

M

MESTRADO
SOLICITADORIA

O dano da perda de chance no âmbito da
responsabilidade civil por ato médico

Indre Klemenyte

10/2022

Indre Klemenyte.

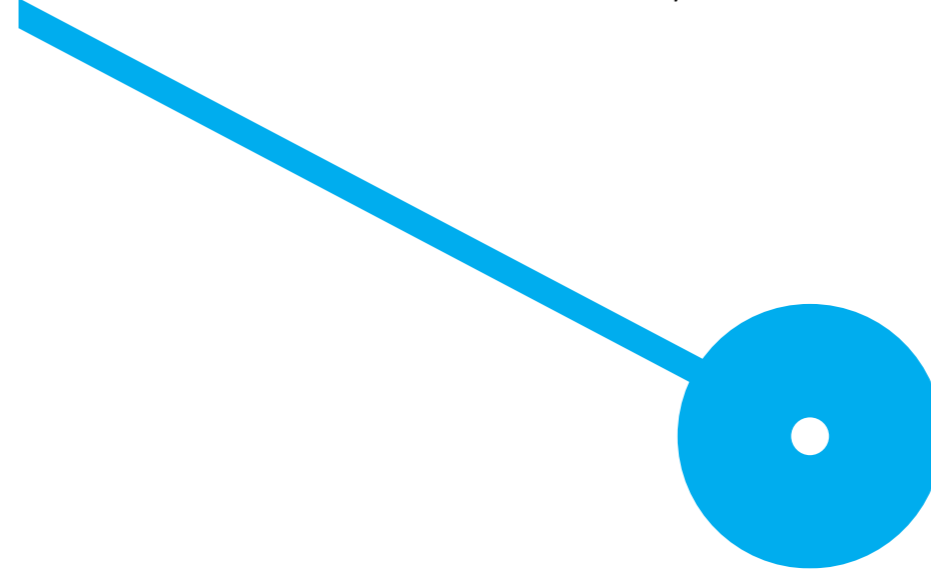
O dano da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil por ato médico

M

MESTRADO
SOLICITADORIA

O dano da perda de chance no
âmbito da responsabilidade civil
por ato médico
Indre Klemenyte

10/2022





O dano da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil por ato médico

Indre Klemenyte

Prof. Doutora Maria Malta Fernandes

Agradecimentos

A elaboração de um projeto avançado de mestrado apesar de ser individual, implica a colaboração, apoio e incentivo de diversas pessoas que, direta ou indiretamente, tornam possível a concretização de um trabalho tao complexo e exigente como este.

De entre várias pessoas que muito contribuíram para a elaboração deste projeto avançado, destaco a Professora Doutora Maria Malta Fernandes que, no desempenho da função de orientadora deste trabalho, me soube transmitir motivação e essencialmente especial conhecimento nesta área em concreto. Apesar da exigência, que é essencial, foi preocupada e dedicada ao longo de todas as etapas ultrapassadas neste trabalho. Procurou transmitir-me sempre mais e melhor para atingir o ponto certo. Um especial agradecimento.

Uma palavra de apreço e gratidão para a Professora Doutora Susana Catarina Sousa Machado Pinto, diretora do Mestrado em Solicitadoria da ESTG e para o Professor Doutor Pedro Miguel Dias Venâncio subdiretor, pelo carinho e motivação que nos foi transmitindo ao longo de todo o curso.

À ESTGF pela oportunidade concedida e pelo facto de me terem proporcionado condições para a realização deste projeto.

A todos os Professores de Licenciatura, mas em especial de Mestrado que me apoiaram e facilitaram o percurso no último semestre do primeiro ano devido à minha ausência forçada.

Pela simpatia e amizade, pelos incentivos e partilha de conhecimento, pelo bom humor e por todo apoio que me concederam, agradeço a todos os meus Colegas e amigos de Licenciatura de Mestrado de Prax e da Tuna Feminina da ETGF (Aventuna) que estiveram do meu lado, ao longo deste percurso e tornaram-no ainda mais especial.

E por fim, mas não menos importante, agradeço à minha família, à minha mãe pelo apoio e força transmitida ao longo do percurso. A aquela pessoa especial que se acabou por tornar o pai do meu filho, pela tolerância, insistência permanente, paciência e compreensão demonstrada, pelo apoio e incentivo incondicionais, ao meu filho que apesar de inconscientemente me deu mais força e alento para concluir este percurso, e ainda a todos aqueles amigos que são como família, estão sempre disponíveis para ajudar em tudo, até a ler textos e a ouvir as apresentações.

A todos o meu,

MUITO OBRIGADO!

Resumo

Com o presente estudo sobre o dano da perda de chance por ato médico, pretendemos contextualiza-lo nos princípios da responsabilidade civil e da indemnização realçando a tutela do doente lesado perante a atuação do profissional de saúde em situações que por um facto ilícito e culposo, e face à impossibilidade de estabelecer umnexo de causalidade existente, se averiguará se será (ou não) de aceitar a sua ressarcibilidade.

À controvérsia a nível doutrinário que rodeia a temática, acresce a falta de suporte legislativo porquanto poderão os ordenamentos jurídicos não ter como acolher a figura e, por tal, não ter como prover ao ressarcimento da perda do dano decorrente da perda de uma chance.

A nível jurisprudencial, o presente estudo permitirá concluir que a tendência atual é a de aceitar a ressarcibilidade do lesado pela perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil por ato médico.

A final faremos uma reflexão para saber se o dano aqui em análise caberá nos princípios informadores da responsabilidade civil e se cumpre os requisitos que justificarão a sua ressarcibilidade.

A perda de chance (ou de oportunidade) por ato médico apresenta-se como um tema de grande atualidade quando perspetivada como um dano, também ele a ser indemnizado à luz do instituto da responsabilidade civil, e que gera controvérsia no ordenamento jurídico constituído, porquanto poderá este não ter como acolher a figura, e por tal não ter como prover ao seu ressarcimento.

Palavras-chave:

Responsabilidade Civil; Perda de Chance; Ato Médico.

Abstract

With this study on the damage of loss of chance due to a medical act, we intend to contextualize it in the principles of civil responsibility and compensation, highlighting the protection of the injured patient in the face of the actions of the health professional in situations that, due to an unlawful and culpable act, and in view of the impossibility of establishing an existing causal link, it will be ascertained whether it will be (or not) to accept its recoverability.

To the controversy at the doctrinaire level that surrounds the theme, we must add the lack of legislative support, since legal systems may not be able to accept the figure and, therefore, may not be able to provide compensation for the loss of damage resulting from the loss of a chance.

At a jurisprudential level, the present study will allow us to conclude that the current tendency is to accept the compensation of the injured party for the loss of a chance within the scope of civil responsibility for medical acts.

At the end, we will reflect on whether the damage under analysis here fits into the principles that inform civil responsibility and if it meets the requirements that will justify its compensability.

The loss of a chance (or of an opportunity) due to a medical act presents itself as a very current theme when viewed as a damage, also to be compensated in light of the institute of civil responsibility, and which generates controversy in the constituted legal system, because it may not be able to accept the figure, and therefore not be able to provide for its compensation.

Key-words:

Civil Liability; Loss of Chance; Medical Act.

Índice

Agradecimentos.....	3
Resumo.....	5
Palavras-chave:.....	5
Abstract	6
Key-words:.....	6
Listagem de Siglas.....	9
1 Introdução	10
1.1 Apresentação e Oportunidade do Tema.....	11
1.2 Objetivos principais.....	13
1.3 Contributos inovadores	13
2. A responsabilidade civil.....	15
2.1 Os Pressupostos da responsabilidade civil	16
2.1.1 – O facto	16
2.1.2 – A ilicitude	17
2.1.3 – A culpa	17
2.1.4 – O dano	18
2.1.5 – O nexo de causalidade	19
3. A Chance	21
3.1 Classificação consoante o contexto em que se produzem	25
4. Enquadramento Histórico.....	30
5. A Teoria da Perda de Chance	48
5.1 Posição Adotada.....	51
6. Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Médico.....	55
6.1 O dano da perda de chance pela responsabilidade médica em Portugal.....	58
Na Doutrina	62
Na Jurisprudência	64
7. Erro médico/Negligência médica.....	70
8. A perda da chance de cura ou sobrevivência na responsabilidade médica	74
9. Iatrogenia e a perda da chance de cura.....	78
10. A perda de chance de autodeterminação do doente como uma manifestação do dano da perda de chance	80
11. Greves/Falta de profissionais no sector da saúde e as suas consequências.....	82
12. Dano indemnizável na perda de chance/Fixação do quantum indemnizatório na responsabilidade civil por perda de chance.....	85
Conclusões.....	91

Bibliografia.....	93
Jurisprudência.....	97
Jurisprudência Nacional:.....	97
Jurisprudência Estrangeira:.....	97

Listagem de Siglas

ESTG - Escola Superior de Tecnologia e Gestão;

Art. – artigo;

Arts. – artigos;

CC – Código Civil;

CHO - Centro Hospitalar do Oeste;

CRP – Constituição da República Portuguesa;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

SNS – Serviço Nacional de Saúde;

Ex – Exemplo

sgs – Seguintes

1 Introdução

O tema que nos propomos analisar é de grande interessante prático na medida em que é inovador quer a nível doutrinário que a nível jurisprudencial, ao reconhecer um novo dano - a perda de chance.

No contexto específico em que aqui nos propomos analisar, a perda de chance no âmbito da responsabilidade civil por ato médico, a figura tem vindo a crescer, e com uma utilização de ascendência em diversos países¹ como a França², Espanha³, Itália⁴, Inglaterra, Estados Unidos, Brasil⁵ e Austrália, entre outros, visando promover um alargamento daquele instituto em casos nos quais não é possível a demonstração do nexa causal entre o dano final e o facto que lhe deu origem, promovendo assim a justiça.

¹ SILVA Renata do Nascimento E - “Responsabilidade Civil pela perda de uma chance” - Tese de Mestrado De Outubro de 2016 da Universidade de direito em Lisboa, disponível em: <https://www.rcaap.pt>

² A título de exemplo, uma decisão do Cour de cassation Civile de 2/09/2018, aceitou o reconhecimento do direito de uma parturiente a receber uma indemnização por parte da entidade detentora da clínica em que ocorreu o parto e que, tendo perdido o correspondente “dossier médical”, lhe fez perder, culposamente a possibilidade de poder reclamar uma indemnização pelos danos corporais aos profissionais de saúde (obstetra e/ou parteira) decorrente das incontinências anais e urinárias de que passou a padecer. - "Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 26 septembre 2018, 17-20.143". - Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037473934/>.

³ Exemplificando com a sentença del Consejo de Estado de 31/05/2013, segundo a qual a, morte de paciente por atraso excessivo e injustificado no diagnóstico e procedimentos indicados para confirmar o quadro clínico. - "Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 31 de mayo de 2013, expediente 31724, C.P. Danilo Rojas Betancourth"- GUIZALA Yvonne Liliana Villarreal - PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA, EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DESDE 1999 A 2018 - Tese de Mestrado 2020 da Universidade Del Rosario, disponível em: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/31443/TESIS%20LILIANA%20VILLARREAL.%2012.07.2020%20yv.pdf;jsessionid=2AA78243C6C4E5E0325481BBEEF59EF2?sequence=1>

⁴ A propósito, a sentença de 27/03/2014 da Corte di Cassazione, refere que, "em matéria de dano à pessoa, decorrente de responsabilidade médica, a omissão do diagnóstico de um processo mórbido terminal integra a existência de dano indenizável à pessoa, quando tenha resultado na execução tardia de um procedimento cirúrgico, que normalmente deve ser realizado para evitar que o desfecho definitivo do processo mórbido ocorra prematuramente, antes de seu curso normal, e que, também, pelo atraso, foi perdida pelo paciente a chance de viver algumas semanas ou alguns meses a mais do que realmente viveu"- Corte di Cassazione - sez. III civ. - sent. 7195/2014: danno da perdita di "chance" di maggiore durata della vita in caso di malattia terminale. - 27 marzo 2014 - Disponível em: <https://www.biodiritto.org>

⁵ A título de exemplo, uma sentença do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, em 2011, previa que, a “Morte de uma paciente que padecia de cancro, por escolha de tratamento inadequado, e falta de informação á paciente dos cuidados e limitações a ter, devido ao seu quadro clínico. - Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Brasil 2011 - REsp. n.º 1.254.141/PR - Relatora: ANADRIGHI Ministra Nancy - Disponível em : <https://stj.jusbrasil.com.br>

A teoria da perda de chance pretende encontrar uma solução para aquele tipo de danos para os quais as teorias convencionais da responsabilidade civil se apresentam incapazes de justificar a obrigação de repará-los.

O convívio em sociedade revela-se cada vez mais complexo, com a multiplicação de riscos de danos, bem como com a complexificação dos processos causais, o que evidencia cada vez mais, casos desafiadores à responsabilidade civil.

A teoria da perda de chance vem ao encontro de uma necessidade no alargamento da atuação do instituto da responsabilidade civil, na medida em que a sua aplicação permite alargar o âmbito deste instituto, de forma a permitir o cumprimento de seu dever de reparar, de forma mais ampla possível, os danos e prejuízos advindos de relações jurídicas que à partida parecem indignas de tutela ressarcitória.

Veremos que a perda de chance corresponde a perda de possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, isto é, estando a vítima inserida num determinado processo aleatório, visando nele obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, se esse processo é interrompido por ato ilícito de um terceiro que lhe retira aquela chance ou oportunidade, a responsabilidade civil, pelos moldes tradicionais, não lhe permite a indemnização ante a incerteza do resultado final favorável, que não se consumou face interrupção do processo aleatório em que estava inserido.

É nesta esteira que surge a teoria da perda de chance e com ela uma notória evolução do instituto da responsabilidade civil sendo certo que com um visível adiantamento face à doutrina, a jurisprudência portuguesa e estrangeira tem vindo cada vez mais a produzir decisões em que aquela tem sido utilizada⁶.

1.1 Apresentação e Oportunidade do Tema

Atualmente, o profissional de saúde depara-se com um crescente número de problemas quando causa danos a outrem no exercício da sua profissão.

⁶ "Por seu turno, a jurisprudência, conquanto com alguma flutuação, denota tendência marcada em favor da ressarcibilidade da perda de chance, em determinadas circunstâncias..." - Acórdão Relação de Lisboa de 16/06/2020 – Proc. nº 8711/19.0T8LSB.L1 – Relator: Isabel Salgado.

Cada vez mais se assiste à divulgação de notícias de vítimas de potenciais erros médicos, alguns deles de consequências irreversíveis quando irremediavelmente se tornam fatais.

Em face dessas ocorrências, é essencial analisar a natureza jurídica, bem como os limites da responsabilidade civil do médico.

De salientar que a atividade do profissional de saúde tem ganho diversos contornos.

Assim, em caso de erro, a sua responsabilidade pode ser considerada de natureza pessoal, quando presta serviços na qualidade de profissional liberal, porém, passará a ter natureza solidária, quando exerce atividade empresarial ou em estabelecimentos hospitalares públicos.

É inegável que o exercício da medicina tem uma forte dimensão social, seja em razão da relevância da profissão, considerando-se os interesses envolvidos, seja como resultado da natureza dos danos que podem ser causados, tendo em vista os riscos inerentes à profissão.

Em razão da complexidade das relações contratuais que envolvem os profissionais de saúde, é importante fazer considerações sobre alguns aspectos dessa atividade.

Há que ter em conta, que a responsabilidade civil do médico é multifacetada, abrangendo uma gama de relações jurídicas, pelo que a atuação deste profissional não se esgota no mero atendimento ao paciente, nem tampouco na realização de determinados procedimentos. Na atualidade, há uma teia de negócios jurídicos atrelados à atividade do médico.

Inicialmente, é preciso qualificar o erro como sendo de diagnóstico. De seguida há que atender à verificação do nexos causal. É no âmbito dessa discussão que é de realçar a importância da teoria da perda de chance.

Esta, como já se antecipou, tem vindo a ser cada vez mais considerada pela doutrina e aplicada na jurisprudência, no entanto ainda de forma tímida, talvez devido á falta de suporte legal.

1.2 Objetivos principais

Para uma análise concreta do tema será importante fazer uma referência à evolução da figura de perda de chance.

De igual modo relevante será fazer um enquadramento do dano da perda de chance no contexto do nexo de causalidade⁷, na medida em que é este o pressuposto da responsabilidade civil mais problemático e mais difícil de ser comprovado⁸, sem perder de vista que a teoria da perda de chance considera esta perda como um dano em si, independentemente de haver parte da doutrina que sustenta que nos casos de perda da chance, mais precisamente no contexto ligado à área médica, o processo aleatório não foi interrompido e, portanto, a questão passaria a ser de causalidade.

Contudo, considerada num processo aleatório que não foi interrompido ou ao contrário tenha ocorrido a meio dum processo do qual se desconheça o seu desfecho, o resultado há-de verificar-se do mesmo modo, num e noutra estaremos perante uma chance que se perdeu e por isso digna de tutela ressarcitória.

Considerada assim, a existência da perda de uma chance, haverá pois que abordar a questão do ressarcimento do lesado, analisando se o dano decorrente daquela perda há-de ser indemnizável, e em que medida o será, procedendo-se, pois, à fixação do respetivo quantum indemnizatório.

1.3 Contributos inovadores

Um dos principais aspetos inovadores será, a aplicação da teoria da perda de chance à responsabilidade civil por ato médico, no sentido de considerar que um certo comportamento, comissivo ou omissivo do profissional de saúde pode em determinadas circunstâncias, de tempo e lugar, ser suscetível

⁷ FERREIRA Rui Cardona - A perda de chance revistada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)- disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>

⁸ Como por exemplo o erro de diagnóstico do profissional médico.

de provocar ao paciente uma perda de um resultado favorável ou a evitação de um prejuízo e em que termos aquele comportamento, por ser considerado danoso, permitindo ao lesado aspirar a uma demanda ressarcitória perante aquele profissional.

2. A responsabilidade civil

A responsabilidade civil pode apresentar-se sob diferentes espécies, conforme a perspectiva que se analisa.

Ela pode ser classificada em responsabilidade contratual ou responsabilidade extracontratual, quanto ao facto gerador. Pode ainda classificar-se subjetiva ou objetiva quanto aos seus fundamentos e direta ou indireta quanto ao agente.

No que diz respeito à responsabilidade contratual⁹, esta encontra-se prevista nos art 798º e sgs. do C.C, respeita a um negócio jurídico bilateral ou unilateral, como resultado da falta de cumprimento do contrato ou mora no cumprimento de qualquer obrigação, ou seja, tem como pressuposto uma infração a um dever especial estabelecido pela vontade dos contratantes sendo por isso decorrente de uma relação obrigacional preexistente e pressuposto da capacidade para contratar.

A responsabilidade contratual é, pois, o resultado da violação de uma obrigação anterior, logo, para que exista é imprescindível a preexistência de uma obrigação. Nesta responsabilidade não é necessário o contratante provar a culpa da parte faltosa, para obter reparação das perdas e danos, bastando-lhe apenas provar o incumprimento.

Ao devedor pertence o ónus da prova da inexistência de culpa e o respetivo dever de indemnizar, nos termos do art. 799 CC.

No que diz respeito à responsabilidade extracontratual¹⁰, ou aquiliana, prevista nos arts. 483º e sgs deriva da prática de um ato ilícito, violação de um dever fundado em algum princípio geral de direito, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não se encontrarem ligadas por uma relação obrigacional. A fonte desta inobservância é a lei.

⁹ AIM Advogados. Disponível em: <https://aimadvogados.com/conheca-as-diferencas-da-responsabilidade-civil-contratual-e-extracontratual/>.

¹⁰ idem ibidem

É a lesão a um direito sem que entre o ofensor e o ofendido exista qualquer relação jurídica. Neste tipo de responsabilidade, ao contrário da contratual, caberá ao lesado provar a culpa do agente (art 487º do C.C).

No entanto, para que alguém tenha o dever de indemnizar outro, existem alguns pressupostos que têm que estar presentes, como sejam, o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade (especificados mais á frente).

A responsabilidade extracontratual baseia-se na culpa, ou seja, como já referimos, caberá ao lesado provar a culpa para conseguir obter a reparação. Mas poderá abranger ainda a responsabilidade sem culpa, baseada no risco. Duas são as modalidades de responsabilidade civil extracontratual quanto ao fundamento: a subjetiva, se fundada na culpa, e a objetiva, se ligada ao risco.

Em relação ao agente será então direta ou simples, se provém de ato da própria pessoa imputada, então deverá responder por ato próprio, e indireta ou complexa, se resultar de ato de terceiro.

2.1 Os Pressupostos da responsabilidade civil

Debrucemo-nos agora sobre os pressupostos da responsabilidade civil: facto, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade.

2.1.1 – O facto

No que toca ao “facto”, só há responsabilidade se a pessoa que queremos responsabilizar tiver adotado um determinado comportamento que há de corresponder a um facto voluntário ¹¹ . Se não estivermos perante uma conduta/comportamento voluntário não se configura a responsabilização dessa pessoa.

Para que o facto seja voluntário, exige-se que o comportamento seja uma decisão no sentido de o agente se comportar de determinada forma. Assim, considera-

¹¹ NEVES, Professor Vítor. Responsabilidade Civil. Universidade Nova de Lisboa - Faculdade de Direito. Ano letivo 2016/2017. <http://ae.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/10/Responsabilidade-Civil-Anonimo.pdf>

se voluntário o facto que objetivamente apreciado deva assumir como correspondente à exteriorização de um determinado comportamento. Se na apreciação do comportamento de alguém não identificar este elemento de decisão de um comportamento, não há responsabilidade.

