposto da ilicitude da responsabilidade médica se relaciona intrinsecamente com a inobservância das *leges artis*²⁸. Deste modo, este conjunto de regras científicas, este padrão cientificamente aceite para orientar a prática

544/09.9YFLSB, relatado por PIRES ROSA; Ac. do TRL de 24.01.2019, processo n.º 25029/13.5T2SNT.L1-2, relatado por MARIA JOSÉ MOURO, todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt [Consultados em 14.01.2021]

²⁵ Cfr. Ac. do STJ de 07.10.2010, processo n.º 1364/05.5TBBCL.G1, relatado por FERREIRA DE ALMEIDA, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 14.01.2021]

²⁶ Nas palavras de RUTE TEIXEIRA PEDRO “(...) a distinção maniqueísta entre as obrigações de meios e de resultado, não parece totalmente de acolher, já que todas as obrigações são de resultado – o resultado devido é que é diferente.” in *A Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 446

²⁷ Cfr. RIBEIRO DE FARIA, *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., pp. 174-176.

²⁸ Ac. do TRL de 16.12.2015, processo 1490/09.1TAPTM.L1-3, relatado por RUI GONÇALVES, disponível em www.dgsi.pt. [Consultado em 20.01.2021]

médica, é o grande critério para aferir da licitude ou ilicitude de determinada conduta médica. Na verdade, para apreciar da licitude ou ilicitude da conduta do médico, temos sempre de aferir pela observância ou inobservância das leis da arte que se consubstanciam nas normas que indicam qual a conduta correta e cientificamente aprovada perante um determinado caso clínico²⁹. Apresentam-se, assim, como uma referência ética e científica sobre o procedimento adequado à generalidade dos casos.

Deste modo, as circunstâncias do caso concreto como sejam o maior ou menor risco; o grau previsibilidade do resultado e o nível de complexidade da intervenção médica conjugadas com o emprego do cuidado, da diligência e dos conhecimentos aceites pela comunidade científica permite-nos determinar se aquela específica conduta médica configura ou não uma atuação ilícita.

As *leges artis* servem como referência e têm em vista o momento em que são aprovadas³⁰. No entanto, a ciência está em constante evolução e o que hoje é uma prática médica aceite e até recomendada, amanhã torna-se obsoleta. Para além disso, a recomendação insita nas *leges artis*, porque apresenta resultados positivos na maioria dos doentes, pode-se revelar prejudicial para o doente em concreto. De modo que é sempre fundamental uma avaliação concreta do doente antes do início de qualquer tratamento médico, de modo a que se adequem as práticas médicas, comumente chamadas *leges artis ad hoc*³¹.

1.3.A Culpa na Responsabilidade Médica

A culpa consiste num juízo de censura subjetivo, isto é, dirigido à pessoa por esta ter adotado um comportamento desconforme ao direito quando podia e devia ter adotado um comportamento conforme ao direito³². A culpa afere-se pela desconformidade da concreta atuação do agente quando comparada com o padrão de conduta de um homem médio colocado nas mesmas circunstâncias que o agente.

No caso da responsabilidade médica, haverá culpa se a conduta concreta do médico não correspondeu àquela que era devida porque não foi empregado o zelo e a diligência exigíveis³³ a um

²⁹ Ac. do STA de 13.03.2012, processo 0477/11, relatado por POLÍBIO HENRIQUES, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 20..1.2021] “[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.” (...) “As *leges artis*, quando não escritas, são métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a standards contextualizados de actuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica, como os mais adequados e eficazes.”

³⁰ Cfr. JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p.340.

³¹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. p. 17.

³² NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 7

³³ “A negligência resulta de uma ofensa ao padrão de conduta profissional de um médico satisfatoriamente competente, prudente e informado. As rotinas médicas e as *leges artis* auxiliam à sua concretização.” CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, op. cit., p. 115

profissional medianamente razoável quando colocado na mesma situação que o agente, atendendo ao nível de conhecimento, formação e ao momento em que se deu a conduta³⁴.

A culpa e a ilicitude são conceitos distintos, embora essa distinção nem sempre se afigure fácil, especialmente na responsabilidade médica onde as *leges artis* interferem na determinação quer da ilicitude, quer da culpa³⁵. A ação objetivamente censurável implica também uma falta de zelo e de diligência do médico³⁶. Então, quando apreciamos a ilicitude pretendemos determinar o que houve de errado na atuação do médico e quando apreciamos a culpa pretendemos determinar se esse erro lhe pode ser imputado a título de culpa, *maxime* negligência³⁷, mediante a comparação com o profissional medianamente cuidadoso.

A culpa divide-se nas modalidades do dolo (direto, necessário e eventual) e da negligência³⁸. Na responsabilidade médica, quando nos referimos à culpa reportamo-nos essencialmente à negligência do médico que não atuou conforme a conduta que era devida a um profissional médio na sua situação, sendo que, a partir daí, determinamos se a negligência foi leve, grave ou grosseira. Esta distinção entre os tipos de culpa é importante nomeadamente para efeitos de quantificação do valor da indemnização³⁹.

a) O Problema da Responsabilidade Médica Objetiva

Quando há responsabilidade médica, há culpa. Nos termos da lei, só há responsabilidade e a consequente obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos expressamente previstos na lei (art. 483.º, n.º 2 CC). Como tal, se analisarmos as disposições legais que consagram as situações em que é devida indemnização pelos danos causados independentemente de culpa, verificamos que em nenhum caso se menciona a atividade médica. Ora, por um lado é perfeitamente compreensível e correta a opção do legislador em afastar os casos de responsabilidade médica do domínio da responsabilidade objetiva. Na verdade, se assim não fosse o médico seria responsabilizado por todo e qualquer dano decorrente da sua atividade mesmo quando a sua conduta fosse exemplar. Facilmente se compreende que esta situação seria insustentável na medida em que condicionava os médicos na tomada de decisões, o que implicaria que se abstivessem de proceder a intervenções mais

³⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 128 e ss e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 581.

³⁵ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. p.87.

³⁶ Ac. do TRG de 27.09.2012, processo n.º 330/09.6TBPTL.G1, relatado por RITA ROMEIRA, disponível em www.dgsi.pt. [Consultado em 21.01.2021].

³⁷ Cfr. Ac. do TRP de 10.02.2015, processo n.º 104/05.4TBPVZ.P1, relatado por RODRIGUES PIRES, disponível em www.dgsi.pt [Consultados em 21.01.2021].

³⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 569 e ss.

³⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, op. cit., p. 115

arriscadas ou de aplicar novos métodos ou técnicas. Tais situações revelar-se-iam catastróficas tanto para a evolução científica como para o tratamento dos doentes⁴⁰.

No entanto, tem-se questionado se o facto de se exigir a culpa como requisito fundamental para ressarcir qualquer dano provocado no âmbito de uma intervenção médica, configuraria uma desproteção do doente. Ora, como temos vindo a referir, a Medicina depende cada vez mais da tecnologia. Atualmente, os médicos socorrem-se de uma série de aparelhos e instrumentos mecânicos que são essenciais para o sucesso de uma intervenção médica. E no futuro esta dependência tende a aumentar⁴¹. Como tal, urge dar uma resposta a estas situações. Alguns Autores têm pugnado pelo afastamento do princípio da culpa, à semelhança do que acontece noutros ordenamentos jurídicos⁴². Entende-se que face à evolução tecnológica e, em especial no campo da Medicina, surgiram situações de exponencial perigo devendo, por isso, existir uma socialização dos riscos para proteger o doente⁴³. Contudo, muitos outros Autores têm pugnado contra este entendimento da responsabilidade médica objetiva argumentando que este tipo de responsabilização tornaria insustentável a prática da atividade médica, pelos entraves que daí decorreriam⁴⁴. Por outro lado, é pertinente questionarmo-nos se tal entendimento não contende com a teoria do risco segundo a qual aquele que retira a vantagens deve arcar com as desvantagens. Ora, no campo médico devemos ter em conta a particularidade de que o uso de certos aparelhos ou tecnologias auxilia a atividade do médico, quer porque lhe fornece diagnósticos mais rigorosos ou porque permitem a inovação das técnicas de tratamento que se tornam mais eficazes. Contudo, o doente acaba também por beneficiar dessa utilização porque obtém um diagnóstico mais preciso ou um tratamento mais eficaz.

No entanto, esta é uma questão que clama um tratamento mais aprofundado e ponderado que não nos é possível no âmbito do presente estudo. Quer-nos parecer que se tornou pertinente uma alteração no regime vigente na medida em que este compromete a proteção do doente e a função reparadora da responsabilidade civil. Porém, não será através da responsabilização dos médicos por qualquer dano que resulte do exercício da sua atividade que esta se deve efetivar porque, desse modo,

⁴⁰ Ac. do STJ de 24.05.2011, processo n.º 1347/04.2TBP.NF.P1. S1, relatado por HÉLDER ROQUE, disponível em www.dgsi.pt. [Consultado em 05.02.2021] “[n]ão acolhendo o ordenamento jurídico nacional a teoria do risco profissional, não se incluindo a prática de actos médicos, nos casos especificados na lei em que existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa (...)”

⁴¹ Nas palavras de JOÃO ÁLVARO DIAS “[a] evolução, ao nível dos sistemas jurídicos, de uma matriz marcadamente subjetivista em matéria de responsabilidade civil para parâmetros progressivamente objetivistas, caminho muitas vezes mediado pelas conhecidas presunções de culpa e a percepção que o simples facto de criar um risco ou potenciar um perigo comporta em si mesmo uma danosidade social juridicamente relevante são sinais que, tendo prenunciado novos tempos, se assume hoje como a marca de referência de uma nova era.” *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Coimbra, 2001, pp. 24-25.

⁴² CLÁUDIA MONGE, Responsabilidade Civil na Prestação de Cuidados de Saúde nos Estabelecimentos de Saúde Públicos e Privados, in *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde* [em linha], Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014. Disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/4751/view> p. 52 e ss. [Consultado em 05.02.2021]

⁴³ De destacar alguns afloramentos deste entendimento plasmados, por exemplo nos n.º 3 e 4 do art. 7.º e o art. 11.º da Lei 67/2007; o n.º 1 do art. 14.º da Lei 46/2004 e o n.º 2 do art. 9.º da Lei 22/2007.

⁴⁴ Cfr., também acerca da desresponsabilização que se poderia gerar, ver, respetivamente, VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. p.30 e ss e CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, op. cit., p.116.

estariamos a proteger o doente desprotegendo o médico, o que redundaria, novamente, numa desproteção do doente.

1.4. O Dano na Responsabilidade Médica

Só existe obrigação de indemnizar se existir dano. O dano é, por isso, o pressuposto essencial para que se desencadeie o regime da responsabilidade civil. De facto, atenta a sua função reparadora, a responsabilidade civil pretende eliminar ou compensar o dano sofrido pelo lesado⁴⁵. A nossa lei não definiu o conceito de dano, pelo que esse trabalho foi remetido à doutrina e à jurisprudência. Nestes termos, o conceito de dano tem sido definido como um prejuízo, como uma lesão num interesse juridicamente tutelado que pode revestir a forma de destruição, subtração ou deterioração de certa coisa material e incorpórea⁴⁶. O dano é “toda a ofensa de bens ou interesses protegidos pela ordem jurídica”⁴⁷.

No que respeita ao dano no âmbito da responsabilidade médica não se impõe nenhuma especificidade que implique o afastamento do conceito e das distinções normais apresentadas para aferir qualquer outro dano. No entanto, a atividade médica é suscetível de produzir vários danos distintos. Assim, importa ter presente as seguintes distinções quanto à espécie e à natureza do dano. Em primeiro lugar, distingue-se o dano real do dano de cálculo. O primeiro traduz a perda, a lesão dos interesses juridicamente tutelados enquanto o segundo consiste na reflexão pecuniária desse prejuízo⁴⁸.

De seguida, importa distinguir entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais. A diferença entre eles reside no facto de os danos patrimoniais serem suscetíveis de avaliação pecuniária contrariamente ao que acontece com os danos não patrimoniais visto que estes não são suscetíveis de avaliação pecuniária, aferindo-se este carácter em relação ao dano propriamente dito⁴⁹. Uma breve nota para destacar a controvérsia que envolve a compensação dos danos não patrimoniais. Foram apresentados diversos argumentos para obstar à ressarcibilidade destes danos, desde logo, por fomentar uma certa materialização dos sentimentos do lesado, transmitindo a ideia de que tudo se reduz a uma soma de dinheiro. Na verdade, quando tratamos de danos não patrimoniais é impossível indemnizar o lesado, no sentido de se eliminar o dano. No entanto, é possível compensá-lo, i.e., contrabalançar o prejuízo sofrido⁵⁰. O nosso ordenamento jurídico veio a acolher a compensação dos danos não patrimoniais no art. 496.ºCC, exigindo, para o efeito, que sejam graves e que por essa

⁴⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 142.

⁴⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 598.

⁴⁷ ALMEIDA DA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit. pp. 591 e ss.

⁴⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 598.

⁴⁹ Sobre o tema, vide ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 300.

⁵⁰ RENÉ SAVATIER, *La Responsabilité Médicale en France*, op. cit., p. 494.

gravidade mereçam a tutela do direito. Apesar de ser pacífica a aceitação da compensação de danos não patrimoniais na responsabilidade extracontratual, o mesmo não acontece com a possibilidade de ressarcimento deste tipo de danos na responsabilidade contratual⁵¹. Porém, a doutrina e a jurisprudência dominantes têm vindo a aceitar a compensação de danos não patrimoniais no domínio contratual⁵².

Em terceiro lugar, apresentamos, ao abrigo do n.º 1 do art. 564.º do CC, as diferenças entre o dano emergente e o lucro cessante. O primeiro abrange o prejuízo causado aos bens ou direitos já existentes no património do lesado. Por outro lado, o lucro cessante refere-se aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.

Outra distinção prende-se com os danos presentes e os danos futuros. Os danos presentes são os que já se verificaram enquanto que os danos futuros, nos termos do n.º 2 do art. 564.º do CC, são aqueles que são previsíveis, ou seja, que ainda não se verificaram, mas é previsível que se venham a concretizar.

Finalmente, temos a distinção entre danos diretos e danos indiretos. São diretos os danos que resultam imediatamente do facto ilícito, a perda causada nos bens ou interesses juridicamente tutelados. Como tal, são danos indiretos as consequências remotas, reflexas do facto ilícito⁵³.

“Condição *sine qua non* de qualquer obrigação de indemnizar parece ser a certeza do dano”⁵⁴. O dano deve, portanto, ser certo e não meramente eventual e o lesado deve fazer prova que o dano existe de facto. Ora, esta necessidade de certeza dos danos deve ser entendida *cum grano salis*. Na verdade, existem situações em que o dano já ocorreu e pode ser quantificado, como sucede no caso dos danos emergentes. Porém, o mesmo não se verifica quanto a outro tipo de danos, que se reportam a um futuro hipotético, sem o carácter de certeza absoluta como, por exemplo, o caso dos lucros cessantes⁵⁵. Parece, portanto, que a certeza do dano exigida radica numa certeza relativa, fruto dos limites do conhecimento humano e da sua capacidade de previsão, pelo que a certeza aqui entendida situa-se no domínio da probabilidade suficiente e não na certeza absoluta⁵⁶. Em suma, o dano certo tem de ser compaginável com uma certa álea.

⁵¹ No sentido da compensação, *vide*, entre outros, ALMEIDA DA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 603 e ss; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 31 e ss. Em sentido contrário, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 501; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 605.

⁵² Ac. do STJ de 19.06.2001, processo n.º 01A1008, relatado por PINTO MONTEIRO, disponível em www.dgsi.pt que refere ““é, contudo, jurisprudência largamente maioritária a que admite a reparação dos danos não patrimoniais, quando a ofensa de tais bens ocorre no cumprimento de um contrato.” Também, exemplificativamente, Ac. do STJ de 22.03.2018, processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1, relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO; Ac. do STJ de 19.06.2008, processo n.º 08B1079, relatado por SERRA BAPTISTA. [Consultados em 02.03.2021]

⁵³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 601

⁵⁴ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p.391.

⁵⁵ Cfr. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 386. Também Ac. do STJ de 25.11.2009, processo n.º 397/03.0GEBNV.S1, relatado por RAÚL BORGES, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 03.03.2021]

⁵⁶ JÚLIO VIEIRA GOMES, *Sobre o Dano da Perda de Chance* in *Direito e Justiça*, Vol. XIX, Tomo 2, Lisboa, 2005, pp. 11-12.

Quanto ao cálculo do dano, caso fique frustrada a possibilidade de restauração natural, recorre-se vulgarmente à indemnização em dinheiro. Contudo, no que à responsabilidade médica diz respeito, pela importância dos direitos que estão em causa, torna-se bastante difícil determinar e quantificar o dano, isto é, expressá-lo numa quantia pecuniária. A questão adensa-se nos casos em que o doente lesado apresenta uma doença ou invalidez pré-existente sendo que, em princípio, o dano será calculado pela diferença entre a invalidez pré-existente e a invalidez total. A consideração do anterior estado de saúde do doente deverá, portanto, ser tomado em consideração para se determinar com mais acuidade o concreto prejuízo causado pela atividade do médico⁵⁷.

1.5.0 Nexo Causal na Atividade Médica

Ora, o dano ressarcível, para além de todas estas particularidades que fomos elencando, está dependente de um último pressuposto: o nexos de causalidade. Para se poder reparar um dano é necessário demonstrar que este é consequência do facto ilícito praticado pelo agente. O nexos causal tem assim uma dupla função visto que consiste num dos pressupostos para fundar a obrigação de indemnizar assim como é utilizado para determinar o *quantum* indemnizatório⁵⁸.

Os juristas avançaram, desde logo, com algumas teorias, nenhuma isenta de críticas, para aferir desse nexos causal entre o facto e o dano. O tema da causalidade é inesgotável, contudo apresentaremos, *brevitatis causa*, três dessas doutrinas.

Em primeiro lugar, a teoria *conditio sine qua non* ou das condições equivalentes segundo a qual “o prejuízo deveria ser considerado como provocado por quaisquer eventos cuja não verificação tivesse acarretado a inexistência do dano. Isto é: o nexos causal dar-se-ia a favor de qualquer evento que fosse condição necessária do dano”⁵⁹. Esta teoria, porém, revela-se artificial e inoperável na prática judiciária. Primeiramente, parte de uma ideia determinística do mundo, o que não é razoável. Por outro lado, leva a um alargamento desmedido da responsabilidade dado o imbricamento dos acontecimentos no mundo real⁶⁰.

Em segundo lugar surge a teoria da causalidade adequada que foi adotada pelo legislador e consagrada no art. 563.º CC. Esta determina que “A obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”. Esta teoria parte da *conditio sine qua non* na medida em que a conduta ilícita do agente é condição do dano mas tempera-a com

⁵⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p.386 e RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 147

⁵⁸ ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 249.

⁵⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, Tomo II, Almedina, 2014, pp. 531.

⁶⁰ Cfr. ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 257.

um critério de adequação exigindo que o facto seja adequado a provocar aquele tipo de dano⁶¹. Esta apresenta-se diretamente relacionada com os factos e com o caso concreto, o que será adequado numa situação, não o será noutra, sendo assim impossível chegar a uma formulação abstrata.

Em terceiro lugar, na teoria do escopo da norma violada resolve-se o problema dos danos a indemnizar dentro do próprio preceito normativo, partindo de uma interpretação teleológica da norma onde se determina quais os sujeitos que a norma pretende tutelar; qual o tipo de interesses que protege e quais os danos que condena⁶². No entanto, para esta doutrina operar estamos dependentes da existência de um preceito normativo.

A causa virtual é outro ponto que merece a nossa atenção, ainda que muito breve, no estudo do nexos de causalidade⁶³. A problemática inerente a esta questão prende-se com o facto de se ponderar a exclusão ou a diminuição da responsabilidade do autor da causa real quando exista uma causa virtual. Ou seja, a causa virtual configura um determinado facto que era apto a provocar o dano só que este nunca se concretizou devido à prévia ocorrência da causa real. Isto é, a causa virtual não provocou o dano, mas tê-lo-ia provocado se não fosse a interferência da causa real. Então, a diferença entre a causa real e a causa virtual é que na primeira o dano é produzido e existe nexos causal entre o facto e o dano enquanto que na segunda não. Ora, em princípio, a causa virtual não permite excluir a responsabilidade do autor da causa real⁶⁴, pelo que não o exonera da obrigação de indemnizar⁶⁵ salvo os casos excecionalmente previstos na lei, especificamente os arts. 491.º; 492.º; 493.º e 806.º, n.º 2 do CC⁶⁶. No entanto, a questão permanece ainda discutível e no âmbito da responsabilidade médica, devemos ponderar se será possível ao médico invocar que, mesmo que não tivesse falhado o tratamento ou errado o diagnóstico, o doente acabaria por morrer em consequência da doença.

⁶¹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p.889

⁶² ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 262 e ss; CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, op. cit., p. 101.

⁶³ Sobre o tema *vide*, FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1998; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, op.cit., p. 702-711; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, Anotação ao art. 563.º, in: LUIS CARVALHO FERNANDES / JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Código Civil anotado, vol. II – Direito das obrigações. Das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 554; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 315; ALMEIDA DA COSTA, *Direito das Obrigações*, op.cit. p.767; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 417. Num sentido diferente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 614.

⁶⁴ Ac.do STJ de 13.02.2003, processo n.º 02B4369, relatado por OLIVEIRA BARROS “[...] o princípio geral da nossa lei é o da irrelevância da causa hipotética ou virtual (...)”, disponível em www.dgsi.pt [Consultados em 18.03.2021].

⁶⁵ Ac. do TRC de 25.05.2020, processo n.º77/16.7T8PCV.C1, relatado por ANTÓNIO DOMINGOS PIRES ROBALO; Ac. do STJ de 24.10.2019, processo n.º 246/15.7T8PVZ.P1.S1, relatado por NUNO PINTO OLIVEIRA; Ac. do STJ de 15.03.2005, processo n.º 05A380, relatado por AZEVEDO RAMOS; Ac. de 20.11.2014, processo n.º 707/09.7TBPVZ.P1.S1, relatado por JOÃO BERNARDO. Ac. do STJ de 09. 09. 2010, processo n.º 1970/04.5TVPRT, relatado por GONÇALO SILVANO; Ac. do STJ de 08.05.2013, processo n.º 1122/10.55TVLSB.L1.S1, relatado por ÁLVARO RODRIGUES, disponível em www.dgsi.pt [Consultados em 18.03.2021].

⁶⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 620 coloca a questão “[...]representarão estes casos aforaões particulares de um princípio geral do mesmo sentido, latente no sistema ou constituíram antes desvios à regra tradicional da irrelevância da causa virtual?”. Também VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. pp.143 e ss. Ainda, Ac.do TRL de 28.04.2020, processo n.º1765/12.2TVLSB.L1-1, relatado por RIJO FERREIRA; Ac. do STJ 21.03. 2013, processo n.º 4591/06.4TBVNG.P1.S1, relatado por OLIVEIRA VASCONCELOS; Ac. do STJ de 25.02.2014, processo n.º 287/10.0TBMIR. S1, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR; Ac. do STJ de 30.09.2014, processo n.º 368/04.0TCSNT.L1.S1, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR; 05.04.2015, processo n.º 1025/10.3TVLSB.P2.S1, relatado por ÁLVARO RODRIGUES; Ac. do STJ de 10.11.2015, processo n.º 2759/10.8TBGDM.P1.S1-A, relatado por MARTINS DE SOUSA; Ac. do STJ de 08.07. 2015, processo n.º 996/11.7TBPRT.P2.S1, relatado por TÁVORA VICTOR, todos disponíveis em www.dgsi.pt. [Consultados em 18.03.2021]

Posto isto, no caso da atividade médica, a problemática da causalidade deve ser bem ponderada. Com efeito, mesmo se o médico tivesse adotado a conduta que lhe era devida, cumprindo escrupulosamente as leis da arte, nada garante o que dano não se teria produzido. No caso do médico, não se pretende demonstrar que este causou o dano, mas sim que este não evitou que o dano se consumasse.

A demonstração do nexo causal no âmbito da responsabilidade médica reveste-se, então, de especiais dificuldades. Como fomos dando nota, a atividade médica tem ínsita uma grande aleatoriedade, um desconhecimento da sucessão dos factos. Na verdade, o processo causal, particularmente no caso médico, é pouquíssimo transparente na medida em que não é, na maioria das vezes, claro se se tratou de uma má intervenção médica ou se o agravamento do estado ou a morte foi uma decorrência natural da doença⁶⁷. Para além disso, uma grande especificidade no caso na causalidade médica e que, na nossa opinião, adensa as dificuldades de determinação do nexo de causalidade é que, quando o médico intervém, o processo causal já está em curso e o que se espera do médico é que o interrompa⁶⁸. Não é, por isso, o médico que inicia o processo causal, mas é ele que tem a função de o interromper ou alterar num sentido favorável ao doente.

Nesta sede, o que importa provar é que o dano se encontra numa relação causa/efeito com a falta médica na forma de violação das *leges artis*. De facto, na maioria dos casos, o tribunal não consegue ter a certeza absoluta de que a conduta médica foi a causa do dano. Porém, tal também não parece ser de exigir pelo que entendemos que apenas se tem de criar uma convicção forte, razoável, onde a probabilidade da causa é muito elevada. No domínio do estabelecimento do nexo causal é inegável que a probabilidade joga um papel de relevo. Também não poderia ser de outro modo sob pena de se redundar numa situação de impunidade da atividade médica dado que raramente se consegue demonstrar inequivocamente que a intervenção médica foi causa do resultado antijurídico. Por conseguinte, a dificuldade centra-se em determinar o nível de certeza, ou de probabilidade que é exigível⁶⁹. Em última análise, tudo dependerá do caso concreto e daquilo que se conseguir fazer prova.

Perante esta dificuldade foram sendo avançadas possíveis soluções para este problema, tais como a facilitação da prova, passando a admitir uma demonstração *prima facie*; o estabelecimento de presunções de causalidade ou até o recurso à perda de chance, mesmo com todas as vicissitudes que lhe são inerentes.

⁶⁷ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 216.

⁶⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. p.51.

⁶⁹ RENÉ SAVATIER, *La Responsabilité Médicale en France*, op. cit., p. 501.

2. Responsabilidade Contratual ou Extracontratual?

Em termos simplistas, a responsabilidade civil apresenta duas modalidades distintas: a responsabilidade contratual tratada no art. 798.º CC e a responsabilidade extracontratual regulada no arts. 483º CC. Tratam-se de duas modalidades distintas, mas que se complementam. Ambas dependem do preenchimento dos mesmos pressupostos apesar de estes se preencherem de maneira diferente em cada uma delas, por tratarem de realidades e prosseguirem fins distintos.

Assim, a responsabilidade contratual resulta da violação de um direito de relativo, de crédito. Esta funda-se na vontade das partes e na autonomia privada. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual tem o seu fundamento único na lei. Nas palavras de HÖRSTER “Na primeira alternativa é sempre decisiva a realização da autodeterminação do homem, a vontade do homem, quando se trata de encontrar uma solução jurídica; na segunda alternativa é de analisar juridicamente um comportamento humano face à lei em ordem a avaliar os factos e a imputar as responsabilidades”⁷⁰.

No entanto, a distinção entre ambas não é linear nem estanque. De facto, existem certos factos ilícitos que se enquadram simultaneamente na contratual e na extracontratual. Um exemplo paradigmático desta situação é a própria responsabilidade médica. Na verdade, nestes casos existe um único dano que deriva de um mesmo e único facto, só que este viola simultaneamente um direito relativo e um direito absoluto⁷¹. Ou seja, um ato médico ilícito implica que se viole um direito relativo, *inter partes*, na medida em que o médico não cumpre as obrigações a que estava adstrito resultantes do contrato que celebrou com o doente, mas também implica a violação um direito absoluto, *erga omnes*, na medida em que constitui uma lesão à integridade física do doente⁷². Estamos, portanto, perante um concurso entre as normas da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual ou, nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, perante um concurso de títulos de aquisição da prestação⁷³.

