



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Tutela da Oportunidade

Sobre a (in)admissibilidade da indemnização pela perda de chance,
em especial no domínio da responsabilidade civil médica

Mafalda Gonzalez Carballo Santos Carvalho

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Tutela da Oportunidade

Sobre a (in)admissibilidade da indemnização pela perda de chance,
em especial no domínio da responsabilidade civil médica

Mafalda Gonzalez Carballo Santos Carvalho

Orientador: Professor Doutor António Agostinho Cardoso Conceição Guedes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

“That to err is human means not only that we must constantly struggle against error, but also that, even when we have taken the greatest care, we cannot be completely certain that we have not made a mistake (...) We are fallible; nobody can avoid not even all avoidable mistakes (...) Our attitude toward mistakes must change (...) Hiding mistakes must be regarded as a deadly sin”.

KARL POPPER, *In Search of a Better World*

*“We’ve learned that quiet isn’t always peace,
and the norms and notions of what just is
isn’t always just-ice”.*

AMANDA GORMAN, *The Hill We Climb*

*Aos meus Pais, por tudo,
e pela **oportunidade** de encontrar o Direito e trilhar este caminho;*

*Ao meu Orientador, Professor Doutor Agostinho Guedes, pela generosidade dos seus
conselhos e do seu incentivo, fundamentais na conclusão deste trabalho;*

Obrigada.

Resumo

A consciencialização da limitação do conhecimento humano tem tornado mais evidente a insuficiência do esquema clássico da responsabilidade civil para a tutela efetiva da posição jurídica do sujeito lesado que, em determinadas situações, se confronta com dificuldades probatórias na demonstração do nexu causal entre o ato do agente e o prejuízo por si sofrido. Neste contexto, a doutrina da perda de chance vem dar resposta a uma necessidade de justiça não prevista pelo legislador, mas que a realidade faz emergir, propugnando uma reparação intermédia que atende ao contexto em que ocorreu a lesão e conforma a indemnização à especificidade do dano sofrido. Daqui decorre a pertinência da sua consideração e o nosso interesse pelo estudo da respetiva admissibilidade em vários domínios, e em especial no âmbito da responsabilidade civil médica. Destarte, perante a necessidade de uma intervenção *favor victimae*, importará perceber se a perda da oportunidade de alcançar a cura ou a sobrevivência resultante de um erro médico pode, por si só, fundamentar o ressarcimento do doente que reunia um conjunto de condições de que dependia a verificação daquele resultado positivo.

Palavras-chave: Perda de Oportunidade; Negligência Médica; Responsabilidade Civil Médica; Indemnização pela Perda de Chance de Cura ou Sobrevivência; Dano; Nexu de Causalidade; Obrigação de Meios.

Abstract

The shortfall of the classic scheme of civil liability to protect the legal position of the injured party who, in certain situations, is faced with the difficulty to show evidence in order to connect agent's act and the damage suffered had been made clearer by the awareness of the limitations of human knowledge. The Loss of Chance Doctrine provides an answer to a need for justice that has not been foreseen by the legislator, but which emerges from reality. It offers an intermediate form of compensation that takes into account the context in which the injury occurred and adapts the compensation to the specific nature of the damage suffered. Hence the need and our interest to study its admissibility in various fields, particularly in the scope of medical civil liability. Given the need for a *favor victimae* intervention, it will be important to understand whether the loss of the opportunity to achieve a cure or survival resulting from a medical error can, by itself, justify the compensation of a patient who met a set of conditions on which the verification of that positive effect depended.

Keywords: Loss of Opportunity; Medical Malpractice; Medical Liability; Tort Recovery for the Loss of a Chance of Cure or Survival; Damage; Causation; Duty of Best Efforts.

Índice

Siglas e Abreviaturas	9
Introdução.....	10
Parte I: A Perda de Chance.....	12
1 O conceito e sua finalidade.....	12
2 Nascimento da figura e sua evolução no Direito Comparado	14
3 Sua presença no ordenamento jurídico português	15
- Posições doutrinárias	16
- Jurisprudência relevante	23
Parte II: A Responsabilidade Civil Médica	27
1 A prestação de cuidados de saúde enquanto obrigação de meios.....	27
2 A responsabilidade contratual do médico de clínica privada e a responsabilidade extracontratual do funcionário público	30
3 A insuficiência do esquema clássico da responsabilidade civil para a tutela efetiva do doente lesado	33
Parte III: A (in)admissibilidade da indemnização pela perda de chance de cura ou sobrevivência.....	36
1 <i>La perte d'une chance de guérison ou de survie</i>	36
2 Sua compatibilidade com o sistema português de responsabilidade civil médica.....	39
3 Mecanismos alternativos para a tutela do paciente.....	41
Conclusão	42
Referências bibliográficas.....	44
Jurisprudência citada	46

Siglas e Abreviaturas

Ac(s).	Acórdão(s)
Art(s).	Artigo(s)
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha)
CC	Código Civil
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cfr.	Confronte
Col.	Coleção
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
EOA	Estatuto da Ordem dos Advogados
EOM	Estatuto da Ordem dos Médicos
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (no mesmo lugar)
<i>I.e.</i>	<i>Id Est</i> (isto é)
N.º	Número
OMS	Organização Mundial de Saúde
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere Citato</i> (obra citada)
P(p).	Página(s)
Rev.	Revista
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TCL	Tribunal da Comarca de Lisboa
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
<i>Vd.</i>	<i>Vide</i> (veja também)
<i>V.g.</i>	<i>Verbi Gratia</i> (por exemplo)
Vol.	Volume

Introdução

Longe vão os tempos em que os médicos eram vistos como aqueles a quem os Deuses haviam transmitido o encargo de tratar dos corpos. Nessa altura, os doutores, homens sagrados dotados de um saber mágico, eram colocados num estatuto superior que não se compadecia com a prestação de contas sobre a conveniência de qualquer ato praticado no âmbito da sua profissão. Entretanto, a evolução do pensamento humano e da noção de “pessoa” enquanto ser individual, moral e titular de direitos invioláveis, a par dos progressos das ciências médicas, contribuíram para uma alteração profunda daquele paradigma¹.

Se é verdade que a medicina é agora encarada como uma ocupação igual a qualquer outra e que, por isso, aqueles que a exercem não são (mais) dignos de impunidade jurídica, também não se nega que, pelo avanço dos conhecimentos e dos meios de diagnóstico e tratamento disponíveis, mas sobretudo pelos valores e bens jurídicos em jogo, exige-se-lhes hoje muito mais. Nesse sentido, desde meados do século passado, tem-se assistido a um aumento significativo do número de litígios no âmbito da atividade médica, nomeadamente ações relativas à responsabilidade por danos derivados de erro médico.

Contudo, ainda que anualmente morram mais pessoas nos hospitais, por acidentes evitáveis, do que nas estradas², a complexidade probatória na afirmação donexo causal entre o facto ilícito culposo praticado pelo clínico e o dano sofrido pelo doente explica a escassez de decisões judiciais proferidas em sentido favorável ao lesado. Ao mesmo tempo, a perspetiva maniqueísta do “tudo ou nada” que o nosso CC³ acolhe é suscetível de conduzir a decisões absolutamente injustas. Destarte, perante a necessidade de uma intervenção *favor victimae*, impõe-se ponderar soluções que garantam a tutela efetiva dos pacientes atingidos por condutas desvaliosas dos profissionais.

De origem jurisprudencial, a teoria da perda de chance consubstancia um dos possíveis remédios para a debelação da patologia acima diagnosticada⁴, sustentando-se na ideia de que se um comportamento censurável do agente tiver privado a vítima de determinadas possibilidades de não sofrer um prejuízo ou de obter uma vantagem, então aquele fica com a obrigação de as reparar. Ora, é justamente com a questão da viabilidade desta tese (e, em

¹ Cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, 1995, pp. 70-72.

² ISABEL NERY, “As vítimas esquecidas dos erros médicos”, *Visão*, 28.1.2017.

³ Doravante, os arts. mencionados sem indicação do respetivo diploma pertencem ao CC português.

⁴ Os termos são de Rute Teixeira Pedro.

particular, da sua admissibilidade no âmbito da responsabilidade médica) que se prende a presente Dissertação.

Começaremos por apresentar, em termos gerais, a figura da perda de chance. Estudaremos o conceito, a sua origem e propósito, e a sua presença nos diferentes ordenamentos jurídicos, em especial no português. Perceberemos, assim, de que forma é que os autores e os tribunais superiores nacionais têm abordado a questão da ressarcibilidade das oportunidades perdidas e que outros meios têm proposto com vista à desoneração do lesado nas demandas judiciais.

Entraremos, de seguida, no domínio específico da responsabilidade civil por ato médico. Analisaremos as particularidades da relação jurídica estabelecida entre o paciente e o prestador de cuidados de saúde em hospital público e clínica privada, e de que forma é que as mesmas se projetam, desde logo, no regime aplicável em cada caso. Ao examinarmos os requisitos necessários à responsabilização do médico, confrontar-nos-emos com o problema que faz emergir a questão-chave a que nos propomos responder neste trabalho: a de saber se a perda da oportunidade de alcançar a cura ou a sobrevivência resultante de um erro médico pode, por si só, fundamentar a tutela ressarcitória da posição jurídica do doente que reunia um conjunto de condições de que dependia a verificação daquele resultado positivo.

Com efeito, questionaremos o enquadramento dogmático da teoria da perda de chance no sistema de responsabilidade civil médica, avaliando os benefícios e as fragilidades da transposição da noção de *perte d'une chance de guérison ou de survie* para o ordenamento nacional. Em particular, procuraremos compreender em que condições poderão os nossos juízes, sem desvirtuar o esquema tradicional, conceder indemnizações com base nesta doutrina e que critérios deverão usar para calcular o respetivo valor.

Perante o alerta da OMS de que, nos países desenvolvidos, um em cada dez doentes é vítima de falhas médicas⁵, este é um assunto que merece a nossa atenção. Convém, porém, ressaltar que não é nossa intenção lançar um ataque aos profissionais de saúde que, hoje mais do que nunca, merecem todo o nosso respeito. Pelo contrário, temos consciência de que, antes de se ser médico, é-se Homem, e que o erro faz parte dessa condição; como tal, resta-nos admirar e confiar no bom trabalho destes cuidadores. O sistema é ineficiente, sim, porque omite e desculpabiliza, não castiga nem previne o erro, para mal de uma sociedade que se resigna e

⁵ LUSA, “Cerca de 2,6 milhões de doentes morrem anualmente devido a erros médicos”, *Público*, 13.9.2019.

sofre. Cabe-nos, pois, enquanto juristas, denunciar as falhas do quadro jurídico vigente e, na ausência de uma revisão legislativa, procurar uma forma válida de as superar.

Parte I: A Perda de Chance

1| O conceito e sua finalidade

Não são raras as situações em que, devido a um comportamento de terceiro, um sujeito perde uma oportunidade de ganho ou de eliminação de uma situação desvantajosa. Naquelas que envolvam um processo aleatório (v.g., jogos de sorte ou azar, competições desportivas), torna-se impossível estabelecer, nos moldes tradicionais, o nexos causal entre o facto ilícito e o resultado útil desejado que não se produziu. Ainda assim, casos existem em que, apesar de não se conseguir demonstrar que a perda de uma certa vantagem é consequência segura da conduta do agente, constata-se que, não fora a ocorrência da segunda, a primeira teria uma probabilidade maior de não se produzir.

Num sistema que incorpora uma “lógica estritamente binária, oscilante entre o reconhecimento do direito a uma indemnização (integral) pelo dano final e a recusa de qualquer indemnização”⁶, a teoria da perda de chance visa impedir que a vítima de um comportamento culposos de terceiro não seja (de todo) compensada por um dano que possivelmente nunca teria sofrido se aquele ato não tivesse tido lugar. Com efeito, entendem os seus defensores que deixar a vítima desprotegida quando as probabilidades que ela dispunha de alcançar a vantagem perdida eram sérias e reais (embora não suficientemente altas para formar a convicção razoável de que o agente provocou o dano) repugnaria ao bom senso, ferindo o sentimento de justiça⁷.

A concessão de uma indemnização fundamentada na doutrina da perda de chance dependerá, contudo, do preenchimento de alguns requisitos. Desde logo, tem de existir um resultado positivo futuro, que se pode traduzir na obtenção de um evento favorável ou na não concretização de uma desvantagem, e cuja verificação, embora possível, não se apresenta como certa. Importa, porém, que a pessoa se encontre efetivamente numa situação de o poder vir a alcançar, reunindo um conjunto de condições de que depende a sua verificação. Por fim, é essencial que um terceiro adote uma conduta suscetível de o fazer incorrer em responsabilidade

⁶ RUI CARDONA FERREIRA, 2012, p. 45.

⁷ Cfr. NUNO SANTOS ROCHA, 2014, pp. 22-23.

civil e que anule, de modo definitivo, as (ou algumas das) possibilidades de o efeito se vir a produzir⁸. Assim, é fundamental que o dano final se tenha materializado e que a sua reparação não possa mais ser propiciada por eventos futuros.