Uma pessoa que cause danos a outrem, sujeito a coação física não é responsável porque não realizou um ato voluntário. Pelo contrário, uma pessoa que pratica danos a outrem com coação moral já pratica um ato voluntário, podendo ser responsabilizado se se verificar os demais requisitos da responsabilidade civil.

2.1.2 – A ilicitude

Quanto à “ilicitude”, atendamos à previsão do art 483º, nº1¹², onde podemos retirar a “violação de direito alheio ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios” (tipo objetivo da ilicitude), praticada com “com dolo ou mera culpa” (tipo subjetivo da ilicitude) e “ilicitamente”.

No entanto de acordo com a generalidade da nossa doutrina advém da violação de direitos subjetivos e de normas de proteção ou simplesmente, da inobservância do direito (delimitação positiva) e requer que não existam causas de justificação (delimitação negativa), ou seja, que essa inobservância não seja legitimada por ação direta, legítima¹³.

2.1.3 – A culpa

Para que se possa fazer um juízo de culpa¹⁴, é necessário passar por diversos patamares, o que torna o juízo de culpa complexo; a “culpa” assume, pois, vários sentidos, utilizados pelo Código Civil, sendo de considerar aqui o sentido dogmaticamente mais apurado que é o do pressuposto da responsabilidade extracontratual, como dolo ou negligência, contraposto à ilicitude.

A culpa é entendida com uma realidade normativa, ou seja, nesta perspetiva, a culpa em sentido amplo abrange o dolo em qualquer das suas modalidades

¹² idem ibidem

¹³ SAMÕES, Fernando Augusto, Dissertação de Mestrado, Indemnização Por Perda De Chance. Universidade Portucalense 2015.

¹⁴ idem ibidem

– direto, necessário ou eventual – e a negligência, quer a consciente, quer a inconsciente.

A distinção entre o dolo e a negligência tem pouca relevância, para efeitos de imputação delitual, já que o n.º 1 do art.º 483.º do CC estabelece a imputação de forma indiferenciada, por dolo ou mera culpa. Mas já pode relevar na determinação do montante da indemnização, atento o disposto no art.º 494.º do CC que permite ao juiz, em caso de negligência, fixar, equitativamente, uma indemnização inferior à que corresponderia aos danos causados, “desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

2.1.4 – O dano

A existência de dano¹⁵ significa a supressão ou limitação de uma posição de vantagem protegida pelo direito. Esta supressão torna-se importante quando tem consequências práticas negativas para o titular da situação jurídica ativa. Essas consequências práticas negativas são os danos.

Não basta que violemos o direito alheio ou uma norma legal destinada a proteger bens alheios, essa violação tem de ter consequências práticas negativas para o titular da situação ativa que tenhamos violado.

Temos então dois tipos de danos para os quais temos de olhar de formas diferentes.

Danos emergentes em que temos uma consequência negativa que se traduz numa perda de algo que a pessoa tinha. O lesado tinha uma determinada posição e em virtude de um resultado ilícito, culposo, ele perdeu essa posição.

Lucros cessantes pelos quais se avaliam as consequências negativas, isto é, traduzem-se no não acesso pelo lesado a algo que de outra forma deveria aceder, ou seja, não é aquilo que ele perde, mas sim aquilo que deixa de ganhar. Aqui mede-se a posição do lesado. Para achar este dano temos de comparar a situação em que uma pessoa está e a situação em que estaria se não tivesse sido o facto ilícito e culposo que

¹⁵ NEVES, Professor Vítor. Responsabilidade Civil. Universidade Nova de Lisboa - Faculdade de Direito. Ano letivo 2016/2017. <http://ae.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2019/10/Responsabilidade-Civil-Anonimo.pdf>

foi praticado, ou seja, comparamos a situação real com a situação hipotética. A situação real é a situação em que ele se encontra, já a hipotética é aquela em que a mesma pessoa se encontraria se o facto ilícito culposo não se tivesse verificado.

No que toca ao dano é importante verificar pelo menos cinco condicionantes, primeiro ver a situação real do lesado, segundo ver a situação hipotética em que se encontraria se não fosse o facto ilícito culposo, terceiro comparar as duas situações, quarto identificar o conjunto máximo de consequências negativas que, em abstrato, poderão vir a ser ressarcidas e quinto identificar dentro do conjunto máximo quais os danos que são suscetíveis de ressarcimento.

Para distinguir os danos ressarcíveis dos danos não ressarcíveis existem vários critérios, o primeiro é um critério puramente normativo. De acordo com este critério, só são ressarcíveis os danos que se compreendam que sejam consequências negativas verificadas no âmbito da esfera de proteção da situação jurídica ativa que tenha sido violada. Só são ressarcíveis os danos que se inscrevem nessa esfera de proteção. Identificamos a esfera de proteção e verificamos quais ocorreram aí dentro. As que se tiverem verificado fora serão não ressarcíveis.

2.1.5 – O nexo de causalidade

E por fim temos o nexo de causalidade¹⁶, para um melhor entendimento devemos ir, em especial, aos artigos 562º e 563º do CC. O primeiro preceito normativo apresenta-nos um conceito geral de dano ao referir: "Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação". No entanto, da análise do art. 563º do CC ressalta que este limita o art. 562º, ao informar que a obrigação de indemnizar só existe em determinados casos, *in casu*, dispõe que "a obrigação de indemnização só existem em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão" o que significa que a norma não se basta com um conceito natural de causalidade. Para que os danos sejam efetivamente indemnizáveis é necessário mais do que a causalidade naturalística, é necessária, sim, uma causalidade normativa ou jurídica. Não basta, pois, que o dano seja consequência do facto, mas sim que o dano seja consequência provável do facto. O

¹⁶ idem ibidem

artigo 563º CC exclui dos danos ressarcíveis aqueles que o lesado, segundo um juízo de probabilidade, não teria sofrido se não fosse o facto, consagrando desta forma a chamada teoria causalidade adequada.

Ocorre um facto ilícito do qual surgem consequências. Algumas são naturais no sentido que seria normal que viessem a acontecer no decurso normal das coisas. Por exemplo, dando um tiro a alguém tenho de admitir que a pessoa morra. Agora imagine-se que uma pessoa inflige a outra um ferimento ligeiro. No estado de saúde dessa pessoa, essa ferida ligeira torna-se grave e leva a pessoa a morrer, ou seja, a morte não é perspectivada segundo regras de experiência comum quanto ao facto (a agressão ligeira).

Deve ser feito um juízo de prognose: colocamos uma pessoa normal dotada dos conhecimentos que a generalidade das pessoas tem enriquecida com os conhecimentos que o agente tenha na posição em que estava quando praticou o facto ilícito. O que vamos fazer é perguntar a essa pessoa normal se, naquelas circunstâncias, devia ou não ter antevisto a concretização do resultado.

Fazemos isso em relação a todos os danos. Os danos em relação aos quais demos uma resposta positiva, são indemnizáveis, os danos em relação aos quais demos uma resposta negativa não serão ressarcíveis.

3. A Chance

O instituto da responsabilidade tem evoluído de forma rápida, sobretudo em relação à culpa. Deixou-se de exigir a prova da culpa em praticamente todas as situações, com a consequente verificação dos seus requisitos (ação ou omissão do agente, dano e nexos causal). Em consequência, passou-se a adotar a responsabilidade objetiva, que independe da constatação da culpa, exige-se apenas a prova do dano e do nexos causal.

Para iniciar o estudo do instituto da perda de chance, é necessário fazer uma breve análise do conceito de chance.

De acordo com o dicionário de língua portuguesa da Porto Editora, chance significa “oportunidade, sorte, felicidade”.

Destas definições, é possível verificar, em primeiro lugar, que o vocábulo chance compreende duas distintas realidades, sendo que em primeiro lugar, trata-se da possibilidade e a concretização dessa possibilidade, e em segundo lugar, ~~que~~ está implícita uma ideia de imprevisibilidade, de incerteza. É importante salientar que, apesar de constantemente se relacionar a chance a um desenrolar favorável dos fatos, a mesma possui caráter de neutralidade, sendo esta uma das suas características fundamentais como bem jurídico passível de reparação¹⁷.

Para NILS JANSEN a chance representa a possibilidade de se ganhar um determinado benefício ou de se evitar um dano ou uma lesão. Constitui, portanto, um bem que pode ser confrontado ao risco, na medida em que a chance de evitar uma lesão reflete o risco da mesma se concretizar, enquanto a chance de ganhar um benefício reflete o risco de não obtê-lo, representando uma expectativa necessariamente hipotética¹⁸.

¹⁷ PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

¹⁸ JANSEN, Nils. The Idea of a Lost Chance, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 19, 1999, p. 279: “Put simply, a chance is the possibility of gaining a certain benefit or avoiding a possible harm or injury. It constitutes a good and can be understood as the opposite to the concept of a risk, which constitutes na evil. A chance to avoid an injury mirrors the risk that this injury might materialize, and the chance to gain a benefit is mirrored by the risk of not obtaining it”

Segundo RAFAEL PETEFFI DA SILVA, a chance constitui uma expectativa obrigatoriamente hipotética que pode ser materializada no ganho final de um processo aleatório. Se a vítima experimenta a perda de uma probabilidade de obter êxito neste processo, devido do ato culposo de terceiro, que o paralisa, pode calcular-se um valor estatístico para esta probabilidade, de maneira que lhe possa ser conferido um caráter de certeza¹⁹.

Melhor dizendo, a chance caracteriza-se por um conjunto de determinadas particularidades - é neutra e aleatória, autónoma e atual.

Assim, a chance reveste-se de um carácter neutro e aleatório, na medida em que existe enquanto algo que se não materializou, mantendo-se, por isso, num plano de incerteza, sendo impossível prever até se concretizar.

“A chance representa não uma vantagem possível, mas uma possibilidade de vantagem”²⁰, ou seja, a chance é autónoma em relação ao processo causal em si, apesar de nele se integrar e não ter valor intrínseco senão em referência a ele²¹.

Podemos desta forma entender que a perda de chance consiste, na eliminação da possibilidade de se obter um resultado favorável devido a uma conduta ilícita praticada por terceiro, que interrompe um processo aleatório em curso.

Importante ainda destacar que sendo reversível a situação, no sentido de ainda ser possível o alcance do resultado final, não se poderá verificar a ocorrência deste dano.

¹⁹ SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. “Esse tipo de chance perdida possui um valor próprio. Assim, um bilhete de loteria representa nada mais do que a chance de ganhar determinado prêmio, e não se questiona que ele tenha determinado preço. É verdade que nem sempre é tão fácil de se determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para se negar a indenização de um dano existente”.

²⁰ PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

²¹ No mesmo sentido, Maria Malta Fernandes refere que a chance encerra duas realidades distintas: a possibilidade e a concretização dessa possibilidade, sendo uma prévia à outra e integrando-se a primeira no processo conducente à última, estando-lhe subjacente uma ideia de acaso, de imprevisibilidade e de incerteza”. FERNANDES, Maria Malta, A perda de chance no direito português, Nova Causa, edições jurídicas, março 2022, p. 131.

Ressalta-se que a chance frustrada não corresponde ao benefício esperado, mas à probabilidade que esse resultado tinha de ser alcançado, caso o processo não fosse interrompido.

Neste sentido, pertinente será a definição dada por GRÁCIA CRISTINA MOREIRA DO ROSÁRIO²²:

“A perda uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável”.

A este respeito será de igual modo importante referir, para que a chance seja merecedora de tutela jurídica e para que a sua perda seja ressarcível, deve lograr-se provado que a mesma era séria e real (*chance réel et sérieux*).

A chance será séria, quanto maior a probabilidade de alcançar um determinado resultado desejável, coloca-se neste ponto, o problema de saber como determinar a partir de que patamar se deve considerar que a chance é suficientemente séria para merecer tutela jurídica.

Nos ordenamentos jurídicos da *Common Law*, para se concederem indemnizações por perda de chance, deve ficar provado que havia uma probabilidade não inferior a 50% de evitar um resultado desfavorável, embora sejam apontados alguns casos em que se tenha atribuído indemnizações por perda de chances cuja probabilidade de se virem a concretizar era menor que 50%²³.

Também nos ordenamentos jurídicos romano-germânica existem autores a sustentar a ideia de que o patamar mínimo para considerar uma chance é de pelo

²² ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²³ FISCHER, DAVID A, “Tort Recovery for Loss of a Chance”, Wake Forest Law Review, 2001. Consultado através do University of Missouri School of Law Scholarship Repository. Disponível em <http://scholarship.law.missouri.edu/facpubs.op>

menos 50% de probabilidade de esta se vir a concretizar²⁴ embora exista quem defenda que a determinação de um limite abaixo do qual se negue a ressarcibilidade é de todo aleatório²⁵.

O requisito de realidade da chance estará ligado à existência da possibilidade de ocorrer um determinado resultado além das esperanças/expectativas meramente pessoais, ou seja, será real aquela chance que não exista apenas subjetivamente, que não viva só dentro de expectativas do autor.

Com isto pode concluir-se que será real qualquer chance que seja fundamentada por uma demonstração probabilística da sua concretização.

Quanto à sua seriedade, esta deve ser avaliada na medida das probabilidades da sua concretização, ou seja, se o lesado provar, através de uma demonstração probabilística, que o resultado desejado (ou indesejado) tinha probabilidade de vir a realizar-se (ou a evitar-se) e que essa probabilidade foi destruída pelo facto ilícito e culposo do terceiro, então deve ser indemnizado na medida da seriedade da chance perdida.

Ou seja, embora a seriedade seja determinante para ajuizar a existência ou não da chance, as duas não se devem confundir.

Podemos afirmar que uma chance real terá sempre algum nível de seriedade – uma vez que resultará provado que, segundo um juízo probabilístico objetivo, esta tinha concretas hipóteses de vir a concretizar-se e, por isso, essa qualidade será objetivamente observável.

Em forma de conclusão, a chance pode ser séria, sem ser real (se for um mero sonho, uma mera expectativa), mas existirá fora do plano jurídico. Já se a chance for séria e essa seriedade for comprovada através de um juízo probabilístico objetivo, então será sempre real, independentemente do nível de seriedade, tendo como

²⁴ BOCCHIOLA, MAURIZIO, 'Perdita di una "chance" e certezza del danno', em Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 30, 1976.

²⁵ DIAS, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO. Dano Corporal: Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios. Coimbra: Almedina, 2001.

consequência a sua relevância jurídica e também a ressarcibilidade da sua perda, independentemente do seu nível de seriedade²⁶.

3.1 Classificação consoante o contexto em que se produzem

São vários os contextos em que a teoria da perda de chance pode ser aplicada como meio de resolução de um litígio.

Podemos começar por apresentar os casos associados aos jogos de sorte, em que é muito difícil ou impossível prever o resultado. Um bom exemplo deste tipo de jogos são as rifas. Imaginemos um caso em que o organizador deste jogo se esquece de juntar o bilhete de um dos participantes ao conjunto de onde será retirado o bilhete vencedor. Com este comportamento, o organizador impediu o comprador da rifa de obter o prémio. Nestes casos, a indemnização que deverá ser atribuída ao lesado será determinada através de um cálculo matemático entre a probabilidade de ganhar e o prémio fixado pelo organizador, visto que não é possível determinar que o lesado ganharia o prémio. Utilizando números redondos para que melhor se entenda o cálculo a aplicar neste tipo de situações, se o prémio for de 10.000 euros e tivermos 100 participantes, então a indemnização a atribuir ao lesado será um por cento do prémio, ou seja, 100 euros.

O próximo tipo de casos que devemos abordar são os casos em que o lesado perde a oportunidade de ganhar uma determinada competição ou evento desportivo. Estas competições podem também ser marcadas por eventos aleatórios e imprevisíveis. Um bom exemplo destes casos ocorreu nos jogos olímpicos de Atenas em 2004. O atleta que liderava a prova da maratona foi abalroado por um espectador que havia invadido a pista. O público conseguiu fazer com que o maratonista regressasse a

²⁶ Ex: se um doente não recebe atempadamente tratamento para combater uma infeção que em 75% dos casos é curada quando tratada numa determinada baliza temporal que se deixou passar e em virtude dessa infeção vem a falecer, podemos concluir que a sua chance além de real (reconhecível objetivamente), também era séria. Mas imagine-se outro caso em que o tratamento atempado só se traduzia numa chance de sobreviver à infeção de 2% - também aqui a chance é real, uma vez que é fundada num juízo que permite que seja objetivamente observável - e também ela deve ser considerada séria; apenas o seu nível de seriedade é menor, e essa diferença deverá refletir-se na determinação do quantum indemnizatório - que será necessariamente menor.

prova, mas o atleta perdeu ritmo e tempo, acabando por ficar na terceira posição. Não é, naturalmente, possível saber com certezas absolutas que o atleta se teria sagrado campeão olímpico. Contudo, podemos dizer que a conduta culposa do lesante fez com que o maratonista perdesse a oportunidade de ganhar a prova.

Neste âmbito podem ainda incluir os concursos de beleza, como o caso da cidadã inglesa que era finalista de um concurso de beleza e, por isso, tinha a possibilidade de sair vencedora do referido concurso. Contudo, nunca lhe foi comunicada qualquer data para esta se apresentar perante um júri, ou seja, esta perdeu a oportunidade de vencer o concurso e de alcançar um dos prémios²⁷, ou o caso de uma concorrente a Miss Suíça que se viu impedida de participar no concurso devido a um acidente de viação.

Em terceiro lugar, temos os casos relacionados com a perda de oportunidade de obter decisões favoráveis em decisões judiciais e em procedimentos administrativos. Vejamos o caso em que o advogado que se esquece de contestar uma decisão judicial desfavorável ao seu cliente²⁸. Não é possível determinar se este recurso traria uma vitória judicial ao lesado. Contudo, a possibilidade de a decisão ser novamente apreciada desapareceu com a conduta do advogado. É o campo onde mais se aplica a teoria da perda de chance, visto que o juiz possui conhecimentos técnicos específicos para avaliar a conduta do advogado. Assim, e por se encontrar em condições ideais para tal, o juiz pode avaliar com rigor as possibilidades de procedência da decisão frustrada.

²⁷ A autora venceu a ação com fundamento no incumprimento contratual, argumentando que este lhe provocou a perda de chance de ganhar um dos prémios.

²⁸ O caso *Kitchen vs Royal Air Force Association*, na Corte de Apelação Inglesa constitui um bom exemplo destas situações em que o cliente interpõe uma ação contra o advogado pela perda de um direito.

O marido da autora morreu eletrocutado devido a uma descarga elétrica que, alegadamente, terá ocorrido devido a uma conduta negligente por parte da companhia que fornece a energia elétrica. Contudo, e apesar da insistência da autora, o seu advogado nada fez para tentar responsabilizar a empresa em causa, o que a impediu de levar o seu caso a tribunal e de, provavelmente, obter uma indemnização.

A Corte de Apelação decidiu indemnizar a viúva pela chance perdida e não pela totalidade do montante que pretendia haver do seu advogado já que não existia qualquer certeza da sua vitória numa batalha judicial contra a empresa de energia.

Compete-nos agora analisar o tema principal em estudo, os casos de perda de oportunidade de cura ou de sobrevivência, estes são especialmente problemáticos e complexos. Sabemos que a atividade médica é, na grande maioria dos casos, uma obrigação de meios. Assim, e como a atividade médica se encontra envolvida por um caráter de incerteza, nem sempre é fácil perceber se a conduta do profissional de saúde poderá ter reduzido ou eliminado as hipóteses que o doente tinha de se curar ou de sobreviver²⁹. O que importa aqui perceber é se o médico efetivamente facultou ao seu paciente todas as oportunidades que a medicina tem ao seu dispor para resolver o seu problema de saúde.

Um caso de negligência médica bastante mediático que, a nosso ver, deixa poucas dúvidas acerca da oportunidade perdida de sobreviver é o de uma jovem portuguesa que acabou por falecer devido a um tumor cerebral. A jovem em causa terá ido ao hospital onze vezes, e dezoito vezes ao centro de saúde da sua área de saúde, ao longo de 3 anos. Sempre que os médicos e profissionais de saúde recebiam a jovem de 19 anos diziam-lhe que esta sofria de stress e ansiedade. Medicaram-na com calmantes e antidepressivos e, de seguida, mandaram-na para casa repousar. Sintomas como fortes dores de cabeça, vômitos, desmaios e tonturas foram sempre menosprezados visto que a jovem nunca chegou a realizar tomografia axial computadorizada, comumente conhecida por TAC. Realizada a autópsia, veio a verificar-se que a jovem possuía um tumor com quase 1,7kg alojado no cérebro. Não podemos assegurar, até pela gravidade da doença em causa, que a paciente teria sobrevivido caso o seu diagnóstico tivesse sido feito atempadamente e de forma correta. Contudo, podemos afirmar, com certeza, que a jovem perdeu a sua oportunidade de se curar e sobreviver a este tumor.

Não é possível conhecer, com rigor e exatidão quais seriam as probabilidades que a doente teria de sobreviver caso os médicos tivessem realizado uma tomografia axial computadorizada no dia em que esta deu entrada no hospital pela primeira vez. Existem inúmeras variáveis que têm de ser tidas em conta como sejam, o tipo de tumor,

²⁹ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

o seu posicionamento, etc... para averiguar a possibilidade de ser removido através de uma cirurgia, a resistência da jovem a tratamentos agressivos, entre muitos outros.

Outro caso mediático e muito conhecido em Portugal é o do recém-nascido Rodrigo, conhecido como “o bebé sem rosto”, cuja mãe era seguida por um profissional obstetra que nas ecografias realizadas, não detetou qualquer tipo de malformações no feto, perdendo assim a chance de realizar um aborto caso o desejasse. Daí ser considerado este tema de difícil análise, pois muitas vezes é quase impossível proceder ao cálculo do dano da perda de chance de cura ou de sobrevivência.

Finalmente, temos ainda os casos de oportunidade comercial, os quais são igualmente propícios à aplicação da perda de chance.