Ora, este concurso de normas pode ser abordado segundo as teorias do cúmulo ou segundo as teorias do não cúmulo. As teorias do cúmulo dividem-se num concurso cumulativo que prevê o sistema da ação híbrida ou de dupla ação e num concurso alternativo que prevê o sistema da opção. Assim, o doente poderá, respetivamente, combinar numa mesma ação regras do regime contratual e extracontratual ou poderá optar em bloco quer pelo regime contratual quer pelo regime extracontratual.

⁷⁰ HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, op. cit., p. 76.

⁷¹ RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 210.

⁷² Nas palavras de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA “O médico que realiza, por observação descuidada do paciente, um diagnóstico errado ou o cirurgião que descursa negligentemente os cuidados técnicos adequados à operação responde tanto obrigacionalmente por violação de um contrato de prestação de serviços (art. 1154.º do C. Civil) como delitualmente por ofensa à integridade física do paciente (...), in *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 136.

⁷³ MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, op. cit., p. 136.

Por outro lado, as teorias do não cúmulo assentam, essencialmente, num concurso consumptivo o que significa que estando preenchidos os requisitos de ambos os regimes, a responsabilidade contratual consumirá a extracontratual.

Em causa está saber se é lícito ao doente ter a possibilidade de optar pelo regime contratual ou pelo regime extracontratual de acordo com as circunstâncias do seu caso concreto e para além disso, se ainda lhe será permitido combinar numa mesma ação regras contratuais e extracontratuais ou se tal se materializa num desvio à lei e, assim sendo, impõe-se a aplicação do princípio da consunção pelo que a responsabilidade contratual consumirá a responsabilidade extracontratual.

Na nossa doutrina, as opiniões têm-se dividido entre as teorias do cúmulo⁷⁴, nas suas diferentes modalidades, e as teorias do não cúmulo⁷⁵.

Igualmente, a jurisprudência tem proferido arestos em ambos os sentidos. Na verdade, encontramos acórdãos que admitem as teorias do cúmulo na vertente do sistema de ação híbrida⁷⁶ bem como no sistema de opção⁷⁷ mas, também, encontramos, com bastante frequência o que poderá indicar uma linha orientadora da jurisprudência, decisões que sustentam a teoria do não cúmulo⁷⁸, pugnando pela aplicação ao caso do princípio da consunção.

De reter que o fim último que se persegue é a proteção do doente e por isso devemos tentar perceber qual das teorias garante um maior nível de proteção ao mesmo. Devemos, antes de mais, apontar as diferenças de regime entre elas para depois avaliarmos se existe um regime em bloco mais protetor do doente ou se esta proteção acrescida apenas se alcança mediante a combinação das regras específicas de cada uma das responsabilidades⁷⁹.

⁷⁴ A defender a teoria do cúmulo temos, entre outros, RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, op. cit.; FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit.; ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e responsabilidade médica*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 753; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, op. cit., p. 637 e ss; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, op. cit., p.713 e ss.

⁷⁵ Entre nós, defendeu a teoria do não cúmulo ALMEIDA DA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 551 e ss.

⁷⁶ Cfr. Ac. STJ de 15.12.2020, processo n.º 765/16.8T8AVR.P1.S1, relatado por RICARDO COSTA “[o] caso do contrato de prestação de serviço médico, esta última responsabilidade deve ser, em princípio, absorvida ou consumida pela responsabilidade contratual, se a esta houver lugar (e, nesse sentido, houver esse concurso de responsabilidades de diferente natureza, inclusive para o ressarcimento de danos não patrimoniais), sem prejuízo de se poder convocar (em método híbrido de conjugação) as regras jurídicas da responsabilidade delitual sempre que tal se verifique mais adequado à vertente de não cumprimento estrito do contrato e à sua singular ilicitude não negocial”; Ac. STJ de 25.02.2015, processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1, relatado por ARMINDO MONTEIRO “ tendo o lesado o direito de invocar, à sua escolha, conforme for de seu interesse, as regras, cumulando-as, de uma e outra responsabilidade.”; Ac. TRP de 11.09.2012, processo n.º 2488/03.9TVPRT.P2, relatado por MARIA CECÍLIA AGANTE “[p]ode-se cumular a responsabilidade contratual e extracontratual conferindo-se ao lesado a possibilidade de invocar as normas mais favoráveis de um sistema ou de outro”. Todos disponíveis em www.dgsi.pt [Consultados em 15.04.2021].

⁷⁷ Cfr., entre outros, Ac. TRP de 24.02.2011, processo n.º 674/2001.P1, relatado por FILIPE CAROÇO “deve considerar-se, em princípio, como solução natural a que permite ao lesado a opção entre as duas espécies de responsabilidade, em virtude de o facto constitutivo da responsabilidade do lesante representar simultaneamente a violação de um contrato e um facto ilícito extracontratual, em concurso de responsabilidades” e Ac. STJ de 19.06.2001, processo n.º 01A1008, relatado por PINTO MONTEIRO. Todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt [Consultados em 15.04.2021]

⁷⁸ Cfr., entre outros, Ac. STJ de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR; Ac. STJ de 26.04.2016, processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1, relatado por SILVA SALAZAR; Ac. STJ de 07.03.2017, processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1, relatado por GABRIEL CATARINO onde afirma que “Em regra, a jurisprudência aplica o princípio da consunção, de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual, solução mais ajustada aos interesses do lesado e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada.”; Ac. TRC de 28.11.2018, processo n.º 558/11.9TBCBR.C1, relatado por LUIS CRAVO; Ac. TRP de 14.05.2020, processo n.º 21966/15.0T8PRT.P2, relatado por CARLOS PORTELA. Todos disponíveis em www.dgsi.pt [Consultados em 16.04.2021]

⁷⁹ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. p.32 e ss e JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 226.

Vejamos, em primeiro lugar e no que respeita ao ónus da prova da culpa, temos que na responsabilidade contratual há uma presunção da culpa do lesante (art. 799.º CC) enquanto que na extracontratual incumbe ao lesado fazer a prova da culpa do lesante (art. 487.º CC); em segundo lugar, temos que o prazo de prescrição na contratual é o ordinário, de vinte anos (art. 309.º CC), contrariamente aos três anos da responsabilidade extracontratual (art. 498.º CC); em terceiro lugar, relativamente aos atos dos auxiliares, na responsabilidade contratual basta que se comprove o vínculo entre o lesante e os seus representantes legais ou auxiliares, ou seja, que se demonstre que o lesante utilizou auxiliares para o cumprimento da obrigação (art. 800.º CC), enquanto que na responsabilidade extracontratual é necessário que o lesado demonstre a existência de uma relação de comissão; a culpa do comissário e que o ato foi praticado no exercício das funções de comissão (art. 500.º CC); finalmente, no caso de pluralidade de devedores, a responsabilidade contratual prevê uma responsabilidade parciária (art. 513.º CC) enquanto que a extracontratual prevê uma responsabilidade solidária (art. 497.º e 507.º CC).

Posto isto, verificamos que existem realmente aspetos em que a responsabilidade contratual é mais favorável ao doente lesado, no entanto, isso não se verifica relativamente a todos os elementos que fomos enunciando. Na verdade, existem algumas situações em que a aplicação do regime contratual à responsabilidade médica conduz-nos a situações complicadas. Assim, por exemplo, no que respeita ao prazo, é realmente tentador invocar os vinte anos para a prescrição do direito, mas isto acarreta consequências práticas controversas. De facto, como já deram nota alguns Autores⁸⁰, o prazo de vinte anos não será adequado à responsabilidade civil do médico uma vez que o doente credor já não espera o cumprimento da obrigação, espera apenas o ressarcimento do dano que sofreu. Para além de que, prolongar o prazo de prescrição para vinte anos terá outras influências nomeadamente ao nível da prova, na medida em que uma ação que vise a responsabilização do médico passados, por exemplo, quinze anos desde a intervenção que causou o dano, levantará vários problemas de prova particularmente se atendermos que os registos médicos não se mantêm mais do que cinco anos. Por outro lado, o regime da responsabilidade solidária prevista na responsabilidade extracontratual mostra-se mais favorável ao doente do que a responsabilidade parciária prevista para a responsabilidade contratual.

Posto isto, não nos parece ser de afastar a possibilidade de o lesado escolher ou combinar as normas que considerar que lhe proporcionem uma maior proteção. Na verdade, seria algo ilógico que o

⁸⁰ Sobre o tema, vide VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. p.33; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Illicitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 33; FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, *Traços distintivos e sinais e contactos entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica [II]*. In *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 12.º, pp. 25-54, p. 27 e MANUEL DO ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 17.

doente se visse coartado da possibilidade de escolher um regime ou normas mais protetoras e benéficas que se encontram previstas na lei, e para as quais preenche todos os requisitos, simplesmente porque celebrou um contrato⁸¹. Note-se que não se pretende obter duas indemnizações nem se tratam de pretensões diferentes. Está em causa o mesmo dano e uma única pretensão de o ver ressarcido, sendo que a particularidade reside no facto de haverem diversas normas que podem fundar essa pretensão. A escolha de quais as normas ou o regime que devem suportar a ação deverá ser do doente lesado, dada a sensibilidade da questão com que estamos a lidar e visto que estão em causa direitos de personalidade essenciais à pessoa humana. Claramente, que a ser admitida a opção do cúmulo, cremos que apenas podia ser configurada como um concurso cumulativo no sistema de ação híbrida (nunca num sistema de dupla ação pois geraria litispendência) ou num sistema de opção. Contudo, advirta-se que a admissibilidade do cúmulo deve-se revestir das maiores cautelas, sendo sempre norteado pelo princípio da boa-fé, para não se tornar um meio de subversão da lei⁸².

Impõe-se-nos, porém, dar nota que, apesar de na maior parte dos casos de responsabilidade médica existir um concurso entre as normas da responsabilidade contratual e da extracontratual, casos há em que o ato médico danoso apenas se poderá enquadrar na responsabilidade extracontratual. Assim, o doente lesado apenas poderá configurar a sua ação nos termos da tutela aquiliana nos casos em que não chega a existir um contrato entre o doente e o médico, como sucede por exemplo quando o médico presta assistência a uma pessoa inconsciente numa situação de urgência⁸³ ou quando o contrato eventualmente celebrado entre o médico e o doente é nulo pela ilicitude do objeto ou ainda quando a intervenção do médico consubstancia a prática de um crime. Para além destes, coloca-se ainda o problema de determinar a natureza contratual ou extracontratual da assistência prestada ao doente em hospitais públicos. A verdade é que o ato médico, em si, é igual onde quer que seja praticado. Porém, deverão os médicos dos hospitais públicos responder contratual ou extracontratualmente? Entre nós, a regra é a da tutela extracontratual. Na verdade, nas relações entre doentes e instituições públicas de saúde integradas na rede do Serviço Nacional de Saúde (SNS) tem-se entendido, maioritariamente, que apenas poderá existir responsabilidade extracontratual⁸⁴.

⁸¹ FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit., p. 25.

⁸² Neste sentido, JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p.233 e ss.

⁸³ Nestas situações, o médico atua como um verdadeiro gestor de negócios do doente cfr. JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 226.

⁸⁴ Cfr., entre outros, Ac. STJ de 25.02.2015, processo n.º 804/03.2TAALM.LS1, relatado por ARMINDO MONTEIRO; Ac. STJ de 09.02.2008, processo n.º 08A3323, relatado por MÁRIO CRUZ. Em sentido contrário, Ac. TCAN de 30.11.2012, processo n.º 01425/04.8BEBRG, relatado por ROGÉRIO MARTINS. Todos disponíveis para consulta em www.dgsi.pt [Consultados em 21.04.2021]. Desenvolvidamente sobre o tema, RUI VOUGA, *A responsabilidade civil médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos)*, *Centro de Estudos Judiciários* [em linha], Lisboa, 2018, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf [Consultado em 21.04.2021] e FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit.; p. 32 e ss.

Posto isto, o estado atual da medicina não se coaduna com um mero dever de *non nocere* ou de abstenção. O doente não é um estranho relativamente ao qual se deva cumprir um simples dever de abstenção. Pelo contrário, é necessário reforçar a tutela do doente. É necessário trabalhar as normas que permitem o ressarcimento dos danos causados. Deste modo, para garantir uma maior segurança e proteção do doente deveria ponderar-se a autonomização da responsabilidade médica⁸⁵. Como temos vindo a expor, a responsabilidade médica apresenta várias particularidades que vêm, desde há muito, exigindo um tratamento autónomo e aprofundado. Deveria, pois, ponderar-se a superação da responsabilidade bipartida mediante uma adequada integração das normas que compõe ambos os regimes. No entanto, para já, temos de nos adaptar ao regime vigente, pelo que devemos aferir, casuisticamente, se a opção ou a cumulação de normas feita pelo doente faz sentido e se é conforme à lei.

3. O Ónus da Prova da Ilícitude, da Culpa e do Nexo Causal na Responsabilidade Médica.

O art. 342.º CC enuncia o princípio geral do ónus da prova segundo o qual aquele que invoca um direito tem de fazer prova dos factos que o constituem. Ora, quando aplicamos este princípio à responsabilidade médica, temos como resultado que o doente lesado tem o ónus de fazer prova de todos os requisitos da responsabilidade civil: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo causal.

No entanto, dado o desequilíbrio entre as partes na relação médica, este encargo torna-se demasiado pesado para o doente lesado. Assim, seguindo as regras da distribuição do encargo probatório, o doente lesado tem a seu encargo a tarefa ingrata de fazer prova de factos que não consegue explicar cientificamente e em relação aos quais não tem acesso aos mais importantes meios de prova. Com efeito, se atendermos ao caso particular da responsabilidade médica percebemos que são os médicos que têm o conhecimento científico, que provavelmente sabem qual foi a causa do dano e que têm em seu poder todos os registos clínicos e exames do doente. Porém, recaindo o encargo da prova no doente, o médico pode assumir uma atitude passiva ao longo de todo o processo visto que perante as dificuldades que o doente atravessa o mais provável é não lograr produzir prova e como tal a ação improceder⁸⁶.

Deste modo, devido à importância dos bens jurídicos em causa, é necessário repensar este sistema de distribuição do encargo probatório.

No entanto, há casos em que o doente se vê desonerado de fazer prova de algum dos requisitos da responsabilidade civil. Vejamos.

⁸⁵ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 30.

⁸⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., pp. 86 e ss.

Sendo hoje aceite que se forma um contrato entre o médico e o doente e como tal sendo legítima a aplicação das normas da responsabilidade contratual, temos que a culpa do médico é presumida nos termos do art. 799.º CC⁸⁷. Contudo, não podemos deixar de referir que a aplicação da presunção de culpa à responsabilidade médica tem dividido a doutrina e a jurisprudência. De facto, esta particularidade constituiu, durante muito tempo, um entrave a que se pudesse considerar a responsabilidade médica como contratual⁸⁸. Esta dificuldade veio a ser superada, como já referimos, pela divisão entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado segundo a qual se entendeu que estando em causa obrigações de meios, como normalmente será a do médico, é sobre o lesado que recai o ónus da prova da culpa. Pelo contrário, caso se trate de uma obrigação de resultado então esse ónus passa a recair sobre o devedor. Porém, note-se que o médico está numa posição muito melhor para provar que cumpriu a obrigação de meios que sobre ele impendia, isto é, que observou as *leges artis* do que alguma vez estará o doente leigo.

Outra presunção de culpa cuja aplicação se questiona na responsabilidade extracontratual médica é a prevista no n.º 2 do art. 493.º do CC⁸⁹. Este artigo estipula que aquele que exercer uma atividade perigosa quer pela sua própria natureza quer pela natureza dos instrumentos que utiliza, é obrigado a reparar os danos que provoque. O que se coloca em questão é determinar se, por exemplo, uma operação arriscada ou a utilização de aparelhos perigosos no diagnóstico ou tratamento implica desde logo uma presunção de culpa do médico que os utiliza⁹⁰. Caso se entenda existir esta presunção de culpa, o médico poderá sempre ilidi-la demonstrando que empregou todas as diligências exigidas pelas circunstâncias a fim de prevenir os ditos prejuízos.

Assim, em primeiro lugar devemos esclarecer que, por regra, a atividade médica não é perigosa. No entanto, excepcionalmente e perante a avaliação do caso concreto, certas intervenções médicas podem ser consideradas como uma atividade perigosa⁹¹. Nestes termos, existem diversos fatores que devem ser levados em consideração para que possamos proceder a esta classificação nomeadamente se aquela intervenção em particular apresenta um risco superior à média ou se os

⁸⁷ Veja-se LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica* in *Data Venia*, Ano 06, N.º 08, Junho de 2018, pp. 5-24, disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia08_p005_024.pdf [Consultado em 02.05.2021]

⁸⁸ Sobre o tema, no sentido de não ser admissível a presunção de culpa na responsabilidade médica vide MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, “Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica” in *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996, p. 137; JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 255. No sentido contrário, defendendo que não existem especificidades na responsabilidade médica para afastar a presunção de culpa prevista na responsabilidade contratual, vide LEBRE DE FREITAS, “A Responsabilidade dos Profissionais Liberais” in *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 821 e ss; ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., pp. 182 e ss; FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit.; p. 31

⁸⁹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “A Jurisprudência Portuguesa em Matéria de Responsabilidade Civil Médica: o Estado da Arte in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 38 (Abril/Junho de 2012), pp. 14-27, p. 22-23.

⁹⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Tutela do Doente Lesado*, op. cit., p. 422, nota 12.

⁹¹ Cfr. Acórdão do STJ de 25.02.2015, processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1, relatado por ARMINDO MONTEIRO, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 04.05.2021].

instrumentos que concretamente se utiliza são mais ou menos propícios a causar danos. Este requisito relaciona-se intimamente com o maior ou menor carácter inovador que o procedimento ou o aparelho se reveste. De facto, a prática ou a utilização reiterada de certo procedimento ou aparelho aumenta a experiência e conseqüentemente diminui os riscos, pelo que as atividades que são consideradas como perigosas desatualizam-se constantemente⁹².

Para além de tudo isto, para que se possa aplicar a presunção de culpa do n.º 2 do art. 493.ºCC é fundamental que se demonstre, no caso concreto, que o dano resultou da prática ou da utilização daquele procedimento ou instrumentos especialmente perigosos, ou seja, o dano deve concretizar o risco especial da atividade que se prevê na norma⁹³.

Posto isto, devemos agora ponderar se esta presunção de culpa implicará também e automaticamente uma presunção da ilicitude e da causalidade, ou seja, se ao presumirmos que houve culpa do médico subsume-se que tenha havido também a violação dos deveres que sobre ele impendiam e que isso, então, foi causa do dano? Esta é uma questão muito sensível particularmente quando abordada na perspetiva da responsabilidade médica. Relativamente à presunção de causalidade, cremos que esta deve ser afastada, isto porque, pode ter havido a violação de um dever de cuidado com culpa do médico e isso não consubstancia a causa que provocou o dano⁹⁴. Contudo, quanto à presunção de ilicitude derivada da presunção de culpa devemos encarar com maiores cautelas. Desde logo, porque, como vimos anteriormente ambos os conceitos são muito próximos na medida em que se baseiam em deveres de cuidado e diligência.

O nosso ordenamento jurídico não tende a presumir a ilicitude e, por isso, estamos em crer que é sobre o doente lesado que recai a obrigação de provar a ilicitude, isto é, provar que o médico violou um dever a que estava adstrito e só então é que funcionaria a presunção de culpa, que acaba por estar sempre dependente da prova da ilicitude⁹⁵, ou seja, “[o] que se presume é a culpa do cumprimento defeituoso e não o cumprimento defeituoso em si mesmo”⁹⁶. Isto significa que, apesar de se presumir que o médico agiu com culpa, o doente tem de, previamente, demonstrar que houve um incumprimento ou um cumprimento defeituoso do ato que era devido.

Voltamos, então, à questão da prova nas ações de responsabilidade médica, pelo que se tem vindo a ponderar mecanismos para tentar equilibrar as posições das partes. Note-se que até agora

⁹² Cfr. Ac. do STJ de 26.04.2016, processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1, relatado por SILVA SALAZAR, disponível em www.dgsi.pt. [Consultado em 04.05.2021].

⁹³ Cfr. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ilcitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, op. cit., p.117-118.

⁹⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. p.144.

⁹⁵ LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 10; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Ilcitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 107 e ss; VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. p. 48 e ss.

⁹⁶ Ac. do STJ de 13.10.2020, processo n.º 1572/13.5TVLSB.L1-7, relatado por LUÍS FILIPE SOUSA. No mesmo sentido, Ac. do STJ de 21.02.2019, processo n.º 3784/15.8T8CSC.L1.S1, relatado por OLIVEIRA ABREU; Ac. STJ de 18.09.2007, processo n.º 07A2334, relatado por ALVES VELHO. [Consultado em 06.05.2021]

analisamos algumas presunções legais, no entanto, podem também existir presunções judiciais, isto é, ilações que o julgador retira de um facto conhecido, experienciado na vida normal, para firmar um desconhecido.

Na verdade, devemos conjugar os esforços para atenuar a disparidade de posições entre o médico e o doente numa ação de responsabilidade médica. Existem assim alguns mecanismos como presunções judiciais ou inversões do ónus da prova que podem auxiliar a tarefa do doente lesado⁹⁷.

Em primeiro lugar, devemos referir a prova *prima facie* ou de primeira aparência. Esta expressa que face aos ensinamentos e à experiência da vida comum, é provável que certos factos tenham origem em certas causas. É, portanto, uma presunção judicial que consiste num juízo de probabilidade assente nas regras da experiência comum que, normalmente, certo dano terá como causa certo facto⁹⁸. Por outro lado, a teoria *Res Ipsa Loquitur* aplica-se naqueles casos em que a coisa fala por si, isto é, quando estamos perante um dano de tal modo desproporcionado e atípico que se presume a negligência do médico, sendo que inexistem explicações para o que poderá ter causado o dano sem ser a má conduta médica⁹⁹.

Poderá ainda haver casos em que haja uma inversão do ónus da prova quando a parte contrária torne, de modo culposo, impossível a prova ao onerado, nos termos do art. 344.º, n.º 2 CC¹⁰⁰. Esta regra surge como um corolário do princípio da cooperação previsto no art. 417.º do CPC, sendo que assume especial relevância no âmbito da responsabilidade médica onde os meios de prova de que o doente lesado necessita, *maxime* o processo clínico, estão na posse do médico. Esta presunção é particularmente relevante nos casos em que o médico se recusa a mostrar o processo clínico.

Posto isto, verificamos que é necessário repensar a repartição do ónus da prova nas ações de responsabilidade médica adotando técnicas que equilibrem as partes, quer seja através de presunções judiciais, de inversões do ónus da prova quer pela aplicação de teorias como a perda de chance, como aprofundaremos nos próximos capítulos.

⁹⁷ Sobre estes mecanismos alternativos, vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., pp. 327-373.

⁹⁸ LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p.14; VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit. p.124.

⁹⁹ LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, *O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p.15; ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 220

¹⁰⁰ Ac. TRL de 27.11.2018, processo n.º 18450/16.9T8LSB.L1-7, relatado por MICAELA SOUSA, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 07.05.2021].

4. O Consentimento Informado.

O consentimento é pressuposto e limite de qualquer intervenção médica¹⁰¹. Esta necessidade de consentimento é, por isso, anterior e independente a qualquer intervenção médica. O consentimento informado surge como tutela do direito à autodeterminação, à autonomia e à integridade física e psíquica do doente. Deriva, portanto, do direito de personalidade e do direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Tem a sua origem na lei e em princípios deontológicos pelo que não emerge de nenhum contrato que o médico celebre com o doente.

Quando abordamos a figura do consentimento, estamos a tratar de um requisito fundamental para que se possa concluir pela licitude da intervenção médica, pelo que um ato médico, quer de diagnóstico quer de tratamento, para o qual não haja consentimento ou quando este não seja válido será sempre ilícito porque viola o direito de autodeterminação do doente. O que aqui se pretende salvaguardar é a autonomia e a liberdade de decisão do doente sobre a sua vida. Constitui o exercício de um direito de personalidade por parte do doente que o médico tem de respeitar¹⁰².

Então, quais os requisitos para que o consentimento possa ser válido e eficaz? Destacamos a necessidade de o consentimento ser livre, pessoal, esclarecido e informado e atual. Ora, com isto pretendemos demonstrar que o consentimento “é um processo e não uma forma”¹⁰³, isto é, um consentimento válido só pode resultar de uma troca, recíproca e contínua de informações. Esta troca leal de informações será o resultado da relação fiduciária entre o médico e o doente e deve manter-se ao longo de toda a sua duração. De facto, o consentimento surge intimamente associado ao dever de informação¹⁰⁴ que impende sobre o médico que deve comunicar as informações essenciais sobre o diagnóstico e o tratamento de modo completo, detalhado, atempado e acessível ao doente leigo. Só assim, quando o doente conhece todas as informações e percebe o que está concretamente em causa é que poderá consentir, esclarecidamente, na prática de determinada intervenção de diagnóstico ou tratamento.

¹⁰¹ KOPETZKI, “Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit”, in KOPETZKI, *Einwilligung und Einwilligungsfähigkeit*, Wien, Manz, 2002, p.1 apud ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, op. cit., p. 147, nota de rodapé 322.

¹⁰² CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, op. cit., p.117 onde se afirma “Não lhe será lícito opor-se à vontade real do sujeito, que prevalece sobre a avaliação do interesse do doente feita pelo médico”.

¹⁰³ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p.281

¹⁰⁴ Como dá nota NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, o facto de o dever de informar e esclarecer ser qualificado como um dever acessório de conduta baseada no princípio da boa-fé, não implica que o consentimento seja meramente acessório ou de dignidade inferior em relação em tratamento em si. Isto porque, o consentimento e o tratamento têm igual dignidade e são co-essências. *Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 49 e ss.

Esta afirmação reporta-nos para a necessidade de determinar o *quantum* de informação que o médico está obrigado a transmitir ao doente¹⁰⁵. Qual é afinal a informação necessária que deverá ser, obrigatoriamente, transmitida? Quando é que o consentimento se considera esclarecido e informado?

Assim, desde logo, é essencial que o doente seja informado sobre a “a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento”¹⁰⁶. Assim, entre os elementos essenciais a comunicar ao doente estão o diagnóstico e o estado de saúde do doente; o prognóstico, a natureza e a evolução da doença; o tratamento a realizar, o que implica uma exposição dos motivos que tornam aquele concreto tratamento preferível a qualquer outro, os tratamentos alternativos existentes; as consequências da recusa de tratamento; os benefícios do tratamento proposto; os riscos inerentes e o custo do tratamento¹⁰⁷.

O dever de informar sobre os riscos e particularmente sobre que tipo de riscos se deve informar é uma questão problemática. Qualquer intervenção médica comporta riscos, no entanto, estes podem ser normais/frequentes ou raros/ anormais bem como podem ser ligeiros ou graves. Para além de que, os riscos podem ser previsíveis ou imprevisíveis. Assim, é pacífico que aqueles riscos que forem previsíveis, frequentes e graves devem ser comunicados ao doente. A problemática surge nos riscos anormais ou improváveis, mas que sejam graves. Em termos rigorosos, o respeito pela autodeterminação de doente ditaria que todo e qualquer risco fosse comunicado. No entanto, no que se relaciona com riscos graves, mas improváveis, a solução passará por distinguir entre as intervenções necessárias/terapêuticas e as intervenções não necessárias. Deste modo, acompanhamos quem defende que nas intervenções necessárias e naquelas em que não exista alternativa terapêutica poderá admitir-se a não comunicação dos riscos anormais. Já no que concerne às intervenções não necessárias, o dever de informação e esclarecimento é mais exigente. Nestes casos, todos os riscos mesmos os anormais e improváveis devem ser comunicados ao doente¹⁰⁸.