Em síntese, exige-se *certeza* relativamente à existência de uma chance consistente (não nula ou insignificante, nem alta ou suficiente) de se alcançar o resultado útil e, simultaneamente, *incerteza* quanto à ocorrência da vantagem pretendida ou ao evitamento do prejuízo indesejado, não fora a atuação culposa do lesante. Subentendida está, portanto, a necessidade de o lesado ter previamente empregado todos os meios probatórios ao seu dispor para formular um juízo seguro sobre a existência do nexo de causalidade, embora sem sucesso⁹.

A esta luz, a tese da perda de chance, seja ao individualizar a frustração da oportunidade como um dano em si mesmo, seja ao quantificar o prejuízo sofrido de acordo com a probabilidade da causalidade provada, consoante se encare o problema do ponto de vista do dano ou da causalidade, permite superar as manifestas dificuldades probatórias sentidas pelo lesado na demonstração do nexo causal entre o ato do agente e o dano por si sofrido. Isto porque, relembre-se, dada a aleatoriedade do efeito favorável, não se pode dar por assente que o comportamento do terceiro seja condição adequada da sua não obtenção e, ao não se cumprir um dos pressupostos da responsabilidade civil, não é possível reconhecer, nos termos do Direito constituído, uma indemnização pelo resultado final.

No entanto, se o prejuízo considerado for a frustração das chances presentes *per se*, já podemos afirmar que a atuação do terceiro é causa jurídica da verificação daquela específica perda e, dessa forma, admitir o respetivo ressarcimento. Se, em alternativa, optarmos por trazer à colação a ideia de causalidade probabilística, já será possível reparar o dano final (a não ocorrência do resultado pretendido) mediante a redução da indemnização na medida do vínculo causal existente entre a conduta censurável do agente e o prejuízo sofrido.

Assim, a teoria da perda de chance vem dar resposta a necessidades de justiça que o legislador não previu, mas que a realidade faz emergir, propugnando uma tutela reparatória intermédia de posições jurídicas que acreditamos merecerem, também elas, a proteção do Direito. Daqui decorre a pertinência da sua consideração e o nosso interesse pelo estudo da respetiva admissibilidade em vários domínios, e num em especial.

⁸ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2011, pp. 48-49.

⁹ Cfr. PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, 2016, pp. 97-107.

2| Nascimento da figura e sua evolução no Direito Comparado

Fruto do labor jurisprudencial e do importante contributo doutrinal, a noção de perda de chance surgiu em França no fim do século XIX. Num acórdão proferido a 17.7.1889, a *Cour de Cassation* deu provimento a um pedido de indemnização dirigido contra um *officier ministériel* que, por negligência, impossibilitou o recurso de uma decisão judicial e, conseqüentemente, a obtenção de ganho de causa. Desde então, os tribunais franceses vêm confirmando a doutrina, não só no âmbito da responsabilidade civil de profissionais forenses, mas nos mais diversos contextos, desde situações de perda de oportunidade de vitória em concursos públicos e competições desportivas, às hipóteses de frustração da possibilidade de obter uma promoção profissional, aceder a determinadas funções ou celebrar um contrato. Também foi em França que a teoria começou a ser aplicada em casos de responsabilidade civil médica, com a introdução da noção de *perte d'une chance de guérison et de survie*¹⁰.

Anos mais tarde, em 1911, no caso *Chaplin v. Hicks*, o *English Court of Appeal* abriu caminho para a aceitação da indemnização pela perda de chance no ordenamento inglês ao decidir pela ressarcibilidade da possibilidade malograda de uma candidata pré-selecionada ganhar um concurso de beleza por não ter sido tempestivamente notificada para uma entrevista final. Apesar de os tribunais ingleses não a convocarem de forma tão recorrente, a doutrina encontra-se perfeitamente enraizada no sistema jurídico¹¹.

Pese embora a controvérsia doutrinal à sua volta, a figura da perda de chance tem sido igualmente acolhida pela Jurisprudência italiana, sobretudo em ações de Direito do Trabalho. Com efeito, em 1983 a *Corte di Cassazione* decidiu pela primeira vez conceder uma indemnização pela perda da possibilidade de celebração de contrato de trabalho a um grupo de indivíduos, no seguimento de uma interrupção injustificada do procedimento de admissão¹².

Assim, ao longo do século XX a teoria foi-se desenvolvendo e difundindo, tendo mesmo chegado à Austrália, onde é aplicada essencialmente a situações que comportam perdas de oportunidades de natureza económica. Na América, os tribunais do Brasil, Argentina e Estados Unidos reconhecem sem dificuldade a ressarcibilidade das chances, ainda que os norte-

¹⁰ Cfr. NUNO SANTOS ROCHA, 2014, p. 24.

¹¹ Cfr. PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, 2016, p. 57.

¹² Cfr. RUI CARDONA FERREIRA, 2012, pp. 38-41.

americanos façam uso do conceito de *loss of a chance* apenas e só nos casos de responsabilidade médica¹³.

A par disso, para a consolidação e difusão desta tese têm contribuído todas as instituições e organizações que decidem ou apresentam propostas baseadas na comparação de experiências jurídicas nacionais. A título de exemplo, quando o Conselho da UE aprovou a Diretiva 92/13/CEE, de 25.2.1992, impondo aos Estados-membros a garantia do ressarcimento sempre que, no âmbito de um processo de adjudicação de contratos no setor público, o interessado tenha tido uma possibilidade real de obter o contrato e esta tenha sido comprometida pela violação de normas procedimentais, o legislador comunitário revelou compreender a justiça da indemnizabilidade da frustração de oportunidades sérias, atendendo à aceitação generalizada da doutrina da perda de chance em vários ordenamentos jurídicos europeus.

Também o Tribunal de Justiça da UE, no caso *Farrugia*, mostrou reconhecer a figura ao apreciar um pedido de indemnização pela perda da oportunidade de obtenção de uma bolsa de investigação apresentado por um candidato que a Comissão Europeia erradamente julgara não cumprir os requisitos necessários à dita atribuição¹⁴. No mesmo sentido, apesar de não se considerar legitimado para convocar rigorosamente a teoria da perda de chance, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem admitido a ressarcibilidade deste dano, especialmente em situações de responsabilidade civil que envolvam a violação do direito fundamental a um processo equitativo, consagrado no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no âmbito de um contrato de mandato forense¹⁵.

Last but not least, há que enaltecer o papel que a Doutrina europeia assume no tratamento da responsabilidade civil, nomeadamente através da preparação de textos baseados na evolução do Direito interno dos Estados-membros que, apesar de destituídos de força legal, reúnem regras e princípios de Direito Privado partilhados por vários ordenamentos, apresentando soluções idóneas como a da teoria da perda de chance¹⁶.

3| Sua presença no ordenamento jurídico português

Por ser aquele que nos toca, dedicaremos especial atenção ao caso português.

¹³ Cfr. LUIS MEDINA ALCOZ, 2007, pp. 130-139.

¹⁴ Cfr. *Frederick Farrugia contre Commission des Communautés européennes*, de 21.3.1996.

¹⁵ Cfr. LUIS MEDINA ALCOZ, 2007, pp. 153-167.

¹⁶ Cfr. Art. 7.4.3, n.º 2 dos Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais, art. 163.º, n.º 1, alínea b da Parte Geral do projeto preliminar do Código Europeu dos Contratos e art. 3:106 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil.

Nos últimos anos, os juízes portugueses têm dado cada vez maior uso à noção de perda de chance, seja para a criticarem, seja para fundamentarem a condenação do agente ao pagamento de uma indemnização pela frustração de uma oportunidade.

Não obstante, até há não muito tempo, ainda que algumas sentenças pudessem refletir um raciocínio semelhante ao que sustenta aquela teoria, os tribunais evitavam a sua referência expressa. Paralelamente, embora fosse objeto de aceso debate noutros países, entre nós poucos eram os autores que se ocupavam do estudo da figura da perda de oportunidade.

Assim, é já no presente século que começam a surgir, de forma sólida e clara, as primeiras menções à doutrina da perda de chance em acórdãos, artigos, estudos e obras. Contudo, a complexidade do seu enquadramento dogmático no ordenamento jurídico português, *maxime* a sua (in)compatibilidade com a conceção clássica de causalidade, faz prever algumas divergências.

- Posições doutrinárias

Tradicionalmente, as dúvidas em torno do estabelecimento donexo causal são resolvidas através do recurso ao critério de “tudo ou nada”, segundo o qual “ou não existe relação de causalidade e não se impõe qualquer responsabilidade, ou, se existe, a responsabilidade é total, ou integral, isto é, igual à totalidade dos prejuízos sofridos pela vítima”¹⁷. Este é o entendimento adotado na maioria dos ordenamentos jurídicos, sendo que nuns se exige apenas que o dano seja atual e certo (*i.e.*, a causalidade é afirmada desde que se verifique um alto índice de probabilidade, que “não deverá andar muito longe de uma probabilidade para além de dúvidas razoáveis, e certamente bem acima dos 50%”¹⁸), enquanto noutros se nega a indemnização sempre que o evento lesivo não tenha sido *conditio sine qua non* do prejuízo.

Todavia, a Doutrina tem admitido que, quando a lesão é marcada por uma incerteza sobre qual teria sido a evolução dos acontecimentos futuros e, conseqüentemente, o julgador não encontra um grau suficiente de probabilidade para determinar que o agente causou o dano, a aplicação da *all-or-nothing approach* pode conduzir a soluções drásticas e desadequadas. Com efeito, numa tentativa de não deixar tais situações fora das malhas da Justiça, os autores têm-se ocupado do estudo de soluções como a da indemnização pela perda de chance, colocando o foco, ora no prisma do dano, ora no plano do nexocausal.

¹⁷ PAULO MOTA PINTO, 2009, p. 1104, nota 3103.

¹⁸ *Ibid.*

Carneiro da Frada propõe, “como uma das formas de resolver este género de problemas”, a consideração da perda de oportunidade como um *dano* em si, “como que antecipando o prejuízo relevante em relação ao dano final (apenas hipotético, v.g., da ausência de cura, da perda do concurso, do malograr das negociações por outros motivos), para cuja ocorrência se não pode asseverar umnexo causal suficiente”¹⁹. De facto, se partirmos da ideia de que a chance de se obter um resultado favorável, quando séria e real, consubstancia um bem jurídico autónomo economicamente avaliável e integrante do património jurídico do lesado, então quando um facto ilícito culposo produza a sua lesão gera-se um dano que reclama a correspondente indemnização.

Ora, porque não dispomos de uma norma que tutele, em geral, o direito da pessoa ao seu património, a ressarcibilidade da oportunidade perdida exige, em cada caso, que a chance configure um bem jurídico tutelável. Nesse sentido, numa relação suscetível de incorrer em responsabilidade civil contratual, a perda de uma oportunidade pode ser indemnizável na medida em que as partes tenham acordado erigir a chance a bem jurídico protegido pelo contrato. Já no plano delitual, não sendo a questão tão pacífica²⁰, Nuno Santos Rocha propõe uma operação de extensão da tutela conferida ao resultado útil desejado – v.g., no âmbito da relação médico-paciente, a proteção que a CRP reconhece à vida, à integridade pessoal e à saúde – à *possibilidade* de aquele se verificar, sugerindo, no fundo, que se pense na chance como “o bem jurídico ainda numa fase embrionária, à espera do seu nascimento”²¹. Para sustentar a sua tese, o autor invoca a atual tendência de ampliação gradual do dano ressarcível, no seio de uma responsabilidade civil que se quer mais solidária com a vítima.

Como Rute Pedro explica, trata-se de reconhecer o carácter intermédio ou instrumental do *dano* da perda de chance face ao dano final. Esta natureza subsidiária manifesta-se, especialmente, ao nível do ressarcimento da oportunidade malograda, que só tem lugar quando não haja reparação da perda do resultado, sendo o *quantum debeat* aferido em função da probabilidade que o resultado útil teria de se efetivar²².

De todo o modo, a construção da perda de chance como uma (nova) espécie de *dano* ganha força, em primeira linha, por permitir a qualificação da destruição de uma oportunidade como

¹⁹ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, 2006, p. 104.

²⁰ *Ibid.*: “No campo delitual esse caminho é bem mais difícil de trilhar: a primeira alternativa do art. 483 n.º 1 não dá espaço e, fora desse contexto, tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da «chance»”.

²¹ NUNO SANTOS ROCHA, 2014, pp. 94 e ss.

²² Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2008, p. 460.

um prejuízo autonomamente indenizável sem implicar qualquer deturpação na aplicação do esquema clássico da responsabilidade civil, *maxime* na exigência de verificação do nexo causal, na medida em que o lesado continua a ter “que provar que a conduta do lesante terá sido condição necessária para a sua perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de ter conseguido evitar um prejuízo”²³.

Muito mais criticada, precisamente por provocar um corte radical com o quadro normativo vigente, é a abordagem que coloca o cerne da questão ao nível do *nexo causal*, sustentando a viabilidade da indemnização pela perda de chance numa ideia de causalidade probabilística. Nesta nova interpretação, em vez de traduzir uma modalidade especial de dano, a perda de chance surge como um artifício a que o juiz recorre para superar a incerteza na apreciação do nexo de causalidade e, assim, fundamentar uma indemnização “parcial” do único prejuízo verdadeiramente existente (a não ocorrência do efeito útil pretendido, o dano final)²⁴ quantificada a partir da probabilidade da causalidade provada.