Por norma, estes casos estão relacionados com a responsabilidade pré-contratual³⁰. Uma das partes cria a expectativa de que irá celebrar o contrato devido ao comportamento demonstrado pela outra. Esta mesma expectativa faz com que deixe de procurar outras alternativas e oportunidades de negócio, descartando a proposta de um terceiro. Assim, o incumprimento da contraparte impede-nos de saber ~~em~~ qual era a vontade da parte defraudada e se esta teria efetivamente aceitado a proposta do terceiro para celebrar o contrato. Mesmo que se saiba que a parte defraudada teria celebrado o contrato com o terceiro, nunca poderemos ao certo saber qual o conteúdo deste hipotético contrato. Também não podemos ignorar a possibilidade de as partes não cumprirem este mesmo contrato. Posto isto, não podemos dizer que as negociações frustradas tenham privado o lesado dos benefícios que outro contrato lhe teria trazido. Podemos concluir, portanto, que o lesado apenas perde a oportunidade de celebrar o contrato.

Certo é que ainda que não se possa garantir que as negociais pré-contratuais frustradas tenham impedido o contraente enganado da vantagem que lhe

³⁰ Na Austrália, o leading case da responsabilidade civil pela perda de chance é precisamente o *Sellars v. Adelaide Petroleum NL*. Este é um caso de responsabilidade pré-contratual. À autora foi feita uma oferta bastante vantajosa em troca de uma boa parte das suas ações. Contudo, o réu acabou por desistir sem apresentar qualquer justificação para tal comportamento. Esta conduta provocou que os outros potenciais compradores baixassem o valor das suas propostas, forçando a autora a celebrar um negócio muito menos favorável ao inicialmente previsto. A desistência do réu foi considerada pelo tribunal australiano uma conduta culposa e, por isso, decidiu que este era responsável por acabar com chances de autora celebrar um negócio mais vantajoso.

traria a conclusão de um outro contrato, certo é que lhe impossibilitaram uma possibilidade real de a obter e nisto reside o dano da perda de chance³¹.

³¹ Cfr. FERNANDES, Maria Malta, A perda de chance no direito português, op, cit., p. 170.

4. Enquadramento Histórico

Como já introduzido anteriormente, a teoria da responsabilidade civil pela perda de chance, revela-se uma solução para repara situações em que um ato ofensivo ou não a de uma pessoa lhe retira a oportunidade de obter um certo benefício, desde que se prove, que realmente existiu conduta ilícita ou culposa do terceiro que provocou o dano.

Dentro da família dos ordenamentos jurídicos europeus destacam-se o Direito Alemão, o Direito Francês e o Direito Italiano como sendo os que tradicionalmente, maior influência exerceram sobre o Direito português.

Tal constatação revela-se importante porque a teoria da perda de chance teve origem na jurisprudência francesa, desenvolvendo-se, de seguida, na Inglaterra e na Itália.

Remonta ao século XIX, mais precisamente ao ano 1889³² o primeiro caso ocorrido na jurisprudência francesa, em que a *Cour de Cassation* conferiu indemnização ao autor de uma ação face à atuação culposa de um “officier ministériel” que tinha impossibilitado o recurso de uma decisão judicial.

A teoria da perda de chance (*perte d'une chance*) viu os horizontes da sua aplicação serem alargados a uma multiplicidade de casos³³, além dos casos de responsabilidade de representantes da justiça (que por alguma razão originam a perda

³² FERREIRA, Rui Cardona, “A Perda de Chance - Análise Comparativa e Perspetivas de Ordenação Sistemática” Revista O Direito, 144 (2012). Parece haver consenso entre a maioria dos autores em relação à data assinalada. Porém, FRANÇOIS CHABAS, faz notar que a citada sentença da Cour de Cassation não deve ser considerada a primeira aplicação da teoria da perda de chance, uma vez que se limita a expor e valorar a responsabilidade do oficial de justiça e não leva em conta se o autor da ação tinha ou não uma chance de vencer a ação precludida pelo comportamento do oficial, utilizando a chance (a probabilidade), como instrumento para calcular o quantum indemnizatório - ‘La Perdita di Chance Nel Diritto Francese Della Responsabilità Civile’, em Responsabilità Civile e Previdenza, Revista Bimestrale di Dottrina Giurisprudenza e Legislazione, 1996. O autor defende que a pronúncia da Cour de Cassation a ter em conta é aquela adotada a 26 de maio de 1932. Tomaremos, todavia, como ponto de partida, a data indicada no texto, por ser aquela que reúne maior consenso e por, efetivamente, se tratar de um ponto de partida para toda a teoria da perda de chance.

³³ VINEY, Genevieve E Jourdain, Patrice, *Traité de Droit Civil: Les Conditions de La Responsabilité*. 3ª edição. L.G.D.J., 2006, - os autores referem a aplicação a casos de negligência ou erro de conselhos jurídicos ou fiscais, de notário ou de oficial de justiça (huissier). Referem ainda casos de perda de chance de prosseguir uma atividade científica ou prolongar uma atividade existente (étendre l'exploitation existante).

de chance do autor de uma ação vir a ter êxito na sua demanda, por exemplo), dos casos de competições (a título de exemplo, o caso de um treinador de cavalos que foi privado de apresentar o seu cavalo numa corrida, em virtude de uma lesão que sofreu, e por isso perdeu a chance de a vencer³⁴) ou dos casos de concursos (como o caso de uma candidata a hospedeira de voo que depois de ferida por um automobilista culpado do acidente de viação, perde as hipóteses que tinha de vencer o concurso³⁵). A perda de chance foi também aplicada em casos de responsabilidade civil da Administração Pública, apontando-se como marco do início dessa aplicação um aresto do Conseil D'État, de 3 de agosto de 1928, onde foi reconhecido o direito a indemnização a um funcionário por perda de chance de progressão na carreira³⁶.

O acolhimento da figura pela jurisprudência francesa foi-se multiplicando, sendo amplamente reconhecida atualmente.

A aceitação da teoria da perda de chance é unânime na doutrina francesa. Segundo refere RUTE TEIXEIRA PEDRO³⁷ a discussão hoje passa pela determinação das condições de ressarcibilidade da perda de chance e dos critérios de apuramento do montante indemnizatório. Tal unanimidade não se estende, porém, à aplicação no âmbito da responsabilidade do médico, enquanto perda de chance de cura ou de sobrevivência.

Ainda no que diz respeito ao sistema francês, e mais concretamente à perda de chance na responsabilidade médica, salienta LARA KHOURY³⁸ que em vários casos, a questão da perda de chance foi abordada com base no argumento de que tal perda é, no essencial, um tipo de dano autónomo.

Visto que os tribunais civis hesitam, como regra, em conceder indemnização de danos hipotéticos e futuros, passaram a exigir que a chance seja real e

³⁴ Chambre criminelle da Cour de Cassation, 6 de junho de 1990, processo n.º 89-83703, consultado em <https://www.legifrance.gouv.fr>. Foi efetuado pedido de indemnização cível em ação penal.

³⁵ Chambre civile 2 da Cour de Cassation, 17 de fevereiro de 1961, sem número de processo, consultado em <https://www.legifrance.gouv.fr>.

³⁶ FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)* Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

³⁷ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

³⁸ KHOURY, Lara, *uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.

séria. Para além, disso o grau de probabilidade com que a chance se concretizaria deve ser tomado em consideração na avaliação do dano.

Desde 1965, e apesar de algumas críticas expressas pela doutrina, em muitos casos os tribunais franceses ordenam a compensação de oportunidades perdidas em situações envolvendo responsabilidade médica. Em algumas decisões a doutrina da perda de chance foi aplicada mesmo com o reconhecimento expresso da incerteza que rodeava a existência de um nexo causal entre o facto ilícito e o dano. Neste caso, a reparação é justificada, expressa ou implicitamente, com o facto de a perda de chance ser independente do dano final e estar em relação direta com o facto ilícito.

A decisão de *Cour de Cassation* de 17 de Novembro de 1982 será simbólica nesta perspetiva: o médico havia injetado ar no nariz do paciente enquanto procedia a uma cirurgia, tal atuação foi considerada negligente, pois criou um risco de embolia atenta a presença de um corte, não faltoso, revelado por hemorragia. E efetivamente, houve ar que entrou nas veias do paciente, seguindo-se uma embolia, a qual levou a que o mesmo ficasse prematuramente incapacitado. Porém não se logrou relacionar a embolia à atuação negligente do demandante, porque a mesma podia ter sido causada pelo ar normalmente contido nos sinos nasais. Apesar disso a *Cour d'Appel* compensou o demandante pela perda de chance de evitar embolia. Tal decisão foi cassada e anulada pela *Cour de Cassation* com base de a circunstância de a perda de chance apenas poder ser utilizada para avaliar danos.

Esta decisão já foi descrita como um golpe de estado conforme reporta LARA KHOURY.

Os tribunais franceses depois de 1982 continuaram a admitir a reparação pela perda de chance, mesmo em casos em que exista a incerteza quanto ao nexo causal entre o facto ilícito e o dano final.

Também RUI CARDONA FERREIRA³⁹ descreve a evolução da figura no direito francês, concluindo que a configuração da perda de chance, enquanto dano autónomo, encontra um campo particularmente fértil no sistema de responsabilidade civil, em face

³⁹ FERREIRA Rui Cardona. *A Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*. Coimbra Editora. 2011.

quer da amplitude da noção de *faute*, quer da reduzida apetência para a prospeção de construções alternativas, que situem a perda de chance no plano da causalidade. Mesmo em França, porém, os preciosos contornos dogmáticos da perda de chance constituem objetivo de controvérsia, em especial na responsabilidade civil por ato médico.

Ainda Segundo RAFAEL PETEFFI⁴⁰, no sistema do *Common Law*, a teoria da perda de uma chance apareceu, pela primeira vez, em 1911, com o caso inglês *Chaplin vs Hicks*, da *Court of Appeal*. In casu, uma de cinquenta finalistas de um concurso de beleza e foi impedida de participar, ilicitamente, pelo organizador do concurso. Eram cinquenta, as finalistas a concorrer a doze prêmios. Em sede de apelação os juizes ingleses reconheceram que a autora lesada tinha chances de 25% de probabilidade de ganhar um dos prêmios⁴¹.

Ainda na Inglaterra, a indemnização por perda de chance já foi concedida em casos como o de um trabalhador que, por ter sido despedido sem fundamento, perdeu a oportunidade de conseguir um bónus salarial, ou outros em que um trabalhador foi indemnizado por haver perdido as chances de conseguir um novo emprego em virtude de um acidente de trabalho⁴². No entanto, parece existir uma certa resistência da jurisprudência inglesa em aplicar a teoria da perda de chance aos casos de responsabilidade civil médica. Tendo presente que nesse mesmo ordenamento, em matéria de responsabilidade civil, se considera que determinado facto foi causa de um dano se se der como provado o *standard of probabilities*⁴³, a *House of Lords* determinou, no caso *Hotson vs East Berkshire Area Health Authority*, que só após se encontrar resolvida a questão da causalidade é que a questão do cálculo dos danos surge, e, juntamente com ela, a problemática da perda de chance. Nesse sentido, a *House of*

⁴⁰ SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade civil pela perda de uma chance.

⁴¹ A autora venceu a ação. No entanto, e como repara DAVID neste caso a perda de chance foi utilizada para calcular o dano resultante de um processo causal terminado, no qual se encontrava estabelecido um nexo de causalidade entre o facto e o dano, restando apenas a questão de saber qual o quantum indemnizatório. FISCHER, DAVID A, "Tort Recovery for Loss of a Chance", Wake Forest Law Review, 2001. Consultado através do University of Missouri School of Law Scholarship Repository. Disponível em <http://scholarship.law.missouri.edu/facpubs>. op

⁴² GOMES, Júlio Vieira. "Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance." Caderno de Direito Privado, Vol. II. 2012.

⁴³ Ou seja, que um facto se tem como causa de um dano se se demonstrar que existe maior probabilidade do dano se ter materializado em razão do facto que o contrário.

Lords não decidiu propriamente sobre a perda de chance de cura, uma vez que considerou não ter chegado a esse ponto, mas expressou-se no sentido de existirem muitos obstáculos à aplicação da figura nos casos de responsabilidade civil médica⁴⁴.

Nos Estados Unidos⁴⁵, segundo LUIZ MEDINA ALCOZ⁴⁶, a perda de chance apenas se começou a desenvolver a partir do caso *Chaplin v. Hicks*. Assim, encontram-se decisões dos tribunais norte-americanos que aplicam a teoria, como por exemplo, num caso em que se reconhece ao demandante o valor da oportunidade de ganhar o prémio disputado numa feira de gado, frustrada no transporte dos animais, ou ao demandante que não pode obter o galardão de melhor vendedor porque a sua empresa anulou o concurso, privando-o da possibilidade de vitória.

Em sede de responsabilidade civil médica, destaca-se o *leading case* *Hicks vs United States* (1966) como sendo o pioneiro na aplicação jurisprudencial da teoria à casos desse tipo. Em discussão, um erro de diagnóstico revelou uma gastroenterite, quando na verdade a autópsia veio a revelar que a lesada sofria de uma deficiência congénita do intestino delgado⁴⁷. O falecimento acabou por ocorrer devido a uma hemorragia interna. Foi dado como provado que o médico que observou a autora deveria ter usado de melhores métodos de diagnóstico para perceber qual o problema que a afetava, e que o comportamento negligente do médico, ao ter-se absterido de o fazer, provocou não a morte, mas a perda de chance da autora sobreviver ao mal de que padecia.

Pode ainda dizer-se, acerca da aplicação da figura no ordenamento jurídico estadunidense que, sob a égide da *all or nothing rule*, a mesma tem sido aplicada com vista à facilitação do *standard of proof* ('nível de prova') exigido sobre o nexo de causalidade. Uma vez que o lesado não consegue produzir prova de uma certeza suficiente para garantir uma *actual certainty*, o que os tribunais têm feito é aplicar uma

⁴⁴ KHOURY, Lara. *Uncertain Causation in Medical Liability*. Portland: Hart Publishing, 2006.

⁴⁵ COSTA, Patrícia Cordeiro da, *Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil*, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

⁴⁶ ALCOZ LUIS Medina, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad,- Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Púplico y Privado*, Thomson- Civitas, Editorial Aranzadi, 2009.

⁴⁷ 'an abnormal congenital peritoneal hiatus with internal herniation into this malformation of some of the loops of the small intestine'. *Hicks v. United States* (1966). Disponível em: <http://openjurist.org/368/f2d/626/hicks-v-united-states>.

formulação do *standard of proof* menos exigente que o normal (menos exigente que o actual *certainty standard of proof*), seja ele o *more likely than not* (ou *preponderance of evidence*) ou o *substantial possibility standard of proof*.

No Canadá⁴⁸, segundo o mesmo autor, o tribunal de apelação do Ontário aplicou em 1925 esta teoria num caso similar, sendo que neste país se sentiu a influência quer da doutrina da perda de oportunidade seguida nos Estados Unidos, que da influência da jurisprudência francesa, sobretudo nos litígios resolvidos pela *Cour d'Appel* do Québec, em última instância.

A Austrália, é o país onde a primeira aplicação da figura ocorreu em 1927, num caso de perda de chance de obter um ganho na utilização de um cavalo treinado em competição⁴⁹.

Apesar da raiz comum entre os vários países *Common Law*, e segundo Luis MEDINA ALCOZ⁵⁰, ao passo que em particular no Reino Unido, Canadá e Austrália é frequente a utilização da figura de perda de oportunidade em casos que o dano (cuja ligação causal com o facto ilícito é apenas possível) tem natureza económica ou patrimonial, como por exemplo esta decisão relativamente recente da High Court (*Sellars vs Adelaide Petroleum*, 1996) concedeu à autora ('A') uma indemnização por perda de chance. A sua contraparte ('B') propôs-lhe um negócio mais vantajoso que aquele que estava na mesa com uma terceira empresa ('C'). A autora terminou as negociações com a empresa 'C', para negociar com a empresa 'B', a qual, após celebrar contrato, se recusou a cumpri-lo. A empresa 'A' voltou a tentar iniciar negociações com a empresa 'C', mas esta última retirou a sua oferta. Considerou o tribunal que a autora ('A') sofreu a perda de uma chance comercial, e concedeu-lhe uma indemnização⁵¹.

⁴⁸ COSTA, Patrícia Cordeiro da, Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

⁴⁹ PEDRO, Rute Teixeira. Da tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões, Coimbra Editora, 2008.

⁵⁰ ALCOZ, Luis Medina, La Teoría de la Pérdida de Oportunidad,- Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Púplico y Privado, Thomson- Civitas, Editorial Aranzadi, 2009.

⁵¹ 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”, Revista de La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros n.º 30, 2009.

Tal como em França, o aparecimento da teoria em Itália deu-se igualmente pela via jurisprudencial.

Na família romano-germânica, o Direito Francês foi o pioneiro e o mais evoluído da aplicação desta teoria, como mencionado a cima, exercendo influência na introdução de sua aplicação na família *Common Law*. A partir da influência francesa e da ampliação de utilização da teoria para diferentes áreas, como a contratual, iniciaram-se estudos doutrinários em outros países.

Segundo SÉRGIO SAVI⁵², terá sido ADRIANO DE CUPIS, professor de direito civil da Università di Perugia, o responsável pela correta compreensão da responsabilidade civil pela perda de chance no Direito Italiano, uma vez que conseguiu visualizar um dano independente do resultado final, demonstrando a importância dos doutrinadores na importação da teoria.

Apesar do estudo de ADRIANO DE CUPIS ter sido em 1966, só em 19 de novembro de 1983, a jurisprudência italiana reconheceu a indemnização pela perda de chance, sendo que, atualmente tal indemnização é reconhecida como dano autónomo.

O caso foi assim descrito por SÉRGIO SAVI⁵³, como sendo um caso em que uma empresa denominada "Stefer" promoveu um processo seletivo para a contratação de motoristas, contudo, alguns dos candidatos foram impedidos de participar nas provas, após se terem submetido a alguns exames médicos. O caso foi julgado procedente pelo juiz de primeira instância, cuja sentença foi cessada pelo Tribunal de Roma, sob o fundamento de que a perda de chance não era indemnizável por ser um dano meramente potencial.

A *Corte di Cassazione* cessou a decisão em sede de apelação, confirmando a sentença da primeira instância. Estava reconhecida a possibilidade de indemnização pela teoria da perda de chance no Direito Italiano, tendo como base de fundamento o art. 1.223 do Código Civil Italiano.

⁵² SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de chance. 3ª Edição, São Paulo. Atlas, 2012

⁵³ idem ibidem

A Corte Italiana reconheceu que a indenização concedida não se referia à perda da vaga de emprego, mas sim a possibilidade de participar do processo seletivo e, assim, obter um resultado favorável. Reconheceu, dessa forma, o valor patrimonial das chances perdidas, abrindo as portas para a utilização da teoria em Itália.

Já no Brasil o primeiro caso de reconhecimento da perda de chance surgiu na jurisprudência em 1991. Tratava-se de uma ação de indenização pela perda de chance por um ato negligente do Advogado.

A ação de indenização pela perda de uma chance foi julgada procedente pelo relator RUY ROSADO DE AGUIAR que reconheceu a aplicação da teoria.

“Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a missão da informação do extravio e a não-restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. (...)

Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil. (...)

Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a fixação da indenização, através de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance.”⁵⁴

A partir deste primeiro caso, outros foram se incorporando à jurisprudência brasileira e ampliando as áreas de admissão da teoria, sendo que atualmente, esta surge numa variedade de contextos de utilização da teoria da perda

⁵⁴ APELAÇÃO CÍVEL: Processo nº 591064837, 5ª Câmara Cível, relator Des. Ruy Rosado de Aguiar, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

de chance, como sejam as situações de responsabilidade civil médica, laboral, contratual, entre outros.

No que diz respeito à Alemanha, normalmente tem-se rejeitado a aplicação da presente figura e, conseqüentemente rejeita-se o direito à indemnização da mesma. Entende-se que tal posição se fundamenta no “facto de o BGB⁵⁵ não prever, no seu parágrafo 252, a perda de chance como um lucro cessante reparável que poderia ser esperado no decurso natural dos acontecimentos e, ainda o facto do direito alemão dispor de um extenso catálogo de bens tutelados juridicamente (...) bastando, pois, conter-se com soluções processuais, como sejam as presunções legais e a inversão do ónus da prova, para solucionar casos que em outros ordenamentos apontados teriam acolhimento dentro da teoria da perda de chance.”⁵⁶ . Assim, na Alemanha, os Tribunais solucionam os problemas que poderiam ser resolvidos através da teoria da perda de chance, “com base na alteração do ónus da prova, através da admissão de inversões do ónus e da facilitação da prova da causalidade, e tomando a designação da teoria da elevação do risco.”⁵⁷

Vários autores manifestam-se quanto à aplicação da teoria da perda de chance no ordenamento jurídico alemão, como é o caso de RIBEIRO DE FARIA⁵⁸. Segundo este Autor, a teoria da perda de chance, tomou a designação da teoria da elevação do risco, enquanto que PAULO MOTA PINTO⁵⁹ refere que prevalecem soluções com base na alteração do ónus da prova, através da admissão de inversões do ónus e da facilitação da prova da causalidade, deitando pois, por terra a aplicação da teoria da perda de chance.

RUI CARDONA FERREIRA⁶⁰ alude que determinados autores defendem uma conceção estritamente normativa da perda de chance, como é o caso de NILS JANSEN, que

⁵⁵ BGB – German Civil Code.

⁵⁶ LEITÃO, António Pedro Santos, Da Perda de Chance: Problemática do enquadramento dogmático, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

⁵⁷ SAMÕES, Fernando Augusto, Indemnização por Perda de Chance, dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Portucalense, em Agosto de 2015.