Note-se, porém, que estes critérios são gerais e podem aplicar-se à maioria dos casos, no entanto, isto não dispensa uma cuidada ponderação casuística por parte do médico sobre o que deve ser ou não comunicado. Assim, o médico deve considerar, no mínimo, a necessidade da intervenção; a

¹⁰⁵ GÉRARD MÉMETEAU E NICHOLAS LÉGER-RIOPEL, Devoir d'information, Causalité et Responsabilité Médicale in *The Canadian Bar Review* [em linha], Vol. 97, N.º 2, 2019. [Consultado em 23.05.2021]. Disponível em <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/4536>

¹⁰⁶ Cfr. art. 157.º do Código Penal.

¹⁰⁷ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado. Ónus da Prova e Nexos de Causalidade*, [em linha], disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf> [Consultado em 10.05.2021]

¹⁰⁸ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *Responsabilidade Médica e Consentimento Informado*, op. cit., p. 12; VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 226; Ac. do STJ de 02.12.2020, processo n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR; Ac. do STJ de 16.06.2015, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1; relatado por MÁRIO MENDES; AC. STJ de 22.03.2018, processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1, relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO; Ac. do STJ de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPRP.P1.S1, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR; Ac. do TRL de 03.12.2015, processo n.º 284/099TVLSB.L1-2; relatado por JORGE LEAL. Todos disponíveis em www.dgsi.pt [Consultados a 25.05.2021]

gravidade e a probabilidade dos riscos, o carácter mais ou menos invasivo da intervenção e a novidade ou o carácter experimental da intervenção.

Apesar disto, o dever de esclarecimento pode sofrer limitações. Destacamos, desde logo, as intervenções urgentes (o que apenas se compreende nos casos de intervenções necessárias¹⁰⁹). Neste caso, a urgência de uma intervenção não se coaduna com a prestação de informações detalhadas, na medida em que existe uma ameaça iminente à vida ou à saúde do doente. Por outro lado, temos os casos em que o doente renuncia ao direito de ser informado, o chamado direito a não saber. Contudo, este direito implica que o doente tenha a consciência de que existem informações e de que existem riscos que lhe deveriam ser comunicados mas, mesmo assim, também em observância aos princípios da autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade, recusa que essas informações lhe sejam prestadas¹¹⁰. Outra situação excepcional em que o dever de informação pode ser limitado é nos casos de privilégio terapêutico tal como prevê o art. 157.º *in fine* do CP, ou seja, não há a obrigação de comunicar determinadas circunstâncias quando essas sejam suscetíveis agravar a saúde psíquica ou física do doente¹¹¹, pelo que o médico não as divulga com vista a viabilizar a continuidade do tratamento.

Posto isto, percebemos que a regra é a comunicação das informações essenciais ao doente. Resta-nos, por isso, determinar quem deve prestar essas informações e a quem devem ser dirigidas. Então, o responsável por prestar informações é o médico que acompanha o doente e que lhe prescreveu determinado tratamento. A informação poderá também ser prestada por outro membro da equipa médica, mas o médico que realiza a intervenção deve sempre assegurar-se de que o doente foi informado e esclarecido sobre a intervenção a que se está a submeter. A capacidade para consentir é um ponto delicado neste tema. Em regra, o consentimento tem de ser obrigatoriamente prestado apenas e só pelo próprio doente. Desta regra excluem-se os incapazes como os menores e os doentes mentais cujo consentimento é prestado pelo respetivo representante legal. Porém, esta é uma questão que deve ser abordada *cum grano salis* dada a pessoalidade do ato para qual se está a consentir. Pelo que o médico deve aferir casuisticamente se o doente consegue perceber a informação que lhe é transmitida e se conseqüentemente poderá consentir por si mesmo¹¹².

No consentimento informado vigora a liberdade de forma (art. 219.ºCC) pelo que não se exigem especiais formalidades legais, podendo, em determinados casos até ser tácito. Porém, a regra

¹⁰⁹ Cfr. art. 340.º, n.º 3 do CC.

¹¹⁰ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, op. cit., p.469.

¹¹¹ Cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, op. cit., p.460. Vide Ac. do TRP de 08.10.2019, processo n.º 2147/18.8T8AGD.P1; relatado POR ESTELITA DE MENDONÇA Ac. do STJ de 09.10.2014, processo n.º 3925/07.9TVPRP.P1.S1, relatado por JOÃO BERNARDO, disponíveis em www.dgsi.pt. [Consultados em 25.05.2021].

¹¹² JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p.286.

exige que o consentimento seja expresso e existe já legislação¹¹³ que especificamente exige a forma escrita na prestação do consentimento. Isto leva-nos a ponderar se não seria mais seguro avançarmos, desde já, para uma obrigatoriedade de o consentimento ser reduzido a escrito em qualquer procedimento que envolvesse riscos graves¹¹⁴.

Da mesma forma que não se exige forma para prestar o consentimento, também não é de exigir nenhuma formalidade especial para a sua revogação que pode ser declarada a todo o tempo e vem na sequência do art. 81.º n.º 2 do CC, que estipula que a limitação voluntária de direitos de personalidade é sempre revogável.

O ónus da prova de que o doente consentiu e de que tal consentimento foi esclarecido recai sobre o médico¹¹⁵. Esta solução afigura-se a mais acertada visto que o doente teria enormes dificuldades em fazer prova de um facto negativo e, por outro lado, sendo o consentimento uma causa de exclusão da ilicitude e, como tal, um facto impeditivo do direito do doente, é o médico que deve diligenciar nesse sentido (n.º 2 do art. 342.º)¹¹⁶.

Outro aspeto relevante consiste no nexo de causalidade (e a respetiva prova) entre a violação do dever de informação e o dano¹¹⁷. Assim, podemos apontar duas vias: a primeira determina que a falta ou a invalidade do consentimento é condição *sine qua non* de todos os danos decorrentes da intervenção bem como do dano da perda da oportunidade de decidir correr o risco¹¹⁸; a segunda defende que o médico nem sempre será responsabilizado por qualquer dano que decorra da intervenção não autorizada. Nestes casos, a falta de consentimento é apenas uma condição *sine qua non* presumida pelo que o médico poderá fazer prova de que, mesmo que tivesse cumprido os seus deveres de informação, era expectável que o doente tivesse agido da mesma forma, isto é, o médico terá de provar que, mesmo se tivesse cumprido todos os deveres de informação, o doente iria, igualmente, prestar o seu consentimento, ou seja, acaba por se fundamentar na figura do comportamento alternativo lícito¹¹⁹.

¹¹³ Exemplificativamente, art. 14.º, n.º 2 da Lei 32/2006; art. 2.º al. o) da Lei 46/2004; art. 16.º al. v) da CEDHBMED; art. 3.º, al. c) do Despacho n.º 5411/97, ...

¹¹⁴ FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit., p. 38.

¹¹⁵ ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, op. cit., p.187

¹¹⁶ Neste sentido a título meramente exemplificativo, Ac. do STJ de 02.12.2020, processo n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1, relatado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR; Ac. do STJ de 16.06.2015, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1, relatado por MÁRIO MENDES; Ac. do TRC de 11.11.2014, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1, relatado por JORGE ARCANJO. Em sentido contrário, Ac. do STJ de 18.03.2010, processo n.º 301/06.4TVPRP.P1.S1, relatado por PIRES ROSA. [Consultados em 28.05.2021].

¹¹⁷ Sobre o tema, vide ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e responsabilidade médica*, op. cit., p. 485 e ss.

¹¹⁸ Cfr. Ac. STJ de 02.11.2017, processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1, relatado por MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 28.05.2021].

¹¹⁹ Cfr. PAULO MOTA PINTO *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, op. cit., p. 1385 e ss; Ac. do TRG de 10.01.2019, processo n.º 3192/14.8TBRRG-G1, relatado por SANDRA MELO, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 28.05.2021].

Nestes termos, é importante reiterar que cada situação deve ser avaliada casuisticamente de modo a aferir quais são as concretas informações que devem ser comunicadas, a quem devem ser comunicadas e em que termos devem ser comunicadas.

Capítulo II – Da Perda de Chance

A palavra chance tem origem francesa e significa probabilidade, sorte, a possibilidade de algo acontecer, uma oportunidade dada a alguém¹²⁰. Se nos debruçarmos sobre o sentido da palavra¹²¹ percebemos que esta indicia uma oportunidade de obtenção de determinado efeito ou resultado desejado por alguém, mas também uma ideia de incerteza e imprevisibilidade sobre o decurso dos eventos e sobre a conjugação das circunstâncias necessárias para a consumação da oportunidade. Logo, há uma incerteza na consumação do resultado esperado. Isto é, a chance remete para uma possibilidade abstrata, para um certo resultado, *maxime*, positivo apenas em potência¹²² sendo que a circunstância dessa oportunidade ser aproveitada em sentido favorável por aquele que a tem apenas se pode afirmar em termos de probabilidades, isto é, a obtenção do resultado positivo que deriva daquela oportunidade pode ser mais ou menos provável.

Como refere NILS JANSEN, pode objetar-se que a ideia de chance é meramente ilusória visto que onde parece haver uma chance existe, afinal, uma falta de conhecimento e informação sobre o decurso dos acontecimentos. No entanto, como dá nota esse mesmo Autor esta objeção não poderia ser procedente uma vez que o desconhecimento e a falta de informação sobre o desenrolar dos acontecimentos é inevitável¹²³.

Na verdade, LUIS MEDINA ALCOZ sustenta que o desenvolvimento da teoria da perda de chance radica na compreensão de que o conhecimento humano é imperfeito e limitado e que apenas se pode traduzir em termos de probabilidade. Refere ainda o mesmo Autor que a verdade é uma questão de grau¹²⁴ e que transpondo este entendimento para o âmbito jurídico percebemos que a verdade processual não é necessária e exatamente correspondente à verdade material.

Esta percepção acaba por afetar a convivência entre as chances e o direito tal como o concebemos. Deste modo, a margem de imprevisão, de álea na realidade dificulta a função do direito de assegurar os princípios de certeza e segurança jurídica. No entanto, o direito já contempla algumas situações de imprevisibilidade e incerteza, como por exemplo a aposição de condição a um negócio jurídico ou o instituto da alteração anormal das circunstâncias.

¹²⁰ Cfr. <https://dicionario.priberam.org/chance> [Consultado em 24.06.2021].

¹²¹ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p.179 e ss.

¹²² Cfr. JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, op. cit., p. 253.

¹²³ NILS JANSEN, The Idea of a Lost Chance, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19,1999, p. 280

¹²⁴ LUIS MEDINA ALCOZ, Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades, in *Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* [em linha], n. 30, Segundo Trimestre, 2009, disponível em RC_30.pdf (asociacionabogadosrcs.org) [Consultado em 24.06.2021], p. 35 e ss.

Feitas estas considerações preliminares, nos pontos seguintes deste estudo dedicar-nos-emos a expor em termos mais práticos o sentido e o alcance desta teoria da perda de uma chance.

1. Um Enquadramento da Perda de Chance

A ideia da perda de chance teve a sua origem no ano de 1889 através de uma decisão da *Cour de Cassation* francesa que deu provimento a uma pretensão de indemnização pela perda de chance de prossecução de um processo judicial e, conseqüentemente, da oportunidade de ter ganho de causa devido a um comportamento culposo de um *officier ministériel* que impediu a normal tramitação do processo¹²⁵.

A perda de chance pode ser entendida como a “perda da possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável”¹²⁶. Esta figura é chamada naqueles casos em que um indivíduo está numa posição que lhe permite obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem só que, em virtude de um comportamento culposo por parte de um terceiro, essa possibilidade ou oportunidade é definitivamente destruída. Daí que não sabemos se o resultado esperado alguma vez se viria a concretizar, mas sabemos que perante certo facto ilícito e culposo de um terceiro deixou de existir sequer a possibilidade de ele alguma vez se consumar¹²⁷.

Como referimos, esta figura surgiu na sequência da constatação da omnipresença da álea na realidade que o direito regula, pelo que é chamada à colação naquelas situações em que a álea é de tal modo elevada que não se logra efetivar o instituto da responsabilidade civil porque falha a afirmação do nexos causal entre um ato lesivo que se julga idóneo a gerar responsabilidade relativamente a quem o praticou e a frustração da concretização de um resultado futuro¹²⁸. É a aleatoriedade do resultado final que nos impede de afirmar que o ato lesivo foi *conditio sine qua non* do prejuízo sofrido, termos em que a ideia da perda de chance surgiu como um mecanismo para ultrapassar as dificuldades de demonstração do nexos causal numa tentativa de superar a tradicional teoria do tudo ou nada. Nas esclarecedoras palavras de PAULO MOTA PINTO “[o] problema da perda ou diminuição das chances é caracterizado decisivamente pela interferência da incerteza relacionada com o futuro na questão da determinação da responsabilidade. O fundamento comum de todos os casos é a tentativa de não

¹²⁵ RUI CARDONA FERREIRA, *Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 12 e ss.

¹²⁶ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017, p. 19.

¹²⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 185.

¹²⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, [em linha], Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018. Disponível em http://www.cej.mi.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf . [Consultado em 25.06.2021], p. 187.

deixar escapar das «malhas» da ressarcibilidade a lesão sofrida devido a uma incerteza, mesmo *ex post*, sobre qual teria sido a evolução dos acontecimentos (...)”¹²⁹.

Posto isto, verificamos que a perda de chance tem respaldo no sentimento de justiça material a que repugna a ideia de deixar o lesado sem qualquer ressarcimento pelos prejuízos que sofreu em virtude do comportamento ilícito e culposo de outrem, por dificuldades probatórias¹³⁰.

No entanto, a aceitação da figura não é pacífica, nomeadamente na nossa doutrina e jurisprudência¹³¹. Como desenvolveremos nos tópicos subsequentes, existe alguma resistência à aceitação da figura e uma divergência quanto ao seu enquadramento dogmático. Coloca-se a questão de determinar se a perda de oportunidade pode ser objeto de ressarcimento. O problema da aceitação da perda de chance, tal como foi colocado, contende com dois requisitos da responsabilidade civil: o dano e o nexo de causalidade. Será a perda de chance um desvio à exigência tradicional da afirmação da causalidade ou serão as chances entidades autónomas, distintas e independentes do resultado final cuja perda consubstancia um dano digno de tutela?

Aqui chegados, cumpre-nos indagar se é possível enquadrar a perda de chance no nosso ordenamento jurídico como um mecanismo para propiciar resultados mais justos ou se será um corpo estranho que gera graves contradições com o direito da responsabilidade civil tal como está consagrado¹³².

1.1. Âmbitos de Aplicação da Perda de Chance

A perda de chance surgiu intimamente associada ao mandato forense naquelas situações em que, por exemplo, o advogado deixa passar o prazo de interposição do recurso ou não propõe uma ação e com isso o cliente fica privado da oportunidade de obter ganho de causa¹³³.

No entanto, os núcleos de aplicação da perda de chance foram-se alargando e atualmente podemos identificar uma grande variedade de situações que suscitam a aplicação da perda de chance¹³⁴.

Deste modo, podemos indicar, de forma mais imediata, a perda de chance de vitória em jogos de sorte ou azar. Pense-se, por exemplo, nos casos em que falta o registo do boletim do jogo por

¹²⁹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, op. cit., pp. 1103 e 1104.

¹³⁰ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 22.

¹³¹ Cfr. ponto 1.3 da presente dissertação.

¹³² JÚLIO VIEIRA GOMES, Ainda sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance in *Cadernos de Direito Privado*, II Seminário, 2012, pp. 17-29.

¹³³ Na nossa jurisprudência, a título exemplificativo, Ac. STJ de 10.05.2019, processo n.º 1052/16.7T8PVZ.P1.S1, relatado por GRAÇA AMARAL; Ac. STJ de 11.01.2017, processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1, relatado por ALEXANDRE REIS; Ac. STJ de 30.04.2015, processo n.º 338/11.1TBCVL.C1.S1, relatado por MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, todos disponíveis em www.dgsi.pt [Consultados em 25.06.2021]

¹³⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 187.

negligência de quem estava encarregue de o fazer¹³⁵ ou num caso de sorteio em que o número ou a ficha do lesado não é colocado na tombola. Em ambas as situações o lesado fica impossibilitado de alguma vez conseguir a vitória, pois o seu bilhete nunca sequer entrou em jogo.

Na mesma linha, temos a perda de chance de vitória em competições desportivas. Imagine-se o caso de um espectador que interrompe o atleta no decurso da sua prova¹³⁶ ou no caso das competições de cavalos em que, por um atraso do transportador, o cavalo favorito a vencer não chega a tempo da prova¹³⁷. Também neste caso o dono do cavalo, apesar de não se poder afirmar que caso o cavalo corresse venceria a prova, fica coartado da possibilidade de ganhar o prémio.

Outro âmbito de aplicação da teoria é nos casos em que um candidato é indevidamente excluído de concursos públicos ou privados. É exemplo o trabalhador que perde a oportunidade de progredir na carreira e que deixa de auferir todas as vantagens associadas a essa promoção¹³⁸, devido ao facto de não ter sido atempadamente avisado do mesmo ou ter sido afastado injustamente pelo promotor do concurso.

Equaciona-se também a aplicação da teoria da perda de chance quando, devido a uma falha na instalação, o alarme não dispara quando ocorre um assalto e, como tal, destrói a possibilidade de evitar o assalto¹³⁹.

Existem ainda muitas outras situações em que se pondera a aplicação da teoria da perda de chance, como são os casos da morte de um filho que priva os pais do futuro direito a alimentos; da perda de oportunidade de conclusão de um negócio; de obter lucros ou ainda de conquistar mercados.

Para além destas hipóteses, surge a problemática da aplicação da teoria da perda de chance à responsabilidade médica tipicamente nos casos em que o médico não realiza um exame, atrasa-se na prestação de cuidados ou faz um diagnóstico errado sobre o padecimento do doente. Sobre este tema em especial dedicar-nos-emos, em pormenor, adiante no nosso estudo¹⁴⁰.

Em todas as situações que aqui elencamos paira a dúvida sobre a efetiva concretização do resultado positivo esperado. No entanto, é certo que em todas as situações os lesados ficaram impossibilitados de alguma vez o obterem.

Perante a diversidade das circunstâncias que clamam a aplicação da perda de chance, a doutrina tem feito um esforço de sistematização e classificação dos núcleos de aplicação da perda de

¹³⁵ ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 329

¹³⁶ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p.19

¹³⁷ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 37.

¹³⁸ Na nossa jurisprudência, a título exemplificativo, cfr. Ac. STA de 24.10.2006, processo n.º 0289/06, relatado por FERNANDA XAVIER, disponível em www.dgsi.pt; Ac. STJ de 29.11.2012, processo n.º 29/04.0TBAFE.P1.S1, relatado por OLIVEIRA VASCONCELOS, disponível em www.dgsi.pt. [Consultados em 25.06.2021].

¹³⁹ Na nossa jurisprudência, a título exemplificativo, cfr. Ac. TRL de 14.07.2015, processo n.º 6987/13.6TBOER.L1-1, relatado por MANUEL MARQUES, disponível em www.dgsi.pt [Consultados em 25.06.2021].

¹⁴⁰ Cfr. capítulo III da presente dissertação.

chance. Assim, RUTE PEDRO¹⁴¹ agrupou estas situações em três grandes grupos: no primeiro grupo, a perda de chance de uma chance de ganho que engloba as situações do candidato que é indevidamente excluído do concurso; do cavalo que não participa numa competição devido a um atraso do transportador; dos pais cuja expectativa da futura prestação de alimentos pelo filho é frustrada com a morte deste ou ainda dos casos em que o sistema de alarme não dispara e como tal não permite evitar o assalto. O segundo grande grupo contempla as situações de perda de chances processuais tipicamente relacionadas com o advogado que não propõe uma ação ou que não interpõe um recurso privando o seu cliente da oportunidade de obter ganho de causa. Finalmente, o terceiro grande grupo engloba a perda de chance de cura ou sobrevivência nos casos em que o médico erra no diagnóstico ou atrasa negligentemente a prestação de cuidados a um doente o que acaba por se traduzir numa drástica redução das probabilidades que este tinha de sobreviver.

LUIS MEDINA ALCOZ¹⁴² sistematiza estas situações de uma outra forma. Divide a classificação em duas perspetivas: em primeiro lugar, consoante o contexto em que se dá a perda de chance e, em segundo lugar, consoante a natureza do dano final. Na primeira classificação incluem-se as situações da perda de oportunidade de vitória em jogos de fortuna ou azar tal como os expusemos acima; os casos de oportunidade de vitória em competições desportivas como é o exemplo o citado caso das competições hípcas ou ainda das provas automobilísticas em um piloto é ilicitamente excluído da equipa ficando privado da oportunidade de competir na Fórmula 1; a perda de chance de vitória em processos judiciais, procedimentos administrativos e concursos privados nos termos que demos nota acima; os problemáticos casos de perda de oportunidade de cura ou sobrevivência e por último os casos de oportunidade comercial que contempla os casos das negociações frustrada ou interrompidas. Na segunda classificação, i.e., conforme a natureza do dano final, o Autor distingue entre as oportunidades económicas (como por exemplo ser promovido) e as oportunidades pessoais (aumento do tempo de vida ou do bem-estar); entre as oportunidades de captação de lucro e a oportunidade de evitar um dano; entre a oportunidade direta (por exemplo uma incapacidade física permanente) e a oportunidade indireta (em virtude dessa incapacidade deixa de poder exercer a sua profissão) e, finalmente, entre a oportunidade passada e a oportunidade futura quando, respetivamente, o dano já se produziu, imagine-se o caso de um diagnóstico tardio que levou a que o médico sacrificasse uma oportunidade passada de cura porque ao tempo da demanda judicial o dano já se produziu. Por outro

¹⁴¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., pp.188 e ss.

¹⁴² LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derechos de Danos Público y Privado*, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 64-79, apud PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português*, Dissertação de Mestrado, 2010, p. 29, disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacosta_danoperdachance.pdf [Consultado em 26.06.2021].

lado, a oportunidade será futura quando esse mesmo doente lesado era um atleta de alta competição que deixa de poder auferir os ganhos que eram previsíveis caso continuasse a competir.

Como verificamos, ainda não existe uma abordagem unitária à teoria da perda de chance que tem expandido o seu âmbito de aplicação. Podem lhe ser imputados diversos sentidos¹⁴³ e os contextos de aplicação são variados o que acaba também por dificultar, em certa medida, uma construção unitária da figura.

1.2. No Direito Comparado

A delicadeza no enquadramento da figura vem evidenciada pela forma como esta é tratada no direito comparado.

Como referimos anteriormente, a teoria da perda de chance nasceu e floresceu no ordenamento jurídico francês por intermédio do acolhimento jurisprudencial. Se inicialmente surgiu associada a questões do mandato forense, a verdade é que a partir daí foi, paulatinamente, alastrando-se aos mais variados domínios, sendo também em França que o conceito começou a ser utilizado no âmbito da responsabilidade civil médica configurando aquilo que agora denominamos de *perte d'une chance de guérison ou de survie*¹⁴⁴. Conforme nos relata RUTE TEIXEIRA PEDRO, em França é unânime a aceitação da figura em si, no entanto, esta unanimidade não se estende à aplicação da perda de chance aos casos de responsabilidade do médico¹⁴⁵. Ademais, apesar da teoria se encontrar perfeitamente radicada no ordenamento jurídico francês ainda subsiste alguma controvérsia no momento de definir os requisitos para a aplicação da figura. Neste sistema jurídico, explica-nos RUI CARDONA FERREIRA¹⁴⁶ que a perda de chance tem sido encarada como um tipo de dano patrimonial, emergente e autónomo o que se compreende pela amplitude da cláusula em matéria da responsabilidade delitual assente na noção de *faute*. Continua o mesmo Autor a explicar que entre os autores franceses existe um certo desencanto com a ideia de uma teoria da causalidade na medida em que a jurisprudência tem vindo a decidir sobretudo empiricamente¹⁴⁷.

Em Itália, a teoria da perda de chance começou a ser desenvolvida no âmbito do direito do trabalho mediante os arestos tirados pela *Corte di Cassazione* que tratavam de procedimentos de admissão ou promoção de trabalhadores irregularmente interrompidos. Conforme dá nota RUI CARDONA

¹⁴³ A este propósito veja-se RUI CARDONA FERREIRA, *Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, op. cit., p. 93 e ss.

¹⁴⁴ Seguimos de perto a exposição de NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p.21.

¹⁴⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 193

¹⁴⁶ RUI CARDONA FERREIRA, “A Perda de Chance na Responsabilidade Médica.” In *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde* [Em linha], Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2013, p. 134. Disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jornadas_saude.pdf [Consultado em 02.07.2021].

¹⁴⁷ JEAN CARBONNER, *Droit Civil, 4/ Les Obligations*, 18.ª Ed., 1994, p. 334 apud RUI CARDONA FERREIRA, “A Perda de Chance na Responsabilidade Médica.”, op. cit., p. 134.

FERREIRA, o enquadramento dogmático da figura no ordenamento jurídico italiano é algo caótico e difícil de enquadrar racionalmente. Também lá os termos em que a perda de chance pode ser fundamento de uma pretensão indemnizatória são alvo de discussão, no entanto, refere-nos este Autor que o entendimento dominante passa por considerar que a perda de chance se configura como um dano patrimonial autónomo¹⁴⁸. Apesar do campo privilegiado de aplicação ser o direito de trabalho, a perda de chance tem-se expandido a outras áreas nomeadamente à possibilidade de sobrevivência. A este propósito, a jurisprudência italiana afasta cada vez mais a chance do dano final e o estabelecimento do nexo causal entre o comportamento ilícito e esse dano, em especial na responsabilidade médica, afirmando que a probabilidade de concretização da chance revela somente para efeitos de fixação do montante indemnizatório¹⁴⁹.

Em Espanha, conta-nos LUIS MEDINA ALCOZ que o conceito de *pérdida de oportunidad* surgiu por influência do ordenamento jurídico francês e italiano pela mão dos Tribunais do Conselho de Estado e finalmente do legislador, nomeadamente no domínio da contratação pública¹⁵⁰. Afirma ainda o mesmo Autor que a figura da perda de chance tem demonstrado a sua pertinência como um remédio contra a incerteza ao nível do nexo causal, apoiando uma nova tendência da jurisprudência que admite a relatividade do conhecimento humano permitindo, por isso, a reparação de danos sem a demonstração inequívoca do nexo causal. Também no ordenamento jurídico espanhol se tem invocado a perda de chance no domínio da responsabilidade civil por ato médico¹⁵¹.

No que à família anglo-saxónica diz respeito, apontamos o caso inglês *Chaplin v Hicks* do ano de 1911, denominado como *the leading case*, que reconheceu uma indemnização pela perda de chance a uma candidata que foi indevidamente excluída de um concurso. Por influência deste caso fundante de onde se retiram os moldes da aplicação da figura, os Estados Unidos da América começaram também a dedicar bastante atenção à figura da perda de chance¹⁵². No entanto, com uma especificidade: maioritariamente, a teoria é aplicada a casos de responsabilidade médica concedendo-se uma indemnização pela perda de oportunidade de sobrevivência em consequência de uma conduta médica negligente¹⁵³. Refere ainda VERA LÚCIA RAPOSO que, nos países anglo-saxónicos, vigora uma espécie de princípio do tudo ou nada segundo a regra *more probable than not*, pelo que se concederá uma indemnização sempre que se demonstre que é mais provável do que não (51%) que aquele facto

¹⁴⁸ Seguimos de perto RUI CARDONA FERREIRA, *Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, op. cit., p.199.

¹⁴⁹ RUI CARDONA FERREIRA, "A perda de chance: análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática" in *O Direito*, n. °1, Ano 144, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 29-57, p. 45-46.

¹⁵⁰ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 34.

¹⁵¹ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 40 e ss.

¹⁵² NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p.27.

¹⁵³ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 38. Neste ponto, o autor denota que enquanto, por exemplo, no Reino Unido a teoria é aplicada a casos de danos económicos ou patrimoniais, nos Estados Unidos a figura é utilizada no âmbito de danos pessoais produzidos no âmbito médico.

tenha sido a causa do dano, ao contrário do que sucede nos países da Europa Continental onde apenas se considera o facto como causa do dano quando existe uma probabilidade muito elevada de assim o ter sido, cerca dos 81%¹⁵⁴.