Apesar de ser defendida em vários países, entre nós há um consenso quase unânime na rejeição desta aceção da perda de chance. A exceção parece estar em Rui Cardona Ferreira que, no caso das lesões de bens patrimoniais, admite a “rutura com um entendimento monolítico da relação de causalidade exigível” quando “existam dados normativos que justifiquem um abaixamento da respetiva fasquia, normalmente estabelecida a partir do patamar mínimo da *conditio sine qua non*”²⁵.

O autor defende, porém, que se opte por uma conceção estritamente normativa da perda de chance nas hipóteses que envolvam lesões de bens não patrimoniais, como a vida e a saúde, que são tutelados “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”²⁶. Afirma que, nestas situações, a (especial) proteção normativa conferida aos direitos e interesses finalisticamente colocados em perigo reclama a proteção da simples chance de os ver satisfeitos, justificando-se assim a indenizabilidade da oportunidade perdida. Em suma, será o próprio Direito a exigir a tutela da chance.

²³ NUNO SANTOS ROCHA, 2014, pp. 49-50.

²⁴ Cfr. *Ibid.*, pp. 33 e ss.

²⁵ RUI CARDONA FERREIRA, 2012, p. 57.

²⁶ *Ibid.*, p. 52.

Ora, sem desvalorizar as mencionadas (e recentes) tentativas de compatibilização da indemnização pela perda de uma chance com o sistema jurídico português, entendemos que a posição predominante seja ainda no sentido de inexistir uma base jurídico-positiva que a suporte. Senão, vejamos.

Começemos por Júlio Gomes que, sem esconder o seu ceticismo em relação à individualização do *dano* da perda de chance, lhe aponta uma série de problemas de índole concetual e prática. Desde logo reticente face à artificialidade da antecipação ficcionada de um prejuízo hipotético, o autor questiona a (quase) consensual classificação da perda de uma oportunidade como um dano emergente (*i.e.*, um prejuízo certo e atual no património do lesado), argumentando que, por a sua quantificação depender sempre da verificação e da extensão de um dano final, não poderá, em bom rigor, ser atribuído à chance um valor próprio²⁷.

Acrescenta que, mais do que uma simples “revisão do conceito de dano e uma ampliação deste”, a tese da perda de chance implica uma “rutura, mais ou menos camuflada, com a conceção clássica da *causalidade*”, na medida em que “a justificação da reparação da perda de chance só é possível numa conceção da causalidade que, tendo em conta a complexidade do real, reconhece na produção dos fenómenos a combinação da lei causal com a lei aleatória”²⁸. Júlio Gomes põe, assim, em evidência que o acolhimento desta doutrina pressuporia a aceitação da causalidade probabilística (e a conseqüente dispensa do rigoroso critério da causalidade necessária), rematando que, apesar de a solução dada pela teoria da causalidade adequada ser contestável, foi essa que o legislador escolheu consagrar no CC²⁹.

Compreendemos, pois, o que leva Paulo Mota Pinto a defender que uma proposta de *jure condendo* baseada na autonomização de um (novo) tipo de dano, como o da perda de chance, carece de apoios, e a preferir, ao invés, o recurso a mecanismos dirigidos ao alívio do encargo probatório do lesado, nomeadamente “o caminho da inversão do ónus, ou da facilitação da prova, da causalidade e do dano, com posterior redução da indemnização, designadamente por aplicação do art. 494.º do CC”³⁰.

²⁷ O autor ressalva, porém, os casos pontuais em que a chance se tenha densificado ao ponto de se poder falar, sem se estar a ceder ao arbítrio do juiz, de uma “quase propriedade”, ou mesmo um bem, designadamente “a situação em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado (...) de uma fase posterior de um concurso”. Cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, 2008, pp. 305 e ss.

²⁸ *Ibid.*, p. 318.

²⁹ Cfr. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, 2012, pp. 17-29.

³⁰ PAULO MOTA PINTO, 2009, p. 1106, nota 3103.

Resumidamente, para o autor, o problema que aqui se coloca é o de saber se a proteção garantida pela norma violada, ou a tutela conferida ao bem jurídico afetado, incluem a mera elevação do risco de lesão (*i.e.*, a diminuição das chances de evitar o prejuízo). Por outras palavras, aquilo que se pergunta é se o simples incremento do risco associado à perda de oportunidades alternativas é suficiente para que o agente fique obrigado ao pagamento de uma indemnização. Ora, *de jure condito* a resposta parece ser negativa.

Consciente, porém, da potencialidade da teoria “gradualista” da perda de chance para colmatar as eventuais injustiças decorrentes do princípio do “tudo ou nada”, Mota Pinto conclui que “a aceitar-se esta ampliação (...), nunca deveria optar-se por considerar relevante qualquer elevação do risco”, exigindo-se antes, e sempre, um limiar mínimo de relevância da chance. Ainda assim, o Professor mantém as suas reservas perante uma doutrina que, a seu ver, traz insegurança e incute uma responsabilização excessiva, transformando o “lesante em garante da probabilidade de sucesso de cada titular da chance quando esta, por definição, não oferecia nada garantido”³¹.

Quem também escolhe abordar a questão partindo da ideia de elevação do risco, mas sem partilhar a desconfiança perante a indemnização pela perda de chance, é Mafalda Miranda Barbosa. Com efeito, a autora não defende que nas situações sobre as quais nos debruçamos seja negado o ressarcimento pela falta de demonstração do nexo causal, mas também não concorda que aquele apenas tenha lugar quando a relevância da chance seja superior a, *v.g.*, 50%. Diferentemente, prefere pensar no problema a partir de uma “adequada compreensão personalística do requisito causal, entendido como imputação objetiva”³².

Em vez de seguir o caminho clássico que associa a causalidade à adequação (*i.e.*, à idoneidade do comportamento para a produção do dano), a Professora entende que causa do dano é aquela que possa ser *objetivamente imputável* ao agente. Apelando a uma leitura ético-axiológica do pressuposto delitual e a uma visão da responsabilidade assente na pessoalidade, esclarece que o nexo de imputação se cumpre quando alguém tenha previamente assumido uma esfera de risco e, posteriormente, adotado um comportamento desvalioso, contribuindo para a elevação do risco de se gerar um dano.

Assim, porque à partida serão imputáveis ao agente todos os prejuízos com raiz na esfera de responsabilidade que encabeça, então sempre que tenha incrementado o risco da sua produção

³¹ *Ibid.*

³² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, 2017, p. 334.

através de uma atuação ilícita culposa, aquele ficará obrigado à reparação do dano gerado (que também poderá ter resultado de uma outra causa) mediante o pagamento de uma indenização ao lesado. Salvaguardada ficará, todavia, a possibilidade de o pretense lesante apresentar contraprova³³.

Sem desconsiderar a relevância e originalidade desta proposta, receamos que, ao dar espaço para o ressarcimento de danos na verdade não produzidos pelo agente, se lhe possa ser também associado o efeito de responsabilização desmedida. Ainda assim, enaltecemos a sua inspiração na ideia defendida por Vaz Serra de, nos processos de responsabilidade civil profissional, se fazer funcionar uma inversão do ônus da prova da causalidade. Com efeito, na ótica do Professor, quando o profissional, titular de uma esfera de responsabilidade assente em deveres para com o outro, “mediante conduta culposa, [tivesse] exposto a outra parte a um perigo que poderia ter causado o dano, o qual também poderia ser produzido por outra causa”, dar-se-ia a inversão do ônus probatório, na medida em que não seria razoável exigir ao lesado tal demonstração³⁴.

Vaz Serra apresentou esta ideia no âmbito dos trabalhos preparatórios do CC, aquando da discussão sobre o sentido a dar à norma atualmente consagrada no art. 344.º, n.º 2. O dilema estava em saber se o preceito que hoje estabelece “a inversão do ônus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado” visaria sancionar tão-só aqueles que, tendo o dever de conservar as provas, as tivessem inutilizado ou tornado de todo impossível o seu uso, ou se, ademais, alcançaria as situações em que não pudesse ser exigido o cumprimento do ônus probatório por razões de justiça ou razoabilidade – ou porque a atuação culposa do agente tornara a prova impossível, ou porque aquele, sendo um profissional, expusera alguém a um perigo (apenas) apto a produzir o dano. Apoiando-se na solução ensaiada pelo BGH de inverter o ônus da prova quanto à causalidade nos casos de negligência médica grosseira, Vaz Serra defendeu a dupla hipótese; contudo, na passagem ao texto definitivo, a alusão ao último grupo de casos acabou por não se cumprir³⁵.

³³ Cfr. *Ibid.*, pp. 265 e ss.

³⁴ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, 1961, pp. 160 e ss.

³⁵ Jorge Ribeiro de Faria entendia, porém, que a redação atual do preceito deixa alguma margem aos tribunais para alargarem a “responsabilidade pela impossibilidade de prova para além das situações em que se tivesse o dever antecipado de exibir na situação ajuizada as provas deste ou daquele comportamento (...), preparando o terreno para uma intervenção legislativa que aqui vai acabar por vir” (*in* JORGE RIBEIRO DE FARIA, 2004, pp. 193-195). *A contrario*, Patrícia Cordeiro da Costa considera duvidosa a aplicação daquela regra especial “aos casos em que a impossibilidade ou dificuldade de prova deriva de atos ou omissões eles próprios integrados no processo causal que pode ter provocado o dano – e não de atos incidentes sobre os meios probatórios” (*in op. cit.*, p. 133).

Concluimos, portanto, que os que não cedem à teoria da perda de chance e, simultaneamente, reconhecem a insuficiência da teoria do “tudo ou nada” tendem a exigir, para as situações em apreço, uma resposta ao nível da distribuição do encargo probatório. A verdade é que, como Rui Soares Pereira enfatiza, nos casos em que a violação de um dever “torna virtualmente impossível demonstrar a causalidade ou imputar certos danos para certas esferas de risco”, a inversão do ónus possibilita a afirmação da responsabilidade sem que o lesado faça prova daquela conexão³⁶.

No cerne desta solução poderá estar uma versão mais radical da aludida teoria do aumento do risco, segundo a qual a pessoa que, preterindo um dever, potencia uma fonte de perigo para terceiros deve, não só responder pelo dano que afete um deles e constitua uma concretização normal daquele risco (a menos que mostre que o prejuízo não procedeu daquela fonte), como ainda suportar “a dificuldade sentida na apreciação do nexos causal, pois que foi ela quem criou o risco de impossibilidade de identificação da causa do dano”³⁷. Ou então, virando o foco para o lesado, poder-se-á dizer que, em processos causais complexos, é já tarefa bastante demonstrar a inobservância de um dever e a consequente criação ou aumento de um risco de produção de um dano, “não lhe devendo ser exigido o esforço acrescido de elucidação sobre a concreta eficiência causal da inobservância do dever para o dano”³⁸.

De facto, vai-se tornando cada vez mais claro que, pese embora a sua sintonia com a visão clássica da causalidade e da certeza do dano, a *all-or-nothing approach* peca por contrariar as concepções atuais acerca da imperfeição do conhecimento humano e da falibilidade do saber empírico “ao pretender estabelecer como algo insofismável um facto – ou a sua não verificação – relativamente ao qual não se logra ter a certeza absoluta de que o mesmo ocorreu, apenas se podendo fazer um juízo de probabilidade sobre essa ocorrência”³⁹. Indo mais longe, o recurso ao critério de “tudo ou nada” é suscetível de ofender o sentimento material de justiça, seja por deixar a vítima desprotegida quando não demonstre a causalidade (porque a conduta do lesante tornou essa prova impossível), seja por exigir ao agente a reparação total de um prejuízo que pode não ter causado (em absoluto).

³⁶ RUI SOARES PEREIRA, 2017, p. 1188.

³⁷ PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, 2016, p. 131.

³⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2008, pp. 352-364. *Vd.* JORGE RIBEIRO DE FARIA, 2004, p. 154, onde se destaca a visão do alemão Prölss de uma repartição do encargo probatório segundo zonas de perigo feita a partir da percepção de qual das partes, em função das circunstâncias, está mais perto das mesmas para suportar as consequências da falta de prova; nesse sentido, tendo o facto se desenrolado no campo de ação que o pretensor autor do dano domina, será precisamente ele que, à partida, se encontra em melhores condições para elucidar sobre a causa.

³⁹ PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, 2016, pp. 124-127.

Há quem afirme, no entanto, que as limitações desta teoria poderiam ser superadas através da introdução de técnicas de facilitação probatória que, como o nome indica, auxiliam a prova do facto à pessoa sobre quem recai o ónus de o demonstrar. Dentro dos vários instrumentos possíveis, as presunções judiciais e a prova de primeira aparência seriam os mais facilmente defensáveis à luz do nosso Direito⁴⁰.