⁵⁸ FARIA Ribeiro De, Jorge Leite Areias, Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica, em Estudo do Direito da Obrigações e Discursos Académicos. U. Porto Editoria.

⁵⁹ PINTO Paulo Mota. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. Volume II Coimbra Editora. 2008.

⁶⁰ FERREIRA, Rui Cardona, A Perda de Chance Revisitada

afirma que a perda de chance transforma problemas de prova da causalidade em termos de avaliação do dano, salientando, porém, que o elemento essencial desta ideia é normativo, referindo-se a direitos (normas) e não a aspetos causais (fatos).

Para RUI CARDONA FERREIRA⁶¹, este entendimento só é admissível quando o dano revista natureza não patrimonial.

«Na realidade, estas teorias «deslocam inteiramente o problema para o plano da ilicitude, na qual a própria exigência do dano acaba por diluir-se: dir-se-ia que a verificação do ilícito contém já em si o dano a indemnizar “. Assim, neste quadro a “função punitiva tenderá a constituir a principal, senão a única, razão de ser da indemnização. Por isso, este entendimento só é admissível, a nosso ver, quando o dano delimitado desta forma revista natureza não patrimonial, mais facilmente conciliável com a abstração e a função punitiva da responsabilidade. A ideia nuclear seria aí, nomeadamente, que a tutela jurídica da vida, ou da saúde ou integridade física, é de tal forma intensa que a mera contribuição causal para a respetiva lesão, observado um limiar mínimo, não pode deixar de ser sancionada, em especial quando o lesante se encontre especificamente obrigado a, pelo contrário, empregar a sua diligência na sua salvaguarda».

Na Argentina⁶², reconheceu-se a ressarcibilidade da oportunidade de obter ganhos através de um novo emprego, uma atividade empresarial ou uma atividade desportiva⁶³. Da mesma forma a perda de chance de sobrevivência tem ganho mais alento devido à morte do filho menor e a possibilidade de ajuda que o profissional poderia ter proporcionado ao menor mas também toda a informação aos seus pais.

⁶¹ idem ibidem

⁶² COSTA, Patrícia Cordeiro da, Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

⁶³ ALCOZ LUIS Medina, La Teoría de la Pérdida de Oportunidad,- Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Púplico y Privado, Thomson- Civitas, Editorial Aranzadi, 2009.

JUAN MANUEL PRÉVOT e RUBÉN ALBERTO CHAIA⁶⁴ apresentam uma visão crítica com relação à teoria da perda de chance nos casos da perda de oportunidade de cura ou sobrevivência. Pois a questão requer uma avaliação causal. Saber se existe culpa ou negligência médica e, como resultado da mesma, o paciente morre ou sofre um dano na sua saúde que o profissional podia ter evitado, então temos um dano certo e não apenas a perda de chance de cura.

Porém aqueles autores partem do princípio que nesse tipo de situações em que o paciente está doente, com a sua saúde prejudicada, debilitada ou diminuída, cujas sequelas, caso não sejam tratadas, levarão irreversivelmente à morte, o ato médico negligente atua como um “agravante” ou “acelerador” porque não interrompeu o curso causal da enfermidade (ao demorar o ato médico ou ao errar no método utilizado para combater a doença), ou seja, uma atuação negligente do médico é a causa do dano final, ainda que não seja a única causa:

«O dano médico, se bem que se exterioriza legalmente mediante a morte ou a lesão do paciente, estruturalmente está dado pelo facto de não ter interrompido o curso causal natural da enfermidade, seja por meio de uma conduta omissiva (não fazer), errónea (fazer mal) ou tardia (fazer depois do tempo) e, por conseguinte, este será parcialmente responsável pelo seu aporte causal ao desenlace final»⁶⁵.

O intérprete deverá distinguir a influência causal da culpa médica e das predisposições do doente, separando a parte que corresponde a cada uma, a imputabilidade é parcial, pois várias causas cooperam para provocar o resultado danoso final.

Para os mesmos autores «erroneamente se diz que, como o paciente está doente ou afetado de antemão, em todo o caso o ato negligente priva a vítima das probabilidades de cura ou melhoria. Cremos o contrário: existe aqui um evidente “nexo causal” entre o ato culposo do profissional e o dano, pois por mais que a cura ou a

⁶⁴ PRÉVOT Juan Manuel e CHAIA Rubén Alberto. *Pérdia de Canhe de Cúration*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2007.

⁶⁵ PRÉVOT Juan Manuel e CHAIA Rubén Alberto. *Pérdia de Canhe de Cúration*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2007.

sobrevivência sejam aleatórios, a permanência que o cumprimento da prestação pode ter superado leva a um agravamento das sequelas irreparáveis (...). O único dano reparável é o devido ao ato terapêutico, médico ou cirúrgico. Portanto, quanto o ato ilícito foi praticado sobre um indivíduo doente, a indemnização deve então ser limitada às consequências do agravamento causado pela intervenção, descontando do prejuízo final o estado anterior constatado.»

Os Autores manifestam-se contra a importação acrítica que a jurisprudência e a doutrina argentina fizeram da figura da perda de chance, visto que o habitat natural da mesma é o direito francês, onde a opinião dominante vai no sentido de não admitir a divisão da obrigação indemnizatória⁶⁶.

Na mesma linha de entendimento⁶⁷, o dano resultante da prática médica produz-se geralmente pela concorrência do facto ilícito do médico e das condições preexistentes do paciente, existindo uma verdadeira “concausa” entre o facto da vítima (as suas condições preexistentes) e o facto do lesante, devendo a indemnização ser proporcional à incidência causal de cada uma dessas contribuições.

Na Suíça⁶⁸ não existe qualquer consagração expressa⁶⁹ ou aplicação jurisprudencial⁷⁰ da teoria da perda de chance, embora a doutrina aponte a necessidade de abertura à aplicação desta teoria, pois considera que a mesma constitui uma conquista no que toca à aplicação do instituto da responsabilidade civil. Sendo um benefício a uniformização internacional do direito privado e justifica-se a sua aceitação com base no facto de a tendência dos juízes suíços ser a de contornar princípios

⁶⁶ COSTA, Patrícia Cordeiro da, Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

⁶⁷ PRÉVOT Juan Manuel e CHAIA Rubén Alberto. Période de Canhe de Curation. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2007

⁶⁸ LEITÃO, António Pedro Santos, Da Perda de Chance: Problemática do enquadramento dogmático, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

⁶⁹ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano – Reimpressão da edição de 2017, Almedina, 2020, ISBN 978-972-405-443-8.

⁷⁰ Apesar de existir um aresto do Obergericht Zurichois, onde o tribunal concedeu uma indemnização parcial, com base na probabilidade de sobrevivência de um doente de cancro que foi começado a tratar demasiado tarde, aquele aresto não se referiu à perda de chance para justificar a decisão tomada, não se considerando constituir o mesmo um precedente da aplicação da teoria. MULLER, Christoph. “La Perte d'Une Chance Médicale en Droits Comparé et Suisse.” Revue Générale de Droit Médical, 2003

fundamentais da responsabilidade civil no sentido de poder conceder indemnizações e ultrapassar o princípio do tudo ou nada⁷¹.

Seguindo agora para Espanha, a teoria da perda de chance tem vindo a ser utilizada como meio de suprir dificuldades probatórias a nível do nexo de causalidade⁷².

A tendência para admitir a aplicação da perda de chance, no ordenamento jurídico espanhol, teve o seu início em finais da década de oitenta do século passado, e desde aí tem vindo a aumentar exponencialmente. É essencialmente aplicada em casos de responsabilidade de profissionais legais e no contencioso administrativo⁷³. Muito embora o Supremo Tribunal, na sua sentença de 10 de outubro de 1998 depois de as Audiências Provinciais terem inaugurado uma importante linha jurisprudencial favorável à aplicação da teoria da perda de oportunidade no âmbito médico-sanitário⁷⁴, o certo é que, nos anos que se seguiram, a jurisprudência daquele tribunal, no que se refere a responsabilidade médica, não tem decidido pela aplicação da teoria da perda de chance, na quantificação do dano indemnizável.

O mesmo se passa no contencioso administrativo, tendo a Audiência Nacional, em 2002, admitido pela primeira vez a ressarcibilidade da oportunidade de cura ou sobrevivência e, a partir de então, tem vindo a aplicar a teoria da chance com bastante rigor e muita frequência no âmbito da responsabilidade patrimonial da Administração de saúde.

Fora do âmbito da responsabilidade dos profissionais forenses ou de saúde, são raras as decisões de tribunais espanhóis que acolhem a figura. No entanto, encontram-se já decisões que alargam a sua aplicação a outros campos.

⁷¹ MULLER, Christoph. "La Perte d'Une Chance Médicale en Droits Comparé et Suisse." *Revue Générale de Droit Médical*, 2003.

⁷² ALCOZ LUIS Medina, La Teoría de la Pérdida de Oportunidad,- Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado, Thomson- Civitas, Editorial Aranzadi, 2009.

⁷³ idem ibidem.

⁷⁴ Dando conta de várias decisões em que foi considerada a teoria da perda de oportunidade, e em que tal perda foi maioritariamente considerada como um dano moral. BAQUERO Carmen Pérez Ontiveros. Daño Moral por Incumplimiento de Contrato. Editorial Aranzadi. 2006.

Em Portugal, a jurisprudência alterna entre admitir e afastar a utilização da teoria da perda de chance.

Na doutrina, JÚLIO GOMES⁷⁵ é resistente à aplicação da teoria. Para o autor a sua admissibilidade apresenta alguns problemas que precisam ser esclarecidos, designadamente, quanto à circunstância da perda de chance ser concebida como um dano emergente ou como um lucro cessante.

Além disso, segundo o autor, a chance não tem um valor económico próprio e, assim, não se enquadra como uma entidade patrimonial, logo, “a mera perda de chance não terá, em geral, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória”.

Em entendimento contrário, SINDE MONTEIRO⁷⁶ sustenta que “o carácter de dano indemnizável da parte de uma chance não é hoje seriamente contestado pela doutrina francesa e também entre nós nada parece opor-se à sua ressarcibilidade, respeitados que sejam os *gardefous* colocados por aquela doutrina e jurisprudência”.

A perda de chance chegou a Portugal, como teoria madura e com aplicação em diversas áreas na jurisprudência de países que exerceram influência no Direito das Obrigações Português. No entanto, a ausência de estudos mais aprofundados acerca da matéria não contribuiu para que o primeiro caso fosse julgado pela procedência da ação.

O primeiro caso apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça remonta a 2009, pugnou por não reconhecer a figura da perda de chance. In casu, a avaliação extraordinária de uma professora do ensino secundário que viu indeferida a sua candidatura à dita avaliação por omissão de informação fundamentada do órgão de administração e gestão do estabelecimento de ensino. A atitude do Presidente do Conselho Diretivo prejudicou a professora na sua progressão na carreira, tirando-lhe a

⁷⁵ GOMES, Júlio Vieira. Em Torno do Dano da Perda de Chance. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

⁷⁶ MONTEIRO, J. Ferreira Sinde. Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações, Coimbra: Ed. Almedina.

chance de progredir e obter vantagens financeiras. O acórdão fundamenta a sua decisão referenciando a doutrina de JÚLIO GOMES nos seguintes termos:

“figura-se-nos, pois, que a mera perda de chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória. Na medida em que a doutrina da perda de chance seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, parece-nos que a mesma deverá ser rejeitada entre nós...”⁷⁷

Ainda sufragado no mesmo acórdão, acolhem as palavras de RUTE PEDRO para afirmar,

“em Portugal, poucos são os Autores que se referem à noção de perda de chance e, quando o fazem, dedicam-lhe uma atenção lateral e pouco desenvolvida. Pode, também, entender-se que paira nas entrelinhas de decisões judiciais portuguesas, estando subjacente a algumas delas em que os tribunais expendem um raciocínio semelhante ao que subjaz a esta teoria, sem, no entanto, se lhe referirem.”⁷⁸

Importante ressaltar que a doutrina que apoiou a decisão é contrária ao acolhimento da teoria, sob o fundamento de que o ordenamento jurídico português não permite a indemnização a partir de causalidade probabilística. Tal facto revela a importância de uma doutrina mais aprofundada no estudo da teoria, o que deve traduzir-se num acréscimo de contextos de aplicação daquela.

Importante será também salientar que a jurisprudência apresenta decisões equivocadas acerca da teoria, demonstrando a importância do aprofundamento dos estudos sobre a matéria. Neste sentido, a própria decisão de improcedência aduz essa carência de estudos, nestes termos:

⁷⁷ ACÓRDÃO: Processo nº 409/09.4YFLSB, relator João Bernardo, do Supremo Tribunal de Justiça Disponível em <http://www.stj.pt>.

⁷⁸ idem ibidem

“Quanto à vertente jurídica, logo constatamos que, na ordem interna portuguesa, a figura da perda de chance não tem tido um tratamento, quer a nível doutrinário, quer a nível jurisprudencial, que permita guindá-la a um capítulo autónomo dentro do direito dos danos e (ou) da relação de causalidade.”⁷⁹

Importante ressaltar que a incerteza do dano foi o fundamento principal para a improcedência indemnizatório pela perda da chance, nos seguintes termos:

“Quanto aos danos, o que nos importa é o da certeza, emergente do artigo 483.º, certeza essa que cede dando lugar à “previsibilidade” só no caso do artigo 564.º. Esta referência à “previsibilidade” afasta a aplicação deste preceito, por analogia, aos casos de perda de chance “. ⁸⁰

Atualmente, a doutrina portuguesa é assente de que o dano da perda de chance é um dano certo e autónomo. Portanto, observa-se uma evolução na conceção de características da teoria pela doutrina, que, hoje, põe por terra a fundamentação dessa improcedência.

Como é possível observar no acórdão supra citado (2ª Secção), a incerteza do dano final leva ao equívoco de que a reparação se refere a vantagem perdida e não da possibilidade ou chance de obter a vantagem. Este é o equívoco mais comum na interpretação dos casos envolvendo a teoria da perda de chance. Não se busca o nexo causal entre a conduta e o resultado final perdido, nem tão pouco a indemnização pelo resultado não obtido. O dano está na perda da chance e este é o prejuízo a ser indemnizado.

Com entendimento diferente, o próprio Supremo Tribunal de Justiça (6ª Secção), em 09 de dezembro de 2014, reconheceu a aplicação da teoria, demonstrando

⁷⁹ idem ibidem

⁸⁰ idem ibidem

uma evolução na interpretação dos pressupostos de sua admissibilidade. Consultamos a decisão nos seguintes termos:

“... a figura da perda de chance não está conceptualizada na lei e conecta-se com o facto de alguém ser lesado no direito de obter uma vantagem futura, ou de não ser lesado, por facto de terceiro, sendo que esse facto pode fundar responsabilidade contratual ou extracontratual. Não se confunde com a perda de expectativa, pois aqui há uma esperança (com forte carga subjetiva) de um direito, por ter havido um percurso que a ele conduziria com forte probabilidade, sendo uma situação a inserir na dogmática da responsabilidade pré-contratual. Na perda de chance não se busca a indemnização pela perda do resultado querido, mas antes pela oportunidade perdida, como um direito em si mesmo.”⁸¹

No direito português, entre divergências doutrinárias e jurisprudenciais a teoria da perda de chance caminha, a lentos e hesitantes passos, apesar da ampliação

Observamos que a partir de 2014, houve uma evolução considerável no acolhimento desta teoria, muito embora o número de ações propostas com base na perda de chance ainda seja um pouco tímido, muito provavelmente devido a pouca matéria de estudos doutrinários sobre o tema.

Todavia, segundo MARIA MALTA FERNANDES, sem garantia de certeza que a perda de chance é atualmente plenamente aceite, pelo menos em todas as hipóteses fáticas em que o problema da sua ressarcibilidade seja levantado, podemos afirmar que a nível jurisprudencial, desde 2017, encontra-se praticamente superada alguma

⁸¹ ACÓRDÃO: Processo nº462/10.8TBVFR, relator Salreta Pereira, do Supremo Tribunal de justiça Disponível em <http://www.stj.pt>.

resistência que até aí se vinha sentindo quanto ao reconhecimento da validade desse instituto como possível fundamento de responsabilidade civil⁸².

⁸² Cfr. FERNANDES, Maria Malta, A perda de chance no direito português, op. cit., p.87.

5. A Teoria da Perda de Chance

Faremos uma apreciação crítica das “teses” que têm vindo a ser sustentados sobre a teoria da perda de chance.

Para o efeito, é necessário verificar se as suas características se encontram preenchidas ou não.

Esta problemática dividiu a doutrina e deu origem a dois métodos distintos, em duas teorias, a teoria verdadeira (ou originária), em que se considera a perda de chance como um dano autónomo, passível de ser indemnizado autonomamente, e a teoria falsa (ou da causalidade parcial), maioritariamente utilizada nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência (principalmente nos ordenamentos jurídicos francês, italiano e nos ordenamentos jurídicos da *Common Law*, como modo de “aliviar” a necessidade de prova do nexo causal e com isso conceder indemnização parcial do dano final⁸³.

Esta divisão doutrinária assenta nos casos de perda de chance processual e de perda de chance em termos amplos, o problema soluciona-se através da aplicação da perda de chance em quanto um dano autónomo em relação ao dano final. Já nas situações de perda de chance de cura ou sobrevivência, devido á incerteza entre o dano final e a chance perdida foi sendo aplicada como um método de aliviar as dificuldades de estabelecimento do nexo de causalidade entre o facto e o dano final. Desta forma, a aplicação diferenciada para ter origem na constatação da diferença de resultados práticos que o facto ilícito provoca: nos primeiros casos o facto ilícito parece provocar a interrupção de um processo causal hipotético, sobre o qual nunca se saberá o desfecho, uma vez que o lesado foi dele retirado, já para o segundo tipo de casos, o que se depara é um processo causal que não foi interrompido ou alterado (por exemplo o da progressão de uma doença), mas que o poderia ter sido, se não fosse o facto ilícito⁸⁴.

⁸³ CHABAS, François. “La Perdita di Chance Nel Diritto Francese Della Responsabilità Civile.” *Responsabilità Civile e Previdenza, Rivista Bimestrale di Dottrina Giurisprudenza e Legislazione*, 1996

⁸⁴ LEITÃO, António Pedro Santos, *Da Perda de Chance: Problemática do enquadramento dogmático*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

Quanto à teoria falsa (causalidade parcial⁸⁵), trata-se de situações em que o juiz concede ao lesado uma indemnização parcial pela perda de chance, por se encontrar indeciso quanto ao nexo de causalidade entre o facto e o dano. Trata-se de situações em que seja possível provar que o lesado tinha no mínimo 50% de probabilidade de obter um certo lucro (ou evitar um prejuízo). Caso contrário, procede-se à redução do quantum indemnizatório a um valor correspondente ao vínculo existente entre o facto e dano, concedendo-se uma reparação de um prejuízo parcial e relativo, traduzido na perda de chance, e que será quantificado de acordo com a probabilidade de causalidade provada. Neste caso, o juiz utilizará a probabilidade quantitativamente apreciável acerca do nexo de causalidade entre o facto e o dano⁸⁶.

A favor temos JOHN MAKSIDI “argumenta que, através da sua aplicação, o ofensor se veria obrigado a pagar apenas pelos danos que, estatisticamente, tenha causado. Seria, assim, uma possível solução para o padrão «tudo ou nada» da causalidade que, por muitas vezes, patrocina subcompensações ou ultracompensações”. Contudo, “essa espécie de causalidade probabilística romperia com a teoria da causalidade adequada, consagrada no art.º 563º do Código Civil, sendo, desta forma, inaceitável reconhecê-la e aplicá-la no sistema da responsabilidade civil vigente em Portugal”⁸⁷.

⁸⁵ A título exemplificativo Acórdão do STJ: “o ordenamento jurídico nacional consagra a doutrina da causalidade adequada, ou da imputação normativa de um resultado danoso à conduta reprovável do agente, nos casos em que pela via da prognose póstuma se possa concluir que tal resultado, segundo a experiência comum, possa ser atribuído ao agente como coisa sua, produzida por ele, mas na sua formulação negativa, porquanto não pressupõe a exclusividade da condição como, só por si, determinante do dano, aceitando que na sua produção possam ter intervindo outros factos concomitantes ou posteriores (...) enquanto a teoria geral da causalidade, no âmbito da responsabilidade contratual, tem subjacente o princípio do «tudo ou nada», porquanto obriga a que o risco de incerteza da prova recaia em conjunto sobre um único sujeito, a teoria da perda de chance, ou da perda de oportunidade, diz respeito, não à teoria da causalidade jurídica ou de imputação objetiva, mas antes à teoria da causalidade física, pelo que a perda de oportunidade apenas pode colocar-se, verdadeiramente, quando o julgador, depois de aplicar as regras e critérios positivos que orientam e limitam a sua capacidade de valoração, não obtém a prova de que um determinado facto foi causa física de um determinado dano final” e que “o dano da “perda de chance” que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de chance que deve ser medida em relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior, nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final.”- Acórdão STJ de 5 de Fevereiro de 2013 (processo n.º 488/09.4TBES.P1.S1).

⁸⁶ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano – Reimpressão da edição de 2017, Almedina, 2020, ISBN 978-972-405-443-8.

⁸⁷ FERREIRA, Rafael Pereira, A responsabilidade civil pela perda de chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico português, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

Quanto à indemnização, esta será fixada se se provar uma probabilidade de 60% da ocorrência do facto, do dano final.⁸⁸

De igual modo é importante referir que esta teoria de causalidade parcial soluciona as dificuldades que surgem na prova da existência de um nexo de causalidade, no âmbito das ações de responsabilidade civil médica, quando o facto ilícito diminui as probabilidades de se obter um resultado favorável ou de se evitar um resultado desfavorável.