Ora, importa referir que os ordenamentos jurídicos que fomos estudando, *i.e.*, o francês, o italiano, o espanhol, o inglês e o norte americano, utilizam o critério da previsibilidade por oposição ao critério da adequação que existe, por exemplo, no ordenamento jurídico alemão e português¹⁵⁵, sendo que tal facto poderá acarretar dificuldades acrescidas no momento do enquadramento da perda de chance no nosso ordenamento jurídico.

Imune a esta expansão da figura da perda de chance ficou a Alemanha, país onde a teoria é praticamente desconhecida¹⁵⁶. Torna-se relevante dar nota de que este ordenamento jurídico tem sido bastante coerente no sentido da rejeição da teoria da perda de chance. Neste ordenamento existe uma elevada exigência probatória quanto ao nexo de causalidade, pelo que, ou o lesado faz prova do nexo de causalidade e tem direito a uma indemnização ou não faz essa prova, com o nível de certeza exigido, que ronda os 80%, e não consegue nenhuma reparação. Perante as dificuldades sentidas pelo lesado no momento da prova do nexo de causalidade, o direito alemão tem privilegiado mecanismos como a inversão do ónus da prova ou a facilitação da prova da causalidade, mantendo-se, no entanto, a possibilidade da afirmação ou negação desta. Deste modo, continua a vigorar o princípio do tudo ou nada, no entanto, tem-se adotado outras técnicas para facilitar o reconhecimento da responsabilidade¹⁵⁷.

Para além deste reconhecimento horizontal por vários países, a ideia de perda de chance tem obtido um reconhecimento a nível vertical¹⁵⁸, denotando-se a sua influência no legislador internacional. Como exemplo disso mesmo temos a expressa referência à teoria da perda de chance nos princípios relativos aos contratos comerciais internacionais desenvolvido pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado - UNIDROIT¹⁵⁹. Também indicamos a Diretiva 92/13/ CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992¹⁶⁰ que teve uma importância fundamental no acolhimento da figura no ordenamento jurídico espanhol tal como nos dá nota LUIS MEDINA ALCOZ¹⁶¹. Ainda o art. 163.º, n.º 1, al.

¹⁵⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, Em Busca da Chance Perdida – O Dano da Perda de Chance, em Especial na Responsabilidade Médica, in *Revista do Ministério Público*, 138 Abril-Junho, 2014, pp. 9-61, p. 14.

¹⁵⁵ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, op. cit., p. 660.

¹⁵⁶ JÚLIO VIEIRA GOMES, Ainda sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance, op. cit., p. 18.

¹⁵⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, op. cit., p. 1104.

¹⁵⁸ Expressões empregadas por LUIS MEDINA ALCOZ, Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual, op. cit., p.33.

¹⁵⁹ Cfr. art. 7.4.3. sob a epígrafe *Certainty of harm* disponível em <http://www.unilex.info/principles/text> [Consultado em 03.07.2021].

¹⁶⁰ Cfr. n.º 7 do art. 2.º disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:01992L0013-20140417&from=PT> [Consultado em 03.07.2021].

¹⁶¹ LUIS MEDINA ALCOZ, Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual, op. cit., p. 34.

b) da Parte Geral do Código Europeu dos Contratos e o art. 3:106 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil¹⁶².

Na jurisprudência internacional referimos, a título de exemplo, a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no caso *Farrugia* onde foi pedida uma indemnização pela perda de possibilidade de obter uma bolsa. A indemnização acabou por não ser concedida na medida em que se entendeu que o recorrente não logrou provar a consistência da sua efetiva possibilidade de conseguir a bolsa nomeadamente demonstrar que preenchia todos os outros requisitos¹⁶³.

1.3. No Direito Português

A perda de chance ainda não se encontra expressamente consagrada no ordenamento jurídico português. Recai, assim, sob a doutrina o árduo dever de proceder a um enquadramento dogmático da figura, prevendo as situações em que a perda de chance poderá ser chamada a intervir e os termos em que tal deverá ser feito bem como os limites e as situações que extravasam o âmbito desta teoria.

Só mais recentemente é que a doutrina tem dedicado uma atenção especial e procedido a um tratamento mais aprofundado da teoria, no obstante mostrar-se ainda bastante titubeante perante a figura. Isto porque, verificamos que a questão da ressarcibilidade da perda de chance encontra-se ainda envolta em grande controvérsia havendo autores que a aceitam, apesar de com diferentes enquadramentos e perspetivas, enquanto que outros a recusam categoricamente.

Neste seguimento, propormo-nos a dar, sumária e singelamente, nota de algumas posições da doutrina portuguesa^{164 165}.

SINDE MONTEIRO¹⁶⁶ pugna pela ressarcibilidade do dano da *perte d'une chance* desde que sejam respeitados os *garde-fous* indicados pela doutrina e pela jurisprudência francesa. Defende que nesta sede “vale o princípio da indemnização integral, só que os juizes devem ter em conta tanto a existência como o grau da álea que afecta a realização da *chance perdue*”.

¹⁶² Cfr. NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 29.

¹⁶³ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994TJ0230&from=EN> [Consultado em 03.07.2021].

¹⁶⁴ Apesar de não aprofundarmos nesta sede os contributos avançados pela jurisprudência neste domínio, indicamos a título meramente exemplificativo, alguns acórdãos relevantes para o tema: Ac. STJ de 17.11.2020, processo n.º

13132/18.0T8LSB.C1.S1, relatado por PEDRO DE LIMA GONÇALVES; Ac. do TRL de 10.10.2019, processo n.º 1594/17.7T8VCT.L1-2, relatado por ANTÓNIO MOREIRA; Ac. STJ de 10.09.2019, processo n.º 1052/16.7T8PVZ.P1.S1, relatado por GRAÇA AMARAL; Ac. do STJ de 19.12.2018, processo n.º 1337/12.1TVPRT.P1.S1, relatado por FONSECA RAMOS; Ac. do STJ de 16.02.2016, processo n.º 2368/13.0T2AVR.P1.S1, relatado por GABRIEL CATARINO; Ac. do STJ de 30.05.2013, processo n.º 2531/05.7TBBERG.G1.S1, relatado por SERRA BAPTISTA; Ac. do STJ de 05.02.2013, processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, relatado por HÉLDER ROQUE; Ac. do TRL de 10.09.2013, processo n.º 739/09.5TVLSB.L2-1, relatado por AFONSO HENRIQUE; Ac. do STJ de 29.05.2012, processo n.º 8972/06.5TBBERG.G1. S1., relatado por JOÃO CAMILO; Ac. STJ de 10.03.2011, processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1, relatado por TÁVORA VICTOR; Ac. STJ de 29.04.2010, processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, relatado por SEBASTIÃO PÓVOAS; Ac. STJ de 22.10.2009, processo n.º 409/09.4YFLSB, relatado por JOÃO BERNARDO, todos disponíveis em www.dgsi.pt [Consultados a 06.07.2021]

¹⁶⁵ Sobre o enquadramento da perda de chance no domínio da responsabilidade médica será feita uma referência mais completa e aprofundada no próximo capítulo deste trabalho.

¹⁶⁶ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 297-298.

Em termos algo semelhantes, JOÃO ÁLVARO DIAS¹⁶⁷ entende que “a *perda de chance* é um dano tão digno de indemnização como qualquer outro” explicando que a questão não é saber se a perda de chance é ou não um dano mas sim se, perante a realidade fáctica, se conseguem preencher todos os demais pressupostos da obrigação de indemnizar, nomeadamente o nexo causal entre o facto e do dano. Mais defende que a oportunidade se configura como um “bem patrimonial, uma entidade económica e juridicamente avaliável, cuja perda produz um dano actual e ressarcível”.

RUTE TEIXEIRA PEDRO¹⁶⁸ aceita o acolhimento da teoria da perda de chance no nosso ordenamento jurídico desde que a mesma seja encarada como uma espécie de dano com a particularidade de se reportar “à lesão de uma entidade que se caracteriza por uma aleatoriedade intrínseca – a chance”, para além de que, e de modo a não alargar demasiado a tutela reparatória que esta teoria potencia, o direito a uma indemnização está ainda depende da reunião dos outros pressupostos previstos para o nascimento da obrigação de indemnizar. Conclui que “contra a admissão da perda de chance, como uma espécie autónoma de dano, não há nenhum argumento decisivo”. Reconhece, porém, que a figura ainda apresenta algumas fragilidades nomeadamente no que toca à concretização das chances ou à determinação do montante indemnizatório, assegurando, porém, que estas serão superadas pelo respeito pelos princípios gerais do nosso ordenamento jurídico.

NUNO SANTOS ROCHA¹⁶⁹ sustenta que a perda de chance é uma nova espécie de dano. A chance é assim uma entidade autónoma com um valor económico relevante sendo que quando séria e real, a chance é um bem jurídico autónomo pertencente ao património do lesado pelo que “se um facto danoso produza uma séria e real diminuição das «chances» (...) estará a ferir o património, devendo por isso haver a correspondente indemnização.” Acrescenta ainda que, para a figura operar é necessário consubstanciar, na situação concreta quer contratual quer extracontratual, as «chances» como bens jurídicos tuteláveis. Entende que a proteção das chances é uma extensão da proteção concedida ao bem jurídico que se pretende alcançar com o resultado final, pelo que as chances serão uma fase embrionária desse mesmo bem. Reconhece, por fim, que a construção da figura poderá ter algo artificial e ficcional, no entanto, reitera que a sua aceitação é necessária para superar as injustiças que decorrem do modelo tradicional do tudo ou nada.

ARMANDO BRAGA¹⁷⁰ assinala que o dano da perda de chance tem sido classificado como um dano presente, isto é, apesar de consistir na perda da possibilidade de obter uma vantagem futura, a sua perda configura uma perda atual e não futura. Dá ainda nota que se considera que a possibilidade de

¹⁶⁷ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, op. cit., p. 252-254.

¹⁶⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., pp.460 – 463.

¹⁶⁹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., pp.91 – 102.

¹⁷⁰ ARMANDO BRAGA, *Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Extracontratual*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 125.

obter um acréscimo patrimonial é um bem jurídico digno de tutela, sendo que o seu valor se reporta ao equivalente à oportunidade perdida, defendendo que aquando da avaliação do dano da perda de chance se deverá recorrer a critérios de verosimilhança e não matemáticos, pelo que o grau de obtenção da chance perdida é decisivo para a determinação da indemnização.

Já JÚLIO VIEIRA GOMES mostra-se mais crítico relativamente a esta teoria, mantendo uma posição mais reservada no que diz respeito à possibilidade de ressarcimento da perda de uma chance. Começa por afirmar que a antecipação do dano é algo fictícia e artificial e por dar nota que “não é claro se o dano da perda de chance deve ser concebido como uma modalidade de dano emergente ou de lucro cessante”. Sustenta ainda que “mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação” visto que se insere num processo dinâmico que iria levar a outro prejuízo definitivo. O Autor denuncia ainda, na sua opinião, um problema ainda mais grave, isto é, que a perda de chance acaba por encobrir questões quer do plano do dano quer do plano da causalidade¹⁷¹. Avança, assim, afirmando que a “mera perda de uma chance não terá (...) virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória”, especialmente porque pode ser invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística. Aponta, ainda, outras soluções que devem ser eleitas em detrimento da teoria da perda de chance tais como a inversão do ónus da prova, tal como acontece no ordenamento jurídico alemão. Porém, este mesmo Autor acaba por reconhecer uma aplicação residual da perda de chance no nosso ordenamento jurídico, tais como situações em que se perde um bilhete da lotaria visto que são situações em que a chance já se densificou o suficiente para se poder referir a uma “quase propriedade” na linha dos ensinamentos de TONY WEIR. Termina ao reconhecer os méritos desta figura nomeadamente por desmascarar as limitações e injustiças do modelo tradicional do tudo ou nada¹⁷².

CARNEIRO DA FRADA¹⁷³ considera que a perda de chance surge como uma forma de superar as dificuldades na demonstração do nexo causal através da antecipação do dano. Propõe também uma distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, pois “[s]e no plano contratual, a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa «chance» a um bem jurídico protegido pelo contrato), no campo delitual esse caminho é bem mais difícil de trilhar: a primeira alternativa do art. 483.º n.º1 não dá espaço e, fora desse contexto, tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo o escopo seja precisamente a salvaguarda da «chance»”. Perante os problemas na quantificação do

¹⁷¹ JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance” in *Direito e Justiça*, Vol XIX, Tomo II, 2005, p. 25.

¹⁷² JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., pp. 43-46.

¹⁷³ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, op. cit, p. 104.

dano, aponta a solução como um juízo probabilístico sendo que, derradeiramente, o Tribunal terá de decidir equitativamente.

RUI CARDONA FERREIRA entende que não existem razões que permitam sustentar a configuração da perda de chance como um dano patrimonial, emergente e autónomo¹⁷⁴. Para o Autor o problema deve ser visto sob o prisma da causalidade, propondo, no entanto, uma revisão ao conceito de causalidade. Este Autor entende que, em conformidade com a teoria da conexão do risco “o resultado danoso deve ser imputado ao agente quando a respetiva conduta tenha criado ou aumentado um risco não permitido ou, nos casos de omissão, não tenha eliminado ou diminuído esse risco, nos termos que seriam exigíveis”¹⁷⁵. Acrescenta ainda que “o enquadramento tradicional da figura, como dano patrimonial e autónomo, se revela artificioso, devendo ser substituído por uma modelação do critério da causalidade ou de imputação objetiva, em termos substancialmente idênticos aos que resultam da teoria da conexão do risco”¹⁷⁶.

Finalmente, terminamos esta brevíssima incursão, expondo a tese de PAULO MOTA PINTO¹⁷⁷ que se opõe à admissibilidade da perda de chance no nosso ordenamento jurídico afirmando expressamente que “não parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chances”. Aponta, ao invés, soluções como a inversão do ónus da prova ou a facilitação da prova da causalidade e do dano com a redução da indemnização prevista no art. 494.º do CC. No ponto de vista do Autor o problema não é enquadrar a perda de chance nos pressupostos da responsabilidade civil, mas antes decidir se “o âmbito da protecção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão – que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo – bastando essa mera elevação do risco (...) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar”. No entanto, o Autor mostra reticente quanto à justificação da perda de chance nomeadamente devido ao “efeito de transformação do lesante em garante da mera possibilidade de sucesso do lesado”.

¹⁷⁴ RUI CARDONA FERREIRA, “A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Outubro - Dezembro 2013, p.1313, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf> [Consultado em 14.07.2021].

¹⁷⁵ RUI CARDONA FERREIRA, *Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, op. cit., p. 320.

¹⁷⁶ RUI CARDONA FERREIRA, *Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, op. cit., p.344.

¹⁷⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, op. cit., p. 1106, nota 3103.

2. A Perda de Chance como um Problema de Causalidade

O enquadramento da perda de chance como uma problemática inerente ao estabelecimento do nexos causal surgiu posteriormente à tradicional configuração da perda de chance como um dano e foi, em grande parte, impulsionado pela aplicação da figura aos casos de responsabilidade civil médica¹⁷⁸.

Muitas vezes designada como a teoria falsa da perda de chance¹⁷⁹, porque conduz a uma defraudação do pressuposto da causalidade¹⁸⁰, esta nova perspectiva do enquadramento da figura funda-se no facto de a perda de chance ser chamada a intervir em casos onde o resultado final se apresenta altamente aleatório, isto é, em que não se pode afirmar que o facto ilícito seja *conditio sine qua non* do dano. Tal é sua aleatoriedade, que mesmo se retirássemos o facto ilícito do encadeamento causal, continuaríamos sem saber se a vantagem final esperada se concretizaria ou não¹⁸¹.

Deste modo, esta dificuldade em afirmar que certa conduta foi realmente a causa do dano, determina que apenas se consiga adiantar uma probabilidade de esse facto ter sido a causa do dano. Neste enquadramento, o que se afere, por exemplo, é que, perante uma situação concreta, há uma probabilidade de x% de o facto ter sido causa do dano, sendo a indemnização calculada por referência a essa probabilidade¹⁸².

Esta corrente parte da ideia de que não poderá ser atribuída nenhuma autonomia às chances na medida em que estas estão intrinsecamente relacionadas com o prejuízo final e que só podem ser encaradas com uma das causas que contribuíram para a produção do dano final¹⁸³, sem que possam ser vistas como autónomas ou distintas do dano final.

Porém, esta ideia de o agente ser responsabilizado por um dano que provavelmente terá causado e na medida dessa probabilidade¹⁸⁴ leva a um corte radical com o regime de causalidade vigente e isso não escapou incólume a críticas ferozes.

Com efeito, quando se defende que a perda de chance é verdadeiramente uma questão de causalidade, ou seja, que esta consubstancia uma solução para camuflar a incapacidade do ser humano para conhecer do efetivo encadeamento causal e para determinar com certeza qual foi a causa do dano, verificamos que o seu enquadramento no âmbito do nexos causal se depara com inultrapassáveis entraves. A doutrina tem apontado que esta interpretação da figura da perda de

¹⁷⁸ Cfr. NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 34.

¹⁷⁹ Expressão utilizada por FRANÇOIS CHABAS, *La Perte d'une Chance en Droit Français* apud NUNO SANTOS ROCHA, *«Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 34.

¹⁸⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 205.

¹⁸¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 203.

¹⁸² RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 207.

¹⁸³ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 36.

¹⁸⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 18.

chance leva a uma exceção injustificada das regras do estabelecimento do nexa causal¹⁸⁵, onde se substitui o critério da certeza pelo critério da probabilidade¹⁸⁶, introduzindo uma visão meramente probabilística da causalidade, que disfarça a incerteza causal mediante a atribuição de uma indemnização parcial¹⁸⁷ do dano que verdadeiramente existe. Estar-se-ia, portanto, a fazer funcionar um mecanismo de responsabilidade proporcional no qual se reconhece uma indemnização ao lesado em que se desconta uma parte proporcional ao grau de incerteza sobre a probabilidade de que o agente do dano não fosse realmente a causa do padecimento¹⁸⁸. Nestes casos, o juiz estaria a decidir com base na proporção das dúvidas, estaria a decidir sem ter formado uma convicção segura sobre a verificação do nexa causal, quase que desconsiderando a essencialidade deste pressuposto da responsabilidade civil. Retoma-se aqui a ideia de causalidade e reparação parcial que parecem ser alheias ao sistema da responsabilidade civil que tende a considerar a responsabilização e consequente reparação de forma total e não fracionada¹⁸⁹.

A teoria da perda de chance surge aqui com intuito de justiça, de correção daquelas situações em que se entende haver uma perda que merece reparação, contudo, na prática, nunca se procedia a tal ressarcimento visto que não se lograva demonstrar o nexa causal, pelo menos de acordo com os padrões de prova exigidos.

Como já havíamos referido, vigora, entre nós, o princípio da causalidade adequada, tal como estipulado no art. 563.º CC. Ora, esta teoria da causalidade exige a verificação de uma *conditio sine qua non*, ou seja, que se demonstre que certo facto foi condição essencial do dano sendo depois atenuada na medida em que, num segundo momento, devemos verificar se face à experiência da vida comum, essa causa era apta a provocar esse dano. Logo partindo daqui o enquadramento da perda de chance no nosso ordenamento jurídico vigente claudica, uma vez que, tal como referimos acima, nos casos que convocam a perda de chance é impossível demonstrar que o facto foi a causa essencial do dano, pois nunca se saberia o desenlace da situação¹⁹⁰.

Assim, para o preenchimento do pressuposto da causalidade no regime da responsabilidade civil, nos termos em que o mesmo está instituído, há duas hipóteses: ou se consegue demonstrar, com um grau elevado de certeza, a existência do nexa causal e a reparação é integral; ou não se consegue demonstrar a existência do nexa causal, pelo menos, não com um grau de certeza tão elevado, e não é

¹⁸⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 397

¹⁸⁶ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 42.

¹⁸⁷ JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., pp. 33 - 35.

¹⁸⁸ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 47.

¹⁸⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 18. Porém, a Autora refere ainda que são identificáveis soluções que de responsabilidade parcial tais como a culpa do lesado, os casos de força maior ou até a responsabilidade solidária.

¹⁹⁰ RUI CARDONA FERREIRA, “A Perda de Chance Revisitada”, op. cit., p. 1314 e ss.

atribuída nenhuma reparação¹⁹¹. Esta solução do tudo ou nada revela-se muitas vezes pouco adequada aos casos concretos e compromete a função reparadora da responsabilidade civil pelo que é compreensível que se procurem encontrar soluções para facilitar o ressarcimento destes danos cujo nexos causal se mostra dúbio, de modo a evitar as soluções fatídicas do tudo ou nada.

Pelo exposto, percebemos que a tentativa de encaixar a perda de chance no nosso ordenamento jurídico, quando a mesma se perspetiva como uma problemática inerente à aferição do nexos causal, revela-se uma tarefa inglória.

Em virtude disto, tem-se vindo a fazer uma apreciação relativamente a outros critérios de imputação alternativos ou complementares à teoria da causalidade adequada, numa tentativa de resolver o problema nesta sede. Neste âmbito, é de destacar a atenção que tem sido dada à potencial admissibilidade da ideia da criação ou elevação ilícita de um risco de materialização do dano final¹⁹². Esta é outra teoria que também se baseia em probabilidades e trata a questão de saber se a mera criação de uma situação perigosa pode ser encarada como um prejuízo que poderá fundar uma pretensão indemnizatória¹⁹³.

Isto é, pondera-se modelar os critérios da responsabilidade civil de modo a que a proteção garantia pela norma jurídica violada ou pelo bem jurídico incluía também a mera elevação do risco de lesão¹⁹⁴. Nestes casos, haveria uma ampliação “dos conteúdos de tutela (...) daqueles bens, de forma a passar a incluir também a simples elevação do risco”¹⁹⁵. Transpõe-se, em certa medida, o que sucede no âmbito do direito penal quanto aos crimes de perigo. Haveria aqui uma antecipação da proteção conferida ao bem jurídico, onde não se pune apenas a lesão, mas também a possibilidade de lesão¹⁹⁶. Porém, isto pode também levar a que se questione se se está a garantir a função reparadora da responsabilidade civil ou se já se está a utilizar a responsabilidade civil para prevenir e punir atos de criação de perigo¹⁹⁷.

Segundo VINEY¹⁹⁸ é defensável um aligeiramento da prova do nexos causal, não através da ideia da perda de chance, mas sim da ideia de criação culposa de um estado de perigo, isto porque, se procedermos a esse aligeiramento da prova com base na ideia de perda de chance estaremos sempre limitados à obtenção de uma indemnização parcial enquanto que se esse aligeiramento for feito com

¹⁹¹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, op. cit., p. 1104

¹⁹² RUI CARDONA FERREIRA, “A Perda de Chance Revisitada”, op. cit., p. 1325.

¹⁹³ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 74.

¹⁹⁴ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, op. cit., p. 1106.

¹⁹⁵ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, op. cit., p. 1105.

¹⁹⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 147.

¹⁹⁷ JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., p. 44 e NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 77.

¹⁹⁸ Apud SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, op. cit., p. 299.

base na criação ou elevação ilícita de um risco permite obter uma indemnização integral, apesar de essa solução implicar também vários perigos.

Perante o exposto, este entendimento de que a perda de chance deve ser encarada como um modo de superar as dificuldades no estabelecimento do nexo de causalidade nos casos em que, em virtude da forte aleatoriedade do resultado final, é impossível apontar uma *conditio sine qua non* para o dano, cuja consecução permanece sempre incerta, apresenta as maiores complicações a nível do enquadramento doutrinário, pelo menos com referência ao direito constituído. De modo que, refere JÚLIO VIEIRA GOMES que tal adoção da doutrina da perda de chance “constitui antes uma rutura, mais ou menos «camuflada», com a concepção clássica da causalidade”¹⁹⁹. Porém, acrescenta RUI CARDONA FERREIRA que tal rutura não parece estar vedada pelo art. 563.º do CC, devendo assim proceder-se a uma ponderação assumida ainda que limitada e bem definida deste pressuposto da responsabilidade civil para bem da segurança jurídica²⁰⁰.

A utilização de outros critérios de imputação tal como a mera elevação do risco ainda se encontra relativamente pouco explorada entre nós, contudo, destacamos o contributo de NUNO SANTOS ROCHA que defende a não reparação da mera elevação do risco na medida em que se correria o risco de indemnizar danos puramente eventuais, o que geraria o enriquecimento sem causa da vítima, e, também, porque a sua admissibilidade parece contender com a função primordialmente reparadora da responsabilidade civil visto que se passaria a dar mais enfoque à função preventiva e punitiva normalmente patentes no direito penal²⁰¹.

3. A Perda de Chance como um Dano

A perda de chance pode, por outro lado, ser encarada como um dano. Para isso, é necessário mudar a perspectiva quanto ao dano indemnizável, de modo a que o seu objeto deixe de ser o resultado final para passar a ser as possibilidades do mesmo ser atingido²⁰², isto é, temos de separar o resultado pretendido das possibilidades de ele ser atingido. Estamos assim perante um prejuízo intermédio relacionado com a perda de uma situação em constante mutação que tinha as potencialidades para atingir certo resultado futuro favorável ou desfavorável. Neste âmbito, as chances são tidas como uma realidade distinta e autónoma do resultado final esperado, pelo que, quando enquadrámos a perda de

¹⁹⁹ JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., p. 38.

²⁰⁰ RUI CARDONA FERREIRA, “A Perda de Chance Revisitada”, op. cit., p. 1329.

²⁰¹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 74-77.

²⁰² RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 203.

chance como um dano procurarmos afirmar que o comportamento lesivo causou a perda de uma chance valorada em x % de alcançar o resultado final esperado²⁰³.

Também designada como a única teoria verdadeira da perda de chance, este enquadramento implica que se reconheça a existência de duas relações causais e de dois danos distintos²⁰⁴. Em primeiro lugar, temos uma relação causal onde é possível determinar, com certeza, o nexo causal entre o facto e o dano, isto é, é possível demonstrar que o comportamento ilícito do terceiro provocou a perda definitiva das possibilidades de atingir o resultado final esperado. Por oposição, essa tarefa revela-se bem mais complexa na segunda relação causal, onde surgem dúvidas quanto ao nexo de causalidade entre o facto e o dano, ou seja, não se consegue demonstrar que o comportamento do terceiro foi causa necessária do dano final, *i.e.*, não se mostra que aquele comportamento foi a causa da frustração do resultado final pretendido. Também tal nunca seria possível uma vez que estamos perante hipóteses com um elevado grau de aleatoriedade onde é impossível prever o desfecho da situação. Note-se que a teoria da perda de chance apenas é convocada nas hipóteses em que não é possível prever, com um grau razoável de certeza, qual seria o desenrolar da situação. Com efeito, naquelas situações em que a vantagem ou a desvantagem se revelam como factos certos, o comportamento ilícito não lesa as possibilidades, mas sim o bem jurídico ou o resultado final que essa possibilidade proporcionaria²⁰⁵.

Posto isto, configurar a perda de chance como uma nova espécie de dano permite encaixar a figura nos moldes do instituto da responsabilidade civil tal como está constituído. Daí que se entenda que só através de uma extensão do conceito de dano, dada a grande plasticidade que é reconhecida ao mesmo, é que será possível empregar a noção de perda de chance no instituto da responsabilidade civil, emprego esse necessário para resolver alguns problemas existentes na nossa responsabilidade civil²⁰⁶. Esta perspetiva da perda de chance como um dano, isto é, como uma realidade autónoma e distinta do resultado final que se pretendia alcançar, permite que se estabeleça o nexo de causalidades nos termos tradicionais pois trata-se, apenas, de evidenciar que a conduta antijurídica foi causa necessária da perda das possibilidades de alguma vez vir a alcançar o resultado final esperado²⁰⁷.

²⁰³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 207.

²⁰⁴ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 54.

²⁰⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 222.

²⁰⁶ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 58. Demonstrando-se algo reticente quanto a esta realidade pelas dificuldades que acarreta JÚLIO VIEIRA GOMES, "Sobre o dano da perda de chance", op. cit., p. 25.

²⁰⁷ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p.49.