Na verdade, as presunções judiciais, mediante as quais o juiz retira de uma relação de probabilidade típica entre um facto e uma causa, estabelecida com base em regras técnicas ou da experiência comum, a afirmação do nexó causal entre um concreto comportamento e um dano específico, já se encontram previstas no art. 351.º. Similarmente, através do mecanismo da prova *prima facie*, o julgador atribui um valor cognoscitivo semelhante ao da prova direta a elementos (provados) que apresentam uma força de convencimento inferior, tendo-se como demonstrado “em primeira aparência” o facto controvertido⁴¹. Escusado será dizer que o uso destas técnicas de simplificação da atividade processual do demandante, a ser generalizadamente aceite, teria que realizar-se nos termos do princípio da livre apreciação de prova e sem prejuízo de à contraparte ser garantida a possibilidade de demonstração de factos refutadores do raciocínio lógico-conclusivo exercido.

Ficam assim explicadas as alternativas geralmente apresentadas pelos autores que, por mais que compreendam a *ratio* da indemnização pela perda de chance, se recusam a aceitá-la. Para lá da sua (questionável) contradição com o quadro normativo, as principais críticas apontadas à teoria prendem-se com o facto de ser uma construção factícia que, sem dar sequer resposta a todos os problemas de incerteza causal, cria uma discussão infundável em torno dos graus de certeza exigidos e dos critérios de fixação do *quantum respondeatur*.

Considerando o *supra* exposto, podemos concluir que uma maior abertura da Doutrina à reflexão em torno da teoria da perda de oportunidade contribuiria para o necessário alinhamento das condições de admissibilidade e dos critérios por ela empregues ou, pelo menos, para uma maior harmonização judicial nesta sede.

- Jurisprudência relevante

⁴⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 127 e ss.

⁴¹ Numa palavra, tem-se em consideração que a tipicidade da factualidade provada “justifica a exigência de um menor «grau» de prova para que o juiz considere o remanescente (e desconhecido) decurso factual ocorrido” (*in* RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2008, pp. 341-343).

Longe de ser uma questão pacífica, a indemnização pela perda de chance vai sendo progressivamente apreciada e, até, acolhida nas decisões judiciais. Na verdade, se em 2015 se destacava a atitude altamente restritiva do STJ perante a doutrina da perda de oportunidade, então chamada à colação apenas “em situações pontuais e residuais”⁴², em 2017 parecia estar já “praticamente superada alguma resistência, em especial na Jurisprudência no reconhecimento da validade desse instituto como possível fundamento de responsabilidade civil”⁴³. Em todo o caso, entre nós, o conceito tem sido abordado, sobretudo, em três grupos de casos.

O primeiro respeita às hipóteses de perda de chance de ganho, designadamente a propósito da exclusão de candidatos de procedimentos concursais. Nesse contexto, em 2009, chamado a pronunciar-se sobre a situação de uma empresa de fornecimento de equipamentos médicos que fora liminarmente afastada de um concurso público por a transportadora que havia contratado para a entrega do pacote que corporizava a sua proposta não o ter feito chegar atempadamente à entidade destinatária, o STJ entendeu que, em virtude de o processo de seleção também “depende de juízos de discricionariedade e de manifesta álea”, não se podia imputar à Ré o facto de aquela sociedade não ter ganho o concurso, nem afirmar a existência de “nexo causal entre o ato danoso da entrega intempestiva da proposta pela Ré e o facto de a Autora ter sido excluída do concurso público a que se pretendia candidatar através da mesma”⁴⁴. No mesmo ano, o Tribunal superior negou o ressarcimento da chance perdida de progredir na carreira a uma professora que, em virtude de um ato ilícito de terceiro, não viu a sua candidatura à obtenção da classificação de “Excelente” ser apreciada⁴⁵. Mais recentemente, em 2016, o Supremo Tribunal voltou a rejeitar a indemnização a um trabalhador que alegava ter perdido a oportunidade de ser promovido devido ao assédio moral de que fora comprovadamente vítima, por este não ter feito prova suficiente do dano (*i.e.*, que teria subido de cargo se lhe tivessem sido atribuídas tarefas concordantes com a função para que fora contratado)⁴⁶.

Não há dúvida, porém, de que é no âmbito da responsabilidade civil de profissionais no exercício do mandato forense que os tribunais portugueses mais se têm debruçado sobre a figura

⁴² Ac. do STJ de 9.7.2015 (Tomé Gomes).

⁴³ Ac. do TRP de 28.11.2017 (Rui Moreira).

⁴⁴ Ac. do STJ de 16.6.2009 (Hélder Roque).

⁴⁵ Cfr. Ac. do STJ de 22.10.2009 (João Bernardo). Este parece-nos ser um exemplo de reconhecimento encapotado do direito ao ressarcimento pela perda de uma chance, já que a demandante foi indemnizada, a título de danos não patrimoniais, pela profunda angústia e frustração de não ter visto avaliada a sua pretensão de obter o reconhecimento de mérito.

⁴⁶ Cfr. Ac. do STJ de 21.4.2016 (Luísa Geraldês).

da perda de oportunidade, não poucas vezes no sentido da sua aceitação⁴⁷. No seu substrato está a circunstância de toda a causa ter um resultado aleatório e de a vitória judicial ser sempre incerta; nesse sentido, nunca será possível afirmar com absoluta certeza que, não fosse a atuação negligente do advogado, uma determinada ação teria sido julgada parcial ou totalmente procedente, muito embora com aquela tenha ficado irremediavelmente comprometido o ganho do benefício que se mostrava subordinado ao êxito do procedimento judicial.

Tem sido entendimento unânime na Jurisprudência do STJ⁴⁸ que o contrato de mandato (atípico) forense, sujeito às regras dos arts. 1157.º e ss., 40.º e ss. do Código de Processo Civil e 66.º e ss. do EOA⁴⁹, incorpora uma obrigação de meios, já que o advogado apenas se obriga a desenvolver uma atividade destinada a lograr a melhor solução jurídico-legal, colocando todo o seu saber, cuidado e empenho na defesa dos interesses do seu cliente, sem, contudo, ficar vinculado ao desfecho da contenda⁵⁰. Outrossim, admite-se que ao mandatário judicial não seja apenas exigida a diligência do homem médio, mas um especial rigor na investigação, aplicação e atualização dos conhecimentos da sua arte, sem prejuízo da ampla margem de liberdade técnica que goza de acordo com o fim do contrato e as circunstâncias em que é executado.

Aos tribunais superiores têm chegado pedidos de indemnização pela perda de chance processual fundados em violações culposas do dever de diligência do advogado de variadíssima natureza, desde a não apresentação tempestiva de uma ação⁵¹ ou contestação⁵² à não interposição de recurso de uma sentença desfavorável contra a vontade do cliente⁵³, passando

⁴⁷ No Ac. do TRC de 20.3.2018 (Barateiro Martins) realça-se que, apesar de a orientação dominante do STJ ter sido, durante muito tempo e pelos motivos conhecidos, a de que a perda de chance processual carecia de virtualidade jurídico-normativa para fundamentar uma pretensão indemnizatória, desde 2012 vai paulatinamente admitindo-a quando se comprove com elevado grau de probabilidade que, não fosse a inexecução do dever de zelo do advogado, o lesado teria obtido ganho de causa.

⁴⁸ Tenha-se por referência, a título exemplificativo, o Ac. do STJ de 9.12.2014 (Sebastião Póvoas).

⁴⁹ Aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, alterada pela Lei n.º 23/2020, de 6 de julho.

⁵⁰ Cfr. Art. 100.º, n.º 1, alínea b do EOA.

⁵¹ Cfr. Ac. do STJ de 30.3.2017 (Olindo Geraldês): “I. O dano que emerge da falta de propositura da ação corresponde à impossibilidade de apreciação jurisdicional da pretensão. II. A desvantagem jurídica representa um dano, traduzido na perda de chance (...) III. Há nexos de causalidade adequada entre tal facto e tal dano”.

⁵² Cfr. Ac. do STJ de 30.5.2019 (Rosa Tching): “O advogado que, por culpa sua, não contesta a ação está a retirar ao seu cliente a possibilidade de exercer o seu direito de defesa (...), o que constitui, por si só, um prejuízo ou dano autónomo, na medida em que fez perder (...) a chance de evitar um prejuízo. Assim, verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil (...), ou seja, o nexos de causalidade adequada (...), constitui-se aquele na obrigação de indemnizar o seu cliente pelo referido dano de «perda de chances»”. *A contrario*, *vd.* Ac. do STJ de 19.12.2018 (Maria Olinda Garcia): “Falha um pressuposto base para a sua eventual responsabilização pelos danos que o mandante hipoteticamente não teria tido na ação não contestada”.

⁵³ Cfr. Ac. do STJ de 16.2.2016 (Gabriel Catarino): “Se o mandatário do Autor interpôs, fora de tempo, recurso de apelação da sentença que julgou a ação improcedente (...) sem cumprimento do ónus de impugnação especificada (...) terá de se concluir que o tribunal de apelação estava impedido de reavaliar a decisão de facto e, mesmo que interposto em tempo, a probabilidade de ganho do recurso seria nula. Donde, o recorrente não perdeu a oportunidade de obter um ganho com a concreção do eventual facto ilícito praticado pelo mandatário”. Nesse sentido, no Ac. de 10.9.2019 (Graça Amaral) sublinha-se que a verificação do dano da perda de chance exige “a

pela não formulação de determinados pedidos⁵⁴ ou omissão de factos essenciais para o ganho de causa⁵⁵, a não comparência em audiências de julgamento⁵⁶ e falhas na junção de documentos aos autos⁵⁷ ou de requerimento probatório⁵⁸, ou mesmo o não pagamento da taxa de justiça⁵⁹. São, em regra, comportamentos graves e omissivos, “que estão manifestamente fora do âmbito das opções técnicas, designadamente de natureza jurídica, que o advogado, enquanto jurista particularmente qualificado, tem de assumir no seu patrocínio”⁶⁰.

Em termos sucintos, tem-se assumido que, para fazer operar a responsabilidade civil por perda de chance processual, nomeadamente no âmbito de uma ação movida contra um advogado que deixou decorrer o prazo legalmente previsto para interpor um recurso, é necessário que, num primeiro momento, se faça o designado “julgamento dentro do julgamento”, *i.e.*, um juízo de prognose sobre aquilo que, não fosse a atuação indiligente do réu, seria altamente provável que o tribunal daquela causa viesse a decidir, tendo em linha de

demonstração da consistência e seriedade da perda de oportunidade de obter uma vantagem (ou evitar um prejuízo) segundo um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, que terá de ser aferido casuisticamente, em função dos indícios factualmente provados”.

⁵⁴ No já referido Ac. do STJ de 9.12.2014, concluiu-se que a não obtenção da quantia peticionada pela Autora numa ação por despedimento ilícito movida contra a sua empregadora não se tinha devido ao facto de, na petição inicial da lide laboral, a advogada que a representava ter alegado o incumprimento da obrigação de remuneração pela contraparte sem apresentar, por descuido, o pedido de condenação ao pagamento do respetivo montante.

⁵⁵ Cfr. Ac. do STJ de 17.11.2020 (Pedro de Lima Gonçalves): “Numa ação em que se discute o desempenho defeituoso de um advogado (...) por o mesmo ter omitido na petição dessa ação factos essenciais e com tal omissão veio o mandante sofrer a perda parcial da ação (...) não se pode afirmar o nexo de causalidade adequada entre a omissão ilícita e culposa (...) e os danos sobrevindos para os Autores (...) Estamos no âmbito do denominado dano pela “perda de chance” (...) [cuja] reparação deve ser medida em relação à chance perdida”.

⁵⁶ Cfr. Ac. do TRL de 15.5.2008 (Granja da Fonseca): “Não se duvida, pois, que a falta de comparência da Ré à audiência de julgamento agendada, sem avisar o Autor de que deveria comparecer nesse dia (...) consubstancia inexecução ilícita e culposa da obrigação de assistência técnica da Ré ao Autor e foi causa necessária para que o ora Autor tivesse sofrido danos, em virtude da condenação (...). Pensamos que se deveria aplicar aqui o conceito de perda de chance”.

⁵⁷ Cfr. Ac. do STJ de 14.3.2019 (Hélder Almeida). No caso *sub judice*, o Autor alegava que não teria sido condenado ao pagamento de uma multa se o mandatário tivesse juntado certos documentos e procurações forenses, dando resposta aos convites do Tribunal. Apesar de admitir que “o dano em apreço se traduza na perda de uma certa probabilidade de ganhar a ação para cujo patrocínio o mandatário inadimplente foi contratado”, o STJ entendeu que a probabilidade de o cliente “haver logrado evitar o prejuízo resultante da ação não era suficientemente elevada para lhe assegurar uma indemnização”.

⁵⁸ Cfr. Ac. do STJ de 14.3.2013 (Maria dos Prazeres Beleza): “A falta de apresentação oportuna do requerimento de prova determinou a improcedência da sua defesa e da reconvenção; mas não se pode determinar qual seria o provável resultado da prova que viesse a ser oportunamente requerida e produzida; nem tão pouco o provável desfecho jurídico da causa. (...) No caso presente, a chance de vencimento é suficiente para que a consistência da oportunidade perdida justifique uma indemnização”.