Com o desenvolvimento da teoria da causalidade parcial, surgem divergências doutrinárias que dão origem à teoria divisionista, esta rejeita a existência de um dano autónomo nos casos de responsabilidade civil médica e entende que a aplicação da teoria da causalidade parcial é contrária ao direito positivo, uma vez que propõe considerar e isolar um dano intermédio para sustentar a ligação (probabilística) causal do facto com o dano final, quando, na realidade, está perante um processo causal que se desenrolou até ao fim, sobre o qual se sabe o completo desenrolar e sobre o qual, a questão que se coloca, é uma questão eminentemente de reparação do prejuízo final⁸⁹.

À semelhança desta doutrina, surge também a teoria unitária, que de igual modo rejeita a aplicação da teoria da causalidade parcial nos casos de responsabilidade civil médica, defende-se que apenas é necessário demonstrar que o doente tinha, efetivamente, uma chance de cura ou sobrevivência no momento da intervenção médica, tendo-se ela perdida em virtude de uma conduta imputável ao médico. De acordo com a doutrina unitária, considera-se a perda de chance, nestas circunstâncias, como num verdadeiro prejuízo autónomo indemnizável⁹⁰.

Na doutrina portuguesa, segundo RUI CARDONA FERREIRA entende-se que “nem a teoria da causalidade adequada, nem a teoria do escopo de proteção da norma, permitem, porém, enquadrar dogmaticamente o dano da perda de chance, pois o funcionamento de ambas as teorias radica na prévia verificação de uma *conditio sine*

⁸⁸ LEITÃO, António Pedro Santos, Da Perda de Chance: Problemática do enquadramento dogmático, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

⁸⁹ Idam Ibidam.

⁹⁰ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano – Reimpressão da edição de 2017, Almedina, 2020, ISBN 978-972-405-443-8.

qua non, a qual, por definição, se encontra assente das situações de responsabilidade civil em apreço”⁹¹.

Em contraposição às teorias analisadas, temos a teoria originária que configura a perda de chance como um dano autónomo. Para FRANÇOIS FABAS, “o elemento de aleatoriedade que parece predicar o processo causal deve ser tido como parte integrante do próprio conceito de dano – a aleatoriedade passa a ser característica do dano em si, que é a perda de chance, não relevando para efeitos do pressuposto do nexo de causalidade (...) a chance passa a ser tida como algo juridicamente relevante, existente na esfera jurídica do lesado, passível de ser atingida pelo facto ilícito e culposo (...) a perda de chance deixa de levantar problemas a nível do nexo de causalidade, e passa a impor considerações ao nível do dano”⁹².

Na doutrina portuguesa, segundo NUNO SANTOS ROCHA a perda de chance é um dano autónomo, para efeitos de ressarcimento, ou seja, a chance deve ser tida como um bem jurídico autónomo pertencente ao lesado⁹³. Neste sentido, a *Corte di Cassazione* italiana já entendeu que “o dano derivado da perda de chance não é uma mera expectativa do facto, mas uma entidade patrimonial distinta, economicamente e juridicamente suscetível de autónoma avaliação”⁹⁴.

5.1 Posição Adotada

Inicialmente importa referir a nossa aceitação da aplicabilidade da teoria da perda de chance enquanto um dano autónomo, no nosso ordenamento jurídico, esta teoria permite, sem dúvida, a solução justa do caso concreto, apresentando-se como uma forma eficaz de tutela antecipada dos bens jurídicos protegidos, trazendo vários benefícios.

⁹¹ FERREIRA, Rui Cardona - A perda de chance revistada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense).

⁹² LEITÃO, António Pedro Santos, Da Perda de Chance: Problemática do enquadramento dogmático, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

⁹³ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano – Reimpressão da edição de 2017, Almedina, 2020, ISBN 978-972-405-443-8.

⁹⁴ Idam Ibidam.

O mais visível relaciona-se, exatamente, com uma ideia de justiça, porquanto é sabido que a capacidade do conhecimento humano é limitada e à luz da tradicional teoria da causalidade muitos lesados ficariam (como ficaram) sem indemnização por não conseguirem fazer prova do nexo causal, assim como os supostos lesantes poderiam ser condenados a pagar a totalidade dos danos sofridos pelo lesado sem que tenham contribuído, efetivamente, para eles. Neste sentido, a perda de chance vem distribuir entre ambos os riscos da incerteza⁹⁵ e conferir uma espécie de solução justa para todos.

Acresce, ainda, uma ideia de prevenção quanto à prática de danos futuros. “Tem-se dito que o suposto lesante reconhecerá mais efetivamente as consequências dos seus atos, logo, melhor prevenirá no futuro consequências nocivas, caso seja ele a suportar uma parte dos danos do lesado⁹⁶. Ao invés, à luz dos padrões clássicos de imputação objetiva do tudo ou nada, o agente não teria motivo para atuar de forma a minimizar os danos já que, acautelaria a esperança de lhe calhar o «nada» e tenderia a relaxar o seu cuidado; ou, perante o temor de que lhe calhasse o «tudo» e a ideia de que nada poderia fazer para o evitar, seria tentado a desistir à partida de tomar qualquer cautela”.

Contudo, estes benefícios não nos podem levar a desvalorizar os riscos, pois eles existem, consistindo o maior em anular a própria exigência de causalidade, “pois se fizermos relevar qualquer mínima probabilidade de obter o benefício ou de evitar o prejuízo, então, o nexo causal quase desaparece. Isto porque a «distância» que separa a conduta do agente deste novo dano intermédio esvai-se, de modo que estes dois momentos consequenciais e lógicos acabam por praticamente coincidir”⁹⁷. Mas daí não se pode retirar que toda e qualquer conduta ilícita e culposa seja causa de um dano de perda de chance, por ínfima e mais improvável que seja a realização do benefício perdido. Por isso, para acautelar esse perigo, impõe-se uma utilização prudente, podendo e devendo ser utilizada apenas quando o caso necessite de uma solução mais

⁹⁵ ALCOZ LUIS Medina, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad,- Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado*, Thomson- Civitas, Editorial Aranzadi, 2009.

⁹⁶ RAPOSO Vera Lúcia. *Em busca da chance perdida. O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica.*

⁹⁷ idem *ibidem*

justa em que “a probabilidade perdida se revela suficientemente relevante para que seja considerado justo que o lesado seja indenizado e que caiba ao lesante arcar com a indenização”⁹⁸.

Por isso esta utilização, necessariamente cuidadosa é também demandada pelo respetivo direito à indenização, porquanto nem toda a chance perdida deve conferir esse direito, só se devendo conferir quando se possa reconhecer a esta uma probabilidade suficientemente relevante que permita afastá-la da mera expectativa.

Saber quando a perda de chance é suficientemente relevante não é tarefa nada fácil, pois podemos afirmar que a jurisprudência ainda se revela incerta e insegura quanto à sua aplicação. Enquanto alguns tribunais abdicam da determinação de uma percentagem fixa de probabilidade, outros preferem fixá-la com validade para os demais casos que não o concretamente analisado⁹⁹.

Parece que a definição de um número para servir por igual às demais situações da vida poderia não conseguir dar uma resposta satisfatória e acima de tudo justa a todas os casos, pelo que não é de aceitar tal entendimento, como, aliás, não aceita a jurisprudência nacional. O “ponto de relevância” deve antes resultar de uma avaliação casuística que tenha em consideração as particularidades do caso concreto. Tal avaliação releva não só para saber se a perda de oportunidade é juridicamente relevante, mas também para efeito de cálculo da respetiva indenização. Esta não deve existir quando a dita possibilidade não seja suficientemente relevante. Isto porque “não estando certos de que o dano teria efetivamente podido não ocorrer, laboramos com meras probabilidades e não há à partida razão para o risco de tais probabilidades correr por conta do médico, a não ser que a possibilidade de sucesso seja minimamente atendível. Se, pelo contrário, for mínima, não nos parece que deva o lesado receber qualquer indenização, ainda que diminuta, como se concluiria à luz daquela outra versão da perda de chance”¹⁰⁰. “Ou seja, uma perda considerada insignificante não deve

⁹⁸ idem ibidem

⁹⁹ Decisão de 19/7/1991, processo n.º 371, da Corte de Cassação italiana que determinou a percentagem mínima de 30%, abaixo da qual não deverá ser atribuída indenização.

¹⁰⁰ RAPOSO Vera Lúcia. Em busca da chance perdida. O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica.

conferir direito a indemnização. Assim, caso se conclua que a possibilidade de o lesado obter o benefício ou evitar o prejuízo era de 6%, não faz sentido conferir-lhe uma indemnização que corresponda a 6% do dano efetivamente sofrido, dado que neste caso não se daria por verificado o pressuposto de que a possibilidade perdida seja séria e firme”¹⁰¹.

Tratando-se de uma perda de chance, por séria e real, o dano em que a mesma se consubstancia corresponde a uma perda patrimonial do lesado, constituindo a privação de um dano autónomo diferente do dano final¹⁰².

Acompanhamos, portanto, a jurisprudência e a doutrina que consagram a figura da perda de chance como um dano (atual) autónomo, “consubstanciado numa frustração irremediável, por ato ou omissão de terceiro, de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer não fosse essa omissão”¹⁰³ (recordando que, há perda de chance, quando se perde um proveito futuro ou não se evita uma desvantagem por causa imputável a terceiro).

Deste modo, tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, “a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade é admissível naquelas situações em que exista uma possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo (ou evitar um certo prejuízo), ainda que de verificação incerta, e um comportamento de terceiro suscetível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir.”¹⁰⁴.

¹⁰¹ idem ibidem

¹⁰² ROCHA Nuno Santos, A «Perda de Chance» como uma Nova Espécie de Dano.

¹⁰³ Acórdão do STJ de 30/9/2014, processo n.º 739/09.5TVLSB.L1-A.DS1. Disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰⁴ idem ibidem

6. Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Médico

O aumento significativo do número das ações de responsabilidade civil médica veio expor algumas das fragilidades deste instituto quando confrontado com a atividade médica. Quando nos debruçamos, em particular, sobre a posição do doente lesado, que pretende ressarcir um dano que sofreu em consequência de uma falta médica, verificamos que este enfrenta dificuldades e entraves, por vezes, inultrapassáveis. Na verdade, é exigido que o doente demonstre a existência de uma falta médica com culpa e o nexo de causalidade entre a conduta ilícita, a culposa e o dano final sofrido.

Ora, a responsabilidade civil não está apta a lidar com situações extremamente aleatórias, como são as situações que normalmente servem de base a uma ação de responsabilidade civil médica. De facto, torna-se quase impossível, na maioria dos casos, determinar, com um elevado grau de certeza, que a morte ou o agravamento do estado de saúde do doente foi uma consequência da ação do médico ou se foi um percurso natural e inevitável da doença¹⁰⁵. É precisamente nesta demonstração do nexo de causalidade entre a conduta faltosa do médico e o dano final da morte ou do agravamento do estado de saúde do doente, que o instituto da responsabilidade civil claudica, colocando em causa não só a sua função reparadora, mas também acentuando a enorme desproteção do doente face a uma, quase total, impunidade do médico¹⁰⁶.

Neste seguimento, tem-se ponderado a aplicação da teoria da perda de chance aos casos de responsabilidade civil médica na medida em que a figura foi pensada, exatamente, para situações com uma forte componente aleatória, cujos resultados são, de todo em todo, imprevisíveis. Como mencionado anteriormente a teoria da perda de chance veio a pouco e pouco envolver-se no campo da responsabilidade civil médica sendo chamada, por exemplo, nos casos em que o médico não realiza um exame fundamental, quando se atrasa na prestação de cuidados de

¹⁰⁵ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

¹⁰⁶ idem ibidem

saúde ou, ainda, quando faz um diagnóstico errado¹⁰⁷ sobre o padecimento do doente privando-o, assim, do tratamento atempado e adequado.

A teoria da perda de chance ainda não se encontra expressamente consagrada no nosso ordenamento jurídico, recaindo assim sobre a doutrina a árdua tarefa de enquadrar dogmaticamente. Alguns autores têm vindo a aceitar o ressarcimento da perda de chance na medida em que a configuram como uma espécie autónoma de dano, enquanto outros não aceitam a aplicação da figura no nosso ordenamento jurídico apresentando diversos argumentos, nomeadamente, que a teoria da perda de chance só poderá ser perspectivada como um problema de causalidade. Com efeito, esta infundável questão do enquadramento da teoria como uma espécie de dano ou como uma vicissitude do nexos de causalidade tem feito correr muita água no nosso e em tantos outros ordenamentos jurídicos.

Ora, se o tratamento da figura da perda de chance é já complexo na generalidade dos seus âmbitos de aplicação como sejam os desportivos ou mesmo os judiciais, a questão fica ainda mais complexa quando se trata de aplicar esta teoria à responsabilidade civil médica. A atividade médica é, por definição, extremamente aleatória na medida em que são diversos os fatores, que muitas vezes ultrapassam o controlo do médico, influenciando deste modo o desfecho e o sucesso do tratamento¹⁰⁸.

Por estes mesmos motivos, como já referido anteriormente, a grande maioria das ações de responsabilidade civil médica acaba por não dar em nada, devido à dificuldade em fazer prova de que a morte ou o agravamento do estado de saúde do paciente foi derivada de uma falha médica e não de qualquer predisposição do doente ou da evolução natural da doença.

Perante estas circunstâncias, é tentador invocar a teoria da perda de chance. No entanto, surge a necessidade de perceber se as particularidades inerentes à responsabilidade civil médica poderão ou não ser um entrave à aplicação da teoria da perda de chance. Se atentarmos nas hipóteses da perda de chance de cura ou de

¹⁰⁷ RAPOSO Vera Lúcia, Em Busca da Chance Perdida. O Dano da Perda de Chance, em Especial na Responsabilidade Médica in Revista do Ministério Público, n.º 138, Abril. Junho, 2014.

¹⁰⁸ SOUSA, Luis Filipe Pereira de – O ónus da prova na Responsabilidade Civil Médica - Datavénia, Revista Jurídica Digital, n.º 8, 2018, ISBN 2182-8242.

sobrevivência verificamos que, contrariamente aos demais casos tradicionais da aplicação da figura, estamos já perante um resultado final negativo que é fruto de um processo aleatório que chegou ao fim¹⁰⁹.

Assim sendo, conforme referem alguns autores, nestes casos, a dúvida existe apenas quanto à contribuição do ato médico ilícito e culposo para a consumação do dano final certo, o que implica que estaríamos no domínio da causalidade e não do dano. Deste modo, a considerar que a perda de chance de cura ou de sobrevivência deve ser trabalhada sob o prisma da causalidade verifica-se assim uma alteração ao princípio da causalidade adequada¹¹⁰, passando a perda de chance a configurar um simples mecanismo alternativo dos pressupostos da responsabilidade civil, constituindo desta forma indemnizações parciais, calculadas na medida das dúvidas do juiz¹¹¹.

Por outro lado, alguns autores continuam a defender a aplicação da teoria da perda de chance indistintamente à responsabilidade civil médica na medida em que, tal como em todos os outros casos, deve-se separar as chances de cura ou de sobrevivência do dano final da morte ou da incapacidade. Assim, o que se estaria a reparar seria a perda das possibilidades de se curar ou de sobreviver e não a morte ou o agravamento da doença. Então, trata-se de provar que o ato ilícito e culposo do médico foi a causa da perda das maiores possibilidades que o doente tinha de se curar ou de sobreviver¹¹².

Ora, apesar da aplicação da teoria da perda de chance à responsabilidade civil do médico se afigurar aceitável e útil, por exemplo nas situações de erro ou atraso no diagnóstico, o mesmo não acontece noutras circunstâncias, tais como as intervenções sem consentimento ou as *wrongful actions* que reclamam um tratamento

¹⁰⁹ ALCOZ LUIS Medina, La Teoría de la Pérdida de Oportunidad,- Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado, Thomson- Civitas, Editorial Aranzadi, 2009.

¹¹⁰ ROCHA Nuno Santos, A «Perda de Chance» como uma Nova Espécie de Dano.

¹¹¹ RAPOSO Vera Lúcia, Em Busca da Chance Perdida, e PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

¹¹² ROCHA Nuno Santos, A «Perda de Chance» como uma Nova Espécie de Dano.

especial, o que leva alguns autores a recusarem a aplicação da teoria a estas situações¹¹³.

Não podemos também deixar de admitir que a teoria da perda de chance apresenta potencialidades para reforçar a tutela do doente lesado, tantas vezes negligenciadas nos moldes da tradicional teoria do tudo ou nada, bem como introduz um inegável elemento de justiça material.

6.1 O dano da perda de chance pela responsabilidade médica em Portugal

Como já sabido por todos esta responsabilidade é uma das modalidades mais polémica, pois aqui é mencionado e discutido o bem mais importante de todos, a saúde.

Existindo desta forma uma discussão doutrinária sobre a aplicação do regime da responsabilidade civil contratual ou extracontratual¹¹⁴, que assume particular importância quando se trata de apurar a responsabilidade médica, pois esta inclui os danos que resultam da prestação de cuidados de saúde que podem traduzir-se em¹¹⁵:

“ - violação de direitos de personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à saúde, o direito à integridade moral e o direito à reserva da vida privada, a qual conduz à aplicação do regime de responsabilidade extracontratual;

- e, simultaneamente, violação de obrigações e deveres contratuais que dão lugar à aplicação do regime da

¹¹³ RAPOSO Vera Lúcia, Em Busca da Chance Perdida. O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica., e PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico.

¹¹⁴ Carlos Ferreira de Almeida, Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico, in Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, 1996, citado por Cláudia Monge, na palestra “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde”, in “Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas”, em 5/12/2012, coordenação de Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, edição de Abril de 2013 pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, consultável em versão e-book no sítio <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/>.

¹¹⁵ COSTA, Patrícia Cordeiro da, Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

responsabilidade contratual, por violação de um contrato celebrado com o médico ou com um estabelecimento de saúde. Entre aquelas, consta a obrigação principal de prestação de cuidados de saúde adequados, de acordo com as *leges artis* e em tempo útil, e, entre estes, encontram-se os deveres de prestar informação, de obter consentimento prévio e esclarecido ou o dever de sigilo.”

Deste modo, a prestação de cuidados de saúde traduz uma relação obrigacional complexa¹¹⁶, donde resultam deveres que são contratuais e legais onde a violação dá lugar a responsabilidade contratual e extracontratual, sendo que para ambas é necessário ter em conta o princípio geral da culpa, aplicando o art. 483.º do CC para a responsabilidade extracontratual e o art. 799.º do CC para responsabilidade contratual.

Desta forma, e de acordo com o exposto no art. 342.º, n.º 1, do CC caberá ao doente/lesado fazer prova que o médico lhe causou um dano ilícito e culposo. Por sua vez, o médico, para se eximir à responsabilidade, alegar e demonstrar que a sua atuação não foi nem ilícita, nem culposa.

Exceção à regra, existirá apenas, em princípio, no que respeita à prova da culpa, nas situações que, no âmbito da responsabilidade extracontratual, suscitem a aplicação da presunção do n.º 2 do art. 493.º do CC¹¹⁷, por força da utilização de equipamentos especialmente perigosos, caso em que caberá ao clínico demonstrar que atuou sem culpa¹¹⁸. Tendo também de provar que agiu sem culpa quando a pretensão do lesado seja fundamentada em situações de responsabilidade contratual, na medida em que se entenda que a presunção de culpa do devedor do n.º 1 do art.º 799.º do CC

¹¹⁶ COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações, 12.ª ed. Almeida 2011.

¹¹⁷ DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sínde, in BMJ, n.º 332, janeiro de 1984, e GASPAR, Henriques, A responsabilidade civil do médico, in CJ, 1978. O exemplo paradigmático é o do emprego de um bisturi elétrico, devido à sua alimentação com energia elétrica, que torna perigosa a sua utilização. Mas outros exemplos existem, como é o caso da utilização de uma incubadora com termostato ou o tratamento médico com ondas curtas ou raios x ou, ainda, o tratamento dentário com broca.

¹¹⁸ Ficando o doente dispensado de provar o facto presumido, mas não o facto que serve de base à presunção que terá de provar (art. 344.º, n.º 1, do Código Civil e, ainda, Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, Manual de Processo Civil, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1985

não é afastada nos casos em que a obrigação incumprida seja de meios, como é a regra na atividade médica¹¹⁹.

No entanto, e segundo MIGUEL SOUSA nestes casos não tem aplicação a referida presunção, competindo sempre ao doente o ónus de provar que o não cumprimento da obrigação se ficou a dever a um comportamento censurável do profissional médico¹²⁰. No entanto, segundo LEBRE FREITAS, mesmo que se qualifique a obrigação do médico como obrigação de meios, não pode deixar de ter aplicação a presunção¹²¹. Ou seja, o doente ao fim ao cabo nunca tem a tarefa facilitada no que toca na demonstração dos restantes pressupostos da responsabilidade civil, sobretudo do nexo causal entre o ato praticado pelo médico e os danos sofridos pelo doente.

É que, muitas vezes, a presença de outros fatores endógenos e exógenos com potencial eficácia produtiva de danos “impossibilita o indispensável juízo de certeza sobre o encadeamento causal efetivamente ocorrido”¹²².

Melhor dizendo, não se trata de uma questão de causalidade alternativa hipotética, mas sim de causa real condicionadora do dano, importa considerar que a obrigação assumida pelo médico não é exclusivamente de meios, pois numa obrigação de meios há também um resultado a alcançar, ou seja, “todas as obrigações são de resultado – o resultado devido é que é diferente”¹²³.