Ora, para tanto é necessário, nas palavras de JOSEPH H. KING, perceber que “a *chance of avoiding some adverse result or achieving some favorable result is a compensable interest in its own right*”²⁰⁸, isto é, a chance deve ser tida como um bem jurídico em si mesmo.

Assim, a chance é uma entidade autónoma, jurídica e economicamente avaliável que já existia no património do lesado à data da lesão. De acordo com esta abordagem, como refere JÚLIO VIEIRA GOMES, a perda de uma chance traduz-se numa lesão a uma propriedade anterior²⁰⁹.

Destarte, coloca-se a questão de saber se o dano da perda de chance deverá ser configurado como um dano emergente ou como um lucro cessante. Como foi referido anteriormente, o dano emergente consiste numa diminuição dos valores já existentes no património do lesado. Realmente, se considerarmos a chance como uma entidade autónoma e preexistente no património do lesado, a única solução será reconduzi-la à categoria dos danos emergentes²¹⁰. No entanto, esta não é uma questão pacífica nem incontroversa. Na verdade, durante muito tempo houve tentativas de reconduzir as hipóteses da perda de chance à categoria dos lucros cessantes, sempre sem sucesso, dado que a aleatoriedade do resultado final não permitia demonstrar os factos constitutivos do ganho esperado. Isto porque, aqui as chances não traduzem uma vantagem que o lesado deixou de obter em consequência da lesão, mas sim algo que efetivamente se perdeu, *maxime*, a possibilidade de vir a alcançar certo resultado²¹¹. Assim, “[t]al modo de ver as coisas abriu naturalmente caminho para a deslocação da perda de chance da zona de inclusão ou de fronteira do lucro cessante (onde lhe estava vedado o acesso ao estatuto de dano ressarcível) para o núcleo aglutinador do dano emergente”²¹².

Intimamente relacionada com esta característica está o facto de o dano da perda de chance ser configurado como um dano presente e não futuro. Com efeito, tem-se entendido que a perda da chance ocorre no próprio momento em que se verifica a conduta danosa, ou seja, o dano já se tem verificado no momento da avaliação do dano²¹³, o que em nada contende com o facto de essa possibilidade representar uma vantagem que se concretizaria no futuro²¹⁴.

Por outro lado, o dano da perda de chance configura-se como um dano certo e não meramente eventual. Assim é visto que, a certeza do dano se reporta à inviabilização definitiva da possibilidade de

²⁰⁸ JOSEPH H. KING, Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, Vol. 90, *The Yale Law Journal* [Em linha], 1981, p. 1354. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjl/vol90/iss6/2/> [Consultado em 21.07.2021].

²⁰⁹ JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., p. 28.

²¹⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 225. A título meramente exemplificativo, também JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., p.42 dá nota que a perda de chance, quando acolhida, deverá ser entendida como um dano emergente. Ainda neste sentido, NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 72 que afirma que “considerando «a chance» como entidade dotada de autonomia que fazia já parte do património do lesado, a sua destruição só poderá ser juridicamente qualificada como um verdadeiro dano emergente”.

²¹¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 225

²¹² JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, op. cit., p. 251, nota 580.

²¹³ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, op. cit., p. 252, nota 582

²¹⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 19.

atingir o resultado final. Como tal, o que é ressarcido é o dano causado pela perda de uma possibilidade, desde que dotada de consistência, de obter um resultado final e não o resultado final em si dado que esse sim é necessariamente incerto²¹⁵.

Seguidamente, surge a dúvida em enquadrar este dano como patrimonial ou extrapatrimonial. Ora, como parece resultar da doutrina e da jurisprudência²¹⁶, a perda de uma chance pode gerar simultaneamente danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais, sem que estes se excluam²¹⁷. Assim, não devemos reduzir a perda de chance simplesmente a um dano extrapatrimonial na medida em que a chance ou a possibilidade de atingir determinado resultado final configura-se como um interesse sério, que tinha as potencialidades para se converter numa vantagem futura que tanto pode ser patrimonial ou extrapatrimonial²¹⁸. Desta forma, é possível que o comportamento ilícito que destruiu a chance gere, para além do dano patrimonial associado à concretização da chance, um dano extrapatrimonial. Basta pensarmos, por exemplo, no caso de um candidato ilicitamente excluído de um concurso que, para além de perder as todas vantagens que estariam associadas à promoção, é acometido por sentimentos de angústia e frustração perante a situação ocorrida.

Posto isto, cumpre-nos dar nota que também este enquadramento da perda de chance como um dano autónomo não é consensual. De entre as críticas que vêm sido apontadas a este entendimento da figura, damos brevemente nota de algumas. Em primeiro lugar, tem sido apontado pela crítica bem como pelos próprios defensores deste enquadramento, que existe algo de artificial nesta antecipação do dano indemnizável²¹⁹, nomeadamente pela dificuldade em fixar o montante indemnizatório e por se estar a proceder a uma espécie de reparação parcial em função de um resultado futuro esperado, mas incerto. Em segundo lugar, expõe-se as fragilidades da qualificação da perda de chance como um dano emergente em virtude da dificuldade em incluir as chances autonomamente no património do lesado. Para definir as relações jurídicas que integram o património do lesado recorre-se normalmente à sua avaliação pecuniária, no entanto, não parece poder ser atribuído um valor de uso ou de troca à chance, nos termos do funcionamento normal do mercado²²⁰. Para além de que, no momento da fixação do montante indemnizatório, não será possível o recurso ao tradicional método da diferença uma vez que este pressupõe uma comparação entre a situação existente e a situação atual hipotética, no entanto, esta será impossível de projetar dada a incerteza da

²¹⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 226-227.

²¹⁶ Vide Ac. do STJ de 10.03.2011, processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1, relatado por TÁVORA VICTOR, disponível em www.dgsi.pt. [Consultado a 23.07.2021]

²¹⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 21.

²¹⁸ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p.73

²¹⁹ Cfr. JÚLIO VIEIRA GOMES, "Sobre o dano da perda de chance", op. cit., p. 24; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 463; NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 101.

²²⁰ RUI CARDONA FERREIRA, "A Perda de Chance Revisitada", op. cit., p. 1311 e 1312.

consumação do resultado esperado²²¹. Ademais, dado que a chance traduz uma situação em mutação, no momento da fixação da indemnização a hipótese pode já ter-se consolidado no que seria uma vantagem para o lesado ou poderia ter-se perdido irremediavelmente²²². Independentemente disso, mesmo que se englobe as chances no património do lesado, não vigora entre nós uma norma que tutela em geral o património. RUTE TEIXEIRA PEDRO perante esta dificuldade supera-a afirmando que os interesses tipicamente lesados nas hipóteses da perda de chance correspondem normalmente a um direito subjetivo ou a uma norma de proteção²²³.

Contudo, existem benefícios inegáveis neste enquadramento da perda de chance. Por um lado, mediante este alargamento do conceito de dano, torna-se possível encaixar a perda de chance no nosso ordenamento jurídico sem ser necessária uma alteração legislativa, visto que se consegue preencher todos os pressupostos da responsabilidade civil, inclusive afirmar com certeza o nexo de causalidade. Por outro lado, consegue-se assegurar a função reparadora da responsabilidade civil tantas vezes sacrificada nos moldes atuais do instituto.

4. Pressupostos de Aplicação e Caracterização da Chance Perdida

A perda de chance revela-se, sem dúvida, um instrumento propiciador da responsabilização. Perante tal facto, a jurisprudência francesa começou a delinear um conjunto de elementos ou de condições que devem estar preenchidos para que se possa proceder à aplicação da teoria da perda de chance. Tais requisitos são essenciais para prevenir abusos e alargamentos excessivos dos limites da aplicação da figura²²⁴.

Deste modo, propor-nos a explicitar algumas das condições que se devem reunir bem como algumas das características que a chance deve revestir para que seja viável o recurso a esta teoria.

Ora, antes de mais, é pressuposto essencial para o funcionamento da perda de chance que se demonstre a existência de um resultado favorável futuro de consecução incerta, isto é, tem de ser impossível saber qual será o desfecho da situação, se efetivamente se conseguirá ou não obter o efeito útil que o resultado final pretendido potenciava²²⁵ e ademais deve ficar claro que não existiam quaisquer factos impeditivos ou extintos que inviabilizassem esse mesmo resultado.

Para além disso, é preciso atestar que existiam *a priori* chances ou possibilidades de obter esse resultado final pretendido²²⁶. Assim, o alegado lesado deve provar que realmente reunia as

²²¹ JÚLIO VIEIRA GOMES, Ainda sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance, op. cit., p. 19.

²²² Críticas apontadas por RUI CARDONA FERREIRA, "A Perda de Chance Revisitada", op. cit., p.1311 e 1312.

²²³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 214-215.

²²⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 198 e 461.

²²⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 198 – 199.

²²⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, Em Busca da Chance Perdida, op. cit., p. 23.

condições necessárias para a verificação do resultado final, isto é, que detinha chances reais e merecedoras de tutela jurídica que lhe permitiam alcançar o resultado final e que as mesmas se perderam em virtude do comportamento ilícito do terceiro²²⁷. Como referimos anteriormente, a consecução do resultado final é incerta. No entanto, as chances como um elemento intermédio nessa sucessão de eventos e como verdadeiros instrumentos para alcançar esse resultado futuro pretendido têm de se configurar de modo sério, real e idóneo a alcançar a vantagem futura pretendida. Como exploraremos ainda neste ponto, “[h]á incerteza no dano, mas certeza na probabilidade”²²⁸.

Outro requisito fundamental para a aplicação da teoria da perda de chance é que as chances de obter esse resultado tenham ficado definitiva e irremediavelmente perdidas, ou seja, que a conduta ilícita tenha frustrado irreversivelmente as hipóteses de alcançar o resultado²²⁹.

Posto isto, avançamos, na esteira de RUTE TEIXEIRA PEDRO, as principais características de que as chances se devem revestir. Em primeiro lugar, a Autora destaca a neutralidade e a aleatoriedade das chances. Isto significa que as chances contêm em si potencialidades para conduzir quer a um desenlace favorável quer a um desenlace desfavorável dos acontecimentos²³⁰. Esta neutralidade relaciona-se em tudo o carácter aleatório do resultado final, sendo este um pressuposto essencial para a aplicação da teoria, visto que se for possível estabelecer o nexo causal entre o facto ilícito e o dano final, a teoria da perda de chance torna-se irrelevante²³¹.

Por outro lado, como foi por nós amplamente explanado no ponto acima, a chance apresenta-se como uma realidade autónoma, distinta do resultado final esperado, com um valor atual e próprio²³², que preexistia no património do lesado e é tutelável por si²³³. Porém, ressalva-se apenas que esta autonomia será sempre relativa uma vez que as chances são sempre avaliadas por referência ao resultado final esperado, já que as chances terão de ser sempre de alguma coisa²³⁴.

A seriedade e a consistência são outra característica essencial da chance para que possa ser merecedora de tutela jurídica, pelo que não é a perda de qualquer oportunidade que fundamenta uma

²²⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência, op. cit., p. 198.

²²⁸ JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., p.28, nota 64.

²²⁹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 58.

²³⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 208

²³¹ Veja, por exemplo, o Ac. do TCAS de 23.11.2017, processo n.º 13023/16, relatado por JOSÉ GOMES CORREIA que atribuiu uma indemnização correspondente à perda do resultado final esperado visto que ficou demonstrado que a proposta da autora que havia sido excluída configurava-se como a melhor proposta de acordo com os critérios de avaliação definidos no concurso pelo que, caso o concurso tivesse decorrido normalmente, seria a autora a adjudicatária. Neste caso, não se aplica a perda de chance visto que o resultado final se revela certo, ou seja, nos termos do normal desenrolar do encadeamento causal o resultado final seria sempre aquele.

²³² RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 209.

²³³ LUCA D'APOLLO, *Perdita di chance: danno risarcibile, onus probandi e criteri di liquidazione*, [em linha], 2007, p. 8. Disponível em <https://www.altalex.com/documents/news/2007/11/25/perdita-di-chance-danno-risarcibile-onus-probandi-e-criteri-di-liquidazione> [Consultado em 26.07.2021].

²³⁴ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 64.

pretensão indenizatória²³⁵. A exigência de que a chance seja séria garante, desde logo, a certeza do dano reparável uma vez que o lesado efetivamente demonstra ter uma oportunidade concreta de conseguir o resultado pretendido²³⁶ e que reúne as condições necessárias para alcançar a vantagem final de modo que o comportamento ilícito destruiu a hipótese real e substancial de alguma vez ser alcançada a vantagem pretendida.

A dificuldade passa, no entanto, por aferir quando é que uma chance tem um grau razoável de seriedade e de consistência. Este tópico é de maior importância visto apenas se garante uma tutela ressarcitória a chances suficientes e reais, pelo contrário, as simples esperanças ou sonhos não são dignos de qualquer tipo de reparação²³⁷. Então, quando é que uma chance se considera séria? Têm-se avançado com alguns critérios distintivos. Por um lado, pode entender-se que a chance só revela seriedade quando ultrapasse a barreira do 50%, isto é, quando seja mais provável do que não²³⁸. Por outro lado, também pode entender-se que uma chance séria será a que é superior a zero, dado que nesse caso a consistência da chance apenas se repercutirá no montante indemnizatório²³⁹. Ora, quer nos parecer, na esteira de alguma doutrina²⁴⁰, que realmente a fixação de um número rígido e estático que delimita a partir de que momento a chance, qualquer chance, se torna séria não nos parece a abordagem mais adequada. Nestes termos, consideramos mais apropriado que sejam levadas em consideração todas as circunstâncias concretas, isto é, deverá ser o lesado a demonstrar que, no seu caso concreto e perante todas as circunstâncias relevantes, detinha uma probabilidade séria e fundada, não meramente insignificante, de alcançar o resultado final não fora o evento lesivo. Para tal, é fundamental que se pessoalize a chance, ou seja, deve ficar suficientemente indiciado que os contornos da situação concreta estão mais ou menos próximos daquilo que é o curso normal dos acontecimentos²⁴¹. Assim, para se determinar com maior acuidade qual o grau de seriedade da chance é necessário fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”²⁴² sendo que, através de um juízo de prognose póstuma se tenta idealizar, de acordo com aquilo que é habitual em situações daquele género, qual seria o desfecho mais provável para a situação²⁴³ considerando não só os fatores gerais

²³⁵ Veja-se o Ac. do STJ de 30.11.2017, processo n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1, relatado por TOMÉ GOMES, disponível em www.dgsi.pt. Consultado em 26.07.2021] onde se refere “desde que se prove, desse modo indiciário, a consistência de tal vantagem ou prejuízo, ainda que de feição hipotética mas não puramente abstrata, terá de se reconhecer que ela constitui uma posição favorável na esfera jurídica do lesado, cuja perda definitiva se traduz num dano certo contemporâneo do próprio evento lesivo.” E ainda que “afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e, portanto, qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado”.

²³⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência, op. cit., p. 200.

²³⁷ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 59.

²³⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 25.

²³⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 216.

²⁴⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 217.

²⁴¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência, op. cit., p. 202.

²⁴² Ac. do STJ de 09.07.2015, processo n.º 5105/12.TBXL.L1.S1, relatado por TOMÉ GOMES, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 29.07.2021]

²⁴³ Sobre o tema, nomeadamente quanto à negação da viabilidade deste “juízo dentro do juízo” na jurisprudência espanhola, veja-se LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 53.

mas também os pessoais atinentes à situação concreta do lesado²⁴⁴. Consequentemente, defende-se que o grau de consistência da chance que o lesado lograr demonstrar será necessariamente refletido no montante indemnizatório²⁴⁵, como veremos adiante.

Surge, também, envolvida em grande controvérsia a questão da ressarcibilidade das chamadas chances à segunda potência. Nesta situação para se atestar a seriedade da chance é necessário recorrer a um juízo duplo de probabilidades. Isto é, no momento presente a chance ainda não reveste contornos de seriedade mas poderia vir a verificar-se no futuro mediante a reunião de certas circunstância²⁴⁶. Neste tipo de hipóteses, existem dois fatores aleatórios que devem ser combinados para que se constitua certo evento²⁴⁷. É, por isso, necessário proceder a dois juízos de probabilidade. Refira-se como exemplo desta situação²⁴⁸, o caso *Davies v. Taylor* em que não foi atribuída a uma viúva uma indemnização pelo dano da perda de chance de obter alimentos do falecido marido dado que o casal se havia separado pouco tempo antes da morte do cônjuge. Como tal, para que a viúva pudesse ser indemnizada pela perda de chance era necessário demonstrar que era havia uma probabilidade de reconciliação e, ademais, demonstrar a possibilidade de o marido, caso fosse vivo, vir a prestar efetivamente alimentos à mulher. Seriam, portanto, devidos dois juízos de previsão²⁴⁹. Ora, quer-nos parecer que este intrincado de eventos aleatórios faz diminuir o carácter de certeza e de seriedade das chances uma vez que, citando RUTE TEIXEIRA PEDRO, “a aceitação do ressarcimento do dano derivado da frustração de uma chance pressupõe a prova inequívoca da sua existência. Não pode consentir-se, portanto, que à probabilidade que a essência da chance coenvolve, acresça uma segunda probabilidade quanto à realidade da existência da primeira”²⁵⁰.

Elencadas todas estas características que a chance deve revestir em ordem a poder considerar-se juridicamente relevante e de modo a fundamentar uma pretensão indemnizatória, cumpre-nos agora dar nota que não basta comprovar a existência da chance, é ainda essencial que o lesado faça prova do preenchimento dos pressupostos cumulativos da responsabilidade civil para poder, então, ser indemnizado pela perda de uma oportunidade. Como tal, devemos verificar o facto voluntário; a ilicitude; a culpa; o dano e o nexos de causalidade²⁵¹. Deste modo, o comportamento deverá ser desvalioso sob o ponto de vista objetivo e subjetivo. Para aferir a ilicitude no âmbito da

²⁴⁴ Ac. do STJ de 14.03.2019, processo n.º 2743/13.0TBTVD.L1.S1, relatado por HÉLDER ALMEIDA, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 29.07.2021]

²⁴⁵ Ac. do STJ de 21.01.2021, processo n.º 1314/17.6T8 PVZ.P1.S1, relatado por ILÍDIO SACARRÃO MARTINS, disponível em www.dgsi.pt. [Consultado em 29.07.2021] e NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 60.

²⁴⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 219.

²⁴⁷ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p.62.

²⁴⁸ Um outro exemplo é-nos apresentado por DAVID HAMER, “*Chance Would Be a Fine Thing*”: *Proof of Causation and Quantum in an Unpredictable World* [em linha], 1999, Disponível em <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/1999/24.html>. [Consultado em 27.07.2021]

²⁴⁹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p.61.

²⁵⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 221.

²⁵¹ Ac. do STJ de 06.12.2018, processo n.º 456/14.4TVLSB.L1.S1, relatado por ILÍDIO SACARRÃO MARTINS, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 29.07.2021].

responsabilidade contratual temos de verificar o incumprimento de uma obrigação, de um direito relativo. Importa, por isso, apurar se a proteção das chances integrava o conteúdo obrigacional. Defende-se, assim, nas obrigações de meios, como é o caso típicos dos médicos, o comportamento diligente devido incluiu igualmente a proteção e o aproveitamento das chances²⁵². Já no que concerne à responsabilidade extracontratual, revela-se necessário proceder a uma avaliação casuística de modo a perceber se as chances destruídas mereciam ou não a tutela do direito, nos termos do art. 483.º CC. Ora, no caso da violação de bens de natureza pessoal, como por exemplo o direito à integridade física e moral tão característico da responsabilidade civil médica, estes encontram-se sempre protegidos pelas normas de defesa dos direitos de personalidade. Quando à frustração de bens de natureza patrimonial, a questão apresenta-se mais complexa dado que não existe uma norma geral de proteção do património em geral. Como já foi afirmado, RUTE TEIXEIRA PEDRO resolve a questão afirmando que normalmente existe sempre uma norma que tutela esses interesses. Porém, se não for possível encontrar um interesse jurídico tutelado pelo direito em que se possa incorporar a chance, a sua perda terá de ser rejeitada por não preencher este pressuposto da responsabilidade civil²⁵³.

Relativamente à culpa, esta será aferida nos termos tradicionais sem que se imponha qualquer especialidade neste âmbito. Assim, a prova da culpa seguirá os padrões tradicionais quer da responsabilidade contratual, onde haverá presunções de culpa, quer da responsabilidade extracontratual²⁵⁴.

Finalmente, deve aferir-se pelo preenchimento do pressuposto do dano e do nexos causal. Este apresenta todas as particularidades que fomos referindo acima, ou seja, se encararmos a chance como um dano autónomo e distinto do resultado final com o qual estava relacionada, o nexos de causalidade será aferido entre o comportamento ilícito e culposos e a perda das oportunidades de alcançar o resultado final e não entre esse e o resultado final em si²⁵⁵.

Uma última nota apenas para referir que o ónus da prova dos pressupostos e das características da chance que fomos referindo recai sobre o lesado, em cumprimento da regra geral consagrada no n.º 1 do artigo 342.º CC²⁵⁶ que estabelece que quem invoca um direito tem o ónus de provar os factos constitutivos desse direito. No entanto, é necessário reter que, normalmente, será mais fácil provar a existência de uma chance séria e consistente e a respetiva perda do que provar a relação entre o facto ilícito e a perda do resultado final incerto querido²⁵⁷.

²⁵² RUTE TEIXEIRA PEDRO, Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência, op. cit., p. 206.

²⁵³ Acompanhamos de perto RUTE TEIXEIRA PEDRO, Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência, op. cit., p. 207.

²⁵⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência, op. cit., p. 207

²⁵⁵ Cfr. com o ponto 3 do presente capítulo.

²⁵⁶ Ac. do STJ de 16.12.2020, processo n.º 1976/17.4T8VRL.G1.S1, relatado por TOMÉ GOMES, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 29.07.2021].

²⁵⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência, op. cit., p. 204.

5. Cálculo para a Reparação das Chances Perdidas.

No domínio da perda de chance quando se logre provar a existência de uma chance e a respetiva destruição em virtude de um comportamento ilícito e culposo de um terceiro nasce a obrigação de indemnizar. Por isso, torna-se essencial calcular o valor da indemnização. Este é um dos aspetos mais complexos na formulação da teoria e que mais entaves coloca na aplicação prática da teoria²⁵⁸ para além de, no nosso entendimento, evidenciar algumas das suas fragilidades.

Existem vários entendimentos e diversos critérios para proceder ao apuramento do montante indemnizatório resultante da perda de uma chance.

Assim, foi proposto um critério segundo o qual quando se demonstre que existia uma chance séria de alcançar o resultado final ou quando se prove que era mais provável alcançar esse resultado do que não, o que matematicamente se traduziria numa probabilidade superior a 50%, seria atribuída ao lesado uma indemnização correspondente ao valor do dano final. Neste entendimento em particular, a prova da seriedade e da consistência da chance apenas relevaria para efeitos de atribuição da indemnização mas não como um elemento de cálculo do valor concreto dessa indemnização²⁵⁹. Segundo este critério a perda de chance não é um dano autónomo do dano final, configurando-se mais como uma solução para causalidades dúbias²⁶⁰. Este critério tem sido alvo de muitas críticas de entre elas o facto de não ter em consideração a aleatoriedade típica da chance; a não diferenciação entre o dano intermédio e o dano final e ainda a não diferenciação entre as chances de acordo a respetiva consistência²⁶¹.

Propugna-se, então, pela adoção de um outro critério de valoração que tem em conta a autonomia do dano da perda de chance, o carácter intermédio e instrumental da chance assim como a íntima relação entre o dano da perda de chance e o resultado final. De acordo com este entendimento, o valor da indemnização será necessariamente inferior dado que apenas se reparam as possibilidades de resultado e não o resultado em si²⁶². Como veremos, quando se emprega este critério de quantificação, o grau de seriedade e de consistência da chance repercutir-se-á no montante indemnizatório de modo que quanto maior for essa consistência e seriedade maior será o valor da indemnização visto que estará mais próximo do valor do dano final²⁶³.

²⁵⁸ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 65

²⁵⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 227-228.

²⁶⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 32.

²⁶¹ Efetivamente uma chance de 80% merece um tratamento diferente de uma chance de 55%, vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 229.

²⁶² NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 69

²⁶³ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 32

Então, para chegar ao valor concreto da indemnização teremos de proceder a três operações distintas²⁶⁴. Em primeiro lugar, devemos avaliar qual o valor em que se traduziria o resultado final, ou, por outras palavras, qual a utilidade que a concretização da chance em resultado final traria ao sujeito. Em segundo lugar, devemos apreciar a consistência da chance com vista a traduzi-las num valor percentual. Este é, sem dúvida, o momento mais complexo de toda a operação, em muito relacionado com a dificuldade da prova da seriedade e da consistência das chances. Em terceiro e último lugar, devemos articular os dois valores obtidos nas operações anteriores, isto é, aplicamos a percentagem ao valor obtido na primeira operação que corresponde ao valor do dano final²⁶⁵.

Citando JOÃO ÁLVARO DIAS, o valor da indemnização será “a utilidade económica realizável diminuída de um coeficiente de redução proporcional ao grau de possibilidade de consegui-la”²⁶⁶.

Perante esta configuração da operação para o cálculo da indemnização do dano da perda de chance, questiona-se se esta não corresponderá apenas a uma indemnização parcial pela perda do resultado final, contrariando o princípio geral vigente da reparação integral dos danos²⁶⁷. Ora, os defensores deste critério de cálculo refutam esta crítica e afirmam que o dano é integral e não parcialmente reparado²⁶⁸. Isto porque, sendo a perda de chance considerada um dano autónomo e distinto do dano final, é possível repará-la na íntegra. Então, sendo a perda de chance um dano intermédio, a sua extensão é diferente e naturalmente inferior à do dano final. Quando se utiliza este critério de reparação, a perspetiva deve estar apenas na dimensão do dano intermédio e não na dimensão do dano final. Aqui, o valor do dano final é apenas uma referência ou elemento de calcula para possibilitar a determinação da extensão do dano intermédio, este sim objeto de reparação integral²⁶⁹.

Reconhece-se, no entanto, que este não se afigura um cálculo de fácil concretização. Porém, perante a essencialidade de apurar o montante concreto da indemnização, sempre que não seja possível apurar os valores exatos²⁷⁰, deve-se recorrer a uma avaliação equitativa do dano²⁷¹, conforme consagrada no n.º 3 do artigo 566.º CC²⁷².

²⁶⁴ Acompanhamos de perto a exposição de RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 230-231.

²⁶⁵ Descrevendo esta operação, a título meramente exemplificativo, Ac do STJ de 05.05.2020, processo n.º 27354/15.1T8LSB.L1.S2, relatado por ANTÓNIO MAGALHÃES; Ac. do STJ de 05.07.2018, processo n.º 2011/15.2T8PNF.P1.S1, relatado por MARIA DA GRAÇA TRIGO; Ac. do STJ de 11.01.2017, processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1, relatado por ALEXANDRE REIS; Ac. do STJ de 14.03.2013, processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1, relatado por MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA; Ac. do TCAS de 08.09.2011, processo n.º 06762/10, relatado por FONSECA DA PAZ, todos disponíveis em www.dgsi.pt [Consultados a 28.07.2021]

²⁶⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, op. cit., p. 251, nota 580.

²⁶⁷ RUI CARDONA FERREIRA, “A Perda de Chance na Responsabilidade Médica.”, op. cit., p. 129.

²⁶⁸ JOÃO ÁLVARO DIAS *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 396.

²⁶⁹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p.68. Este Autor defende perentoriamente que “[a]queles que afirmam que a indemnização é parcial, ou se enganam no prejuízo, ou só podem rejeitar a existência do dano da «perda de chance»”.

²⁷⁰ JÚLIO VIEIRA GOMES, Ainda sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance, op. cit., p. 27.