⁵⁹ Cfr. Ac. do STJ de 16.12.2020 (Rosa Tching): “Ao não proceder ao pagamento da taxa de justiça e multa devidas pela apresentação tardia da contestação (...), o BB não só teve uma atuação ilícita, porquanto violou as normas estatutárias e deontológicas da profissão de advogado (...) e as normas contratuais a que se encontrava vinculado para com o ora autor (...), como agiu de forma culposa, pois nem sequer cuidou de demonstrar (...) que as apontadas omissões não procederam de culpa sua. Mas seguro é também que esta conduta omissiva do referido mandatário judicial, na medida em que fez perder ao então réu (...) a “chance” de, na ação (...) evitar a sua condenação no pagamento da quantia (...) constitui, só por si, um prejuízo ou dano autónomo”.

⁶⁰ Ac. do STJ de 24.3.2017 (Salazar Casanova).

conta a Jurisprudência seguida pelo mesmo nessa matéria. Com efeito, porque é sobre o lesado que impende o ónus de prova de tal probabilidade, nos termos do art. 342.º, n.º 1, ele deve, “na nova ação, reconstruir a causa perdida, alegando e, a seu tempo, provando os factos que fundam a posição jurídica perdida na ação pretérita”⁶¹, a fim de demonstrar a existência de uma chance consistente de sucesso do recurso.

Se na sua apreciação casuística o Tribunal concluir pela seriedade da oportunidade perdida e pelo preenchimento dos demais pressupostos da responsabilidade civil, então procede-se à determinação do *quantum* indemnizatório devido, "segundo o critério da teoria da diferença, nos termos prescritos no art. 566.º, n.º 2 do CC, lançando-se mão, em última instância, do critério da equidade ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo”⁶².

O cenário muda radicalmente quando passamos para o campo da responsabilidade dos profissionais médicos. Além de não ser tão discutida, a ressarcibilidade do dano da perda de chance de cura ou de sobrevivência tende a ser rejeitada, ainda hoje, pelos nossos juízes. Apesar disso, não sendo a medicina uma ciência exata, são frequentes os casos em que, embora não seja possível afirmar com segurança que determinado tratamento teria levado à recuperação de um doente, se sabe que, ao não o realizar (diligentemente), o clínico sacrificou culposamente essa possibilidade.

Entendemos, pois, que o problema da admissibilidade da indemnização pela perda de oportunidade de recuperar ou de sobreviver merece análise mais pormenorizada em capítulo subsequente. Porém, não seria sensato fazê-lo sem antes abordar algumas noções básicas de Direito Médico e, em particular, as peculiaridades da relação jurídica estabelecida entre o profissional e o paciente, bem como o seu enquadramento no instituto da responsabilidade civil.

Parte II: A Responsabilidade Civil Médica

1| A prestação de cuidados de saúde enquanto obrigação de meios

Iniciemos esta contextualização com uma breve referência ao quadro jurídico da saúde em Portugal⁶³. Sucintamente, podemos dizer que a base do Direito Médico é composta pelo catálogo de direitos fundamentais consagrados na CRP e na Convenção sobre os Direitos do

⁶¹ Ac. do STJ de 21.1.2021 (Sacarrão Martins).

⁶² Ac. do STJ de 15.11.2018 (Rosa Tching).

⁶³ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, 2007, p. 11.

Homem e a Biomedicina. O direito à proteção da saúde, assente nos valores da dignidade humana, equidade, ética e solidariedade, abrange uma série de direitos mais específicos que se encontram previstos em diplomas como a Lei de Bases da Saúde, o Estatuto Hospitalar e até o Código Penal; é neles que se sustenta a Carta dos Direitos e Deveres dos Utentes que, embora careça de força vinculativa, promove o bom relacionamento entre profissional de saúde e paciente. Por fim, não esquecer que todos os médicos estão vinculados ao EOM⁶⁴ e aos regulamentos aprovados ao seu abrigo, incluindo o Código Deontológico.

O constante desenvolvimento das ideias ético-sociológicas, o progresso tecnológico e científico na área da medicina e o esclarecimento dos cidadãos por via dos *media* e da literatura especializada têm-nos tornado cada vez mais conscientes, exigentes e interessados na questão da responsabilidade civil, criminal e disciplinar do médico⁶⁵. Cingir-nos-emos ao estudo da primeira.

Convém, desde já, estabelecer que à responsabilidade civil médica são aplicáveis tanto o regime contratual, como o extracontratual; o segundo, porém, apenas na vertente de responsabilidade por factos ilícitos. Quer isto dizer que do campo médico ficam excluídas, pelo seu carácter especial, as modalidades da responsabilidade por factos lícitos danosos e da responsabilidade pelo risco, sem prejuízo, no último caso, das situações que, pela particular perigosidade dos instrumentos utilizados pelo médico, justifiquem a aplicação da presunção do art. 493.º, n.º 2, bem como as hipóteses de responsabilidade objetiva expressamente previstas na lei (*v.g.*, ensaios clínicos de medicamentos, utilização de material radioativo, doação de órgãos para transplante⁶⁶).

Não obstante, perceberemos adiante que, por norma, se defende a utilização do modelo obrigacional para a generalidade das situações de responsabilidade civil médica. Todavia, até aos anos trinta do século passado, a tendência era a inversa: considerava-se que, por estar em causa uma lesão à vida ou à integridade pessoal do paciente e, por isso, a violação de um direito absoluto, o regime aplicável seria o aquiliano. Tal mudança de rumo ter-se-á dado, segundo os autores, com a célebre proposta de distinção entre obrigações de meios e de resultado atribuída ao francês René Demogue⁶⁷. Teceremos alguns comentários a este respeito.

⁶⁴ Aprovado pelo DL n.º 282/77, de 5 de julho, atualizado pela Lei n.º 117/2015, de 31 de agosto.

⁶⁵ Cfr. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, 2000, pp. 161-167.

⁶⁶ Cfr. Art. 14.º, n.º 1 da Lei n.º 46/2004, de 19 de agosto, art. 3.º do DL n.º 153/96, de 30 de agosto e art. 9.º, n.º 1 da Lei n.º 12/93, de 22 de abril, respetivamente.

⁶⁷ Cfr. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, 2000, p. 173 e ss.

Ainda que tentemos compreender o raciocínio seguido por uma parte da Doutrina que desvaloriza a classificação das obrigações contratuais segundo as características específicas da prestação do devedor, e prefira por o foco no programa contratual em causa (*i.e.*, naquilo a que, nas circunstâncias da concreta relação obrigacional, o devedor se tenha comprometido e que, por sua vez, o credor possa razoavelmente esperar)⁶⁸, é-nos difícil aceder a tal entendimento quando pensamos no caso específico do profissional médico, que julgamos nunca estar em condições de se vincular verdadeiramente à satisfação do interesse final da cura ou sobrevivência do paciente.

Com efeito, pesem embora a intenção das partes e a economia geral do contrato, não esquecemos que, além dos cuidados administrados, a recuperação do doente está acima de tudo sujeita à sua própria resistência e à capacidade de regeneração dos órgãos afetados, bem como a fatores endógenos e exógenos desligados da atividade médica. Ora, estando o interesse primário da recuperação ou sobrevivência do paciente marcado por tamanha incerteza e aleatoriedade, tenderemos a defender que o profissional não pode fazer mais do que comprometer-se a desenvolver prudentemente os cuidados necessários ao seu tratamento, sem, contudo, assegurar que o mesmo se concretize.

Dito isto, se assumirmos que a relação estabelecida entre a entidade médica e o paciente se desenvolve ao abrigo de um verdadeiro contrato de prestação de serviços, então o “resultado” do trabalho intelectual ou manual que a primeira se obriga a proporcionar ao último, nos termos do disposto no art. 1154.º, referir-se-á tão-só aos cuidados de saúde diligentemente oferecidos. Partimos, portanto, do pressuposto de que, perante o doente, o clínico assume uma obrigação *de meios* – embora tudo dependa do sentido atribuído ao conceito de “resultado” -, o que, aliás, vem sido reiterado pelas Doutrina e Jurisprudência maioritárias⁶⁹.

Note-se que esta qualificação releva sobretudo para efeitos probatórios. De facto, se no âmbito da responsabilidade contratual o CC faz operar uma presunção legal de culpa *juris tantum* do devedor, então se considerarmos que a obrigação do médico é de meios, sobre ele impenderá o ónus de afastar, provando que agiu com a perícia e zelo devidos. Porém, vale a pena referir que Doutrina e Jurisprudência tendem a defender o funcionamento da presunção de culpa prevista no art. 799.º, n.º 1, somente no âmbito do incumprimento ou cumprimento

⁶⁸ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, 1995, pp. 78-81, nota 154.

⁶⁹ Excecionam-se os meios laboratoriais de diagnóstico, próteses dentárias e cirurgias estéticas. Estando aí o prestador de cuidados de saúde vinculado à obtenção de um efeito útil concreto, tem-se entendido que a sua obrigação é de resultado.

defeituoso de obrigações de resultado⁷⁰; seja como for, se considerarmos (quicá forçadamente) que o efeito útil a que o médico está vinculado consiste na “mera” execução dos serviços necessários ao tratamento do paciente, a sua prestação facilmente se converte numa obrigação de resultado, sendo-lhe assim aplicável a dita presunção.

2| A responsabilidade contratual do médico de clínica privada e a responsabilidade extracontratual do funcionário público

Não há dúvida de que o modelo contratual é o que melhor satisfaz os interesses do paciente. Mesmo que se entenda que, por se tratar de uma obrigação de meios, o doente não beneficia da presunção de culpa do médico, o regime extracontratual não lhe será mais favorável, na medida em que também faz recair sobre si o ónus de provar que o dano decorreu de um comportamento culposos do médico, nos termos do art. 487.º. Para além disso, o esquema da responsabilidade obrigacional ganha ao conceder ao lesado vinte anos para o exercício do seu direito de indemnização, aplicando-se o prazo ordinário previsto no art. 309.º, em vez dos três anos fixados no quadro delitual⁷¹. Por fim, no que à responsabilidade por facto de terceiro respeita, ao contrário do que sucede no âmbito da responsabilidade do comitente, o regime da responsabilidade por atos dos auxiliares previsto no art. 800.º não exige que o doente prove que existia entre a entidade prestadora dos cuidados de saúde e a pessoa que utilizou para o cumprimento da sua obrigação, à data do ilícito, uma relação de subordinação.

Em contrapartida, no regime da responsabilidade aquiliana admite-se, sem discussão, a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais⁷² e a redução equitativa da indemnização em caso de mera culpa, quando reunidas certas condições⁷³.

⁷⁰ *Vd.* Ac. do STJ de 12.3.2015 (Hélder Roque) que, versando sobre “uma das exceções, da área da Ciência Médica em que se verifica a obrigação de resultado” (a saber, a falta de comunicação de um exame laboratorial), enaltece que a culpa do devedor apenas se presume nesses casos pontuais.

⁷¹ Cfr. Art. 498.º.

⁷² Cfr. Art. 496.º. A ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no campo da responsabilidade contratual é um dos temas de Direito Civil mais debatidos, sendo hoje a posição maioritária no sentido da sua aceitação. Para Pinto Monteiro, “quando há ofensa a bens não patrimoniais (...) mas essa ofensa ocorre no cumprimento de um contrato (v.g., de prestação de serviços, seja ele médico, de patrocínio judiciário ou qualquer outro) (...) o credor/lesado poderá ter direito à reparação por danos não patrimoniais”, que “assumem natureza contratual, pois o dever geral de *neminem laedere* (que funda a responsabilidade extracontratual) é absorvido, estando em causa um comportamento ligado ao fim do contrato, nos quadros da responsabilidade contratual” (*in* ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, 1992, p. 23).

⁷³ Cfr. Art. 494.º. Embora alguns autores defendam a incompatibilidade desta figura com o regime da responsabilidade contratual, há quem entenda que, a ser admitida a ressarcibilidade do dano não patrimonial no quadro obrigacional, também será de aceitar, nesse domínio, a redução equitativa da indemnização devida por dano da mesma natureza, já que o art. 496.º, n.º 4, assim o impõe (cfr. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, 2000, p. 212).

De toda a maneira, a prestação de cuidados médicos em estabelecimentos públicos está sujeita ao regime da responsabilidade civil *extracontratual* do Estado e demais entidades públicas (e à competência jurisdicional dos tribunais administrativos). Com efeito, o profissional de saúde pública acaba por beneficiar de uma proteção mais forte, na medida em que o hospital responde exclusivamente pelos danos que produzir com culpa leve, exonerando-o da responsabilidade. Todavia, quando o funcionário atua com dolo ou diligência manifestamente inferior àquela a que se encontrava obrigado em razão do cargo, o hospital é apenas solidariamente responsável pelos prejuízos causados no exercício das suas funções, gozando de direito de regresso contra o médico⁷⁴.

Pelo contrário, o clínico que trabalha por sua conta responde sempre, ele mesmo, pelos danos que causa, independentemente do grau de culpa. Os litígios decorrentes da atividade médica privada são julgados pelos tribunais judiciais com recurso à lei civil, incluindo as normas relativas ao contrato de prestação de serviços. Cabe-nos, neste contexto, denunciar as injustiças resultantes de uma incompreensível divisão entre os regimes aplicáveis aos setores público e privado, que atingem médicos e doentes, e aplaudir as propostas de adoção de legislação própria com vista a uma reforma profunda do Direito da Saúde.