¹¹⁹ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

¹²⁰ Miguel Teixeira de Sousa pronunciou-se pela não aplicação da referida presunção de culpa, no âmbito da responsabilidade médica, afirmando “dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual” - em “Sobre o ónus da prova nas ações de responsabilidade médica”, in *Direito da Saúde e Bioética*. No sentido da não aplicação, por princípio, da mesma presunção de culpa também se manifestou Moitinho de Almeida, in *Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, Scientia Juridica, ambos citados por PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico*.

¹²¹ Lebre de Freitas afirmar: “No caso de obrigação de meios, a tradicionalmente chamada presunção de culpa (...) não deixa de operar, nos termos gerais”, in “A responsabilidade dos profissionais liberais – Estudos sobre direito civil e processo civil”, Coimbra Editora, Setembro de 2002. No mesmo sentido, e a propósito da obrigação do médico, também se pronunciaram Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, em “Responsabilidade médica”; FERREIRA, André Dias, in “O consentimento informado na relação médico-paciente”, *Estudo do Direito Civil*, Coimbra Editora, Junho de 2004; RODRIGUES, Cunha Gomes, em “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Direito e Justiça*, ano 2000.

¹²² COSTA, Patrícia Cordeiro da, *Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil*, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

¹²³ PEDRO Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico*.

O médico assume uma obrigação de prestar assistência a um determinado doente, o resultado imediato é constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades que este apresenta de alcançar a satisfação do resultado mediato que é a cura, a sobrevivência, a não uma deficiência ou incapacidade¹²⁴.

Quando um médico se vincula a praticar um ato em que, por virtude de múltiplos fatores, os respetivos efeitos são aleatórios, ele obriga-se, não só a utilizar todas as possibilidades existentes para obter um resultado favorável para o doente, como também, a não destruir essas possibilidades. Deste modo, perante um erro médico, para além da verificação da sua “contribuição causal para a perda do resultado final de incerta consecução, terá de se averiguar se ele não constituiu a causa de um dano diferente consubstanciado na destruição das (todas ou algumas) chances que o doente tinha de alcançar o efeito pretendido”¹²⁵.

Um dos casos mais problemáticos, e infelizmente cada vez mais visível na perda de chance médica, é o diagnóstico tardio do cancro, tendo desta forma o paciente uma diminuição muitas vezes significativa do tempo de sobrevivência.

Nesses casos, deve apurar-se qual o desenvolvimento da doença entre o momento em que o diagnóstico poderia ter sido feito e o momento em que o foi, bem como as chances de sobrevivência, recorrendo-se desta forma a pareceres de peritos e em dados estatísticos, sendo certo que a margem de erro nesse tipo de situações é bastante significativa, pois os pareceres são meras opiniões pessoais e os dados estatísticos dificilmente serão iguais ao caso em concreto. “A isto acresce que a avaliação do tempo de sobrevivência pode ser deturpada por *lead time bias*¹²⁶, que parecem fazer aumentar o tempo de sobrevivência de alguns pacientes quando, na

¹²⁴ COSTA, Patrícia Cordeiro da, Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

¹²⁵ idem ibidem

¹²⁶ Conceito que “exprime a comparação entre o exame tradicional e o inovador, concluindo-se que um deles (o teste novo e experimental) diagnostica a doença mais cedo, contudo, não produz qualquer efeito sobre o resultado da doença. Ou seja, embora pareça que a vida do paciente é prolongada, na verdade esta é uma ilusão causada pelo diagnóstico precoce quando comparado com os métodos tradicionais”, em contraposição ao conceito de “lead time” que “traduz o período de tempo entre a deteção de uma doença, geralmente recorrendo a novos exames experimentais, e o momento em que normalmente esta é identificada com base nos exames tradicionais”.

verdade, apenas indicam uma possibilidade de um diagnóstico atempado, sem que haja aumento do tempo de sobrevivência.

Outro elemento de distorção é a classificação de períodos de doença¹²⁷.

Por isso, “muitas das vezes a teoria da perda de chance funda-se num mero conjunto de pressuposições, desprovidas de sustentação fáctica e de dados estatísticos sem correspondência prática, pelo que a condenação a que dá lugar se baseia em probabilidades e não em realidades”¹²⁸.

“Por conseguinte, há que fazer uso da teoria da perda de chance com extremo cuidado. Deve sobretudo exigir-se que se conclua com algum grau de certeza – a possível no campo médico – que se o médico não tivesse adotado aquele comportamento o paciente teria tido uma hipótese de recuperação ou, ao menos, de não deterioração da sua saúde. Ao invés, quando se conclua que o paciente não teria qualquer hipótese de se recuperar ou de não piorar não se pode afirmar que o médico tenha diminuído as chances disponíveis”¹²⁹.

Na Doutrina

Na doutrina a aceitação desta figura tem-se mostrando cada vez mais ativa. Segundo a autora RUTE TEIXEIRA PEDRO¹³⁰ como já mencionado várias vezes, mostra-se aceitante a esta teoria.

«Tratar-se-á, assim, de um dano que apresenta a peculiaridade de se reportar à lesão de uma entidade que se caracteriza por uma aleatoriedade intrínseca – a chance. Há, assim, uma projecção ao nível do dano da incerteza da consecução do resultado final, dissociando-se esse resultado da possibilidade de ele ser obtido.(...) o carácter instrumental

¹²⁷ RAPOSO Vera Lúcia, Em Busca da Chance Perdida. O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica. Abril. Junho, 2014.

¹²⁸ idem ibidem

¹²⁹ RAPOSO, Vera Lúcia, “Do Ato Médico ao Problema Jurídico”, Almedina, 2013.

¹³⁰ PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

do elemento intermédio – chance- face ao elemento final refletir-se-á necessariamente no ressarcimento do malogro daquele – quer no que respeita à determinação do quantum reparatório devido, quer no que concerne ao âmbito da reparação (...) âmbito da responsabilidade civil do médico apresentará um vasto leque de potencialidades, no que respeita a um conjunto de situações, em que existe um elevado grau de incerteza quanto à verificação de certos eventos ou à conexão existente entre eles (...). Parece, no entanto, de excluir a aplicação da figura da perda de chance, quando o resultado esteja dependente, em exclusivo, de uma decisão do próprio doente lesado (a sua opção, quanto à prestação do consentimento para um determinado ato médico). Faltarão nesse caso, a componente aleatória a que a figura visa responder, e que existe independentemente do exercício da vontade do sujeito detentor das chances consideradas. O comportamento deste pode, porém, influir no aproveitamento das mesmas, o que deverá relevar, à luz das normas disciplinadoras do concurso do ato do lesado para a produção ou agravamento do dano da perda de chances»¹³¹.

Mesmo sendo a autora a favor da aplicação desta teoria, reconhece também a insegurança e a fragilidade no que toca à sua aplicação.

«Não se negam, porém, as fragilidades da figura, nem se escamoteiam as dificuldades que a sua aplicação no concreto domínio da responsabilidade civil do médico apresenta – o artificialismo da noção, as dificuldades do julgador no apuramento do montante indemnizatório e do doente na prova das chances existentes, assim como o facto de haver uma parte do dano sofrido que fica por reparar»¹³².

¹³¹ idem ibidem

¹³² idem ibidem

De igual modo RUI CARDONA FERREIRA¹³³ também se mostra aceitante ao acolhimento desta teoria, embora afirmando que ressarcibilidade deve ser estritamente normativa, sobretudo no que toca à responsabilidade civil por ato médico «as necessidades a que a perda de chance pretende prover são reais e justificadas (...) só há dano verdadeiramente autónomo – relativamente indiferente, portanto, ao grau de probabilidade de concretização da chance – nos casos de indemnização de danos não patrimoniais em que a proteção normativa dos interesses em presença reclame essa solução, o que tipicamente ocorrerá nos casos de responsabilidade civil por ato médico»¹³⁴.

Na Jurisprudência

No que toca a jurisprudência veremos a análise de uma Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2009¹³⁵ feita por PATRÍCIA CORDEIRO COSTA¹³⁶, que aprecia várias questões interessantes.

«Dos factos provados resulta, e em síntese, o seguinte:

- a filha dos demandantes – adiante denominada de lesada – decidiu submeter-se a uma intervenção de lipoaspiração, tendo escolhido para realizar a intervenção um dos demandados, médico – adiante designado por demandado A;

¹³³ FERREIRA Rui Cardona. A Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance. Coimbra Editora. 2011.

¹³⁴ idem ibidem

¹³⁵ Acórdão do STJ Processo nº 08B1800. Relator: Rodrigues dos Santos.

¹³⁶ COSTA, Patrícia Cordeiro da, Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

- antes da submissão à cirurgia, por indicação do demandado A, a lesada realizou exames médicos que não revelaram qualquer contra-indicação à realização da intervenção;

- a lesada deu o seu consentimento à operação e, posteriormente, foi para a sala de operações e sujeita a anestesia local, sendo que administração da anestesia foi realizada com a intervenção do outro demandado, médico anestesista – adiante designado por demandado B;

- o estado de saúde da lesada não fazia prever qualquer contra-indicação à administração de anestesia e sedação;

- o demandado A iniciou a administração da anestesia local. Logo antes, o demandado B, como anesthesiologista a quem competia fazer uma sedação consciente, para a intervenção cirúrgica ser mais suportável pela doente, devido à duração e ao incómodo do ato, começou a administrar as drogas para fazer a sedação vígil;

- a lesada sofreu uma paragem cardiorrespiratória aquando da administração da anestesia local, com sedação, tendo vindo a falecer posteriormente.

Na decisão recorrida (que condenara os demandados ao pagamento de uma indemnização) entendeu-se que os demandados tinham praticado um erro grosseiro ao não terem procedido de imediato, após a paragem cardiorrespiratória que a falecida sofreu, aquando da administração da anestesia local com sedação, à entubação orotraqueal da paciente, só tendo realizado tal entubação quando constataram, muitos minutos depois, que a paciente não recuperava, sendo certo que nenhum dos demandados

logrou provar a inexistência de qualquernexo causal entre o dano morte e o erro de tratamento por eles cometido. Entendeu-se ainda nessa decisão recorrida que o demandado A não lograra ilidir a presunção de culpa que o onerava, visto não ter conseguido provar a sua alegação fáctica de que a paragem cardiorrespiratória sofrida pela lesada tinha decorrido de choque anafilático, sendo certo que, se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, se presume que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional.

Na posição que fez vencimento – o Acórdão teve dois votos de vencido -, adotou-se um entendimento diverso: «O tribunal recorrido tira presunções manifestamente a partir de factos não constantes dos autos e que não são factos notórios. Depois, divergimos do entendimento aí expresso, quanto a presunções, ónus da prova, como se vem explanando. *In casu*, se bem compulsamos os autos, vistos os factos, não vislumbramos que os AA tenham provado quaisquer factos que permitam concluir pelo cumprimento ou incumprimento dos RR. Aliás, bem se pode dizer até que tal matéria não só não integra qualquer conduta lesiva por banda dos médicos com chega mesmo a afastar eventual culpa destes, revelando uma conduta – tudo indica – diligente e adequada (...). Ademais, ficou provado que o estado de saúde da paciente não fazia prever qualquer contraindicação para a administração anestésica e sedação (...). Por outro lado, não ficou provado onexo causal entre a paragem cárdio-respiratória e o choque anafilático. Portanto, não resultou provada qualquer violação das *legs artis!* (...). Em resumo, não resultou provado que a paragem cardiorrespiratória da jovem paciente, de que resultou a morte, fosse consequência da conduta errada ou

indevida de qualquer dos médicos, nem sequer de choque anafilático. Perfunctoriamente se referirá que em teoria, é possível a imputação objetiva do resultado à conduta (por ação ou omissão) de acordo com a doutrina ou teoria da causalidade adequada entre nós consagrada (matéria de direito). Porém se é sabido que a doutrina da causalidade adequada, sobretudo na área jurídico-penal, vai cedendo o passo às novas teorias da imputação objetiva, designadamente à teoria do incremento do risco, moderada pelo critério do âmbito da tutela da norma, o certo é também que, no caso, e como atrás se disse já, o ónus da diligência recai sobre o médico desde que o lesado faça prova da existência do vínculo contratual (evidentemente nos casos em que haja contrato, porque em caso de responsabilidade extra contratual terá de fazer prova até da culpa do autor da lesão – artº 487º do C.C). No caso *sub judicio* como se trate de responsabilidade contratual, aos AA. Caberia apenas, em tese, fazer prova dos pressupostos da responsabilidade contratual (contrato enexo causal), porque a prova da diligência caberia aos médicos, por força da presunção da culpa na responsabilidade contratual, a que se refere o artº 799º, nº 1 do CC. Ora, singularmente, o que sucede é que não só os AA não lograram fazer prova da violação das regras da arte e da conexão causal entre a conduta médica e o dano morte, como os próprios Réus provaram a diligência com que atuaram».

Num primeiro voto de vencido (CONSELHEIRO JOÃO BERNARDO), entendeu-se que os réus médicos não cumpriram o ónus que sobre eles impendia de demonstrarem que não agiram culposamente.

O segundo voto de vencido (CONSELHEIRO OLIVEIRA VASCONCELOS) analisa a questão da perda de chance. No mesmo,

pode ler-se nomeadamente o seguinte: «Considerando a obrigação que um médico assume 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 adoção de um comportamento 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 satisfez o interesse mediato – mas que por razões que não podia prever ou não podia controlar, a finalidade pretendia se gorou e as chances existentes se perderam. Perante a falta de consecução daquela “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(...). Parece não haver dúvidas que quer o réu CC – porque, apesar de cirurgia, iniciou a administração da anestesia local – quer o réu DD – porque,

como anestesista, administrou drogas à EE para fazer a sedação vigil – estiveram na origem do facto que originou a bradycardia desta e subsequentes consequências, ou seja, a administração da anestesia local. Mas esta atividade dos réus nada teve a ver com o que posteriormente veio a acontecer, nomeadamente com a morte da EE? Esta pergunta é feita com base no que acima ficou dito sobre a presunção de culpa que impendia sobre os réus. Na verdade e uma vez que a EE não revelava qualquer contra indicação à realização da intervenção – e conseqüentemente, à administração da anestesia – temos que concluir que o resultado imediato que se pretendia – a lipoaspiração, antecedida da anestesia local – estava perfeitamente ao alcance dos réus, tendo em conta as reais possibilidades – chances – que ela apresentava. Face à matéria de facto dada como provada não se pode extrair com segurança qualquer conclusão sobre a diligência dos réus, ou seja, se a sua atuação se desviou ou não do padrão comportamento diligente e competente. Mas se não se pode retirar qualquer conclusão sobre o resultado imediato, pode, no entanto e infelizmente, concluir-se pelo resultado mediato: a morte da EE. Sendo assim, com esta morte, perdeu-se a oportunidade, a chance, do aproveitamento da oportunidade que a EE tinha de ser operada com êxito. 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 (...). Por tudo o que acabou de se escrever, entendo que se verificam no caso concreto em apreço os pressupostos para os réus indemnizarem os autores, pelo que negaria a revista e confirmaria o acórdão recorrido»».

7. Erro médico/Negligência médica

Nunca é demais começar por indicar a definição de erro médico, como sendo « todo o erro, cometido por um médico durante a assistência a um doente, deve ser aqui abordado como sendo um “erro profissional”¹³⁷, enquanto, negligência médica entendemos como sendo, aquelas ações / omissões dos profissionais de saúde que provocam um dano num paciente.

Como podemos verificar o conceito de negligência médica não é linear, desde logo, porque a lei, de facto, não define este conceito, como também não define o conceito de erro médico, aplicando-se, assim, as regras gerais da responsabilidade civil, quer contratual quer extra contratual, assumindo relevância jurídico-penal ou civil, apenas aquele que é suscetível de integrar ou determinar o preenchimento de um tipo de ilícito ou que, pelos danos causados e reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil (ilicitude, culpa e comprovado nexo de causalidade entre os danos e a conduta ilícita), constituindo desta forma, na obrigação de indemnizar.

O erro médico, em si mesmo, isto é, desligado das suas consequências, não releva para o direito penal ou civil, o que não quer dizer que não seja censurável noutros domínios jurídicos, como, sejam o plano disciplinar, ou até, consoante o circunstancialismo da sua ocorrência, ética e socialmente reprovável.

Do ponto de vista do Prof. José Fragata, o erro médico é «uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de atividades físicas ou mentais, previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Assim, sempre que essa falha não se deva à intervenção do acaso»¹³⁸, o que por outras palavras, significa dizer que é muito importante que haja harmonia entre a existência de um plano, a intenção no seu incumprimento, o desvio das ações previstas, a incapacidade de obter um objetivo proposto e a sua causalidade, melhor dizendo, que a causa não seja o acaso.

¹³⁷ SCHMIDT Eberhard, Der Arzt im Strafrecht

¹³⁸ FRAGATA José E MARTINS Luís, O Erro em Medicina (Perspetivas do Indivíduo. da Organização e da Sociedade), Almedina, reimpressão da edição de Novembro de 2004.

No entanto existem outros autores que afirmam, que a o erro médico se trata de qualquer ocorrência negativa involuntária e como consequência do tratamento, mas não da doença que deu origem a algum tipo de dano, desde uma simples perturbação do fluxo do trabalho clínico a um dano permanente ou até mesmo a morte.

Já para GERMANO DE SOUSA, erro médico é «a conduta profissional inadequada resultante de utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorretas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente»¹³⁹. Sendo que, é importante mencionar que estas definições englobam também o erro de diagnóstico, pois o profissional deve recorrer a técnicas adequadas dès do início, ou seja, dès do primeiro contacto com o doente.

Para um melhor entendimento é necessário distinguir “erros honestos” de “erros desonestos” sendo que os desonestos resultam de uma transgressão de regras tidas como recomendáveis ou seguras sendo por isso indesculpáveis, pois poderiam ser evitados se as regras definidas tivessem sido seguidas, melhor explicando, são violações, que se cometem por imprudência, comportamentos de risco ou desobediências aos preceitos estabelecidos ou boas regras, enquanto os erros honestos são fruto da natureza humana e da nossa característica inseparável que é a de cometermos erros, tratando-se assim de ações não intencionais em que, por distração ou por má aplicação de regras ou deliberação, se falhou o plano.

A este respeito importa então saber diferenciar o erro médico culposos do erro resultante de acidente imprevisível (incapaz de ser previsto ou evitado). Ou ainda, erro propriamente dito, acidente e complicação. O acidente é então «a ocorrência desagradável não esperada mas previsível, como as intercorrências que acontecem, tanto no processo diagnóstico, como no terapêutico, como são, por exemplo, os acidentes radiológicos, anestésicos e cirúrgicos»¹⁴⁰. A complicação é «o aparecimento

¹³⁹ SOUSAJ, Germano De, Negligência e Erro Médico, Boletim da Ordem dos Advogados.

¹⁴⁰ MORAES Irany Novah. Erro Médico e a Justiça, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

de uma nova condição mórbida no decorrer de uma doença, devida ou não à mesma causa¹⁴¹»¹⁴².

Em todo o caso, importa salientar que um acidente ou uma complicação também podem ser devidos de um erro por parte do profissional de saúde, como por exemplo mau diagnóstico, ou terapêutica sem conhecimentos técnico-científicos, ou ainda da errada interpretação dos sintomas do paciente ou de dados laboratoriais, ou ainda um simples erro de execução (uso inadequado de instrumentos ou troca de produtos farmacológicos).

Junto ao erro médico podemos ainda encontrar o risco clínico, que segundo J. FRAGATA é «a probabilidade de ocorrência de um qualquer evento adverso»¹⁴³, como exemplo temos «operar doentes idosos, com diversas comorbidades associadas»¹⁴⁴, melhor dizendo, neste tipo de situações tudo influencia, a idade do paciente, o seu estado geral, se a cirurgia é urgente ou não, possíveis doenças associadas e a repercussão sistémica da doença¹⁴⁵, «a avaliação do risco operatório requer um conhecimento perfeito da história natural da doença, da morbilidade e da mortalidade prováveis, bem como da sua relação com o benefício esperado da operação. É, portanto, uma avaliação que deve ser feita tendo em vista os riscos para o doente quando se tratar cirurgicamente uma doença»¹⁴⁶.

Quanto à negligência¹⁴⁷, podemos afirmar que esta é uma consequência do erro médico, tal como a imprudência¹⁴⁸ ou a imperícia¹⁴⁹, ou seja, e como já mencionado, trata-se sempre de uma conduta inadequada, resultante da utilização de

¹⁴¹ Ex: paciente arteriosclerótico, que tendo sido tratado de uma gangrena, falece de enfarte do miocárdio, no dia da alta hospitalar, ou da complicação que ocorre nos doentes mal nutridos no pós-operatório de uma cirurgia, ou ainda pneumonias por acumulação de muco nos pulmões em caso de supressão ou de diminuição acentuada do reflexo da tosse.

¹⁴² MORAES Irany Novah. Erro Médico e a Justiça, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁴³ FRAGATA José, O Erro em Medicina (Perspetivas do Indivíduo. da Organização e da Sociedade), Almedina, reimpressão da edição de Novembro de 2004.

¹⁴⁴ idem ibidem

¹⁴⁵ PEREIRA C. Alves e VAZ J.Domingos, Avaliação do Doente Cirúrgico, in «CIRURGIA (Patologia e Clínica)» obra coletiva sob coord. de C. Alves Pereira e Joaquim Henriques, McGraw -Hill, 2ª ed. 2006.

¹⁴⁶ idem ibidem

¹⁴⁷ Tal como mencionado inicialmente, podemos considerar como negligência, deixar de fazer o que deveria ter sido feito, por omissão.

¹⁴⁸ Ocorre quando o médico faz o que não deveria ter feito, ou porque não tinha habilitação para isso, ou porque não tinha meios para fazê-lo.

¹⁴⁹ Fazer mal o que deveria ser bem feito.

uma técnica médica e/ou terapêutica incorreta, que se revele lesiva para a saúde, vida ou bem-estar de um paciente¹⁵⁰.