²⁷¹ Neste sentido, JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, op. cit., p. 255; NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 67; LUCA D'APOLLO, *Perdita di chance: danno risarcibile, onus probandi e criteri di liquidazione*, op. cit., p. 7 “*Viceversa la liquidazione del danno - che deve avvenire in funzione della possibilità che aveva il danneggiato di conseguire il vantaggio sperato, ad esempio applicando alla valutazione economica di quel*

Na verdade, tem sido apontando que esta dificuldade no apuramento do montante indemnizatório não pode servir de fundamento para rejeitar a aplicabilidade da teoria, uma vez que esta dificuldade é transversal a muitos outros tipos de danos, como os danos não patrimoniais ou os lucros cessantes e mesmo assim estes continuam a ser alvo de aplicação prática²⁷³.

Apesar da cuidada argumentação por parte dos seus defensores, existem ainda algumas críticas que vêm sendo apontadas ao método de cálculo e à própria teoria. A que tem merecido maior destaque, prende-se com o facto de não se poder avaliar o dano autonomamente, por si visto que este está intimamente relacionado com o dano final e só após o apuramento deste último é que será possível atribuir um valor, reduzido em função da probabilidade, à perda da chance²⁷⁴.

vantaggio un coefficiente di riduzione che tenga conto di quelle probabilità - può avvenire su base equitativa, posta la naturale difficoltà di provare il preciso ammontare del pregiudizio economico dovuto alla perdita della chance". Sobre as virtudes do recurso à equidade vide JOÃO PIRES DA ROSA, «Dano não patrimonial – quantificação», *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, [em linha] n.º 24, ano XXII, 2013, pp. 25-40. Disponível em https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33128/1/RPDC24_artigo3.pdf [Consultado em 28.07.2021].

²⁷² Lê-se neste artigo "[s]e não puder ser averiguado o valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados".

²⁷³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 431.

²⁷⁴ JÚLIO VIEIRA GOMES, "Sobre o dano da perda de chance", op. cit., p. 32.

Capítulo III – Das Particularidades da Perda de Chance na Responsabilidade Médica

Chegados aqui e uma vez feita uma apresentação da figura da responsabilidade civil médica e da perda de chance, necessariamente simplista devido aos limites deste trabalho, é hora de nos dedicarmos a articular essas duas figuras de modo a perceber se será viável ou até mesmo possível a aplicação da perda de chance na responsabilidade civil do médico.

1. Enquadramento da Problemática

A responsabilidade médica tem sido um campo fértil para a aplicação da teoria da perda de chance.

A atividade médica está repleta de incertezas e tem uma forte dimensão aleatória. De facto, o médico quando trata o doente interage com um sem número de variáveis que não consegue controlar, tais como a especificidade e as predisposições de cada doente e a evolução natural da própria doença²⁷⁵. Posto isto, a cura do doente será sempre aleatória²⁷⁶ na medida em que, não sendo a Medicina uma ciência exata, não é possível saber se o doente, mesmo perante o melhor tratamento previsto nas *leges artis*, reagiria favoravelmente, dada a multiplicidade de fatores que influenciam o desfecho e o sucesso da terapêutica²⁷⁷. Não existem, por isso, certezas absolutas nem garantias no que concerne à atividade médica.

Ora, é precisamente essa aleatoriedade que gera dificuldades no momento da configuração da ação de responsabilidade civil, visto que raramente se consegue prova numa ação judicial que a morte ou o agravamento do estado do doente se deveu a uma falha médica e não a uma predisposição natural do doente ou à simples evolução da doença. Nestes termos, a responsabilidade civil não parece ser sensível à falibilidade das ciências nem parece ter instrumentos que lhe permitam lidar com a incerteza inerente a algumas situações da vida real. É precisamente aqui que o conceito de perda de chance poderá ser chamado a atuar. Será, então, a perda de chance o elemento adequado a solucionar esta insuficiência do instituto que tem levado a que sejam sistematicamente negadas as pretensões indemnizatórias do doente²⁷⁸?

Tipicamente, quando invocamos a perda de chance no âmbito da responsabilidade civil médica, reportamo-nos àqueles casos em que o médico pratica um facto ilícito e culposos, e, com isso,

²⁷⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 236 –237.

²⁷⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 237.

²⁷⁷ PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português*, op. cit., p. 31

²⁷⁸ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 403 – 404.

destrói as possibilidades de cura ou de sobrevivência do doente. Por exemplo, o médico não realiza um exame de diagnóstico pelo que não é prescrito o tratamento adequado; uma intervenção cirúrgica é adiada permitindo que a doença avance de tal modo que se torne pouco provável a cura, ou ainda, casos em que o tratamento errado de uma lesão implica que a mesma se torne permanente e irrecuperável.

Esta aplicação da teoria da perda de chance tem sido abordada mais desenvolvidamente noutros ordenamentos jurídicos. O primeiro caso de aplicação da teoria da perda de chance à responsabilidade civil do médico surgiu na jurisprudência francesa no ano de 1962. Tratava-se de um caso em que uma pessoa que, na sequência de um ferimento no pulso, consultou um médico e realizou uma radiografia que revelava, já à data, uma fratura. No entanto, o médico não foi capaz de a detetar. Anos mais tarde, tendo continuado a sua vida normal, o doente volta a sentir uma dor forte no mesmo pulso, pelo que decidiu consultar um outro médico. Este, após observar as radiografias realizadas anteriormente, descobre a fratura não consolidada. Embora se tenha alegado o estado atual do paciente não era consequência da falta médica anterior, mas sim de um novo acidente no pulso já debilitado, o Tribunal concluiu que a não aplicação do tratamento adequado por erro de diagnóstico privou o lesado de uma chance de cura com a qual podia legitimamente contar²⁷⁹.

No caso *Hotson v. East Berkshire A.H.A.*²⁸⁰, os tribunais ingleses apreciaram a situação de um menino que, na sequência de uma queda, lesionou gravemente a anca. No entanto, no hospital apenas lhe ligaram o joelho, desconsiderando a dita lesão na anca. Após alguns dias, o menino volta ao hospital visto que continuava a sentir dores muito fortes. Aí foi operado de urgência porquanto lhe diagnosticaram corretamente a lesão. Porém, tal não evitou que ficasse com sequelas para a vida. O Tribunal, perante a situação, entendeu tratar-se de uma problemática de avaliação do dano e decidiu atribuir 25% da quantia a que o lesado teria direito, visto que existiam esses 25% de chance de o menino recuperar totalmente caso tivesse sido tratado de imediato. A *Court of Appeal* manteve esta decisão, contudo a *House of Lords* rejeitou-a por unanimidade argumentando que, perante a prova produzida, a queda tinha sido a única causa da incapacidade do doente visto que, quando o menino deu entrada no hospital, já não tinha vasos sanguíneos intactos em número suficiente para evitar a consumação da lesão, pelo que, logo aí não havia qualquer chance de cura²⁸¹.

No caso espanhol, o Supremo Tribunal deparou-se com uma situação em que a mão amputada de um paciente foi transportada negligentemente em gelo sintético e não natural para o

²⁷⁹ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil do Médico, op. cit., p. 217 – 218.

²⁸⁰ Acompanhamos JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., p. 19.

²⁸¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 250.

hospital pelo que, não foi possível reimplantar a mão devido ao seu avançado estado de congelação. Não foi possível provar que, mesmo se a mão tivesse chegado em perfeitas condições, o reimplante seria bem-sucedido, no entanto, o Tribunal entendeu que deveria atribuir uma indemnização pela perda de possibilidade de efetuar o reimplante em condições normais²⁸².

Posto isto, cumpre-nos problematizar alguns dos pontos mais sensíveis que a aplicação desta teoria à responsabilidade do médico tem suscitado. Então, é possível aplicar a perda de chance à responsabilidade civil do médico sem distorcer a figura²⁸³? Nos casos de responsabilidade médica, a perda de chance terá de ser necessariamente encarada como um problema de causalidade ou é possível enquadrá-la como uma espécie de dano? Há alguma especificidade neste tipo de responsabilidade que exija um tratamento diferenciado relativamente aos outros âmbitos típicos de aplicação da teoria²⁸⁴? Estas são as questões que movem a nossa investigação e como tal, dedicar-lhes-emos uma atenção especial e uma abordagem mais aprofundada nos pontos seguintes deste estudo²⁸⁵.

Por agora, e de modo a podermos avançar, cumpre-nos referir alguns tópicos preliminares que se devem ter em conta sempre que se pretenda invocar a aplicação da teoria da perda de chance na responsabilidade civil do médico.

Em primeiro lugar, afigura-se-nos pertinente elencar e densificar os pressupostos cuja verificação se torna indispensável para se poder sequer ponderar a utilização da perda de chance nos casos de responsabilidade médica.

Assim, é necessário que exista uma falta médica, isto é, tem de se verificar uma atuação ou uma omissão ilícita e culposa por parte do médico, pelo que este não poderá ser responsabilizado por acontecimentos imprevisíveis e aleatórios resultantes de circunstâncias sobre as quais o médico não tinha qualquer controlo²⁸⁶.

Por outro lado, é também fundamental demonstrar que o doente detinha *a priori* uma possibilidade de se curar, de sobreviver ou de recuperar da patologia que o acometia. A situação do doente não pode, por isso, ser irremediável ou irreversível. Este requisito desencadeia outras dificuldades nomeadamente no momento de provar a substancialidade e a seriedade da chance²⁸⁷. Com efeito, como temos repetido exaustivamente, a aleatoriedade que caracteriza a atividade médica dificulta a tarefa de densificar a chance visto que é necessário ter em conta diversos fatores aleatórios como a predisposição do doente, a existência de patologias prévias, o grau de evolução da doença e a

²⁸² Seguimos de perto o relato feito por JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., p. 20.

²⁸³ Refere JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 397 que é sobretudo no domínio da responsabilidade médica que se tem feito um aproveitamento invio da figura da perda de chance.

²⁸⁴ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 379.

²⁸⁵ Cfr. ponto “3. Dano ou Nexo Causal?” deste capítulo.

²⁸⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 42.

²⁸⁷ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 43.

probabilidade de sucesso/insucesso da terapia num doente com as aquelas específicas características. Não existe, então, nenhum método de cálculo abstrato que permita qualificar a seriedade da chance para todos os doentes. Ao invés, essa será uma tarefa casuística que impenderá sobre o doente lesado.

Neste seguimento, exige-se que a conduta ilícita e culposa do médico tenha destruído essa possibilidade de cura e que o tenha feito de forma definitiva, ou seja, não poderá contemplar apenas maiores demoras no tratamento²⁸⁸ porque enquanto o tratamento for viável, a possibilidade de cura ainda não se perdeu.

Adiante, parece-nos também pertinente chamar a atenção para a natureza da obrigação do médico quando vista pelo prisma da perda de chance. Equaciona-se, então, em que medida a aplicação do conceito de perda de chance transformaria a obrigação do médico, tipicamente de meios, numa obrigação de resultado²⁸⁹. Ora, quer-nos parecer, na senda de alguma doutrina, que o ressarcimento da perda de chance não se reporta necessariamente à falta de obtenção do resultado pretendido. No nosso entender, ela reporta-se à obrigação do médico de não destruir ou, numa formulação inversa, de aproveitar as chances que o doente tinha de sobreviver mediante o emprego de técnicas adequadas, com o zelo e a diligência exigidos pela *leges artis*, chances essas que, quando aproveitadas, podem resultar na obtenção do resultado pretendido, i.e., a cura ou a sobrevivência, mas que, inversamente, não garante que tal venha a ser atingido²⁹⁰. Como nos relata RUTE TEIXEIRA PEDRO²⁹¹, a própria jurisprudência francesa quando aplica esta teoria à responsabilidade médica exige a prova de que houve um erro, uma imperícia, uma imprudência ou negligência, sendo que, em nenhum caso, o tribunal indemnizou a perda de uma chance de sobrevivência simplesmente por não ter sido alcançado o resultado final pretendido²⁹². Não obstante, remetemos para a abordagem que fizemos anteriormente, no primeiro capítulo desta dissertação, sobre a fragilidade desta divisão entre obrigações de meios e de resultado, pelo que, se poderá defender que, mesmo nas simples obrigações de meios, existe um resultado que se pretende alcançar que é o de preservar o doente de riscos negligentemente provocados²⁹³.

Em termos de aplicação prática, verificamos que a nossa jurisprudência tem sido algo escassa e lacónica neste domínio. Assim o é, pela extrema cautela com que se tem encarado a figura.

²⁸⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 42 – 43.

²⁸⁹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 398; RIBEIRO DE FARIA, *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 188;

²⁹⁰ Nas palavras de RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p.423, “[o] médico não garante que as mesmas [chances] germinem, mas afiança que não as aniquilará”.

²⁹¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 422.

²⁹² JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 398.

²⁹³ Cfr. ponto “1.2. A Ilícitude na Atividade Médica” do capítulo I desta dissertação e RIBEIRO DE FARIA, *Da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., pp. 174-176.

Também, muitas vezes, se decide simplesmente rejeitar a sua aplicação levando a que não se dê como provado o nexu causal entre o facto e o dano, o que conseqüentemente implica que estas ações sejam julgadas improcedentes²⁹⁴. Por fim, existem ainda decisões que embora utilizem o raciocínio subjacente à perda de chance, não lhe fazem apelo diretamente²⁹⁵, o que acaba por ser bastante prejudicial à certeza e à segurança jurídica.

2. Das Circunstâncias que Convocam a Perda de Chance na Responsabilidade Civil

Médica.

A responsabilidade civil do médico pode derivar de várias ações (ou omissões) e a sua configuração varia consoante os deveres violados e os bens jurídicos lesados. Importa, portanto, aferir se as situações que geram, normalmente, a responsabilidade civil do médico compreendem também virtualidades para fundar uma ação com o intuito de obter uma indemnização por perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. Veremos, de seguida, que a perda de chance se afigura muito útil nas situações em que existe um elevado grau de incerteza relativamente aos factos e aos danos e à correlativa conexão entre eles, como por exemplo nos casos de atraso ou erro no diagnóstico ou no tratamento. Porém, noutros casos, como as intervenções sem consentimento ou as ações de *wrongful birth* e *wrongful life*, a sua aplicação torna-se mais problemática.

2.1. Atraso ou Erro no Diagnóstico e/ou no Tratamento.

Imagine-se um caso em que, em virtude de um atraso ilícito e culposo no diagnóstico do doente, o estado de saúde deste vai-se deteriorando de tal modo que, no momento em que é efetivamente realizado o diagnóstico, e conseqüentemente implementado o tratamento adequado, o doente já se encontra mais frágil e com chances drasticamente inferiores de se curar ou de sobreviver²⁹⁶.

Por outro lado, pense-se num caso em que o doente necessita urgentemente de uma intervenção cirúrgica e que lhe proporcionará, por exemplo, 45% de possibilidades de cura, só que o médico, por ato ilícito e culposo, adia a cirurgia e, quando esta vem a ser efetivamente realizada, as possibilidades de sobrevivência são apenas de 20%²⁹⁷.

²⁹⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, Em Busca da Chance Perdida, op. cit., p. 49.

²⁹⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 233.

²⁹⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, Em Busca da Chance Perdida, op. cit., p. 44.

²⁹⁷ Em termos semelhantes, NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 54.

Pondere-se ainda o caso de um médico que não realiza qualquer exame de diagnóstico ou que, tendo realizado esses mesmos exames, interpreta-os erradamente pelo que prescreve um tratamento errado que apenas vem agravar o estado de saúde do doente. Nesta sequência, no momento em que se realiza o diagnóstico correto, as possibilidades de cura do doente são muito inferiores ao que eram no momento do primeiro diagnóstico errado²⁹⁸.

Nestes casos, será possível recorrer à figura da perda de chance para ressarcir o doente pela perda das possibilidades substanciais de cura ou de sobrevivência?

Com efeito, em termos gerais, nas hipóteses enunciadas acima, muito dificilmente o médico será responsabilizado pelo dano da morte visto que não é possível saber se, caso o médico tivesse atuado diligentemente e se não houvesse nenhum erro ou atraso, o doente teria recuperado. Noutros termos, afigura-se quase impossível saber se o atraso ou o erro do médico foi causa determinante para a morte do doente. Como tal, tem-se entendido que o doente deve, portanto, demonstrar que a conduta médica foi condição da perda da chance ou da oportunidade de cura ou de sobrevivência²⁹⁹, ou seja, mesmo perante uma inequívoca falta médica tem de se provar a existência de um nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e a perda da chance³⁰⁰.

Não obstante, é necessário reter que o julgador apenas poderá recorrer à teoria da perda de chance quando houver dúvida quanto ao desenlace do processo causal, ou seja, se eventualmente ficar provado que, mesmo se o médico tivesse acorrido atempada e certamente, o doente teria morrido inevitavelmente não existe nexo de causalidade entre o comportamento do médico (mesmo que ilícito e negligente) e o dano sofrido pelo que o médico não será responsabilizado nem pela morte do paciente nem pela perda de chance de sobrevivência³⁰¹.

Ilustrativa desta problemática e da aplicação à perda de chance na responsabilidade civil do médico parece-nos ser a Sentença proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa em 23.07.2015³⁰². Tratava-se de um caso em que a doente foi erradamente diagnosticada com uma amigdalite bacteriana. Este diagnóstico errado foi decorrente de culpa médica visto que não foram empregues os meios auxiliares de diagnóstico e os conhecimentos científicos exigidos. Sucede que, algumas horas mais tarde e verificado o agravamento do estado de saúde da doente, esta é corretamente diagnosticada com uma pneumonia. Porém, a doente acaba por falecer por choque séptico. Ora, o tribunal deu como provado que era possível fazer

²⁹⁸ Aprofundadamente sobre erros de diagnóstico ou de tratamento, vide VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 248 e ss.

²⁹⁹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 54.

³⁰⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 158.

³⁰¹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 54 - 55.

³⁰² Proferida por Hígina Castelo, disponível em https://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf [Consultado em 09.08.2021].

o diagnóstico correto logo aquando da primeira entrada nas urgências bem como que tal só não aconteceu pela conduta negligente do médico que não prestou a devida atenção aos sintomas da doente e não realizou os exames de diagnóstico que se mostravam adequados à situação e, como tal, que seriam exigidos a um médico medianamente cuidadoso. Para além disto, os dados científicos carreados para o processo, demonstram que “[o] principal fator que determina a evolução de uma septicemia é o diagnóstico atempado. Numa sepsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, percentagem que desce para cerca de 40% quando passam cerca de 3 horas, e ao fim de 12 horas apenas 20% dos doentes sobrevivem”. Perante esta informação, o tribunal concluiu que “[n]ão podemos, com certeza, saber se «EE» teria sobrevivido se o reconvindo tivesse cumprido integral e diligentemente a sua obrigação. Podemos apenas formular um juízo de probabilidade sobre a sobrevivência. Além disso, sabemos, com certeza, que a defeituosa prestação do Autor-reconvindo retirou a «EE» qualquer possibilidade de sobrevivência. O comportamento do Autor-reconvindo fez perder a «EE» a chance, a oportunidade de sobreviver à doença”. Consequentemente, foi aplicado ao caso a teoria da perda de chance porque se considerou estarem preenchidos os requisitos necessários para o ressarcimento do dano intermédio da perda de chance bem como os restantes pressupostos de que depende a aplicação da responsabilidade civil³⁰³.

Também além-fronteiras estas situações têm suscitado a aplicação da teoria da perda de chance. É exemplo disso uma decisão de 19.06.1990 proferida no Supremo Tribunal Chileno, num caso em que um hospital não admitiu um doente nem disponibilizou nenhum médico para o examinar por não terem camas disponíveis. Perante esta factualidade, o hospital foi condenado pela perda das hipóteses de sobrevivência que o doente teria caso tivesse sido examinado³⁰⁴.

Em Itália no ano de 2004, a *Corte di Cassazione*, colocada perante um caso em que uma intervenção cirúrgica urgente não foi realizada atempadamente, concluiu que a não realização da cirurgia urgente diminuiria as possibilidades de recuperação³⁰⁵.

Por outro lado, parece-nos ainda interessante referir uma outra decisão da Cassação italiana de 17.01.1992. Em causa estava um diagnóstico errado de um melanoma maligno no pescoço do doente, embora este apresentasse sintomas relevantes, tais como dores e prurido na região do sinal. Ora, alguns meses mais tarde, em virtude do tratamento a um sinal distinto, outro médico acaba por

³⁰³ Refere-se, nesta sentença, que “[e]ntre a conduta lesiva do Autor-reconvindo e este dano autónomo, intermédio, há um irrefutável nexos causal”, bem como que “por via do incumprimento (em sentido lato) ilícito e culposo de um contrato, o contraente lesado perde a oportunidade que efetivamente tinha (em alguma medida) de vir a obter o resultado correspondente ao seu interesse primário ou final nesse contrato, a perda de chance constitui um dano autónomo, indemnizável, desde que entre este dano e a conduta lesiva se verifique o necessário nexos de causalidade adequada”.

³⁰⁴ Apud VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 155.

³⁰⁵ Sobre esta decisão, cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 155 e RUI CARDONA FERREIRA, *Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, op. cit., pp. 169 – 170. No caso, a indemnização foi negada não pelo repúdio da figura da perda de chance, mas sim por questões processuais.

detetar o melanoma. Porém, já não foi possível salvar o doente e este acaba por morrer um par de meses depois. Ora, os relatórios periciais vieram atestar que no momento do primeiro diagnóstico (errado) o melanoma estava no estágio I sendo que, no momento do diagnóstico correto, este havia evoluído para o estágio II. Mais informaram que, neste género de situações, uma intervenção cirúrgica num primeiro momento permite uma sobrevivência por um período adicional de cinco anos, em 30% dos casos, podendo até esse período ser alargado perante as características daquele doente. O tribunal decidiu então condenar criminalmente o médico pela morte do doente à luz de um entendimento probabilístico do nexa causal³⁰⁶.

Na sequência desta decisão, consideramos também relevante examinar aqueles casos em que perante um erro ou um atraso no diagnóstico há um encurtamento da vida ou a agravação do estado de saúde do doente no período de sobrevida.

Tomemos o exemplo de um doente que sofre de uma patologia que inevitavelmente lhe causará a morte. Ora, o doente tem um certo tempo e qualidade de vida expectável em virtude das suas próprias características e da evolução prevista dessa patologia. Nestes termos, o médico deverá atuar de modo a prolongar o tempo e a proporcionar a melhor qualidade de vida possível ao doente concreto. Porém, se, ao invés, a atuação do médico diminuir as perspetivas quanto ao tempo de sobrevida ou agravar o estado do doente serão estes danos que deveram fundar a indemnização e não a perda da possibilidade de sobrevivência, visto que o doente à partida já não a tinha. Assim, considerando, por exemplo, que o doente em virtude da atuação negligente do médico tem de enfrentar, no tempo de vida que lhe resta, dores mais fortes, uma maior angústia ou frustração, este deverá ver estes danos ressarcidos como verdadeiros danos não patrimoniais, nos termos do n.º 1 do art. 496 do CC, e não com fundamento na perda de uma chance de sobrevivência³⁰⁷.

2.2. Intervenções sem Consentimento.

Devido às imensas particularidades da atividade médica, uma intervenção médica pode fracassar não só quando o médico atua ilícita e culposamente, mas também quando se concretiza um dos riscos ou dos efeitos secundários possíveis daquela específica intervenção. Como tal, existem situações em que, embora a execução do ato médico propriamente dito seja irrepreensível ao nível do

³⁰⁶ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, Da Tutela do Doente Lesado, op. cit., p. 432 – 433 e *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p.253. Também, VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 154.

³⁰⁷ Nesta exposição seguimos de perto, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 303 – 304.

cuidado e da perícia, ou seja, nos casos em que não existe qualquer falha técnica ou má prática médica, o doente fica com sequelas graves derivadas dos riscos inerentes ao tratamento³⁰⁸.

Contudo, também nestas situações poderá haver responsabilidade do médico se se demonstrar que este agiu sem o consentimento do doente. Com efeito, o que aqui se censura não é uma falha técnica, mas o incumprimento do dever de informação sobre os riscos de determinada terapia, que vieram efetivamente a concretizar-se. Isto é, a responsabilização deriva de um incumprimento prévio à prática do ato médico³⁰⁹.

No entanto, para se proceder à responsabilização do médico por ter intervindo sem o consentimento do doente, é importante ter em atenção algumas particularidades essenciais que nem sempre são fáceis de demonstrar no caso concreto. Assim, deve-se comprovar que aquele específico risco que se concretizou deveria, obrigatoriamente, ter sido comunicado visto que, como explicamos no capítulo I da presente dissertação, nem todos os riscos são de comunicação obrigatória, seja por serem completamente imprevisíveis, seja por ainda não serem conhecidos à data da intervenção³¹⁰. Deverá, também, existir um nexo de causalidade entre a informação omitida e as sequelas apresentadas pelo doente lesado, o que também não se afigura uma tarefa simples³¹¹. Finalmente, impõe-se evidenciar que o doente, caso conhecesse aquele específico risco, teria rejeitado a intervenção. Ora, aferir *a posteriori* qual seria o sentido da decisão do doente é um caminho difícil de percorrer. Essa dificuldade é ainda adensada pelo facto de não ser viável o recurso às previsões dos peritos médicos uma vez que estes apenas contribuem com previsões importantes relacionadas com a própria patologia, mas não podem fornecer nenhuma previsão sobre o sentido decisório do doente concreto³¹². Deste modo, o julgador, quando se vê perante a necessidade de traçar o sentido provável da decisão do doente, deve socorrer-se do critério do doente razoável, ou seja, qual seria o sentido da decisão de um doente medianamente razoável se lhe tivessem sido transmitidas todas as informações relevantes. Claramente que, aquando da utilização deste critério geral, não podemos descurar as especificidades do doente concreto uma vez que estas podem levar a decisões distintas entre doentes que, aparentemente, se encontram na mesma situação³¹³.

Então, em termos simplistas, é necessária a conjugação destes fatores para que se possa concluir pela responsabilidade do médico por ter praticado uma intervenção médica sem consentimento.

³⁰⁸ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 158.

³⁰⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p.265 – 266.

³¹⁰ VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 58.

³¹¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 267.

³¹² VERA LÚCIA RAPOSO, *Em Busca da Chance Perdida*, op. cit., p. 57.

³¹³ Sobre este critério abstrato do paciente razoável *vide* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 267 – 268 e VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 159.

Perante o exposto, tem-se equacionado a aplicação da teoria da perda de chance a estes casos. Na sua génese, está a ideia de que o doente ficou privado da oportunidade de recusar a intervenção ou, noutros termos, de ponderar os riscos, as vantagens e as desvantagens daquele ato médico porquanto não detinha toda a informação necessária para proceder corretamente a essa dita ponderação³¹⁴.

Adotando esta perspetiva, em 14.10.1997, a *Cour de Cassation* considerou uma clínica privada responsável pelos danos apresentados por um recém-nascido, decorrentes da consumação de um risco inerente à realização do parto, sem que houvesse um ato censurável por parte dos profissionais médicos. Assim foi, visto que, se omitiu à parturiente a informação de que não estaria presente uma médica obstetra durante o parto. Considerou-se, por isso, que esse facto era fundamental aquando da escolha da clínica onde se realizaria o parto³¹⁵, pelo que a omissão dessa informação privou a parturiente da oportunidade de fazer essa escolha³¹⁶.

Também o nosso Supremo Tribunal de Justiça, em 02.11.2017³¹⁷, proferiu um acórdão em que abordou a possibilidade da responsabilidade pela perda de chance nos casos de falta de informação. Pelo tribunal foi sustentado que “ [m]uito embora, naturalisticamente, não tenha sido a falta de informação que provocou «a lesão do nervo lingual direito» e demais danos que vêm provados, nem se tenha provado que a autora só aceitou submeter-se à intervenção porque não foi devidamente informada quanto aos respectivos riscos, porque, se tivesse sido, não a teria aceitado, a perspectiva jurídica correcta para avaliar da existência do direito a uma indemnização, no caso concreto, é antes a de determinar se deve ser ressarcido o concreto dano consistente na perda da oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências”.

Todavia a utilização da teoria da perda de chance nestas situações não só não é consensual como, por vezes, é mesmo apontada como uma matéria interdita ao emprego da figura. Na verdade, tem sido defendido que será desadequado invocar a perda de chance sempre que se verifique um defeito no consentimento. Assim é, porque está em falta a aleatoriedade intrínseca à chance. Portanto, quando está em causa uma opção do lesado, *i.e.*, um ato de livre-arbitrio, de liberdade de decisão, não existe o contexto de incontrolabilidade que subjaz à noção de chance³¹⁸. Ou seja, “enquanto que nos

³¹⁴ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 158.