Voltando ao denominado “contrato médico”, celebrado entre o paciente e o médico que exerce em consultório ou clínica próprios em regime liberal, cumpre acrescentar que se trata de um contrato sinalagmático celebrado *intuitu personae* e oneroso. A prestação principal do médico consiste na obrigação de tratamento, traduzível no uso dos seus conhecimentos e experiência para a prática zelosa dos atos adequados à preservação da saúde do paciente, desde a identificação da enfermidade ao controlo pós-operatório, passando pela prescrição medicamentosa. A par dos deveres laterais de conduta que recaem sobre qualquer sujeito de uma relação obrigacional e que têm “uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”⁷⁵, ao médico cabe cumprir uma série de deveres acessórios consagrados no Código Deontológico, tais como o de informação de diagnóstico e de prognóstico, e o de sigilo. Em contrapartida, o doente tem como obrigação principal o pagamento dos honorários fixados pelo médico com justo critério⁷⁶.

⁷⁴ Cfr. Arts. 7.º e 8.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho.

⁷⁵ CARLOS MOTA PINTO, 1982, p. 339.

⁷⁶ Cfr. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, 2000, pp. 181-185.

Situação diversa é aquela em que o clínico trabalha *para* um estabelecimento de saúde do setor privado, por conta de outrem, em regime de contrato de trabalho, de prestação de serviços ou equiparado. Aqui, o doente estabelece a relação contratual de prestação de serviços de saúde com a entidade que explora a clínica, na qual o médico não é mais do que um funcionário. Nesse sentido, porque a responsabilidade emergente daquele vínculo é contratual, aplica-se o disposto no art. 800.º, n.º 1, fazendo o estabelecimento hospitalar “responder pelos factos dos auxiliares, que são apenas um instrumento seu para o cumprimento”⁷⁷. Parece-nos, todavia, avisada a posição de que tal solução valha apenas no âmbito dos denominados “contratos totais”, que englobam a prestação de serviços médicos e todos os cuidados de internamento hospitalar; nos restantes casos, o hospital deve responsabilizar-se apenas pelas obrigações a seu cargo, como a hospedagem e os cuidados paramédicos, e o profissional pelo serviço que de facto presta⁷⁸.

Resumindo, fora a prestação de cuidados de saúde no setor público e os casos em que o profissional de hospital particular é chamado a socorrer vítimas de acidente ou doença súbita que se encontrem em perigo iminente de vida (não lhes sendo possível escolher a quem recorrer, nem ao médico recusar a assistência), é inegável que entre o médico e o paciente que o procura existe uma ligação contratual. Assim, se o clínico não oferece um tratamento, ou se o faz inadequadamente, está a violar a sua obrigação contratual principal; da mesma forma, se num dado procedimento provoca uma simples queimadura ou qualquer outra lesão por falta de atenção ou perícia, está a violar os deveres laterais de proteção do paciente impostos pela boa-fé, cumprindo defeituosamente o contrato.

Nesse sentido, apesar de alguns admitirem o concurso de responsabilidades no domínio médico, alegando que o mesmo facto (*v.g.*, uma observação negligente que resulta num tratamento inadequado) constitui uma violação do contrato de prestação de serviços e, ao mesmo tempo, do direito absoluto à integridade física do paciente⁷⁹, os tribunais têm preferido (e bem) aplicar o regime contratual, não só por ser o mais favorável ao lesado, mas por o princípio da autonomia privada, que atribui às partes o poder de fixar a disciplina que rege as

⁷⁷ ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, 1958, p. 270. *Vd.* Ac. do STJ de 28.1.2016 (Graça Trigo) em que se imputa ao hospital privado a paralisia e demais sequelas que uma doente sofreu após a cirurgia ortopédica com epidural a que foi sujeita.

⁷⁸ Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, 2007, p. 14, nota 20. *Vd.* Ac. do STJ de 22.3.2018 (Graça Trigo) em que, por estar em causa um “contrato dividido” e, como tal, o médico não surgir enquanto auxiliar de cumprimento das obrigações do devedor hospital, o estabelecimento privado não foi responsabilizado pela sua conduta.

⁷⁹ Cfr. Ac. do STJ de 25.2.2015 (Armando Monteiro).

respetivas relações, assim o exigir. Numa palavra, tem-se entendido que o regime da responsabilidade contratual “consume” o da delitual⁸⁰.

3| A insuficiência do esquema clássico da responsabilidade civil para a tutela efetiva do doente lesado

Ainda que a generalidade das situações de responsabilidade civil médica caiba no esquema contratual, não podemos ignorar os casos subsumíveis ao regime extracontratual, tornando-se essencial estudar o enquadramento dos pressupostos previstos no art. 483.º no nosso campo de estudo.

Tal norma prescreve, como princípio geral, que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem, ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Daqui retiramos que a responsabilidade delitual pressupõe o preenchimento cumulativo de cinco requisitos: o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Passemos, então, à sua análise no plano médico.

Justamente por não existir um dever de curar, mas uma obrigação de prestar os melhores cuidados possíveis com vista à preservação da saúde, ao prolongamento da vida ou à suavização do sofrimento do paciente, são raras as ações de responsabilidade médica fundadas na mora ou no não cumprimento. A esta luz, uma ação ou omissão voluntária do clínico constituirá um comportamento ilícito em duas situações: ou quando traduza a violação de uma norma legal, regulamentar ou estatutária de Direito Médico (v.g., interrupção voluntária da gravidez num caso não previsto, intervenção cirúrgica não consentida, violação de segredo), ou quando o médico proceda em desconformidade com as *leges artis*, i.e., o conjunto de “regras reconhecidas pela ciência médica em geral como as apropriadas à abordagem de um determinado caso clínico, na concreta situação em que tal abordagem ocorre”⁸¹, contribuindo para a lesão do direito à saúde e integridade física ou psíquica do doente (ou perigo da mesma).

Ademais, a responsabilidade civil médica, seja ela contratual ou aquiliana, requer a culpa do profissional⁸². Nesta sede, impõe-se a adaptação do critério da diligência do *bonus pater familias* em face das circunstâncias do caso⁸³ ao médico médio da concreta categoria do agente,

⁸⁰ Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, 2009, p. 551. *Vd.* Ac. do STJ de 15.12.2020 (Ricardo Costa).

⁸¹ ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, 2000, p. 200.

⁸² Cfr. Arts. 483.º e 798.º.

⁸³ Cfr. Arts. 487.º, n.º 2 e 799.º, n.º 2.

“normalmente prudente, diligente, sagaz e cuidadoso, com conhecimentos, capacidade física, intelectual e emocional para desempenhar as funções a que se propõe”⁸⁴, colocado nas condições temporais, espaciais e instrumentais que aquele teve que travar⁸⁵.

A formação ética e cultural dos profissionais de saúde explica a escassez de ilícitos praticados intencionalmente; assim, a maior parte dos litígios decorre de um erro de diagnóstico ou terapêutica, cometido por falta de zelo, com mera culpa. De qualquer modo, embora não corresponda à posição adotada pela Doutrina e Jurisprudência maioritárias que, por estar em causa uma obrigação de meios, colocam a tarefa probatória a cargo do paciente, vemo-nos forçados a reconhecer que o ónus da prova da diligência deveria recair sobre o médico, desde que o lesado fizesse prova da existência do vínculo contratual e dos factos demonstrativos do seu incumprimento ou cumprimento defeituoso⁸⁶. De facto, tendo em conta a posição extremamente frágil em que o doente se encontra – não só pela eventual condição de saúde debilitada, mas sobretudo pela falta de conhecimentos e registos necessários à demonstração adequada da culpa do profissional, à qual se junta o corporativismo da classe, muitas vezes acusada de atuar sob pacto de silêncio – e que o médico, dotado do saber técnico e da ficha clínica do paciente, beneficia de valiosos meios de prova para afastar a sua culpa, aquela é a solução que melhor realizaria o equilíbrio dos interesses em presença.

Finalmente, os danos causados por erro médico podem assumir natureza não patrimonial (v.g., dor, danos estéticos e de relação, em especial a perda de possibilidade de conviver ou de o fazer sem vergonha) ou patrimonial, onde cabem os danos emergentes (v.g., despesas com tratamentos) e os lucros cessantes, *i.e.*, todos os benefícios que o doente deixou de alcançar na sequência da lesão. Ainda que aparentemente básica, a aferição do pressuposto da certeza do dano no plano da saúde pode revelar-se bastante complexa, designadamente quando ocorram constantes evoluções ou degenerações do estado psicofisiológico do paciente. De facto, não só é possível que um dano atual evolua e deixe de existir, como que de uma intervenção negligente venham a surgir, só mais tarde, complicações imprevisíveis.

⁸⁴ ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, 2007, p. 16. Ainda no âmbito da culpa, o autor destaca a tendência europeia de objetivação da responsabilidade médica através da “procura das causas sistémicas dos acidentes médicos na instituição prestadora de cuidados de saúde, na sua organização e estrutura”, *i.e.*, nas falhas, erros e problemas na gestão do ente coletivo. Numa palavra, a culpa de serviço.

⁸⁵ Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2008, pp. 125-142. Para a autora, além das condições em que o médico trabalha e da sua experiência e especialização, há que atender a “todos os fatores que, em concreto, contendem com a consistência das chances de êxito da intervenção médica”, como o grau de urgência e o nível de risco para a saúde do paciente.

⁸⁶ Cfr. ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES, 2000, p. 209.

Ainda assim, é ao nível do nexó de causalidade entre o facto ilícito culposo do profissional e o dano sofrido pelo doente que surgem os principais problemas em matéria de responsabilidade civil médica. Entre nós, a resposta ao problema da causalidade é dada no art. 563.º que, embora apele a uma ideia de pura causalidade, foi pensado com o objetivo de consagrar a teoria da causalidade adequada. Por conseguinte, o agente só é obrigado a reparar os danos que não se teriam verificado sem a sua conduta ilícita e que, abstraindo desta, seria de prever que não se tivessem produzido⁸⁷.

Neste contexto, a álea intrínseca à atividade médica (*i.e.*, a circunstância de vários fatores, já aqui aludidos, escaparem à atuação do profissional, impossibilitando-o de prever e controlar todo o tratamento) torna extremamente difícil para o juiz aferir a relação causal entre a morte ou agravamento do estado de saúde de um paciente e a imperícia ou indiligência do médico. Ademais, o facto de, em geral, se atribuir ao lesado o encargo de demonstrar a evolução hipotética de um processo que, além de não dominar, “se estende ao longo de um período significativo de tempo e que aparece marcado por numerosas incertezas”⁸⁸ justifica a improcedência da maioria das ações indemnizatórias instauradas contra os clínicos.

Do *supra* exposto resulta, nas palavras de Rute Pedro, a “necessidade de um esforço de correção do imperfeito quadro vigente” que não garante a proteção devida ao indivíduo que, mais do que “um simples credor que recebe uma prestação imperfeita”, é alguém que se coloca nas mãos de outrem na expectativa de receber os melhores cuidados possíveis⁸⁹. Com efeito, perante as dificuldades que se levantam na aplicação do esquema tradicional da responsabilidade civil, e sendo este um dos campos que menos conhece a intervenção evolutiva do legislador, Doutrina e Jurisprudência têm procurado formas de ultrapassar os obstáculos probatórios com que o lesado, vulnerável e leigo, se depara na formulação do pedido ressarcitório movido contra o profissional, por definição especializado e competente, cuja arte, ainda para mais, é meramente conjuntural. Foi neste contexto que terá surgido em França a ideia de trazer para o âmbito da responsabilidade civil médica a tão controversa figura da perda de chance.

⁸⁷ Note-se que, segundo a melhor Doutrina, é à formulação negativa da causalidade adequada de Enneccerus-Lehmann que devemos atender quando estejam em causa lesões resultantes de facto ilícito (contratual ou extracontratual), como, em regra, sucede nos casos de responsabilidade médica. Devemos, pois, entender que a conduta imputável ao agente como condição do dano deixa de ser causa adequada do mesmo se, atendendo à sua natureza geral, era de todo indiferente para a produção do resultado e, como tal, só se tenha tornado sua condição devido a fatores extraordinários que tenham intervindo no caso. Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, 2006, pp. 890 e ss.

⁸⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, 2008, p. 302.

⁸⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2008, pp. 19-20.

Parte III: A (in)admissibilidade da indemnização pela perda de chance de cura ou sobrevivência

1| La perte d'une chance de guérison ou de survie

O conceito de *perte d'une chance de guérison* foi formalmente consagrado pela *Cour de Cassation* a 14.12.1965, mediante acórdão confirmatório de uma decisão da *Cour d'Appel* de Paris que havia condenado um médico no pagamento de uma indemnização ao pai de uma criança que, tendo sido mal diagnosticada, ficou privada de corrigir a luxação do cotovelo de que padecia em devido tempo. Contudo, antes disso, numa decisão proferida a 24.10.1961, a *Cour d'Appel* de Grenoble já teria aludido à perda de oportunidade de cura de um paciente que, por não ter sido oportunamente observado, ficara impossibilitado de proceder aos cuidados necessários ao tratamento de uma fratura do pulso, evitando a incapacidade funcional da mão⁹⁰.