Em forma de conclusão, importa reter a ideia fundamental de que nem todos os erros médicos configuram negligência médica, mas, havendo negligência médica, existirá, certamente, erro médico¹⁵¹.

¹⁵⁰ OSÓRIO, Gonçalo Vaz; BindNews, 2019. Disponível em: <https://bindrl.pt>

¹⁵¹ idem ibidem

8. A perda da chance de cura ou sobrevivência na responsabilidade médica

A responsabilidade médica subordina-se à presença de três elementos: um facto prejudicial, o dano, uma relação causal entre o facto prejudicial e o dano.

No que toca ao facto prejudicial, trata-se de uma falha. No que diz respeito à falha, o profissional tem o dever de humanismo médico, fundamental para informar o paciente e obter a sua aceitação aos tratamentos indicados. A informação dos riscos do ato médico deve ser honesta, desobstruída e apropriada, em segundo lugar, deve trazer detalhadamente todas as informações inerentes ao tratamento. Depois da informação, o consentimento deve ser coletado, não podendo ser ignorado que é uma liberdade fundamental do indivíduo recusar qualquer intervenção sobre o seu corpo.

Como já é sabido, a responsabilidade pode ser imputada somente se os danos pelos quais um indivíduo pede reparação foram causados ilícita e/ou culposamente pelo facto prejudicial que lhe deu origem.

Um exemplo clássico é o do profissional médico que não diagnostica cancro, vindo este a ser descoberto mais tarde por outro médico. Nesse caso as chances de cura são muito maiores quando descobertas no início da doença, a imperícia do profissional resulta por eliminar as possibilidades por ventura existentes de sobrevivência do doente.

Se um indivíduo é privado de um diagnóstico correto, sendo, desta forma, prejudicado em vir a seguir um tratamento adequado e útil à sua cura, estamos perante um caso de perda de chance. Não é por acaso que, ao se referir à responsabilidade médica, a autora IRANY¹⁵² diz ser essa examinada a partir do que o médico “fez e não deveria ter feito, deixou de fazer e deveria ter feito, falou e não deveria ter falado ou, ainda, não falou e deveria ter falado”.

¹⁵² MORAES Irany Novah. Erro Médico e a Justiça, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Nestes casos o médico, embora agindo com culpa, não é, o causador do dano, pois a relação de causalidade que se estabelece entre a culpa do médico e o dano do paciente não é natural, mas sim estritamente jurídica, pois não existe efetivamente um dano, mas sim a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem ou evitar um prejuízo em virtude da conduta de outrem.

A perda da chance médica pode surgir em diversas situações, como por exemplo, a perda da chance de evitar um prejuízo pode eclodir no caso de morte de um recém-nascido que apresentou um quadro de apneia evoluindo para paragem cardiorrespiratória após algumas horas do nascimento, sendo que, posteriormente, o bebê veio a falecer, devido á ausência de tratamento adequado, perdeu-se a chance de cura e não da continuidade da vida.

A perda da chance pode ainda decorrer face a uma circunstância de ausência de informação. Estão aqui em causa, situações em que o médico omitiu informação ao paciente sendo certo que esse silêncio pode causar a este graves consequências na saúde, ou até vir a priva-lo de eventual possibilidade de escolha por um tratamento ou cirurgia ou não. A obrigação de informação sobre os riscos dos atos médicos, diagnósticos ou terapias cabe, pois, ao médico, bem como a prova de que a informação foi bem dada. Por outro lado, tal informação deve ser exaustiva, incluindo todos e quais queres riscos existentes ou pré existentes.

Alguns autores defendem ainda que a perda de chance deve ser aplicada aos casos em que o dever de informar não foi cumprido e um determinado individuo sofre um dano na sequência dessa falha de informação¹⁵³. Neste sentido, argumentam que o conhecimento de toda a informação é essencial para uma justa e plena relação obrigacional.

¹⁵³ Um caso paradigmático no qual o dano da perda de chance pelo incumprimento do dever de informação foi aplicado aconteceu em França. O doente submeteu-se a uma cirurgia para tratar a sua surdez-mudez. A sua operação foi bem sucedida, porém este começou a padecer de uma paralisia facial. Este era um dano que os médicos conheciam e previam como possível, mas não informaram o paciente desta possibilidade. Assim, não permitiram que o lesado pudesse optar entre a cirurgia ou pela utilização de aparelho que apenas corrigiria parcialmente a sua deficiência. O cirurgião acabou por ser condenado mesmo não tendo violado qualquer dever de cuidado e mesmo tendo atuado com a perícia necessária à realização da cirurgia. O tribunal entendeu que o médico foi responsável por destruir a chance que o lesado tinha de optar pelo tratamento que este preferisse.

Podemos então dizer que a responsabilidade civil pela perda de chance decorrente do incumprimento do dever de informar representa a supressão ou destruição do direito que o lesado tem em optar.

Em princípio, a vítima só pode obter uma indemnização integral de seu prejuízo se provar que o erro do médico é realmente a causa de todo o seu dano. A perda de chance, em razão da persistência de um diagnóstico errado, os médicos respondem pela perda de chance, em razão das sequelas sofridas.¹⁵⁴

Outra situação em que podemos verificar a perda de chance é no diagnóstico equivocado, ou seja, evitar os riscos que aconteceram pelo erro cometido. O diagnóstico pode ser definido como a apreciação do médico sobre o estado atual do paciente ou sobre o seu futuro. É a ação que determina uma doença a partir dos seus sintomas. A obrigação do médico no quadro do diagnóstico é uma obrigação de meios. Se os meios técnicos e intelectuais que são colocados em ação habitualmente por um profissional competente e diligente não tiverem sido acionados, a sua responsabilidade poderia ser comprometida.

É preciso deixar claro que atualmente a jurisprudência distingue o diagnóstico evidente, sobre o qual o erro constituiria uma falta, do diagnóstico delicado e difícil, que não é considerado erro, como analisado no ponto 6.

É importante lembrar que muitas das vezes o profissional não trabalha sozinho, mas sim em equipa, a qual é composta por cirurgiões, médicos, enfermeiros, dentre outros, havendo desta forma um vínculo de subordinação entre o chefe da equipa médica e os demais demandantes, sendo que o líder da equipa é o responsabilizado pelos erros cometidos desta.

O chefe responde pela falta do dever de cuidado, pela negligência sua ou da sua equipa, sendo habitualmente o cirurgião quem responde pelos atos dos demais, pois é considerado como o cocontratante do paciente, o líder da equipa. Todos os profissionais deverão executar os atos conferidos pelo chefe/líder, este de entre outras funções deve verificar a presença dos equipamentos e produtos necessários à

¹⁵⁴ XAVIER, Henry; TISSERAND, Alice; VENANDET, Guy. Code Civil: textes, jurisprudence, annotations. Quatre-vingt-diux-neuvième edition. Paris: Dalloz, 2000.

intervenção cirúrgica, bem como a sua validade, não podendo se excluir da responsabilização, em caso de erro médico.

Não existe vínculo de subordinação entre o chefe da equipa e os membros da equipa. O cirurgião responde pelos erros que pode cometer o médico ao qual recorreu, digamos que é uma espécie de responsabilização do atuar de outrem, ausente vínculo de subordinação.

A responsabilidade do cirurgião é mantida, inclusive por um atuar que normalmente não é realizado por ele, todavia, cada profissional deve se preocupar pelos atos dos outros e ser capaz de evitar eventual insucesso. O conceito de equipa médica deve ser levado em consideração, pois a obrigação de prudência e de diligência aplica-se a cada membro da equipa que deve permanecer vigilante quanto à prestação de serviços realizada pelos demais profissionais.

Em determinados eventos, pode ocorrer a presença de vários acontecimentos, de forma sucessiva ou concorrente, nesses casos, o julgador deve nomear um perito que realizará as pesquisas de regras, de usos, de diligências, de cuidados a que o profissional deve se sujeitar nas circunstâncias do evento.

O chamado erro na organização do serviço deve também ser levado em consideração, pois a falta de organização do serviço pode ocorrer em razão da ausência de supervisão ou por falta do corpo médico, ou pela imprudência médica, bem como pela insuficiência de meios adequados para a prestação do serviço, como exemplo podemos referir um anestesista conduzido por uma enfermeira sem que o médico soubesse da operação, ou o caso de intervenção tardia do enfermo ou da anestesia imprestável a um funcionamento defeituoso dos equipamentos utilizados pelo médico.

A responsabilidade civil do médico, bem como a perda da chance de cura, nem sempre circunda as lesões ocasionadas por intervenção cirúrgica ou tratamento, a medicina não é tão abrangente a ponto de curar milagrosamente um doente.

9. Iatrogenia e a perda da chance de cura

Antes de mais é importante analisar a expressão iatrogenia – iatro + geno + ia – que segundo o dicionário de língua portuguesa resulta em “resultado de um ato médico ou da prática médica. (Palavra por vezes usada para designar um erro médico.”.

A iatrogenia e a responsabilidade civil são dois conceitos bastante ténues, pois o primeiro exclui a responsabilidade nos casos em que o profissional levou a cabo todos os passos para uma boa atuação médica, seguindo em conformidade com as regras e princípios da Ciência Médica. Veremos exemplos a seguir.

A Medicina trata da saúde dos seres humanos. Assim, quando o homem necessita de um tratamento médico sabemos que os profissionais irão atuar da melhor forma possível para trazer a saúde de volta, já que se trata de uma obrigação de meio, contudo as falhas acontecem. Neste caso, estará presente a iatrogenia, como causa eliminatória da responsabilidade, que, segundo a teoria do infortúnio¹⁵⁵, rompe o nexo de causalidade. Exemplo de iatrogenia é o caso de uma amputação de perna em razão de o paciente ser portador de diabetes. É uma lesão iatrogénica, tendo em vista o agir diligente do médico, com o intuito de salvar a vida do doente,¹⁵⁶ pois o bem maior ou o mais precioso (a vida) é preservado, em detrimento de um bem menor (perda de um membro).

Prosperamente, a medicina tem evoluído de tal forma que existem cada vez mais medicamentos, tratamentos e equipamentos inovadores que permitem a cura de diversas doenças. Contudo, diversos tratamentos causam danos secundários no doente, mas são medidas que têm que ser tomadas de forma a melhorar a qualidade de vida do doente, minimizando dessa forma a dor e o sofrimento que o utente tem vindo a ter até ao momento. Trazendo muitas das vezes alguma alegria ao paciente, que

¹⁵⁵ O infortúnio é chamado de destino adverso que os indivíduos muitas vezes experimentam para várias circunstâncias. Por exemplo, "Ele teve a infelicidade de ser assaltado enquanto saía da loja com os presentes".

É importante lembrar que os infortúnios ocorrem a qualquer momento e, às vezes, quando menos se espera, muitas vezes por uma série de erros ou atos cometidos de forma incorreta ou por circunstâncias que fogem ao controle das pessoas.

¹⁵⁶ COUTO FILHO, António Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. Instituições de Direito Médico. Forense, 2005.

muitas vezes, se encontram em situações decadentes. Como exemplo temos os casos de quimioterapia para tratamento oncológico.

Nestes casos, de efeitos secundários, não podemos acusar os profissionais de causar sequelas ao doente ou de terem cometido algum erro médico, pois o corpo humano reage de maneiras imprevisíveis e inesperadas às formas do tratamento médico ou até mesmo a uma intervenção cirúrgica. Desta maneira, o tratamento de um doente pode deflagrar o surgimento de outras enfermidades ou anomalias na saúde do paciente, sem que se possa responsabilizar o profissional, pois resta a chamada iatrogenia.

Dessa maneira, no que se refere à responsabilidade médica, a perda de chance na cura não possui combinação com a iatrogenia.

A lesão deixada pela perda de chance advém de um empenho insuficiente do médico, diferentemente da iatrogenia, que provém de uma atuação necessária do médico, todavia, gerador de um dano, por ser medida imprevisível para salvar a vida humana.

10. A perda de chance de autodeterminação do doente como uma manifestação do dano da perda de chance

Como já mencionado anteriormente a figura da perda de chance tem sido chamada também a resolver litígios em que o que está em causa é a ressarcibilidade de danos decorrentes de uma intervenção ou tratamento médico que não foi antecedido da necessária prestação de consentimento do doente ou que não foi antecedido pela necessária prestação de consentimento que revista todas as características¹⁵⁷ que o mesmo deve revestir, nomeadamente no que respeita ao esclarecimento prévio do doente (situações em que a intervenção médica, sem consentimento, ou melhor dizendo, sem consentimento válido e eficaz, é concretizada por um profissional autorizado para tal e sempre em conformidade com as *leges artis*.

A problemática é saber qual o bem jurídico atingido pelo profissional, que na finalidade terapêutica seguida deve ser merecedora da obrigação de indemnizar, que no plano civilístico, se configuraria numa hipótese de violação do direito à integridade física, ou se configuraria antes numa hipótese de violação do direito geral de personalidade¹⁵⁸ (art.70.º CC).

Sublinhando que o consentimento esclarecido prestado pelo doente, exige-se não só por motivos éticos, mas também com o intuito de permitir ao doente lesado decidir a sua situação patrimonial, nos caso em que os prejuízos patrimoniais devem ser incluídos no âmbito de proteção material, ou seja, a solução do ponto de vista do direito civil é a de qualificar a intervenção médica não autorizada como ofensa corporal¹⁵⁹.

Tem sido constatada, aliás, a tendência de, não se conseguir provar o comportamento ilícito e culposo do médico para a produção de um determinado resultado danoso que se associa causalmente à sua atuação.

¹⁵⁷ PEREIRA André Dias, O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004.

¹⁵⁸ Atentado à liberdade de autodeterminação do doente

¹⁵⁹ PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

Para responsabilizar o profissional pela falta de prestação de informação quanto à possibilidade de ocorrência de uma situação indesejada, tem sido acompanhada por um aumento no âmbito e teor de informações que devem ser fornecidas ao doente para que este preste esclarecidamente o seu consentimento, pois é possível a possibilidade de um agravamento com a passagem do tempo¹⁶⁰.

A informação prestada deve ser considerada como um dever, pois a chance de evitar a intervenção mede-se em função dos riscos que ela importa e a que se poderia ter escapado.

A aplicação e a reparação do dano desta figura pressupõem a existência de uma aleatoriedade crescente. A incerteza do desenrolar dos acontecimentos tem que ser inerente aos próprios acontecimentos, pois assentam na dúvida sobre a escolha que o próprio lesado teria feito na falta do facto ilícito e culposo daquele de cuja responsabilidade se trata¹⁶¹. Nestes casos não é uma chance que se perde, é uma “*choice*” que se inviabiliza¹⁶².

¹⁶⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018 (Processo 7053/12.7TBVNG.P1.S1)

¹⁶¹ PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

¹⁶² Aliás, na doutrina anglo-saxónica desenvolveu-se o conceito de “*informed choice*”, em vez de “*informed consent*”, demarcando-se, assim, um perímetro mais amplo, ao reconhecer-se, também terminologicamente que “a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, não só que o paciente consinta ou recuse uma determinada intervenção, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico e farmacêutico”. PEREIRA André Dias, O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004.

11. Greves/Falta de profissionais no sector da saúde e as suas consequências

Nos dois últimos anos registaram-se múltiplas greves no sector da saúde. Médicos e enfermeiros paralisaram os serviços de saúde para pressionar o governo a conceder-lhes mais e melhores condições de trabalho. Pretendem a dignificação das suas profissões e um SNS (Sistema Nacional de Saúde) mais funcional e eficaz.

Apesar de estes profissionais estarem a exercer de forma, aparentemente legítima o direito fundamental previsto no artigo 57º da CRP, os hospitais vêem-se forçados a adiar sucessivamente as cirurgias que se encontram agendadas, derrapando os tempos de espera que, como sabemos, já são bastante extensos.

Resumidamente, podemos afirmar que o exercício do direito à greve de forma repetida e prolongada por parte dos médicos e enfermeiros “atira” o nosso SNS para o caos.

Esta situação preocupante afeta não só o hospital e todos os seus funcionários, mas também os seus utentes dos serviços de saúde, principalmente aqueles que se encontram com problemas graves de saúde.

Para que tenhamos uma ideia mais concreta do impacto que estas greves têm, creio que será relevante apresentar um dado estatístico: por cada dia de greve, são adiadas cerca de 3 mil cirurgias. Ora, tomemos por exemplo, uma greve de 5 dias e facilmente percebemos que o número de cirurgias adiadas ronda as 15 mil. Sendo as greves tão frequentes e tão duradouras, o funcionamento dos blocos operatórios entra em colapso. Com isto, nem os doentes que sofrem de patologias mais graves, como cancro, são todos operados em tempo útil.

A não realização das cirurgias atempadas tem consequências na saúde e na expectativa de vida dos doentes, principalmente dos doentes oncológicos. Podendo desta forma considerar que estes casos, que não são garantidos pelos serviços mínimos, deveriam ser com fundamento na perda de chance. Estamos a falar de pessoas que padecem de doenças graves, que estariam garantidas pelos serviços mínimos devido ao

seu estado de saúde. Porém, tal não aconteceu devido à insuficiência de meios que os hospitais dispõem, em dias de greve, para lidar com casos urgentes.

São os próprios médicos que alertam constantemente a população para a importância de um diagnóstico precoce, visto que as consequências de variadíssimas doenças podem ser mitigadas ou até mesmo eliminadas caso estas sejam detetadas atempadamente.

Outra grande problemática verificada ultimamente no SNS Português é a falta de profissionais obstetras, os constrangimentos mantêm-se ainda em diversos hospitais públicos, sendo mais evidentes nas unidades hospitalares de Lisboa e Vale do Tejo, Algarve e Alentejo. Recorde-se que, em junho, num caso que abalou o País, um bebé terá morrido por alegada falta de médicos obstetras no hospital das Caldas da Rainha. Era uma quarta-feira à noite, a gravidez estava perto do fim e a mulher deslocou-se ao Hospital das Caldas da Rainha pelos seus próprios meios. Só quando lá chegou é que ficou a saber que as urgências de ginecologia/obstetrícia estavam encerradas. Ainda lhe foi feita uma cesariana de emergência, mas o bebé acabou por morrer.

A "insuficiência de médicos" - o tal problema que se tem espalhado pelo país - e a incapacidade de completar a escala do Serviço de Urgência de Ginecologia/Obstetrícia na unidade das Caldas da Rainha "era do conhecimento" do Conselho de Administração do CHO, que não criou nenhum plano de contingência que permitisse a continuidade do serviço. Além disso, não definiu "uma estratégia de comunicação interna", que evitasse as falhas na admissão e triagem desta grávida, e não comunicou aos utentes "a existência de restrições no serviço", que podiam ter evitado que a mulher acima referida se tivesse deslocado ao local¹⁶³. Não deverá esta grávida ter o direito a ser indemnizada pela perda de chance de sobrevivência do seu filho? Um dia depois, a falta de médicos também levou ao fecho da urgência de obstetrícia em Braga.

¹⁶³ Notícia CNN Portugal. Disponível em : <https://cnnportugal.iol.pt/obstetricia/gravida/tudo-falhou-a-esta-gravida-o-que-a-igas-concluiu-sobre-o-caso-do-bebe-que-morreu-no-hospital-das-caldas-da-rainha/20220826/6308c6ce0cf2f9a86eb2d8ce>

Claro está que todo este congestionamento, desordem e perturbação da logística hospitalar fazem parte do exercício do direito à greve, já que o que se pretende é pressionar a entidade empregadora para que esta ceda às exigências feitas pelos trabalhadores, mas de igual modo é importante salientar que em causa está aqui a saúde e a vida da sociedade, o que releva o quanto é importante e frágil a discussão deste tema.

12. Dano indemnizável na perda de chance/Fixação do quantum indemnizatório na responsabilidade civil por perda de chance

A perda de uma chance é um dano específico¹⁶⁴ que não deve ser confundido com o dano final, e que não consiste numa fração deste, além de apresentar as características de ser um dano patrimonial e emergente.

Nesta espécie de dano o que deve ser objeto de indemnização é a chance em si, sendo esta relativa a algo que certamente iria ocorrer, mas no qual interferiram tanto as faculdades de atuação do sujeito como outros fatores, sejam estes passados ou futuros, necessários ou contingentes, ou seja, este cálculo é realizado de acordo com o que foi efetivamente destruído, que é a chance em si.

Melhor dizendo, o que deve ser indemnizado quando configurada a responsabilidade civil por perda de chance é a chance em si – composta pela probabilidade que existia no momento da conduta de alcançar um benefício, ou o evitamento de sofrer um prejuízo.

Para que a chance possa ser objeto de indemnização, sendo considerada juridicamente relevante, não deve consistir numa mera possibilidade de obter um resultado favorável ou uma esperança, mas sim ser caracterizada por uma consistente probabilidade de ocorrência, isto é, a chance corresponde pois, à concreta possibilidade de obter uma vantagem econômica ou evitar uma perda, e não uma mera e abstrata possibilidade de facto¹⁶⁵.

Segundo RUTE TEIXEIRA PEDRO¹⁶⁶ para proceder ao ressarcimento do dano pela perda de uma chance é necessária uma dupla avaliação. Primeiro, deve-se

¹⁶⁴ ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano – Reimpressão da edição de 2017, Almedina, 2020, ISBN 978-972-405-443-8.