³¹⁵ Apreciando criticamente esta decisão, RUTE TEIXEIRA PEDRO salienta que o nexo entre o dever incumprido e o dano produzido é demasiado remoto. Para além de que, a ser aplicada a teoria da perda de chance, a chance propriamente dita referir-se-ia à possibilidade de escolher outra clínica e não à de evitar os danos sofridos pelo recém-nascido. Por outro lado, também não ficou demonstrado que, em primeiro lugar, a parturiente tivesse optado por outra clínica caso tivesse sido informada desse facto e, em segundo lugar, que a presença de uma médica obstetra pudesse evitar as lesões sofridas pelo recém-nascido. *In A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 269 – 270.

³¹⁶ VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 159.

³¹⁷ Processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1, relatado por MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 13.08.2021]

³¹⁸ Acompanhamos de perto a exposição de RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 313.

demais casos a perda da oportunidade dependeria do acaso, aqui dependeria de um comportamento do lesado (doutrina da *choice not chance*)^{319 320}.

Poderá, assim, a perda de chance ser convocada naqueles casos em que a concretização da chance depende de um ato voluntário do doente lesado?

Entre nós, RUTE TEIXEIRA PEDRO entende, apoiada em alguma doutrina estrangeira, que a aplicação da noção de perda de chance aos casos de falta de informação do doente deve considerar-se duvidosa, na medida em que se estaria a averiguar o modo como o lesado poderia ter exercido a sua liberdade ao invés de se atentar sobre a influência do comportamento do lesante sobre o curso dos eventos³²¹. No entanto, a Autora esclarece que estes danos são suscetíveis de reparação na medida em que se poderão considerar como danos não patrimoniais decorrentes da violação do direito à autodeterminação e à liberdade de escolha do doente.

Por seu turno, VERA LÚCIA RAPOSO rejeita também a utilização da figura da perda de chance às situações de falta de consentimento, porquanto a considera desnecessário o seu emprego. Com efeito, nestes casos, o médico será responsabilizado por outras razões mais rigorosas do que a perda de uma oportunidade já que nem sequer é certo que se tenha perdido qualquer oportunidade dado que a hipotética decisão do doente é uma mera conjectura. Como tal, o médico deve ser responsabilizado por todos os danos ocorridos numa intervenção sem consentimento informado visto que o ato é ilícito *ab initio* visto que viola as *leges artis* atinentes à obtenção do consentimento³²².

Em sentido contrário a estes entendimentos, LUIS MEDINA ALCOZ realça que, quando se avalia as situações de falta ou defeito do consentimento, inevitavelmente permanecerá a dúvida sobre qual teria sido a vontade do doente caso tivesse consciência do risco a que se sujeitava. Acrescenta o autor que esta análise raramente atingirá um grau de probabilidade suficiente para se comprovar que se o doente estivesse ciente do risco aceitaria a intervenção e, por isso, seria esta incerteza sobre o sentido da decisão que permitiria o ressarcimento por via da teoria da perda de chance. Por conseguinte, o autor não encontra fundamento para esta restrição ao campo da aplicação da figura uma vez que a incerteza causal advém da dificuldade de prever o comportamento humano e, deste modo, existe uma margem

³¹⁹ VERA LÚCIA RAPOSO, Em Busca da Chance Perdida, op. cit., p. 57.

³²⁰ Refere DAVID HAMER, “*Chance Would Be a Fine Thing*”: *Proof of Causation and Quantum in an Unpredictable World*, op. cit., p. 23 – 24 “[t]here is a body of authority in support of the proposition that, where the hypothetical inquiry concerns the plaintiff’s own conduct, the traditional proof requirement should apply. What the plaintiff would have done is considered to have been ‘his choice, not the choice of fate’. ‘Although the question is a hypothetical one, it is well established that the plaintiff must prove on balance of probability that he would have taken action to obtain the benefit or avoid the risk’”.

³²¹ Cfr. de RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 317 – 318.

³²² Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, Em Busca da Chance Perdida, op. cit., p. 58.

de incerteza que o doente não consegue ultrapassar por meio dos recursos probatórios disponíveis e que consiste, também, numa impossibilidade jurídica de apreciação do nexos de causalidade³²³.

2.3. *Wrongful Birth e Wrongful Life Actions.*

As *wrongful birth* e as *wrongful life actions* são outro domínio em que o emprego da figura da perda de chance deve ser equacionado em termos semelhantes, quanto ao raciocínio, ao que foi acima descrito quanto às intervenções sem consentimento.

Em causa está o nascimento errado ou a vida errada e o dano que certa pessoa sofre em virtude de um nascimento indesejado³²⁴. Deste modo, estas ações visam, essencialmente, responsabilizar o médico que não detetou determinadas malformações no feto, quer porque não realizou qualquer exame de diagnóstico, quer porque, embora o tenha realizado, interpretou-o erradamente ou não o comunicou aos pais sendo que, nessa sequência, a criança acaba por nascer com malformações³²⁵.

Ora, a formulação e a aceitação deste tipo de pretensões indemnizatórias ainda se mostram algo controversas e vacilantes não só porque levantam inúmeras questões éticas e morais³²⁶ mas também pela dificuldade do enquadramento de danos que parecem ser juridicamente insustentáveis, revelando-se até contraditórios com o sentido de uma indemnização³²⁷.

Antes de mais, importa evidenciar os contextos típicos em que se pondera propor uma ação por *wrongful birth* ou por *wrongful life* bem como as diferenças entre uma e outra.

Então, seguindo de perto o estudo de JOSÉ ALBERTO GONZALEZ³²⁸, ambas as ações têm na sua génese um circunstancialismo fáctico comum. Deste modo, normalmente, temos o caso de uma mulher grávida que, tendo consultado e tendo a sua gravidez sido supervisionada por um médico, não sabe nem suspeita que existe o risco de o feto nascer com deficiências seja porque o médico, pouco diligente, falha o diagnóstico pré-natal; seja porque este não prescreve os exames devidos ou porque simplesmente não alertou a mãe para esse risco, termos em que uma criança nasce com deficiência ou incapacidade que inevitavelmente a limitará na sua vida futura, sem que a mãe tenha tido a

³²³ LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad*, op. cit. pp. 104 – 105 (nota 184) apud PATRÍCIA HELENA LEAL CORDEIRO DA COSTA, *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português*, op. cit., pp. 80 – 81. Nesta exposição acompanhámos de perto o relato feito por esta autora que, no final da exposição do pensamento daquele autor espanhol, subscreve o seu entendimento pelo que, também não crê que tal restrição deva ser aplicada.

³²⁴ ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 319.

³²⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 380 e RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 273.

³²⁶ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 382.

³²⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, op. cit., p. 91.

³²⁸ JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *Wrongful Birth, Wrongful Life: O Conceito de Dano em Responsabilidade Civil*, Quid Iuris, Lisboa, 2014, p. 9 – 11.

possibilidade de ponderar uma interrupção da gravidez, contando que essa possibilidade fosse admitida pelo ordenamento jurídico em questão.

Perante este cenário, tipicamente, há dois caminhos distintos que se podem percorrer³²⁹. Em primeiro lugar, pode-se lançar mão de uma ação de *wrongful birth*. Esta é intentada pelos pais em nome próprio, ou seja, são os pais que apresentam um pedido para ressarcir um dano derivado da violação de um direito seu. Basicamente, os pais alegam que, em virtude de uma falha médica, nomeadamente pela não comunicação de toda a informação devida, ficaram privados do direito de optar por uma interrupção da gravidez no caso de existir o risco de doenças ou deformidades congénitas no feto. Assim sendo, os pais pretendem, agora, ser compensados pela necessidade de criar uma criança com deficiência. Ora, as ações com esta configuração têm merecido alguma aceitação juntos dos tribunais e sido, frequentemente, julgadas procedentes³³⁰.

Em segundo lugar, continua o mesmo Autor, existe a possibilidade de intentar uma ação de *wrongful life*. Esta distingue-se daquela outra por ser proposta em nome da criança (embora esteja legalmente representada em juízo pelos pais) que veio a nascer com deficiências em virtude da conduta médica acima descrita. Sucintamente, o que é alegado pela criança (devidamente representada) é que, se não fosse a concreta falha ou negligência médica, os pais teriam optado por interromper a gravidez e como tal, não existiria o dano que agora suporta de ter nascido com a deficiência com que tem de viver. É o típico dano de viver, que viola o direito a não viver, ou a não existir. No entanto, este tipo de ações não têm merecido aceitação junto dos tribunais, pelo que têm sido, sistematicamente, julgadas improcedentes³³¹.

Como é expectável, a aceitação da formulação deste tipo de pedidos tem sido alvo de várias críticas, principalmente no caso das temerárias *wrongful life actions*³³². Indicamos, a título exemplificativo, a invocada inviabilidade de um direito à não existência, porquanto colide frontalmente com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, verdadeiramente basilares no nosso ordenamento jurídico, revelando-se paradoxal invocar um direito que coloca em causa a própria

³²⁹ Neste ponto, destacamos também os ensinamentos de PAULO MOTA PINTO, "Indemnização em caso de «Nascimento Indevido» e de «Vida Indevida» («Wrongful Birth e Wrongful Life») in *Revista Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 4, n.º 7, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 5 – 25 que apresenta três categorias de ações: em primeiro lugar, os casos de concepção indevida ou uma gravidez indevida que tomam lugar quando há a concepção de uma criança porque os pais não foram devidamente alertados pelos médicos sobre os riscos genéticos existentes e a consequente probabilidade de a criança nascer com graves deficiências, pois caso o tivessem tido conhecimento dessa informação, não teriam avançado com uma gravidez. Em segundo lugar, apresenta-nos o nascimento indevido que surge quando, em consequência da conduta desvaliosa do médico, há um nascimento em resultado de uma concepção indevida ou então, quando a concepção é desejada, a falta médica privou os da possibilidade de interromper a gravidez. Finalmente, dá-nos conta dos casos de vida indevida em que a ação é proposta pela criança que pede uma indemnização pela violação do direito a não nascer. Refere, ainda, o Autor que estão em causa o dano de planeamento familiar e o dano da deficiência da criança.

³³⁰ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 381.

³³¹ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 381.

³³² Na expressão de JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, op. cit., p. 500.

pessoa³³³. Outra questão também polémica prende-se com o facto de o dano de viver não ser mensurável³³⁴. Na verdade, não é possível comparar a existência com a não existência, na medida em que esta última não pode ser experienciada, daí que nunca será possível saber quando é que a situação de não existência seria melhor do que a existência apesar da deficiência³³⁵. Para terminar, tem sido apontado o contrassenso de se peticionar, neste tipo de ações, os rendimentos previsíveis que a criança obteria caso nascesse em condições normais, os chamados lucros cessantes. Note-se, então, que as alternativas nestas situações são entre não nascer ou nascer com a deficiência e não entre nascer com a deficiência ou sem ela. Nestes termos, tem-se entendido que será viável não só pedir uma compensação por danos não patrimoniais, mas também por danos patrimoniais desde que associados aos custos acrescidos de uma vida tão limitada³³⁶.

Posto isto, podemos ponderar a análise das *wrongful birth* e das *wrongful life actions* na perspetiva da perda de chance. Como fomos adiantando acima, está em discussão o nascimento de uma criança com deficiências, porque o médico não foi capaz de as detetar durante a gravidez ou porque, tendo-as detetado, não as comunicou aos pais. Esta conduta implica um incumprimento por parte do médico quer por violação do dever de informação ou por um erro médico na análise dos exames realizados, no entanto, não foram esses que provocaram a deficiência da criança. Nestes termos, o médico não é responsabilizado pela deficiência da criança, mas sim pela privação da possibilidade de os pais optarem pela interrupção da gravidez atentas as patologias que acometeriam a criança. Saliente-se que nestas situações existe também uma grande dificuldade em demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e culposa do médico e o nascimento da criança. De facto, permanece a dúvida sobre o sentido da decisão dos pais³³⁷ pois, mesmo se o médico os tivesse informado convenientemente sobre as possíveis malformações da criança, estes poderiam ter optado por continuar a gravidez.

A pretensões indemnizatórias por nascimento indevido ou por vida indevida têm também recebido tratamento jurisprudencial. O nosso Supremo Tribunal de Justiça proferiu um acórdão em 19.06.2001³³⁸ em que considerou improcedente o pedido indemnizatório, formulado pela própria criança, pelas malformações com que nasceu nas duas pernas e na mão direita. Alegou-se que o

³³³ ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, op. cit., p. 321. A mesma autora entende, ainda, que, por exemplo, nos casos em que o filho propõe uma ação com estes fundamentos, está-se a admitir que haveria uma espécie de dever de abortar que impendia sobre os pais.

³³⁴ JOSÉ ALBERTO GONZALEZ, *Wrongful Birth, Wrongful Life*, op. cit., p. 15.

³³⁵ JOÃO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal*, op. cit., p. 503.

³³⁶ Cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, op. cit., p. 261 e “As *Wrong Actions* no Início da Vida (*Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life*) e a Responsabilidade Médica in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 21, 2010, pp. 61 – 99.

³³⁷ Acompanhamos de perto RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., pp. 273 – 274.

³³⁸ Processo n.º 01A1008, relatado por PINTO MONTEIRO, disponível em www.dgsi.pt. [Consultado em 17.08.2021]. Veja-se também a anotação feita por ANTONIO PINTO MONTEIRO, “Direito a não Nascer?” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, n.º 3933, pp. 377 e ss.

médico atuou de forma negligente por, mesmo conhecendo o historial clínico da mãe e sabendo que se tratava de uma gravidez de risco, não ter prescrito exames mais específicos e adequados que revelariam, logo no início da gravidez, as malformações do feto, sendo que tal facto privou a mãe da possibilidade de optar por uma interrupção a gravidez. A razões que fundaram esta decisão do tribunal resumem-se, *brevitatis causa*, em primeiro lugar, na desconformidade entre o pedido e a causa de pedir, na medida em que não se pode invocar os danos apresentados pela criança para depois fundamentar o seu direito à indemnização pelo facto de a mãe ter sido privada da possibilidade de decidir abortar³³⁹. Em segundo lugar, entendeu o tribunal que o que estava realmente em causa era a invocação do direito a não nascer, a não existir³⁴⁰ sendo que tal não está consagrado no nosso ordenamento jurídico e mesmo se estivesse só poderia ser exercido pelo filho, quando atingisse a maioridade, e não pelos pais em sua representação.

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.01.2013³⁴¹ estavam em causa duas pretensões: uma de *wrongful birth* formulada pela mãe e outra de *wrongful life* formulada por filho representado pela mãe. O circunstancialismo fáctico alegado pela autora assentava no nascimento de uma criança com malformações graves sem que a mãe pudesse prever tal facto porquanto sempre lhe foi dito, após as várias ecografias realizadas, que o embrião era perfeitamente normal. Alegou que o médico incorreu assim na prática de um erro de apreciação e de diagnóstico das radiografias realizadas visto que, de acordo com o que está previsto nas *leges artis*, era expectável que tais malformações fossem detetadas por este. Logo, em consequência deste erro, a mãe ficou privada da possibilidade de optar por uma interrupção voluntária da gravidez. À semelhança do que sucedeu no acórdão anteriormente descrito, a pretensão por *wrongful life* foi julgada improcedente argumentando-se, sinteticamente, a inexistência de um direito à não existência e o não preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil como a ilicitude, o dano e o nexo causal. Apesar disto, a pretensão de *wrongful birth* foi atendida pelo tribunal e mãe foi indemnizada pelos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos.

Feita esta brevíssima exposição jurisprudencial³⁴², voltamos à *vexata quaestio* de determinar se a perda de chance apresenta virtualidades que lhe permitam ajudar a solucionar este tipo de questões.

³³⁹ Neste acórdão expressamente se afirma “o autor invoca danos por si sofridos, mas assenta o seu eventual direito à indemnização na supressão de uma faculdade que seria concedida à mãe (ou aos pais)”.

³⁴⁰ Escreveu-se neste acórdão “dado o carácter supremo que a nossa ordem jurídica atribui ao bem da vida humana, não reconhece ao próprio titular qualquer direito dirigido à eliminação da sua vida”.

³⁴¹ Processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relatado por ANA PAULA BOULAROT, disponível em www.dgsi.pt [Consultado em 16.08.2021]

³⁴² Ainda sobre esta temática, veja-se, a título meramente exemplificativo, o Ac. do TRL de 30.04.2015, processo n.º 2101-11.0TVLSB.L1-8, relatado por CATARINA ARELO MANSO; Ac. do STJ de 12.03.2015, processo n.º 1212/08.4TBCL.G2.S1, relatado por HÉLDER ROQUE; Ac. do TRP de 01.03.2012, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1, relatado por FILIPE CAROÇO (posteriormente revisto pelo STJ no acórdão já citado); Ac. do TRG de 19.06.2012, processo n.º 1212/08.4TBCL.G1, relatado por ROSA TCHING; Ac. do

Poderá então haver ressarcimento simplesmente pela privação da oportunidade de decidir interromper a gravidez? Como refere RUTE TEIXEIRA PEDRO “[e]ste núcleo *facti-species* apresenta uma grande proximidade com o que se reporta à perda de chance «*d’échapper par une décision plus judicieuse*» ao dano produzido por uma dada terapia, já que, em ambos, a chance malograda respeita ao exercício de um direito de escolha”³⁴³. No entanto, será o facto da concretização da chance depender do exercício do direito de liberdade de escolha tão inconciliável com o ressarcimento pela perda da possibilidade de fazer essa escolha?

3. Dano ou Nexo Causal?

No seguimento dos apontamentos que temos vindo a fazer, impõe-se agora o tratamento de uma questão complexa e sensível que surge quando abordamos os casos de perda da chance de cura ou de sobrevivência.

Então, a perda de chance quando é aplicada à responsabilidade médica, isto é, as hipóteses de perda de chance de cura ou sobrevivência, merece um tratamento diferenciado dos demais casos da aplicação da figura?

Noutros termos, poderá também a perda da oportunidade de cura ou de sobrevivência ser encarada como um dano autónomo e distinto dos demais ou, necessariamente, estas hipóteses devem ser encaradas com um problema de causalidade?

Ora, na verdade, existem entendimentos que defendem um tratamento diferenciado dos casos da perda de chance de cura ou de sobrevivência, propondo-se uma rutura entre estes e os demais casos, ditos clássicos, de aplicação da figura³⁴⁴. Esta divisão dentro da teoria da perda de chance é defendida porquanto foi apontado que a sua transposição para os casos de responsabilidade médica se revela extremamente difícil, implicando até uma verdadeira e grave distorção da figura³⁴⁵.

Na base deste entendimento está a constatação de que nas hipóteses de perda de chance de cura ou sobrevivência não está em causa um processo aleatório que foi interrompido, por um facto ilícito e culposos em que nunca se saberá o resultado final³⁴⁶. Muito pelo contrário, nestas hipóteses estamos perante um resultado final, naturalmente negativo, isto é, a morte ou a invalidez do paciente,

TRL de 29.04.2014, processo n.º 57/11.9TVLSB.L1-7, relatado por ROQUE NOGUEIRA; Ac. do TRL de 10.01.2012, processo n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, relatado por RUI VOUGA. Todos disponíveis em www.dgsi.pt. [Consultados em 16.08.2021]

³⁴³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 276.

³⁴⁴ Segundo nos relata NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., pp. 36 – 37, esta é a posição de RENÉ SAVATIER e de parte da doutrina francesa. Dando nota dessa mesma realidade, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 281 – 282.

³⁴⁵ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 379.

³⁴⁶ Esta lógica subjaz aos chamados casos clássicos de perda de chance, como o do advogado que não interpõe um recurso ou do cavalo que não participa na corrida por causa do atraso do transportador. Cfr. NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 37.

fruto de um processo aleatório que não se interrompeu e que chegou ao fim³⁴⁷. Nestes casos, a dúvida não incide sobre o dano, mas sim sobre a contribuição do ato médico ilícito e culposo para a consumação desse prejuízo final certo. A única incógnita prende-se com a relação causal entre o dano final (já conhecido) e a conduta do médico ilícita e culposa do médico pelo que a dúvida está, então, em saber qual foi a causa do dano final: se a conduta do médico, se a evolução natural da doença³⁴⁸. Nestes termos, na responsabilidade médica não estamos perante “uma causalidade certa que produz um dano incerto”, mas antes perante “um dano certo produzido por uma causalidade incerta”³⁴⁹. Neste seguimento, passaríamos a estar no domínio da causalidade e não no domínio do dano³⁵⁰. De acordo com este entendimento, não existe independência entre a chance o dano final visto que esta está totalmente subordinada à existência do dano final. Deste modo, tendo que a perda de chance só poderia ser aplicada à responsabilidade médica sob o prisma da causalidade, gerar-se-ia um completo desvirtuamento da teoria da causalidade tal como a concebemos³⁵¹. Assim sendo, a aplicação da perda de chance aos casos de responsabilidade médica consubstanciaria um meio de subversão dos pressupostos da responsabilidade civil, representando um verdadeiro “*paradis des juges indécis*”³⁵² que face à dificuldade de prova da causalidade, passavam a atribuir indemnizações parciais na medida em que projetavam a indemnização pelo dano final para depois a reduzir na proporção das dúvidas que mantivessem.

Posto isto, refletamos, então, sobre a pertinência da apontada distinção entre a incerteza intrínseca e a incerteza extrínseca para efeitos de aplicabilidade da teoria da perda de chance. Nestes termos, segundo explica LUIS MEDINA ALCOZ, “la aleatoriedad extrínseca está ligada a procesos causales ya determinados, que no han podido desentrañarse por la imperfección del conocimiento humano. La aleatoriedad intrínseca está asociada, en cambio, a procesos causales indeterminados cuyo conocimiento es ontológicamente imposible porque nunca ocurrieron verdaderamente”³⁵³. Continuando a seguir o raciocínio e as palavras deste Autor, o problema da perda de chance não pode relacionar-se simplesmente à dificuldade processual de prova (incerteza extrínseca), mas sim a uma impossibilidade material devido à presença de elementos aleatórios (incerteza intrínseca). Assim, a perda de chance pressupõe que se esteja perante um prejuízo indemonstrável e não perante um prejuízo teoricamente demonstrável, mas não demonstrado³⁵⁴. Ora, se considerarmos esta distinção, verificamos que a perda

³⁴⁷ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 37.

³⁴⁸ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 282.

³⁴⁹ ZENO-ZENCOVICH *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 282.

³⁵⁰ JEAN PENNEAU *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 282.

³⁵¹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 39.

³⁵² Expressão de RENÉ SAVATIER *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 286.

³⁵³ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 43.

³⁵⁴ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 43.

de chance de cura ou de sobrevivência apresenta-se como um exemplo dos casos de incerteza extrínseca pelo que não se mostrará viável o recurso à perda de chance nestas situações.

Porém, também o mesmo Autor conclui que não se deve aceitar esta diferenciação entre aleatoriedade intrínseca e extrínseca, pelo menos não de forma a fazer depender dela a aplicação da teoria da perda de chance. O argumento de maior peso assinalado contra esta distinção relaciona-se com o facto, na realidade, a conduta do agente ter os mesmos efeitos práticos quer quando se está perante uma situação de incerteza intrínseca ou extrínseca, isto é, em ambos é impossível saber qual teria sido a sorte do lesado. De facto, continua o Autor, esta restrição do campo de aplicação mostra-se um quanto arbitrária para além de que, o que verdadeiramente justifica a crescente utilização da teoria da perda de chance, é a circunstância do lesado não ser compensado pela impossibilidade de demonstrar o nexó causal e não o facto de estarmos perante um encadeamento causal preordenado ou outro indeterminado³⁵⁵. Por fim, remata o autor “[a]sí pues, si se admite la doctrina de la oportunidad, no parece que pueda restringirse su âmbito de aplicación a través de una distinción de supuestos que, a efectos prácticos, son materialmente iguales”³⁵⁶.

Também JOSEPH KING já havia contra-argumentado e criticado esta posição divisionista entre os processos aleatórios que foram interrompidos e os que tinham atingido o seu fim salientando que os efeitos práticos de uns e outros são materialmente os mesmos e, nas situações em que o processo aleatório atinge o seu fim, a utilização da perda de chance é altamente aconselhável de modo a que se proceda à reparação do lesado e se ultrapasse os obstáculos erguidos pelo princípio do tudo ou nada. Este Autor defende uma aplicação unitária da perda de chance sob o prisma do dano³⁵⁷.

Posto isto, apontadas estas incoerências da perspetivação da perda de chance de cura ou de sobrevivência sob o ângulo da causalidade, urge, então, destacar e a explorar os outros entendimentos que, contrariamente, defendem uma aplicação indistinta da noção da perda de chance à responsabilidade civil médica, ou seja, que sustentam que a perda de cura ou sobrevivência não carece de um tratamento diferenciado das demais hipóteses de aplicação de perda de chance e como tal, também esta deverá ser perspetivada como um dano.

Então, à semelhança dos demais casos, procede-se a uma individualização das chances de cura ou de sobrevivência perante o dano final da morte ou da incapacidade³⁵⁸. A cura é, deste modo, uma realidade diferente da possibilidade de cura. Para isso, torna-se necessário mudar o ângulo de visão do problema. Isto é, nestes casos, o conteúdo do dano é diferente, não é a morte ou o

³⁵⁵ Acompanhamos muito de perto LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 44.

³⁵⁶ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual*, op. cit., p. 45.

³⁵⁷ JOSEPH KING *apud* NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 45 – 46.

³⁵⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 288 – 289.

agravamento da doença, mas sim a perda da possibilidade de sobreviver ou de se curar³⁵⁹. Assim, torna-se possível preencher todos os requisitos necessários para fazer funcionar a responsabilidade civil nos seus termos tradicionais, incluindo a verificação do nexo de causalidade. Na verdade, não se trata de fazer prova da contribuição do médico para a produção do dano final, mas sim de fazer prova de que aquele específico ato médico ilícito e culposo foi causa da perda das maiores possibilidades que o doente tinha de se curar ou de sobreviver. Só assim seria possível separar os planos, tantas vezes confundidos, do dano e do nexo causal³⁶⁰. Como bem explica NUNO SANTOS ROCHA “[p]ercebe-se facilmente que, sem a actuação do médico, as «chances» de cura ou sobrevivência do doente seriam superiores em alguma medida e é essa diferença que se visa ressarcir, não de forma parcial mas sim integral”³⁶¹.

Esta reparação das possibilidades perdidas seria possível no nosso ordenamento jurídico mediante o alargamento do âmbito dos danos ressarcíveis e não será esse facto que impedirá que as chances de cura ou de sobrevivência sejam ressarcidas. Assim, conforme foi referido por alguma doutrina³⁶², a tutela autónoma das chances é apenas uma extensão da proteção jurídica a outras camadas que densificam o conteúdo do bem jurídico principal. Ora, nos casos do direito à saúde; à integridade física e à vida, com que a atividade médica contende diariamente, justifica-se uma proteção mais alargada, devido à sua essencialidade, incluindo essas outras camadas que integram o conteúdo do bem jurídico, pelo que não causaria estranheza subsumir no art. 483.º CC os comportamentos que resultassem na perda de uma chance. Ademais, quando enquadrarmos a responsabilidade médica no âmbito da responsabilidade contratual, podemos concluir que a obrigação assumida pelo médico no contrato de prestação de serviços médica, incluía o aproveitamento das oportunidades de sucesso que o doente apresentasse, ou seja, o médico obrigava-se a não destruir, por ato ilícito e culposo as chances de cura do doente.

Ilustrativo desta questão parece-nos ser voto de vencido do Acórdão do STJ de 15.10.2009 do Conselheiro Oliveira Vasconcelos que sustenta que “[c]onsiderando a obrigação que um médico assume de prestar assistência a um determinado paciente, pode-se concluir que o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (chances) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado imediato – a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade. Tal aproveitamento verifica-se mediante a adopção de um comportamento

³⁵⁹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 51 – 52; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 400.

³⁶⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 288 – 289.

³⁶¹ NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 52.

³⁶² Nesta exposição acompanhamos muito de perto RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., pp. 381 – 386.

atento, cuidadoso e conforme às «leges artis» – que constitui, em suma, a tradicional obrigação principal (de meios) assumida pelo profissional de saúde. 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. A insatisfação do interesse final ou mediato, arrastando a insatisfação do interesse imediato ou intermédio, poderá funcionar como indício ou demonstração «prima facie» do inadimplemento da obrigação de não destruição das possibilidades de êxito terapêutico. Demonstrado o incumprimento desta «outra» obrigação, caberá ao médico, para afastar a responsabilização pelo «dano de destruição das possibilidades (ou chances)» provar que aplicou a diligência ou aptidão que lhe era exigível – por outras palavras, que satisfizesse o interesse mediato – mas que por razões que não podia prever ou não podia controlar, a finalidade pretendida se gorou e as chances existentes se perderam. Perante a falta de consecução daquele «outro resultado» devido poderá, e deverá, ser aplicado o regime geral da responsabilidade obrigacional, sem necessidade de operar qualquer desvio, nomeadamente quanto à presunção de culpa do devedor genericamente consagrada (...). Sendo assim, com esta morte, perdeu-se a oportunidade, a chance, do aproveitamento da oportunidade que a EE tinha de ser operada com êxito. E de acordo com o que acima ficou exposto, eram os réus que tinham de alegar e provar que aplicaram a aptidão e diligência possível, mas que por razões que não podiam prever ou não podiam controlar, a finalidade pretendida – a lipoaspiração, com a preliminar anestesia local – se gorou e as chances existentes se perderam”³⁶³.

Aqui chegados, feita esta breve incursão sobre a aplicação da perda de chance à responsabilidade civil do médico, parece-nos ser de concluir que ainda existe uma grande controvérsia e confusão, sendo que ainda se mostra algo titubeantes a separação entre o plano do dano e da causalidade nos casos de falta médica. É certo que não consideramos ter encontrado argumentos suficientemente determinantes para nos levarem, em abstrato e desde já, a excluir a possibilidade de reparação da perda de chance de cura ou de sobrevivência enquanto um dano autónomo. Não pretendemos com isto dizer, que esta é uma solução perfeita e irrepreensível. Pelo contrário, a figura apresenta ainda algumas fragilidades e a sua aplicação, na vertente prática, revela-se muito complexa quer pela dificuldade em demonstrar a existência de chances sérias e reais, quer pela árdua tarefa de fazer a prova do nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo do médico e o dano da perda das chances de cura ou de sobrevivência ou ainda pela difícil operação de cálculo do montante indemnizatório. Contudo, considerar a perda de chance de cura ou de sobrevivência como um dano autónomo afigura-se a única maneira de garantir o correto funcionamento da teoria no nosso

³⁶³ Processo n.º 08B1800, relatado por RODRIGUES DOS SANTOS, disponível em www.dgsi.pt. [Consultado em 18.08.2021].

ordenamento jurídico. Tal como alguns autores fizeram notar³⁶⁴, existe algum artificialismo nesta construção da perda de chance como um novo tipo de dano a indemnizar, especialmente no âmbito da responsabilidade médica onde, em consequência das especificidades desta atividade, a construção pode parecer forçada pela elevada complexidade do circunstancialismo que a rodeia. No entanto, consideramos que essa complexidade que lhe é inerente não inviabiliza, à partida, a sua aplicação. De facto, julgamos que a sua exequibilidade na prática é possível, no entanto, isso exigirá as maiores cautelas, desde o respeito pelos requisitos da consistência das chances bem como os demais pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente, quer pelo cuidado especial que deve haver na afirmação do nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano da perda de chance. Este deve ser evidente sob pena de estarmos a fazer um uso indevido da figura transformando-a num meio para aniquilar a exigência do nexo de causalidade.

Parece-nos, então, ser de concluir que a eventual aplicação da teoria da perda de chance à responsabilidade civil do médico exige uma extrema cautela em se deve respeitar as estritas condições para a sua utilização e os princípios gerais da responsabilidade civil de modo a que esta figura não se torne um mecanismo subversor dos pressupostos exigidos para o ressarcimento. A sua eventual aplicação poderá ser defendida porquanto traduz benefícios inegáveis ao bom funcionamento do instituto da responsabilidade civil, desde a superação da teoria do tudo ou nada à introdução de um elemento de justiça material.

³⁶⁴ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, op. cit., p. 463; NUNO SANTOS ROCHA, *A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano*, op. cit., p. 101; JÚLIO VIEIRA GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, op. cit., p. 24.

Conclusões

A evolução da Medicina e a desmistificação da atividade médica conduziram ao incremento das ações de responsabilidade civil médica. Este aumento das pretensões indenizatórias dos doentes lesados veio expor graves debilidades no funcionamento do instituto da responsabilidade civil, nomeadamente pela adoção do princípio do tudo ou nada. Daí que, muitas vezes a pretensão ressarcitória do doente lesado é julgada improcedente, o que implica a sua total desproteção por oposição a uma quase impunidade do médico, que assume uma posição meramente passiva no decorrer da ação judicial.

Revela-se extremamente complexo proceder ao preenchimento dos requisitos fundantes da responsabilidade civil no domínio da atividade médica. Esta dificuldade atinge o seu expoente máximo no momento da demonstração do nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo do médico e o dano final da morte ou do agravamento do estado de saúde do doente. Tal sucede visto que o processo causal é pouquíssimo transparente e torna-se inextrincável se a morte ou o agravamento foi decorrência natural da doença ou se foi resultado da falha médica.

Esta problemática tem incitado a doutrina na procura de soluções que permitam equilibrar as partes numa demanda de responsabilização do médico. Nesta sequência, têm sido apontados vários mecanismos aptos a auxiliar o doente lesado no seu encargo probatório, dos quais destacamos as presunções legais e/ou judiciais; a inversão do ónus da prova ou ainda a prova de primeira aparência.

Para além destes, também a teoria da perda de chance tem sido apontada como um meio para a promoção da tutela do doente lesado. Contudo, permanece ainda discutível se tal figura cabe nos limites do nosso ordenamento jurídico e em que termos deverá ser enquadrada dogmaticamente. Surgida no direito francês, a sua transposição para a nossa ordem jurídica não se tem mostrado isenta de críticas, havendo doutrina e jurisprudência que se vão pronunciando favoravelmente à sua aplicação enquanto que outros a rejeitam veementemente.

A perda de chance define-se como a perda da possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável. É uma figura adequada a situações com uma elevada componente aleatória que tornam impossível determinar qual seria o desfecho de determinado processo causal. Esta teoria encontra respaldo na ideia de justiça a que repugna deixar o lesado sem qualquer ressarcimento em virtude de dificuldades processuais.

É, por isso, uma teoria em muito relacionada com a consciencialização das limitações do conhecimento humano e com o reconhecimento de que a verdade é uma questão de grau e que, muitas vezes, apenas é passível de ser expresso em termos de probabilidades.

As dificuldades na construção da teoria da perda de chance começam, desde logo, por esta parecer contender com dois pressupostos da responsabilidade civil: o dano e o nexa causal. A sua perspetivação como uma questão de causalidade é denominada como a teoria falsa da perda de chance pois tem-se entendido que abre caminho a uma subversão do pressuposto da causalidade, na medida em que, se condena o agente por um dano que apenas provavelmente causou e na medida dessa probabilidade. Por outro lado, mais facilmente se perspetiva a perda de chance como um dano autónomo e distinto do dano final pelo que devemos considerar duas relações: uma entre o comportamento ilícito e culposo e o dano da perda de uma chance e outra entre o comportamento ilícito e culposo e o dano final. Assim, quando invocamos a perda de chance como um dano pretendemos demonstrar que o facto danoso diminuiu as possibilidades de se atingir determinado resultado esperado.

Perante esta problemática, quer-nos parecer, em abstrato, que a solução mais adequada a enquadrar a perda de uma chance no nosso ordenamento jurídico passa por encará-la como um verdadeiro dano autónomo e distinto do dano final. Contrariamente, não nos parece ser aceitável conceber esta teoria como um problema de causalidade pois desvirtuaria este pressuposto da responsabilidade civil.

Alertamos, no entanto, para o facto de ser essencial encarar a questão com cautela de modo a evitar que esta teoria se torne num mecanismo subversor do instituto da responsabilidade civil bem como para impedir que se alarguem excessivamente os seus limites de aplicação. Nestes termos, é necessário que se reúnam certas condições para que se possa equacionar a aplicação da teoria da perda de chance, tais como: uma situação marcadamente aleatória em que o desfecho da situação é imprevisível; a existência possibilidades sólidas de alcançar o resultado esperado que era propiciado pelas chances e, ainda, a demonstração que o lesado reunia *a priori* as condições para o alcançar. No que respeita às chances em si mesmas, estas têm de ser sérias, consistentes e idóneas a alcançar o efeito útil esperado, pelo que é de rejeitar o ressarcimento das chamadas chances à segunda potência, bem como estas devem ter ficado irremediavelmente perdidas na sequência e em consequência do facto lesivo. Para além de tudo isto, é fundamental que se preencham os demais pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente o nexa causal entre o facto ilícito e culposo e o dano da perda de uma chance.

Não obstante, as dificuldades de aplicação prática da figura adensam-se no momento de proceder ao cálculo do montante indemnizatório. No entanto, subscrevemos, por a consideramos adequada, a operação segundo a qual começamos por avaliar o valor em que se traduziria o resultado final para depois apreciar a consistência da chance de modo a traduzi-la num valor percentual para finalmente aplicarmos esse valor percentual ao valor do resultado final.

A transposição desta teoria para o domínio da responsabilidade civil médica é particularmente difícil apesar de se demonstrar verdadeiramente útil neste âmbito, atenta a forte aleatoriedade que o caracteriza.

A sua aplicação é normalmente convocada nos casos de erro ou atraso no diagnóstico ou no tratamento. A construção da teoria nestes casos deverá passar por demonstrar que esse erro ou atraso destruiu as possibilidades que o doente tinha de sobreviver ou de se curar. Nestes casos, importa demonstrar que, se não fosse o erro ou o atraso no diagnóstico ou no tratamento, o doente teria tido maiores possibilidades de recuperar.

No entanto, no que concerne às intervenções sem consentimento ou às *wrongful actions*, a aplicação da perda de chance tem sido repudiada por alguns autores. No entanto, permanece ainda a dúvida se realmente se justifica esta restrição da aplicação da figura, porquanto se pode considerar que existe um verdadeiro dano traduzido na impossibilidade de poder escolher avançar ou não com certa intervenção ou com uma gravidez, ou se, pelo contrário, como está em causa o exercício do direito de liberdade de escolha, já estamos fora do domínio das chances e perante outro tipo de danos.

A complexidade da transposição da figura tem levado a que alguns autores repudiem a aplicação da figura no domínio da responsabilidade médica por considerarem que esta apenas pode ser perspectivada segundo um problema de causalidade. No entanto, consideramos que também aqui, pese embora processo causal já ter atingido o seu fim, não devemos excluir *a priori* a eventualidade de estarmos perante um efetivo dano autónomo que se refere à perda das possibilidades de cura ou de sobrevivência e que deve ser reparado autónoma e integralmente, na medida em que se pretende o alargamento da tutela jurídica a outras camadas do bem jurídico da saúde e da vida.

Por fim, concluímos que é urgente assegurar a conveniente proteção do doente lesado e consideramos que a teoria da perda de chance apresenta potencialidades para propiciar essa tutela. No entanto, as dificuldades no enquadramento da teoria da perda de chance no nosso ordenamento jurídico têm-se revelado um verdadeiro entrave à sua aplicação. Por isso mesmo, apelamos à continuação do estudo da figura, porquanto julgamos que uma aplicação mais correta e fluente da

figura está dependente de estudos mais aturados e desenvolvidos, dos quais a nossa dissertação é apenas um pálido contributo.

Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão de 21.01.2021, processo n.º 1314/17.6T8 PVZ.P1.S1, relatado por Ilídio Sacarrão Martins.

- Acórdão de 16.12.2020, processo n.º 1976/17.4T8VRL.G1.S1, relatado por Tomé Gomes.

- Acórdão de 15.12.2020, processo n.º 765/16.8T8AVR.P1.S1, relatado por Ricardo Costa.

- Acórdão de 02.12.2020, processo n.º 359/10.1TVLSB.L1.S1, relatado por Maria Clara Sottomayor.

- Acórdão de 17.11.2020, processo n.º 13132/18.0T8LSB.C1.S1, relatado por Pedro de Lima Gonçalves.

- Acórdão de 13.10.2020, processo n.º 1572/13.5TVLSB.L1-7, relatado por Luís Filipe Sousa.

- Acórdão de 05.05.2020, processo n.º 27354/15.1T8LSB.L1.S2, relatado por António Magalhães.

- Acórdão de 10.09.2019, processo n.º 1052/16.7T8PVZ.P1.S1, relatado por Graça Amaral.

- Acórdão de 14.03.2019, processo n.º 2743/13.0TBTVD.L1.S1, relatado por Hélder Almeida.

- Acórdão de 21.02.2019, processo n.º 3784/15.8T8CSC.L1.S1, relatado por Oliveira Abreu.

- Acórdão de 19.12.2018, processo n.º 1337/12.1TVPRT.P1.S1, relatado por Fonseca Ramos.

- Acórdão de 06.12.2018, processo n.º 456/14.4TVLSB.L1.S1, relatado por Ilídio Sacarrão Martins.

- Acórdão de 05.07.2018, processo n.º 2011/15.2T8PNF.P1.S1, relatado por Maria da Graça Trigo.

- Acórdão de 22.03.2018, processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1, relatado por Maria da Graça Trigo.

- Acórdão de 30.11.2017, processo n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1, relatado por Tomé Gomes.

- Acórdão de 02.11.2017, processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

- Acórdão de 23.03.2017, processo n.º 296/07.7TBMCN.P1.S1, relatado por Tomé Gomes.

- Acórdão de 07.03.2017, processo n.º 6669/11.3TBVNG.S1, relatado por Gabriel Catarino.

- Acórdão de 11.01.2017, processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1, relatado por Alexandre Reis.

- Acórdão de 26.04.2016, processo n.º 6844/03.4TBCSC.L1.S1, relatado por Silva Salazar.

- Acórdão de 16.02.2016, processo n.º 2368/13.0T2AVR.P1.S1, relatado por Gabriel Catarino.

- Acórdão de 09.07.2015, processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1, relatado por Tomé Gomes.

- Acórdão de 16.06.2015, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1; relatado por Mário Mendes.
- Acórdão de 02.06.2015, processo n.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, relatado por Maria Clara Sottomayor.
- Acórdão de 30.04.2015, processo n.º 338/11.1TBCVL.C1.S1, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza;
- Acórdão de 12.03.2015, processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1, relatado por Hélder Roque.
- Acórdão de 25.02.2015, processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1, relatado por Armindo Monteiro.
- Acórdão de 09.10.2014, processo n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, relatado por João Bernardo.
- Acórdão de 17.01.2013, processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relatado por Ana Paula Boularot.
- Acórdão de 30.05.2013, processo n.º 2531/05.7TBBRG.G1.S1, relatado por Serra Baptista.
- Acórdão de 14.03.2013, processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.
- Acórdão de 05.02.2013, processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, relatado por Hélder Roque.
- Acórdão de 29.11.2012, processo n.º 29/04.0TBAFE.P1.S1, relatado por Oliveira Vasconcelos.
- Acórdão de 29.05.2012, processo n.º 8972/06.5TBBRG.G1. S1., relatado por João Camilo.
- Acórdão de 24.05.2011, processo n.º 1347/04.2TBPNF.P1.S1, relatado por Hélder Roque.
- Acórdão de 10.03.2011, processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1, relatado por Távora Victor.
- Acórdão de 07.10.2010, processo n.º 1364/05.5TBBCL.G1, relatado por Ferreira de Almeida.
- Acórdão de 29.04.2010, processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, relatado por Sebastião Póvoas.
- Acórdão de 18.03.2010, processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1, relatado por Pires Rosa.
- Acórdão de 17.12.2009, processo n.º 544/09.9YFLSB, relatado por Pires Rosa.
- Acórdão de 25.11.2009, processo n.º 397/03.0GEBNV.S1, relatado por Raúl Borges.
- Acórdão de 22.10.2009, processo n.º 409/09.4YFLSB, relatado por João Bernardo.
- Acórdão de 15.10.2009, processo n.º 08B1800, relatado por Rodrigues dos Santos.
- Acórdão de 04.03.2008, processo n.º 08A183, relatado por Fonseca Ramos.
- Acórdão de 09.02.2008, processo n.º 08A3323, relatado por Mário Cruz.
- Acórdão de 18.09.2007, processo n.º 07A2334, relatado por Alves Velho.
- Acórdão de 22.03.2007, processo n.º 101/07, relatado por Sousa Leite.
- Acórdão de 24.10.2006, processo n.º 0289/06, relatado por Fernanda Xavier.
- Acórdão de 19.06.2001, processo n.º 01A1008, relatado por Pinto Monteiro.

Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão de 14.05.2020, processo n.º 21966/15.0T8PRT.P2, relatado por Carlos Portela.
- Acórdão de 12.11.2019, processo n.º 289/12.2TVPR.T.P1, relatado por Rodrigues Pires.
- Acórdão de 08.10.2019, processo n.º 2147/18.8T8AGD.P1; relatado por Estelita De Mendonça.
- Acórdão de 10.02.2015, processo n.º 104/05.4TBPVZ.P1, relatado por Rodrigues Pires.
- Acórdão de 11.09.2012, processo n.º 2488/03.9TVPR.T.P2, relatado por Maria Cecilia Agante.
- Acórdão de 24.02.2011, processo n.º 674/2001.P1, relatado por Filipe Carço.

Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão de 10.10.2019, processo n.º 1594/17.7T8VCT.L1-2, relatado por António Moreira.
- Acórdão de 24.01.2019, processo n.º 25029/13.5T2SNT.L1-2, relatado por Maria José Mouro.
- Acórdão de 16.12.2015, processo 1490/09.1TAPTM.L1-3, relatado por Rui Gonçalves.
- Acórdão de 03.12.2015, processo n.º 284/099TVLSB.L1-2; relatado por Jorge Leal.
- Acórdão de 14.07.2015, processo n.º 6987/13.6TBOER.L1-1 relatado por Manuel Marques.
- Acórdão de 30.04.2015, processo n.º 2101-11.0TVLSB.L1-8, relatado por Catarina Arêlo Manso.
- Acórdão de 29.04.2014, processo n.º 57/11.9TVLSB.L1-7, relatado por Roque Nogueira.
- Acórdão de 10.09.2013, processo n.º 739/09.5TVLSB.L2-1, relatado por Afonso Henrique.
- Acórdão de 10.01.2012, processo n.º 1585/06.3TCSNT.L1-1, relatado por Rui Vouga.

Tribunal da Relação de Guimarães

- Acórdão de 10.01.2019, processo n.º 3192/14.8TBBERG-G1, relatado por Sandra Melo.
- Acórdão de 20.03.2018, processo 304/17.3T8BERG.G1, relatado por Maria Amália dos Santos.
- Acórdão de 27.09.2012, processo n.º 330/09.6TBPTL.G1, relatado por Rita Romeira.

Tribunal da Relação de Coimbra

- Acórdão de 28.11.2018, processo n.º 558/11.9TBCBR.C1, relatado por Luís Cravo.
- Acórdão de 11.11.2014, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1, relatado por Jorge Arcanjo.

Supremo Tribunal Administrativo

- Acórdão de 13.03.2012, processo 0477/11, relatado por Políbio Henriques.

Tribunal Central Administrativo Norte

- Acórdão de 30.11.2012, processo n.º 01425/04.8BEBRG, relatado por Rogério Martins.

Tribunal Central Administrativo Sul

- Acórdão de 23.11.2017, processo n.º 13023/16, relatado por José Gomes Correia.

- Acórdão de 08.09.2011, processo n.º 06762/10, relatado por Fonseca da Paz.

Bibliografia

ALARCÃO, Rui,

- Direito das Obrigações, Almedina, Coimbra, 1983.

ALCOZ, Luis Medina,

- Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *in Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* [em linha], n. 30, Segundo Trimestre, 2009, disponível em [RC 30.pdf \(asociacionabogadosrcs.org\)](#) [Consultado em 24.06.2021].

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda,

- Lições de Responsabilidade Civil, Principia, Cascais, 2017;
- A Jurisprudência Portuguesa em Matéria de Responsabilidade Civil Médica: o Estado da Arte in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 38 (Abril/Junho de 2012), pp. 14-27.

BRAGA, Armando,

- Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Extracontratual, Almedina, Coimbra, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida,

- Direito das Obrigações, 12.ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2018.

COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da,

- Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português, Dissertação de Mestrado, disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacosta_danoperdachance.pdf [Consultado em 26.06.2021].

CORDEIRO, António Menezes,

- Tratado de Direito Civil II - Direito das Obrigações, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2014.

D'APOLLO, Luca,

- Perdita di chance: danno risarcibile, onus probandi e criteri di liquidazione, [em linha], 2007.

Disponível em <https://www.altalex.com/documents/news/2007/11/25/perdita-di-chance-danno-risarcibile-onus-probandi-e-criteri-di-liquidazione> [Consultado em 26.07.2021].

DIAS, João António Álvaro,

- Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios, Almedina, Coimbra, 2004;

- Procriação Assistida e Responsabilidade Médica in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo e MONTEIRO, Jorge Sinde,

- Responsabilidade Médica em Portugal, Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984.

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, I, 2004, pp. 115-195.

FERREIRA, Rui Cardona,

- Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública), Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

- A Perda de Chance na Responsabilidade Médica.” In Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde [Em linha], Instituto de Ciências Jurídico-políticas, 2013. Disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jornadas_saude.pdf [Consultado em 02.07.2021].

- A perda de chance: análise comparativa e perspetivas de ordenação sistemática in O Direito, n. °1, Ano 144, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 29-57.

- A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, in Revista da Ordem dos Advogados, Out.- Dez. 2013, p.1313, disponível em <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf> [Consultado em 14.07.2021].

FRADA, Manuel A. Carneiro da,

- Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso, Almedina, Coimbra, 2006.

FREITAS, Lebre de

- A Responsabilidade dos Profissionais Liberais” in Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

GOMES, Júlio Vieira,

- Sobre o Dano da Perda de Chance in Direito e Justiça, Vol. XIX, Tomo 2, Lisboa, 2005, pp. 9-47.

- “Ainda sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance” in Cadernos de Direito Privado, II Seminário, 2012.

GONZÁLEZ, José Alberto,

- Wrongful Birth, Wrongful Life: O Conceito de Dano em Responsabilidade Civil, Quid Iuris, Lisboa, 2014.

HAMER, David,

- “Chance Would Be a Fine Thing”: Proof of Causation and Quantum in an Unpredictable World [em linha], 1999, disponível em <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbULawRw/1999/24.html>. [Consultado em 27.07.2021].

HÖRSTER, Heinrich Ewald,

- A Parte Geral do Código Civil Português, 7ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014.

JANSEN, Nils,

- The Idea of a Lost Chance, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 19, 1999.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa,

- Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil, Almedina, Coimbra, 1999.

KING, Joseph H.,

- "Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences", Vol. 90, The Yale Law Journal [Em linha], 1981. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol90/iss6/2/> [Consultado em 21.07.2021].

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes,

- Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução – Da Constituição das Obrigações, 15.º Edição, Almedina, Coimbra, 2018

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes,

- Código Civil Anotado, Vol. I, 4º Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

LOURENÇO, Paula Meira,

- A Função Punitiva da Responsabilidade Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

MATOS, Filipe Albuquerque,

- Traços distintivos e sinais e contactos entre os regimes da responsabilidade civil contratual e extracontratual. O caso particular da responsabilidade civil médica [II]. In *Lex Medicinæ. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 12.º, pp. 25-54.

MÉMETEAU, Gérard; Léger-Riopel, Nicholas

- Devoir d'information, Causalité et Responsabilité Médicale in The Canadian Bar Review [em linha], Vol. 97, N.º2, 2019. Consultado em 23.05.2021. Disponível em <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/4536>.

MONGE, Cláudia,

- Responsabilidade Civil na Prestação de Cuidados de Saúde nos Estabelecimentos de Saúde Públicos e Privados in *Responsabilidade na Prestação de Cuidados de Saúde* [em linha], Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014. Disponível em <https://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/4751/view>. Consultado em 05.02.2021.

MONTEIRO, António Pinto,

- Cláusula Penal e Indemnização, Almedina, Coimbra, 1990.
- Teoria Geral do Direito Civil, 5.ªEd., Gestlegal, Coimbra 2020

MONTEIRO, Sinde,

- Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, Almedina, Coimbra, 1989.

NUNES, Manuel do Rosário,

- O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos, Almedina, Coimbra, 2005.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto,

- Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica, Centro de Direito Biomédico, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (I) Materiais para o Direito da Saúde n. °1, 2019.

Consultado em 09.09.2020. Disponível em

<http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/imateriais-para-o-direito-da-sa%C3%BAde-ilicitude-e-culpa-na>

- Princípios de Direito dos Contratos, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

PEDRO, Rute Teixeira,

- A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

- A Tutela do Doente Lesado: Breves Reflexões in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto [em linha], V, 2008, pp. 417-460. Consultado em 01.09.2020. Disponível em

https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49897

- Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência” in Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil, [em linha], Centro de estudos Judiciários, Lisboa, 2018. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf. [Consultado em 25.06.2021].

PEREIRA, André Gonçalves Dias,

- O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

- Direitos dos Pacientes e responsabilidade médica, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

PINTO, Paulo Mota,

- Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

- Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”), na Revista Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 7, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

PORAT, Ariel e STEIN, Alex,

- Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable, 1997. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Alex-Stein-6/publication/228225738_Liability_for_Uncertainty_Making_Evidential_Damage_Actionable/links/004635242a13f64ace000000/Liability-for-Uncertainty-Making-Evidential-Damage-Actionable.pdf. [Consultado em 02.05.2021].

RAPOSO, Vera Lúcia,

- Do Ato Médico ao Problema Jurídico, Almedina, Coimbra, 2013.

- Em Busca da Chance Perdida – O Dano da Perda de Chance, em Especial na Responsabilidade Médica, in *Revista do Ministério Público*, 138 Abril-Junho, 2014, pp. 9-61.

ROCHA, Nuno Santos,

- A «Perda de Chance» como uma nova Espécie de Dano, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2017.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes,

- Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil do Médico in *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo 3, 2000, pp. 161- 247.

ROSA, João Pires da

- «Dano não patrimonial – quantificação» in Revista Portuguesa do Dano Corporal, [em linha] n.º 24, ano XXII, 2013, pp. 25-40. Disponível em https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33128/1/RPDC24_artigo3.pdf [Consultado em 28.07.2021].

SAVATIER, René,

- La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé) in Revue internationale de droit compare [em linha], Vol. 28 N°3,1976, pp. 493-510. Consultado em 09.09.2020. Disponível em https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1976_num_28_3_16716

SILVA, Calvão da,

- Responsabilidade Civil do Produtor, Almedina, Coimbra, 1990.

SOUSA, Luís Filipe Pires de,

- O Ónus da Prova na Responsabilidade Civil Médica in Data Venia, Ano 06, N.º 08, Junho de 2018, pp. 5-24, disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia08_p005_024.pdf [Consultado em 02.05.2021].

SOUSA, Miguel Teixeira de,

- O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação, Almedina, Coimbra, 1988.

- Sobre o Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil Médica” in *Direito da Saúde e Bioética*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996.

VARELA, João de Matos Antunes,

- Das Obrigações em Geral – Vol. I , 10.ª edição, 10.º Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013.

VASCONCELOS, Pedro Pais de

- Teoria Geral do Direito Civil, 9.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2019

VOUGA, Rui,

- A Responsabilidade Civil Médica (decorrente de actos médicos praticados em hospitais públicos, Centro de Estudos Judiciários [em linha], Lisboa, 2018, disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ResponsabilidadeMedica2018.pdf

f