O conceito foi progressivamente chegando aos diferentes ordenamentos jurídicos, tendo dado origem, em 1984, na Bélgica, ao *leading case* de um doente cuja perna foi amputada devido a uma gangrena passível de ser diagnosticada aquando de uma visita que fizera ao hospital, e a quem a *Cour d'Appel* reconheceu o direito de ser ressarcido pela *perte d'une chance de guérison*⁹¹. Por sua vez, em Itália, a incidência desta doutrina no campo da responsabilidade médica deu-se apenas em 2004, quando o Tribunal superior ponderou conceder uma indemnização pela perda de oportunidade de sobrevivência de um paciente que falecera devido à rutura de um aneurisma, a qual, de acordo com o relatório pericial, poderia ter sido evitada se os profissionais se tivessem apercebido do ataque cardíaco de que fora alvo no decorrer de uma intervenção⁹².

Também entre nós há quem reconheça a ressarcibilidade da perda de oportunidade de recuperação ou de sobrevivência, desde que verificadas as condições impostas pela própria teoria. Segundo Sinde Monteiro, nos casos de responsabilidade civil médica em que, não fora a conduta negligente do clínico, talvez a morte ou o agravamento da enfermidade do paciente pudessem ter sido travados, a tese da perda de chance faz funcionar como que uma substituição do dano concretamente ocorrido, em relação ao qual não se fez prova suficiente do nexo de causalidade, por um “diminutivo abstrato deste prejuízo (perda da oportunidade de não morrer

⁹⁰ Cfr. RUI CARDONA FERREIRA, 2012, p. 34.

⁹¹ Cfr. LUIS MEDINA ALCOZ, 2007, p. 134.

⁹² Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2011, p. 45, nota 113.

ou de se curar), hipoteticamente atribuído à culpa do médico em razão do perigo a que expõe a saúde do doente”⁹³.

Neste contexto, Medina Alcoz relembra que a incerteza causal pode resultar, não só da incontrollabilidade dos resultados das ciências médicas, mas também da imprevisibilidade da conduta do próprio lesado, nos casos de ausência de consentimento informado⁹⁴ – aqui, o dano decorrerá, não de um descuido do profissional, mas do incumprimento do dever de informação sobre os riscos a que o doente estaria exposto em determinada intervenção (e que se terão eventualmente desencadeado, produzindo consequências laterais desvantajosas), sem que seja possível concluir com certeza se o lesado, não fora aquela falta, a teria autorizado. De toda a maneira, importa reter que os pedidos de ressarcimento se fundam, por norma, em diagnósticos mal realizados, erros em intervenções cirúrgicas, esquecimento de objetos no interior do corpo ou amputação de órgãos por engano.

Para além do setor em que se produzem, as hipóteses de perda de chance são agrupáveis de acordo com outros critérios, nomeadamente o da natureza da vantagem final cuja oportunidade de ganho foi afastada pela atuação do lesante. Com efeito, na medida em que a perda da oportunidade de recuperação ou de sobrevivência afeta o património biológico do lesado, o autor espanhol qualifica-a como uma chance pessoal, não económica. Nesse sentido, porque a possibilidade de cura ou de prolongamento do tempo de vida não se traduz propriamente na obtenção de um incremento patrimonial, mas antes no evitamento da lesão de bens que integram o património jurídico da vítima, Medina Alcoz classifica-a como uma oportunidade *de damno vitando*⁹⁵.

Tudo deixa de ser tão simples quando passamos a discutir o carácter direto ou consequencial da oportunidade perdida de sobreviver ou de recuperar. Nas situações em apreço, a lesão na vida ou na integridade física do paciente surge diretamente ligada à conduta desvaliosa do médico, logo, relativamente ao dano estritamente fisiológico, diz-se estar em causa a frustração de uma oportunidade direta. Por outro lado, os danos de índole moral, como o sofrimento sentido pelo lesado e os prejuízos patrimoniais de que o mesmo consiga fazer prova (v.g., gastos em tratamentos para corrigir o erro médico, perdas de oportunidade de progresso na carreira),

⁹³ JORGE SINDE MONTEIRO, 1989, p. 298.

⁹⁴ Cfr. LUIS MEDINA ALCOZ, 2007, pp. 70-71. *Vd.* Ac. do STJ de 2.11.2017 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), que determinou o ressarcimento do dano “causado pela falta de informação devida (...) consistente na perda de oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências”, sustentado no “direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25/1 e 26/1 CRP e art. 70/1 CC)”.

⁹⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 74-75.

ainda que derivem diretamente do dano corporal primário, só resultam indiretamente da conduta lesiva, pelo que, no que a eles respeita, as chances perdidas são consequenciais⁹⁶.

Finalmente, a perda de chance de cura ou de sobrevivência pode referir-se à possibilidade de evitar, ou um prejuízo passado, ou um dano futuro. Alcoz recorre ao referido caso belga para explicar que, aí, dado que os danos corporal e moral já se tinham produzido ao tempo da liquidação judicial, o médico sacrificou uma oportunidade passada de cura; todavia, na hipótese de aquele paciente ser um atleta profissional, seria ainda invocável a perda de oportunidade futura relativa aos rendimentos que deixou de auferir por ter ficado impedido de competir devido à amputação da perna⁹⁷.

Esta possível qualificação da chance de cura ou de sobrevivência como uma oportunidade futura faz suscitar um dos principais problemas apontados à individualização do dano da perda de chance e que se prende com a questão de saber se este deverá ser considerado um dano emergente ou um lucro cessante. A este respeito, Júlio Gomes salienta que, embora seja algo amplamente discutido, a distinção serve essencialmente para descrever o conteúdo do dano ressarcível, que não se limita às “subtrações de utilidades já existentes no património do lesado”, abrangendo também as que aquele “teria presumivelmente conseguido se não se tivesse verificado o facto ilícito ou o incumprimento”, e cuja prova é naturalmente mais difícil⁹⁸.

Com efeito, embora nem sempre assim tenha sido, hoje, os autores que reconhecem a relevância jurídica do dano da perda de chance inserem-no no dano emergente. Na verdade, se entendermos que este dano consiste na perda da possibilidade concreta (não apenas possível) de obter um resultado útil (apesar de incerto), então ele traduz uma lesão de uma propriedade anterior, de um bem que já integrava o património do lesado, pelo que só pode ser qualificada como um dano emergente, ainda que a oportunidade frustrada se refira à obtenção futura de ganhos. Diferentemente, a ressarcibilidade do lucro cessante implica “a prova dos factos constitutivos do ganho perdido sem que seja provada a existência de outros factos que impedissem o surgimento desse mesmo ganho”⁹⁹; logo, por nos casos em análise não ser possível demonstrar com a certeza necessária que, não fosse a atuação do lesante, o efeito

⁹⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 76-77.

⁹⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 78-79. Ao contrário dos autores que chegam a fazer uso da teoria do incremento do risco para fundamentar a admissibilidade da indemnização pela perda de chance, Medina Alcoz opõe-se à inclusão de situações como a da exposição negligente do paciente a radiação (apesar de não lhe ter provocado cancro ao tempo da liquidação, o facto ilícito praticado pelo médico aumentou a probabilidade de aquele dano se materializar, sem que, contudo, se possa assegurar a conexão causal entre um e o outro) no âmbito da perda de chance.

⁹⁸ JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, 2008, pp. 305-312.

⁹⁹ PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, 2016, p. 52.

favorável teria sido conseguido, nem sequer que se reuniam os pressupostos necessários para tal, a perda de chance nunca seria reparada se fosse encarada como um lucro cessante.

2| Sua compatibilidade com o sistema português de responsabilidade civil médica

A figura da perda de chance caracteriza-se, acima de tudo, pela incerteza e diversidade de entendimentos à sua volta. Perante a questão da aplicabilidade desta solução no campo médico, Rui Cardona Ferreira afirma serem adotáveis quatro posições distintas.

Desde logo, os mais conservadores repugnarão a invocação da perda de chance em qualquer contexto, incluindo o clínico, alegando a inexistência de um dano ressarcível por não se verificar o nexo causal entre o facto e o resultado. Outros dirão que o seu uso neste plano resulta numa redução algo arbitrária da indemnização correspondente ao dano final experimentado, e que deve ser atribuída ao paciente com base no risco ilicitamente criado. As duas últimas perspectivas admitem a utilização indiferenciada da perda de chance em todos os domínios, embora uma a configure como uma expressão da ideia de causalidade parcial e a outra parta do reconhecimento de um verdadeiro dano patrimonial emergente e autónomo do dano final¹⁰⁰. Uma vez que em capítulo precedente foram examinadas a fundo as abordagens da perda de chance nos planos do nexo causal e do dano, bem como as soluções alternativas que visam garantir a tutela efetiva do lesado através da simplificação da sua atividade processual, faremos apenas algumas observações respeitantes, especificamente, ao campo da saúde.

Salvo Cardona Ferreira que, como pudemos perceber, defende a adoção de uma conceção estritamente normativa da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil por ato médico¹⁰¹, a generalidade dos autores que apoia a transposição da teoria para este domínio pressupõe que a oportunidade de cura ou de sobrevivência traduz um bem suscetível de avaliação económica e jurídica, cuja frustração consubstancia uma lesão da integridade do património jurídico do paciente, sendo, por isso, ressarcível. Foi exatamente esta a perspectiva adotada num Ac. de referência de 2015, em que se concluiu que entre a omissão negligente de diagnóstico de uma pneumonia (que culminou na morte da paciente por choque séptico) e a redução drástica da oportunidade de sobreviver existia um irrefutável nexo de causalidade adequada, reunindo-se assim os requisitos da reparação daquela chance perdida, um dano intermédio valorável¹⁰².

¹⁰⁰ Cfr. RUI CARDONA FERREIRA, 2012, p. 35.

¹⁰¹ *Vd. supra*, pp. 10-11.

¹⁰² Cfr. Ac. da 1ª Secção Cível da Instância Central do TCL de 23.7.2015 (Higina Castelo).

Como é natural, no campo da responsabilidade civil médica não deixa de ser exigida a verificação *in casu* das aludidas condições básicas da tutela reparatória da oportunidade perdida, que deve referir-se à vida ou saúde do lesado e apresentar-se aleatória, neutral, séria, real e atual. Por outro lado, também aqui a autonomização do dano da perda de chance não prejudica “a sua necessária conexão com o resultado final a cuja obtenção a chance se dirigia”¹⁰³, que se reflete de modo evidente no processo de determinação do montante indemnizatório devido.

Assim, calculado a partir de um triplo juízo, o *quantum respondeatur* repercute a robustez da oportunidade perdida. Num primeiro momento, há que “apreciar o estado em que o lesado se encontra em virtude de o resultado final pretendido ter sido frustrado”¹⁰⁴, fixando-se o montante que seria adequado para reparar o dano concretamente sentido, *i.e.*, a perda da vida ou a consumação da enfermidade. De seguida, procede-se à difícil tarefa de avaliar a consistência da chance destruída, quantificando-se as possibilidades de que o paciente dispunha de escapar à consumação dos prejuízos sofridos, *i.e.*, de sobreviver ou de se curar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. No fim, a quantia devida, “corresponderá ao valor encontrado no primeiro juízo, reduzido proporcionalmente à luz do grau de probabilidade incorporado na chance”¹⁰⁵.

No exemplo dado por Nuno Santos Rocha¹⁰⁶, em que o juiz, embora não conseguisse estabelecer com certeza o nexo causal entre o erro do médico e o falecimento do paciente, podia afirmar, com base em dados estatísticos e relatórios periciais, que a realização da intervenção de acordo com as *leges artis* teria dado ao doente 70% de chances de sobreviver, o *quantum debeatur* resultaria da aplicação dessa percentagem aos 50.000,00€ (valor hipoteticamente atribuído, no caso, ao dano morte), *i.e.*, em 35.000,00€. De facto, porque se está apenas a reparar a *possibilidade* de um resultado, este valor teria sempre que ser inferior ao que seria devido se se estivesse a indemnizar o dano final; ainda assim, em rigor, trata-se de uma indemnização integral, e não meramente parcial, pois respeita ao dano concreto da perda de oportunidade, o único, aliás, dotado de um nexo causal provado.

Cientes, porém, da complexidade inerente à avaliação de uma invalidez ou morte e à tradução das chances de cura ou de sobrevivência num valor percentual, os defensores desta

¹⁰³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2018, p. 208.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 209.

¹⁰⁶ Cfr. NUNO SANTOS ROCHA, 2014, p. 67, nota 99.

tese admitem que, quando seja impossível apurar o montante devido nos termos descritos, o julgador lance mão do disposto no art. 556.º, n.º 3, apelando à equidade.

3| Mecanismos alternativos para a tutela do paciente

Ao longo da investigação fomos registando as principais objeções apontadas à tutela ressarcitória da chance perdida, a começar pelo facto de a sua concretização poder ser vista como um artifício a que recorrem os juízes indecisos sobre a verificação do nexos causal. No específico domínio da responsabilidade médica, tendo em conta a natureza dos bens jurídicos em causa, destaca-se ainda a dificuldade na aplicação de um critério seguro para a fixação do *quantum* indemnizatório, a especial vulnerabilidade do paciente que mantém o ónus de provar as chances existentes e a circunstância de uma parte do dano por si sofrido ficar por reparar.