¹⁶⁵ “O que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, que deve ser medida em relação à chance perdida, a qual não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final.” - Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07/11/2017 (Processo nº 150/15.9T80HP.C1);

¹⁶⁶ PEDRO, Rute Teixeira. A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

verificar a utilidade econômica que seria alcançada com o resultado final e, em seguida, a probabilidade de alcançá-lo, por regra traduzido num valor percentual. Saliencia-se porém, que o cálculo da probabilidade não pode ser deixado para o momento posterior ao da decisão que aprecia o invocado direito à indemnização, nomeadamente para o incidente da liquidação previsto no art. 609º nº 2 do CPC, visto que tal operação é desde logo necessária para apurar-se se a chance perdida é séria e real. O quantum indemnizatório corresponderá, portanto, ao valor da vantagem esperada, reduzida proporcionalmente à percentagem que represente o grau dessa probabilidade.

Obtidos tais valores, resta aplicar o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, sendo que o resultado de tal operação conduzirá à indemnização a atribuir pela perda de chance.

Assim se, por exemplo, por ato negligente do médico o paciente perde 30% de chances de sobrevivência, e posteriormente, vem a falecer sem que se logre estabelecer, com certeza, o nexos causal entre o facto do médico e a morte, a indemnização pela perda de chance de sobrevivência será calculado, atendendo primeiramente a avaliação do resultado final morte que para efeitos de argumentação, se estabelece em 100.000,00 €, em segundo plano, procede-se à fixação do grau de probabilidade de evitamento de prejuízo, o qual é de 30%, e por final, aplicando esta percentagem àquele valor, fixa-se a indemnização em 30.000,00 €.

Nos casos de impossibilidade de se adotar tal critério devido às dificuldades de se converter num valor numérico as inúmeras possibilidades existentes, ou quando faltarem elementos de prova suficientes para realizar o cálculo de forma segura, deverá recorrer-se a um juízo equitativo, nos termos do artigo 566º, nº 3, do CC.

Ainda no que diz respeito à estipulação do *quantum* indemnizatório, importante se faz ressaltar que o carácter autónomo do dano da perda de chance não o desvincula do dano final, que deverá ser utilizado como parâmetro para quantificação da chance perdida e servir de base para que o julgador verifique a seriedade desta, permitindo-lhe calcular a probabilidade que foi subtraída do lesado de alcançar o resultado que ambicionava em decorrência da conduta lesiva. No que diz

respeito à sua quantificação, deve, pois, o dano da perda de chance atuar paralelamente ao dano final.

Para uma visão prática sobre o referido tema, apresenta-se uma sentença¹⁶⁷ proferida pelo Tribunal Judicial de Lisboa em que se discutia um caso de perda de chance de sobrevivência, devido a um diagnóstico incorreto por parte do profissional médico; O paciente deslocou-se ao serviço das urgências do Hospital pela primeira vez, tendo alta, voltou ao serviço da urgências passado umas horas, com um diagnóstico distinto do primeiro, vindo falecer dias depois, devido a falta atempada do tratamento. Conclui-se pela verificação dos pressupostos da responsabilidade civil e a consequente ressarcibilidade da perda de chance, contudo, surgiram dúvidas sobre o cálculo do quantum indemnizatório, que se traduziram na dificuldade de conversão da chance perdida num valor numérico.

Como se pode confirmar pela análise da sentença em apreço, seguindo maioritariamente as posições de NUNO SANTOS ROCHA e RUTE TEIXEIRA PEDRO, fica explícito que aquele tribunal considerou que a forma mais clara e justa de determinar o valor da indemnização, espelhando, assim, a diferença entre os danos final e intermédio naquele montante, era recorrer ao cálculo em que se decompõe em três operações distintas: «Avaliar, primeiro, qual o valor económico do resultado em expectativa e, de seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. Este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e seriedade das “chances” -, terá que ser por fim aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário da “perda de chance”»¹⁶⁸.

Assim, na hipótese de erro de diagnóstico que levou à morte da paciente, a perda de chance reside, especialmente, na análise das reais chances que

¹⁶⁷ Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015, Transitada em julgado em 12 de outubro de 2015.

¹⁶⁸ Digamos que o quantum indemnizatório a atribuir a título de indemnização pela perda de uma chance corresponderá ao montante da vantagem esperada, reduzida proporcionalmente à percentagem representativa do grau dessa probabilidade (por exemplo, se o prémio ou o quantum decorrente da procedência da ação apresentavam o valor X e a chance de o candidato ser o vencedor ou a chance de a decisão ser favorável ao cliente do advogado faltoso era de 30%, o montante indemnizatório deveria equivaler a 30% de X). Cfr. FERNANDES, Maria Malta, A perda de chance no direito português, op. cit.p. 280.

teria de sobreviver, se o médico tivesse acertado o diagnóstico. Tomando-se por base a maior ou menor complexidade da intervenção, a chance de sobrevivência da paciente será analisada, inicialmente, em termos percentuais, lidando com dados probabilísticos.

O nexa causal¹⁶⁹ que surge nesse tipo de responsabilidade reforça a autonomia da responsabilidade pela perda de chance. Ele residirá na ligação entre a conduta do médico, seja omissiva ou comissiva, e a perda da chance que tinha o paciente de sobreviver. Assim, se a conduta do médico lhe impediu as chances de sobrevivência, que eram, por exemplo, de 60%, o valor final será calculado, aplicando-se tal percentual sobre o valor obtido em razão do dano que causou a morte do paciente.

Analisaremos mais uma questão que se pode revelar problemática, aceitando-se a ressarcibilidade da perda de chance, prende-se com as situações em que há um chamado “terceiro pagador”, e de que é exemplo o regime previsto para a Segurança social e para o pagamento das prestações devidas por morte de um beneficiário da mesma.

Nos termos do art. 70º da Lei de Bases da Segurança Social (Lei nº 4/2007, de 16 de Janeiro), «No caso de concorrência pelo mesmo facto do direito a prestações pecuniárias dos regimes de segurança social com o de indemnização a suportar por terceiros, as instituições de segurança social ficam sub-rogadas nos direitos do lesado até ao limite do valor das prestações que lhes cabe conceder».

No mesmo sentido já dispunham os regimes anteriores (art.26ª da Lei n.º 28/84, de 14.08, artigo 66.º da Lei n.º 17/2000, de 08.08 e art. 71.º da Lei n.º 32/2002, de 20.12).

Vejamos então a seguinte hipótese, um médico omitiu um determinado ato e, com isso, reduziu as chances de sobrevivência de um paciente (beneficiário da Segurança Social) em 30%. Posteriormente, o paciente morre, sem se conseguir asseverar se o ato omitido pelo médico causou a morte, apenas se sabendo que reduziu as chances de sobrevivência na proporção referida.

¹⁶⁹ COSTA, Patrícia Cordeiro da, Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

Poderá a Segurança Social sub-rogar-se na posição dos lesados (familiares da vítima identificados no art. 496.º n.º 2 do C.C) e obter do médico o pagamento das prestações por morte pagas, a deduzir à indemnização?

Pode argumentar-se que não, porquanto a prestação da Segurança Social destina-se a “repara” o dano final (no caso, a morte) e não a perda de chance, pelo que não haveria a identidade pressuposta pelo regime legal acima descrito – adotando-se assim uma visão muito estrita do conceito de autonomia da perda de chance relativamente ao dano final.

Em sentido contrário, partindo da relação estreita existente entre o dano de perda de chance e o dano final, admite-se que tal sub-rogação tenha lugar, argumentando-se que as prestações sociais, ao “reparar” o dano final, “reparam” também a perda das chances de o evitar.

Sob reserva de melhor apreciação, parece que esta segunda posição é a mais adequada. Sendo o dano de perda de chance um dano avançado em relação ao dano final, uma “defesa de segunda linha”¹⁷⁰ do mesmo bem jurídico, a admitir-se a sub-rogação nos casos em que a indemnização se refere ao dano final, parece-me lógico que se admita a mesma também nos casos em que se indemniza a perda de chance de o evitar.

Na realidade, o dano de perda de chance é subsidiário relativamente ao dano final. O primeiro é indemnizado quando o lesado não consegue estabelecer o nexo causal entre o facto do lesante e o dano final. Caso conseguisse estabelecer tal nexo, a sub-rogação ocorreria. Não se vê porque, então, se há-de colocar o lesado em melhor posição (permitindo a cumulação da indemnização com as prestações sociais) do que aquela que em que poderia estar caso provasse o nexo causal entre o facto e o dano final.

Mas, então, e assim sendo, coloca-se uma segunda questão: pode a sub-rogação ser feita, até ao limite das prestações sociais satisfeitas, sobre todo o montante indemnizatório pago a título de indemnização da perda de chance, ou apenas sobre a

¹⁷⁰ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3

parte proporcional à probabilidade fixada (no caso, 30%) – sempre sem exceder, como parece evidente visto estar-se perante a figura da sub-rogação nos direitos do lesado, o montante indemnizatório pago ou a pagar pela perda de chance?

Relata CLAIRE BERAUD¹⁷¹ que a jurisprudência francesa está dividida neste ponto.

Para quem entende que a recuperação das prestações sociais pagas apenas pode ser feita na percentagem correspondente à probabilidade de realização da chance, o argumento está em que onexo causal entre o facto e o dano final – sendo este que determina o pagamento das prestações sociais – apenas está demonstrado nessa proporção. Pelo que onexo causal existente entre as prestações sociais e o facto danoso só pode existir nessa mesma proporção, a única de que a vítima se pode prevalecer.

Também sob reserva, e na decorrência da mesma argumentação, para justificar a circunstância de tender para admitir a sub-rogação nestes casos, parece que a sub-rogação pode ser feita na íntegra, tendo apenas como limites as prestações pagas, por um lado, e a indemnização atribuída/ a atribuir pela perda de chance.

Esta questão tem a virtualidade de mostrar bem a relação estreita que existe entre o dano de perda de chance (dano intermédio) e o dano final, relação essa que, de qualquer modo, não afasta a autonomia do primeiro¹⁷².

Considerando deste modo que a indemnização pela perda de chance não poderá ultrapassar o valor da que é devida em razão do dano final, de maneira que o cálculo do valor da indemnização pela perda de chance tomará por base, necessariamente, a probabilidade de obter um resultado vitorioso.

¹⁷¹ BERAUD, Claire. La Réparation d'une Chance, Sous la direction de Madame le Professeur CECCALDI-GUEBEL. Disponível em www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf.

¹⁷² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-02-2013 - Processo: 488/09.4TBESP.P1.S1; e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14-06-2016 - Processo: 540/13.1T2AVR.P1 Relator: Tomé Ramião.

Conclusões

Ao longo da análise da temática em estudo, o dano da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil por ato médico, é possível verificar que a prática jurisprudencial, perturbou a doutrina que em maior ou menor número tem vindo a debruçar-se sobre a temática, especialmente após o alargamento do ressarcimento aos casos de responsabilidade civil na área da medicina.

A aplicação da doutrina de perda de chance pode (e deve) ter lugar, no nosso ordenamento jurídico, através da sua consideração como um dano autónomo, ainda que a sua autonomia seja meramente relativa, porém suficiente para o destacar do dano final.

Não obstante, a aplicação global da doutrina da perda de chance como um dano autónomo, a mesma encontra ainda alguns obstáculos, desde logo se atendermos a que a aleatoriedade, enquanto característica do resultado final do processo causal hipotético não permite que se preencha o pressuposto do nexo de causalidade entre este resultado e a perda de oportunidade já que não é possível afirmar com segurança que o facto ilícito e culposo do agente foi a *conditio sine qua non* da perda do benefício que se pretendia obter ou do prejuízo que se queria evitar¹⁷³.

Verificamos que a jurisprudência, adiantando-se visivelmente face à doutrina, tem vindo a conceder indemnizações ao dano da perda de chance, em diferentes contextos sociais que se lhe apresentam para dirimir, e entre eles no âmbito da responsabilidade civil por ato médico, seguindo uma perspetiva de atuação que passa por deslocar o nexo causal, para que este se verifique não entre o facto ilícito e o resultado final que o lesado almejava alcançar e sim entre o facto ilícito e a perda de obter esse resultado final.

A aplicação da teoria da perda de chance na prática jurisprudencial é um claro exemplo de como o Direito tem vindo a trilhar novos caminhos de forma a aproximar o mundo jurídico ao mundo social.

¹⁷³ Cfr. FERNANDES, Maria Malta, A perda de chance no direito português, op. cit., p.361.

Ora, atendendo ao acolhimento cada vez mais significativo da figura da perda de chance pela prática jurisprudencial acompanhada pela sua aceitação por parte da doutrina, será de considerar que a chance poderá ser erigida à categoria de bem jurídico tutelável e em consequência, acolhido deverá ser, no instituto da responsabilidade civil, o dano da sua perda. Urgente se torna, pois, uma intervenção do legislador em matéria de direito dos danos para que uma chance perdida aí seja normativamente acolhida e merecedora de uma eficaz tutela ressarcitória do lesado¹⁷⁴.

Concluimos, pois, que atendendo a toda a discussão doutrinária e jurisprudencial que rodeou e continua a rodear a figura, reconhecemos o enorme impulso que a figura da perda de chance tem vindo a dar na evolução do Direito Civil, mas há que admitir que ainda existe um longo caminho até à sua completa aceitação.

¹⁷⁴ Cfr. *idem*, p.368

Bibliografia

ALCOZ, Luis Medina, La Teoría de la Pérdida de Oportunidad,- Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado, Thomson- Civitas, Editorial Aranzadi, 2009.

BAQUERO, Carmen Pérez Ontiveros. Daño Moral por Incumplimiento de Contrato. Editorial Aranzadi. 2006.

BERAUD, Claire. La Réparation d'une Chance, Sous la direction de Madame le Professeur CECCALDI-GUEBEL.

BOCCHIOLA, MAURIZIO, 'Perdita di una "chance" e certezza del danno', em Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 30, 1976.

Disponível em: www.droit.univparis5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf.

DIAS, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO. Dano Corporal: Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Maria Malta, A Perda de Chance no Direito Português, Nova Causa, Edições Jurídicas, março, 2022, ISBN.9789899026407.

FERREIRA, Rui Cardona, "A Perda de Chance - Análise Comparativa e Perspetivas de Ordenação Sistemática" Revista O Direito, 144 (2012).

FERREIRA, Rui Cardona, Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública) Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Iatrogenia e Erro Médico sob o Enfoque da Responsabilidade Civil. Lumen Juris, 2005.

COSTA, Patrícia Cordeiro da, Causalidade, dano e prova – A Incerteza na responsabilidade Civil, Edições Almedina, Reimpressão 2020; ISBN: 9789724061344.

COUTO FILHO, António Ferreira; Instituições de Direito Médico. Forense, 2005.

FARIA, Ribeiro De, Jorge Leite Areias, Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica, em Estudo do Direito da Obrigações e Discursos Académicos. U. Porto Editoria.

FERREIRA, Rafael Pereira, A responsabilidade civil pela perda de chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico português, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

FERREIRA, Rui Cardona - A perda de chance revistada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense). Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>.

FERREIRA, Rui Cardona. A Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance. Coimbra Editora. 2011.

FISCHER, DAVID A, "Tort Recovery for Loss of a Chance", Wake Forest Law Review, 2001. Consultado através do University of Missouri School of Law Scholarship Repository. Disponível em <http://scholarship.law.missouri.edu/facpubs>. op

FRAGATA, José E Martins Luís, O Erro em Medicina (Perspetivas do Indivíduo. da Organização e da Sociedade), Almedina, reimpressão da edição de Novembro de 2004.

GOMES, Júlio Vieira. "Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance." Caderno de Direito Privado, Vol. II. 2012.

GOMES, Júlio Vieira. Em Torno do Dano da Perda de Chance. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Coimbra: Ed. Coimbra, 2009.

GUIZALA, Yvonne Liliana Villarreal - PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Y SU APLICACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD MÉDICA, EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DESDE 1999 A 2018 - Tese de Mestrado 2020 da Universidade Del Rosario. Disponível em: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/31443/TESIS%20LILIANA%20VILLARREAL.%2012.07.2020%20yv.pdf;jsessionid=2AA78243C6C4E5E0325481BBEEF59EF2?sequence=1>

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

KHOURY, Lara, *uncerntain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.

LEITÃO, António Pedro Santos, *Da Perda de Chance: Problemática do enquadramento dogmático*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

MONTEIRO, J. Ferreira Sinde. *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra: Ed. Almedina.

MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Justiça*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MULLER, Christoph. “La Perte d'Une Chance Médicale en Droits Comparé et Suisse.” *Revue Générale de Droit Médical*, 2003.

Notícia CNN Portugal. Disponível em: <https://cnnportugal.iol.pt/obstetricia/gravida/tudo-falhou-a-esta-gravida-o-que-a-igas-concluiu-sobre-o-caso-do-bebe-que-morreu-no-hospital-das-caldas-da-rainha/20220826/6308c6ce0cf2f9a86eb2d8ce>.

OSÓRIO, Gonçalo Vaz; BindNews, 2019. Disponível em: <https://bindrl.pt>

PEDRO, Rute Teixeira – *A responsabilidade civil do médico, reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, 2009, ISBN 978-972-32-1636-3.

PEDRO, Rute Teixeira. *Da tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões*, Coimbra Editora, 2008.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. Volume II Coimbra Editora. 2008.

PRÉVOT, Juan Manuel e CHAIA Rubén Alberto. *Pérdia de Canhe de Curation*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2007.

PEREIRA, André Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Estudo de Direito Civil, Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, C. Alves e VAZ J.Domingos, Avaliação do Doente Cirúrgico, in «CIRURGIA (Patologia e Clínica)» obra coletiva sob coord. de C. Alves Pereira e Joaquim Henriques, McGraw -Hill, 2ª ed. 2006.

RAPOSO, Vera Lúcia, Em Busca da Chance Perdida. O Dano da Perda de Chance, em Especial na Responsabilidade Médica in Revista do Ministério Público, n.º 138, Abril. Junho, 2014.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROCHA, Nuno Santos – A perda de chance como uma nova espécie de dano – Reimpressão da edição de 2017, Almedina, 2020, ISBN 978-972-405-443-8.

SAMÕES, Fernando Augusto, Indemnização por Perda de Chance, dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Portucalense, em Agosto de 2015.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil por perda de chance.

SCHMIDT, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht.

SILVA, Renata do Nascimento E - “Responsabilidade Civil pela perda de uma chance” - Tese de Mestrado De Outubro de 2016 da Universidade de direito em Lisboa, disponível em: <https://www.rcaap.pt>

SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade civil pela perda de uma chance.

SOUZA, Alex Pereira. Instituições de Direito Médico. Forense, 2005.

SOUSAJ, Germano De, Negligência e Erro Médico, Boletim da Ordem dos Advogados.

SOUSA, Luis Filipe Pereira de – O ónus da prova na Responsabilidade Civil Médica - Datavénia, Revista Jurídica Digital, nº 8, 2018, ISBN 2182-8242.

VARELA, Antunes. Das Obrigações em Geral.

VINEY, Genevieve E Jourdain, Patrice, Traité de Droit Civil: Les Conditions de La Responsabilité. 3ª edição. L.G.D.J., 2006.

XAVIER, Henry; TISSERAND, Alice; VENANDET, Guy. Code Civil: textes, jurisprudence, annotations. Quatre-vingt-diux-neuvième edition. Paris: Dalloz, 2000.

Jurisprudência

Jurisprudência Nacional:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-02-2013 - Processo: 488/09.4TBESP.P1.S1 - Relator: Helder Roque;

- Acórdão do STJ de 30/9/2014, processo n.º 739/09.5TVLSB.L1-A.DS1.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23-07- 2015, transitada em julgado em 12-10-2015 - Processo n.º 1573/10.5TJLSB - disponível em: https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_345-380.pdf

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14-06-2016 - Processo: 540/13.1T2AVR.P1
Relator: Tomé Ramião

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07/11/2017 - Processo: 150/15.9T8OHP.C1- Relator: Isaías Pádua;

- Acórdão do STJ de 22 de março de 2018 – Processo 7053/12.7TBVNG.P1.S1

- Acórdão Relação de Lisboa de 16/06/2020 – Proc. nº 8711/19.0T8LSB.L1 – Relator: Isabel Salgado.

Acórdão de STJ - Processo nº 409/09.4YFLSB - Relator: João Bernardo.

Acórdão do STJ - Processo nº 08B1800 - Relator: Rodrigues dos Santos.

Acórdão do STJ - Processo nº462/10.8TBVFR - Relator Salreta Pereira.

Tudo Disponível em: www.dgsi.pt.

Jurisprudência Estrangeira:

- Acórdão do Tribunal de Apelação dos Estados Unidos - Hicks v. United States (1966).
Disponível em: <http://openjurist.org/368/f2d/626/hicks-v-united-states>

- Acórdão do Tribunal Francês - Chambre criminelle da Cour de Cassation, 6 de junho de 1990, processo n.º 89-83703. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>.
- Acórdão do Tribunal Francês - Chambre civile 2 da Cour de Cassation, 17 de fevereiro de 1961, sem número de processo. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>
- Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Brasil 2011 - REsp. nº 1.254.141/PR - Relatora: Ministra Nancy Andrighi - Disponível em : <https://stj.jusbrasil.com.br>
- Apelação Cível - Processo nº 591064837, 5ª Câmara Cível. - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>.
- Acórdão do Tribunal Espanhol – “Sentencia del Consejo de Estado - Sección Tercera, 31 de mayo de 2013, expediente 31724, C.P. Danilo Rojas Betancourth"- GUIZALA Yvonne Liliana Villarreal. – Disponível em: <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/31443/TESIS%20LILIANA%20VILLARREAL.%2012.07.2020%20yv.pdf;jsessionid=2AA78243C6C4E5E0325481BBEEF59EF2?sequence=1>
- Acórdão do Tribunal de Cessação - "Corte di Cassazione - sez. III civ. - sent. 7195/2014: danno da perdita di "chance" di maggiore durata della vita in caso di malattia terminale. - 27 marzo 2014" -Disponível em: <https://www.biodiritto.org>
- Acórdão do Tribunal Francês - "Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 26 septembre 2018, 17-20.143". - Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037473934/>.