Voltando à terminologia usada por Rute Pedro, a indemnização pela perda de oportunidade de cura ou de sobrevivência é um “paliativo” que “aligeira os sintomas, mitiga as repercussões negativas”, mas que “apresenta contraindicações e alguns efeitos colaterais”. Urge, pois, voltar aos principais “remédios” que se vão “prescrevendo” para atenuar o peso probatório carregado pelo doente¹⁰⁷.

Cumprе esclarecer que a solução alemã da inversão do ónus da prova quanto à causalidade nos casos de negligência grosseira médica não tem consagração no Direito português. Entre nós, a especial complexidade da prova e a falta de preparação técnica do doente não justificam a alteração da repartição de tal encargo, a qual, *a contrario*, dar-se-á apenas ao abrigo do art. 344.º, n.º 2, quando o médico culposamente inviabiliza a prova do nexos causal (v.g. destruindo uma ficha clínica).

Ainda inspirado no paradigma germânico de responsabilização de quem domina a esfera de risco, Ribeiro de Faria apoiou a introdução da presunção de experiência, através da qual o juiz, partindo de um juízo de normalidade, admitiria “que um erro grosseiro, no qual se insere em termos de resultado, abstratamente, um certo dano, o produziu na situação concreta”¹⁰⁸. Entendia o Professor que, apesar de a diversidade e imprevisibilidade do corpo humano raramente permitirem o estabelecimento de nexos causais típicos, esta ferramenta traria o desejado equilíbrio de posições processuais. Para isso, impunha-se que sobre o doente recaísse o ónus de provar a grandeza objetiva do ilícito médico e a inclusão da lesão experimentada nos

¹⁰⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2008, p. 463.

¹⁰⁸ JORGE RIBEIRO DE FARIA, 2004, p. 190, nota 153; *vd.* pp. 125 e ss.

efeitos abstratamente tutelados pela regra de cuidado violada e, por outro lado, que ao clínico fosse possível descredibilizar o conteúdo da prova de aparência, mediante apresentação de elementos de que resultasse a probabilidade de um desenrolar atípico dos factos.

Por último, refira-se a proposta de Vaz Serra de extensão da solução prevista no art. 566.º, n.º 3, que prevê a obediência a um juízo equitativo no cálculo da indemnização devida quando não se possa apurar o valor exato do dano, aos casos em que não seja possível averiguar a própria existência do prejuízo. Assume-se, assim, que, à luz da equidade, deve quantificar-se o significado danoso contido na conduta desvaliosa do profissional.

Conclusão

Não obstante o modo como fechámos o último capítulo, procurámos mostrar que a indemnização pela perda de chance configura uma resposta possível, e até defensável, para a questão da (des)proteção jurídica do sujeito que, pelo comportamento culposos de outrem, tenha irremediavelmente perdido a oportunidade de obter um efeito favorável.

Com a consciencialização de que o conhecimento humano é limitado e apenas se pode expressar em juízos de probabilidade, o uso do critério de “tudo ou nada” na apreciação da responsabilidade do agente tornou-se insuficiente. Nesse sentido, apesar de concretizarem a intervenção *pro damnato* que o sentido de justiça requer para as situações analisadas, a inversão do ónus da prova da causalidade e as técnicas de facilitação probatória estão vocacionadas para uma reparação integral do dano final, dando margem para o ressarcimento de danos na realidade não produzidos.

A contrario, a doutrina da perda de chance propõe uma reparação parcial do dano que atende à aleatoriedade do contexto em que foi produzido e conforma a indemnização à especificidade do prejuízo sofrido. Se a transplantarmos para o plano médico, o profissional passa a responder pela oportunidade de cura ou de sobrevivência que tenha sacrificado ao doente na medida da probabilidade de que tenha sido causador, assegurando-lhe uma compensação equilibrada, proporcional. Por conseguinte, o prestador de cuidados de saúde sentir-se-á incentivado, numa medida ótima, a atuar com a cautela necessária, cumprindo-se em simultâneo as funções reparatória e preventiva da responsabilidade civil.

Destarte, sem prejuízo do artificialismo inerente à antecipação de um dano, admitimos que a indemnização pela perda de chance de cura ou de sobrevivência, na sua aceção como dano

autónomo, inconciliável com a ideia de causalidade probabilística, permite alcançar o “ponto de equilíbrio entre o benefício da dúvida que a incerteza científica deve proporcionar e a exigência da tutela efetiva dos direitos do doente lesado”¹⁰⁹ nos termos do Direito constituído. Entendemos, pois, merecer maior atenção dos juristas, quando mais não seja para afastar certas ideias obsoletas.

De todo o modo, antes de qualquer mudança no quadro jurídico da Saúde, urge quebrar o tabu da negligência médica. É fundamental que profissionais e administrações hospitalares não dificultem o acesso a informação, assumam e corrijam os seus erros, pagando, na dose certa, por eles. Só assim poderá reestabelecer-se a confiança das vítimas numa Justiça que as tem deixado esquecidas.

¹⁰⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, 2008, p. 462.

Referências bibliográficas

Obras e Artigos:

- ALCOZ, LUIS MEDINA (2007), *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor.
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA (2017), *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipe Editora, Lisboa.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA (2009), *Direito das Obrigações*, 12ª ed. rev. e atualizada, Almedina, Coimbra.
- COSTA, PATRÍCIA CORDEIRO DA (2016), *Causalidade, Dano e Prova: A Incerteza na Responsabilidade Civil*, col. “Casa do Juiz; 1”, Almedina, Coimbra.
- FARIA, JORGE RIBEIRO DE (2004), “Da Prova na Responsabilidade Civil Médica: Reflexões em torno do Direito Alemão”, in *Separata da Revista da FDUP*, I, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 117-195.
- FERREIRA, RUI CARDONA (2012), “A perda de chance: análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática”, in *O Direito*, ano 144.º, I, Almedina, Coimbra, pp. 29-58.
- FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA (2010), *Direito Civil: Responsabilidade Civil: O Método do Caso*, reimpressão, Almedina, Coimbra.
- GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA (2008), “Em torno do dano da perda de chance: algumas reflexões”, in *Studia Iuridica 91 – Ad Honorem 3 – ARS IUDICANDI – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves (Boletim da Faculdade de Direito)*, vol. II: Direito Privado, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 290-327.
- GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA (2012), “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance”, in *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado: “Responsabilidade Civil”*, 2, CEJUR, Braga, pp. 17-29.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO (1992), “Sobre a reparação dos danos morais”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 1, APADAC, Coimbra, pp. 17-25.
- MONTEIRO, JORGE SINDE (1989), *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, col. “Teses”, Almedina, Coimbra.

- OLIVEIRA, GUILHERME DE (1995), “O fim da «arte silenciosa»: O dever de informação dos médicos”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3852, ano 128.º, pp. 70-72. Disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/O-fim-da-«arte-silenciosa».pdf>, consultado pela última vez em 11.6.2021.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA (2008), *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA (2011), “A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas ações relativas à responsabilidade civil do profissional médico: dos mecanismos jurídicos para uma intervenção *pro damnato*”, in *Revista do CEJ*, 15, CEJ, Lisboa, pp. 9-62.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA (2018), “Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da jurisprudência”, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, col. Formação Contínua, CEJ, Lisboa, pp. 185-210.
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS (2007), “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 17, APADAC, Coimbra, pp. 11-22.
- PEREIRA, RUI SOARES (2017), *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual: Fundamento e Limites do Juízo de Causalidade*, Almedina, Coimbra.
- PINTO, CARLOS ALBERTO MOTA (1982), *Cessão da Posição Contratual*, col. “Teses”, reimpressão, Almedina, Coimbra.
- PINTO, PAULO MOTA (2009), *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra Editora, Coimbra.
- ROCHA, NUNO SANTOS (2014), *A “Perda de Chance” como uma nova espécie de dano*, Almedina, Coimbra.
- RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES (2000), “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Direito e Justiça*, vol. XIV, tomo 3, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 161-227.
- SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ (1958), “Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos responsáveis legais ou dos substitutos”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 72, pp. 270 ss.

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ (1961), “Provas: direito probatório material”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 110, pp. 160 ss.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA (1995), “Cumprimento e sanção pecuniária compulsória”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2ª ed., pp. 78-81, nota 154.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES (2006), *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 4ª reimpressão da 10ª ed., Almedina, Coimbra, pp. 890 ss.

Media:

NERY, ISABEL, “As vítimas esquecidas dos erros médicos”, *Visão*, 28.1.2017. Disponível em <https://visao.sapo.pt/atualidade/sociedade/2017-01-28-as-vitimas-esquecidas-dos-erros-medicos/>, consultado pela última vez em 30.8.2021.

LUSA, “Cerca de 2,6 milhões de doentes morrem anualmente devido a erros médicos”, *Público*, 13.9.2019.

Disponível em <https://www.publico.pt/2019/09/13/sociedade/noticia/cerca-26-milhoes-doentes-morrem-anualmente-devido-erros-medicos-1886523>, consultado pela última vez em 13.6.2021.

Jurisprudência citada (por ordem de referência):

- *Frederick Farrugia contre Commission des Communautés européennes*, de 21.3.1996.

Disponível em

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994TJ0230&from=FR>.

- Ac. do STJ de 9.7.2015, relatado por Tomé Gomes, proferido no âmbito do processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1. Disponível em www.dgsi.pt, tal como os subsequentes Acórdãos, com exceção do último.

- Ac. do TRP de 28.11.2017, relatado por Rui Moreira, proferido no âmbito do processo n.º 287/13.9T2AND.P1.

- Ac. do STJ de 16.6.2009, relatado por Hélder Roque, proferido no âmbito do processo n.º 1623/03.1TCLRS.S1.

- Ac. do STJ de 22.10.2009, relatado por João Bernardo, proferido no âmbito do processo n.º 409/09.4YFLSB.
- Ac. do STJ de 21.4.2016, relatado por Ana Luísa Geraldes, proferido no âmbito do processo n.º 79/13.5TTVCT.G1.S1.
- Ac. do TRC de 20.3.2018, relatado por Barateiro Martins, proferido no âmbito do processo n.º 4194/15.2T8LRA.C1.
- Ac. do STJ de 9.12.2014, relatado por Sebastião Póvoas, proferido no âmbito do processo n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1.
- Ac. do STJ de 30.3.2017, relatado por Olindo Geraldes, proferido no âmbito do processo n.º 1261711.3T2SNT.L1.S1.S1.
- Ac. do STJ de 30.5.2019, relatado por Rosa Tching, proferido no âmbito do processo n.º 6720/14.5T8LRS.L2.S2.
- Ac. do STJ de 19.12.2018, relatado por Maria Olinda Garcia, proferido no âmbito do processo n.º 233/14.2T8BRG.G1.S2.
- Ac. do STJ de 16.2.2016, relatado por Gabriel Catarino, proferido no âmbito do processo n.º 2368/13.0T2AVR.P1.S1.
- Ac. do STJ de 10.9.2019, relatado por Graça Amaral, proferido no âmbito do processo n.º 1052/16.7T8PVZ.P1.S1.
- Ac. do STJ de 17.11.2020, relatado por Pedro de Lima Gonçalves, proferido no âmbito do processo n.º 13132/18.0T8LSB.C1.S1.
- Ac. do TRL de 15.5.2008, relatado por Granja da Fonseca, proferido no âmbito do processo n.º 3578/2008-6.
- Ac. do STJ de 14.3.2019, relatado por Hélder Almeida, proferido no âmbito do processo n.º 2743/13.0TBTVD.L1.S1.
- Ac. do STJ de 14.3.2013, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, proferido no âmbito do processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1.

- Ac. do STJ de 16.12.2020, relatado por Rosa Tching, proferido no âmbito do processo n.º 17592/16.5T8SNT.L1.S1.
- Ac. do STJ de 24.3.2017, relatado por Salazar Casanova, proferido no âmbito do processo n.º 389/14.4T8EVR.E1S1.
- Ac. do STJ de 21.1.2021, relatado por Ilídio Sacarrão Martins, proferido no âmbito do processo n.º 1314/17.6T8PVZ.P1.S1.
- Ac. do STJ de 15.11.2018, relatado por Rosa Tching, proferido no âmbito do processo n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2.
- Ac. do STJ de 12.3.2015, relatado por Hélder Roque, proferido no âmbito do processo n.º 1212/08.4TBBCL.G2.S1.
- Ac. do STJ de 25.2.2015, relatado por Armindo Monteiro, proferido no âmbito do processo n.º 804/03.2TAALM.L.S1.
- Ac. do STJ de 28.1.2016, relatado por Graça Trigo, proferido no âmbito do processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1.
- Ac. do STJ de 22.3.2018, relatado por Maria Graça Trigo, proferido no âmbito do processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1.
- Ac. do STJ 15.12.2020, relatado por Ricardo Costa, proferido no âmbito do processo n.º 765/16.8T8AVR.P1.S1.
- Ac. do STJ de 2.11.2017, relatado por Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, proferido no âmbito do processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1.
- Ac. da 1ª Secção Cível da Instância Central do TCL de 23.7.2015, relatado por Higinia Castelo, proferido no âmbito do processo n.º 1573/10.5TJLSB. Disponível em http://verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf.