



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O impacto da greve dos profissionais de saúde na perda de chance dos pacientes

Bernardo de Abreu Alves Brandão Gomes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2019

Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto

**“O impacto da greve dos profissionais de saúde na perda de chance dos
pacientes”**

Tese de Mestrado para obtenção do título de Mestre em Direito Privado

Orientadora Professora Doutora Paula de Ribeiro Faria

Bernardo de Abreu Alves Brandão Gomes

Outubro, 2019

O sucesso é a soma de pequenos esforços repetidos dia após dia.

Robert Colier

Aos meus pais que sempre acreditaram nas minhas capacidades.

À minha irmã, que nunca me deixou esmorecer e afastou todas as dificuldades.

À minha avó, pelo seu sorriso ternurento e aconchegante de todos os dias.

Ao meu avô, por toda a força e coragem que me transmitiu ao longo de toda a sua vida.

À Thaís, por todo o amor que me dá e por toda a força que me transmite.

À Sofia, pela amizade, carinho e boa disposição que sempre fez questão que não me faltassem.

À Raquel, Bruna, Ricardo, Topo e Tiago pelo companheirismo, amizade e disponibilidade.

À Doutora Paulo Ribeiro de Faria, pelos ensinamentos, sugestões e disponibilidade que se revelaram verdadeiramente indispensáveis.

À Doutora Ana Teresa Ribeiro pelo seu contributo e esclarecimentos nas áreas do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional.

Resumo: Sabemos que a greve é um direito fundamental que se revela crucial no âmbito das relações laborais, visto que os trabalhadores podem “lançar mão” deste mecanismo para fazerem valer os seus direitos e os seus interesses perante a intransigência das suas entidades patronais. Contudo, algumas práticas que se intitulam como greve, não o são verdadeiramente. Estes comportamentos não são dignos da tutela constitucional conferida pelo regime da greve, pelo que deverão ser considerados comportamentos abusivos.

O foco da presente dissertação é precisamente este tipo de comportamentos levados a cabo por profissionais de saúde que, em certas situações, impedem que os pacientes tenham a oportunidade de se curar atempadamente.

Palavras-chave: direito à greve, direito fundamental, conflito de direitos, abuso de direito, responsabilidade civil, perda de chance, nexo de causalidade, dano da perda de chance de cura ou sobrevivência.

Abstract: We know that strike is a fundamental right that is crucial in the field of industrial relations, as workers can 'use' this mechanism to assert their rights and interests in the face of intransigence of their employers. However, some practices that call themselves strikes are not truly so. These behaviors are not worthy of the constitutional protection conferred by the strike regime and should therefore be considered abusive behaviors.

The focus of the present dissertation is precisely this kind of behaviors carried out by health professionals that, in certain situations, prevent patients from having the opportunity to heal in time.

Key words: right to strike, fundamental right, conflict of rights, abuse of rights, civil liability, loss of chance, causation, damage to loss of chance for cure or survival.

Índice

Introdução	11
Parte I: Direito à greve.....	12
1. A greve como direito fundamental	12
2. Conceito.....	13
2.1. A abstenção da prestação de trabalho	13
2.2. Concertação	13
2.3. Mecanismo de defesa dos interesses comuns dos trabalhadores	14
3. Limites do Direito à greve	14
3.1. Breves notas	14
3.2. Os Serviços Mínimos Indispensáveis à Satisfação das Necessidades Sociais. 15	
3.3. Instituto do abuso de direito e a sua aplicação.....	17
3.4. Aproveitamento malicioso do direito e a desproporcionalidade dos danos.....	19
Parte II: O Dano de perda de chance	21
1. A Responsabilidade Civil em geral.....	21
1.1. Noção e enquadramento.....	21
1.2. Pressupostos da responsabilidade civil para a apreciação da perda de chance 21	
1.2.1. Facto	22
1.2.2. Ilícitude.....	22
1.2.3. Culpa – Nexo de Imputação do facto ao agente	23
1.2.4. Dano	24
1.2.4.1. Conceito e tipos de dano	24
1.2.5. Nexo de causalidade entre o facto e o dano.....	26
2. O instituto da Perda de Chance	26
2.1. Conceito	26
2.2. Génese e Propagação da teoria	27
2.3. Posição adotada pelo nosso ordenamento jurídico	28
2.4. Pressupostos de aplicação da Perda de chance	30
2.5. Âmbitos de aplicação	32
2.6. Classificação do dano da perda de chance.....	35
2.7. Critérios indemnizatórios.....	37
3. O dano de Perda de Chance de Cura ou Sobrevivência.....	39

Parte III: Greves no sector da saúde e as suas consequências.....	41
Conclusão	44
Bibliografia.....	46

Abreviaturas e siglas

Art. - Artigo

CC - Código Civil

Cfr. - Confrontar

CRP - Constituição da República Portuguesa

CT - Código de Trabalho

Ob. cit. - Obra citada

Pp - páginas

SNS – Sistema Nacional de Saúde

TJ – Tribunal de Justiça

Introdução

A experiência mostra-nos que as relações laborais entre os trabalhadores e as entidades patronais são, por norma, bastante desequilibradas. Assim, mecanismos como a greve são indispensáveis para que as posições das partes se tornem mais semelhantes.

É certo que a greve se trata de um mecanismo legal que permite aos trabalhadores lutarem pelos seus direitos, porém, este é um meio que implica um sacrifício de ambas as partes (os trabalhadores deixam de auferir vencimento durante o período em que não se encontram a trabalhar e as entidades empregadores vêem os seus serviços prejudicados pela inatividade dos seus trabalhadores) e, por isso, não deve ser usado de forma irrefletida. Nem sempre o exercício do direito à greve é feito de forma prudente, sensata e razoável.

As greves no sector da saúde têm sido uma constante no nosso país. Longas e repetidas greves têm gerado um enorme transtorno e danos a todos os utentes, assim como avultados prejuízos no Sistema Nacional de Saúde.

O principal objetivo desta dissertação é tentar perceber qual o impacto que estas greves, levadas a cabo pelos profissionais de saúde, têm na chance de cura e/ou sobrevivência dos pacientes. Para que tal seja possível, começaremos a por enquadrar o direito à greve no nosso ordenamento jurídico, bem como o seu regime jurídico. Num segundo momento, iremos analisar a figura da perda de chance, desde o seu conceito aos pressupostos da sua aplicação.

Iremos também averiguar se os serviços mínimos prestados têm sido suficientes para fazer face aos casos mais urgentes ou se, por outro lado, existem situações que não têm sido garantidas. São estas situações que vão merecer a nossa atenção. Será que os danos causados nos pacientes mais graves são uma consequência ou um risco decorrente do exercício do direito à greve socialmente aceite, ou, por outro lado, estamos perante casos que devem ser devidamente indemnizados por perda de chance de cura ou sobrevivência?

Numa fase final da dissertação, vamos procurar perceber em que circunstâncias é que poderemos estar perante um aproveitamento mal-intencionado do direito. Exploraremos a eventual aplicação do instituto do abuso de direito e a viabilidade da atribuição de uma indemnização por perda de chance.

Parte I: Direito à greve

1. A greve como direito fundamental

Ao consultarmos o catálogo dos direitos, liberdades e garantias, facilmente constatamos que o direito à greve constitui um direito fundamental¹ e se encontra cristalizado no artigo 57º da CRP. Goza, assim, de uma tutela constitucional reforçada ao abrigo da norma contida no artigo 18º da CRP. Trata-se do regime de maior proteção de um direito no nosso ordenamento jurídico. Para além disto, o texto constitucional contido no n.º 3 do artigo 57 não fixa o âmbito dos interesses a defender, atribuindo essa tarefa aos trabalhadores² que exercem o direito à greve.

Este direito sobrepõe-se àquela que é a obrigação contratual a que os trabalhadores estão vinculados por terem celebrado o seu contrato de trabalho, visto que estamos perante um direito fundamental. Estamos também perante um direito potestativo³ na medida as obrigações contratuais dos trabalhadores são afastadas quando confrontadas com o direito à greve. Por outras palavras, o empregador encontra-se numa posição de sujeição perante a vontade dos seus trabalhadores em exercer o seu direito à greve. Assim, os trabalhadores não podem ser responsabilizados⁴ por não terem cumprido a prestação a que se encontram vinculados pelo contrato de trabalho, mas também não auferem qualquer rendimento durante os dias de greve.

Posto isto, durante o exercício do direito à greve, o contrato de trabalho encontra-se apenas suspenso nos termos do artigo 536º do CT.

Apesar de toda esta forte tutela que é conferida ao direito à greve, não estamos perante um direito ilimitado. O exercício dos direitos fundamentais tem limites e ainda existem normas previstas pelo legislador ordinário que regulam o procedimento de greve.

¹ Júlio Gomes, 2013: p. 67: o autor entende que a consagração deste direito na Constituição da República Portuguesa revela que o “interesse coletivo profissional dos trabalhadores foi erguido ao nível do interesse geral”,.

² Esta norma demonstra que a intervenção do legislador ordinário no que toca à limitação ou condicionamento do direito à greve não é bem-vinda. Monteiro Fernandes diz mesmo que se denota «*uma postura constitucional de reserva ou mesmo difusa hostilidade perante a hipótese de intervenção do legislador ordinário no condicionamento do direito de greve – embora, explicitamente, essa posição se referira somente ao domínio da motivação do exercício desse direito*».

³ Monteiro Fernandes, 1978: p. 327

⁴ Monteiro Fernandes, 1978: p. 327: refere que não há violação contratual visto que “*durante a paralisação, o trabalhador fica exonerado do seu débito perante o empregador*”.

2. Conceito

Apesar da forte tutela que é atribuída a este direito fundamental, a greve não possui um conceito legalmente previsto que nos permita estabelecer critérios taxativos e objetivos que diferenciem verdadeiros comportamentos grevistas de outros comportamentos que não têm legitimidade para usufruir desta tutela. A doutrina diverge sobre o porquê de não existir um conceito de greve e apresenta diversas razões para tal. Contudo, não explorarei estas posições doutrinárias visto que não é esse o objetivo primordial da presente dissertação.

Para então percebermos quais são os comportamentos que se podem ser classificados teremos de perceber quais são os elementos tidos como essenciais de uma greve “clássica”.

2.1. A abstenção da prestação de trabalho

Decorre diretamente do artigo 536º n.º1 do Código de Trabalho que da greve resulta uma suspensão do contrato de trabalho. Suspende-se a obrigação de o trabalhador exercer e prestar a sua atividade mas também se suspende a obrigação do empregador de retribuir esta prestação.

Podemos definir a abstenção da prestação de trabalho como uma paralisação⁵ temporária e intencional por parte dos trabalhadores da sua prestação laboral.

De salientar ainda que abstenções meramente parciais não devem ser abrangidas pelo conceito de greve, visto que a paralisação dos trabalhadores tem de ser global, como veremos a seguir.

2.2. Concertação

A greve é um eficaz e coercivo meio que os trabalhadores podem lançar mão para reivindicar os seus interesses e direitos coletivos. É um direito que pertence a cada um dos trabalhadores, sendo portanto um direito individual. Contudo, o seu exercício é feito

⁵ Não implica, necessariamente, que os trabalhadores abandonem os seus locais de trabalho.

em conjunto e de forma organizada para que os direitos coletivos dos trabalhadores sejam defendidos⁶.

A dimensão coletiva da greve manifesta-se em vários momentos, desde a decisão, organização e declaração de greve. Nas palavras de Gomes Canotilho e Jorge Leite: «*O direito à greve, enquanto direito subjectivo de recusa de trabalho como forma de protesto, é sempre um direito colectivamente enquadrado, no sentido de que é um direito cujo exercício faz parte de um dado plano de acção colectiva*»⁷. Já o carácter individual da greve é revelado no momento em que o trabalhador adere à greve, visto que cada trabalhador decide se adere ou não à greve que foi decretada coletivamente.

2.3. Mecanismo de defesa dos interesses comuns dos trabalhadores

A paralisação, inerente ao exercício do direito à greve, tem como finalidade a prossecução dos interesses coletivos, comuns e transversais a todos os trabalhadores. Estão sempre em causa interesses e objetivos coletivos e nunca interesses individualmente considerados.

Posto isto, podemos concluir que a chamada “greve clássica” caracteriza-se pela abstenção total, coletiva e devidamente concertada, da prestação de trabalho a que os trabalhadores se encontram obrigados a desempenhar por força do seu contrato de trabalho. Sendo que este comportamento coletivo visa satisfazer e reivindicar interesses e direitos comuns.

3. Limites do Direito à greve

3.1. Breves notas

Já vimos que os direitos fundamentais gozam de uma tutela reforçada no nosso ordenamento jurídico. Contudo, não podemos afirmar que estamos perante direitos ilimitados. A vida em sociedade leva a que o direito tenha de limitar os direitos

⁶”, Bernardo Xavier, 1984: p. 59: É necessário que estejamos perante uma “*atitude de grupo e não uma soma de comportamentos abstensivos isolados.*”

⁷ Gomes Canotilho/Jorge Leite, 1999: p. 19

fundamentais para que outros direitos de outras pessoas possam ser protegidos. Pode ainda limitar estes direitos sempre que estejam em risco bens jurídicos como, por exemplo, a ordem pública.

Quando falamos em limites do direito à greve enquanto direito fundamental, não nos estamos a referir à delimitação do seu conteúdo. Referimo-nos à limitação do seu exercício enquanto direito fundamental. Pode ser a CRP a delimitar expressamente o exercício de um direito fundamental ou pode ser o próprio texto constitucional a remeter esta mesma delimitação para a lei. Posto isto, caso o texto constitucional preveja expressamente os limites, a lei tem apenas de os concretizar. Se a Constituição remeter para a delimitação geral do direito para a lei, então é a lei que vai evidenciar os limites que decorrem implicitamente do texto constitucional. Designam-se por “limites imanentes” ou por “restrições não expressamente autorizadas pela constituição”, sendo que são estas restrições ou limites⁸ que permitem o exercício harmonioso dos mais variados direitos.

É importante salientar que a colisão de direitos não implica necessariamente que estejamos perante uma violação dos limites imanentes. Na presente dissertação, o direito fundamental objeto de estudo é o direito à greve e o exercício deste direito (quer pela sua natureza, quer pela sua finalidade) implica a lesão de outros direitos. Ora, estes direitos que entram em colisão com o direito à greve não devem ser considerados limites imanentes ao exercício deste último. Caso contrário, a finalidade do direito à greve corre o sério risco de ser suprida.

3.2. Os Serviços Mínimos Indispensáveis à Satisfação das Necessidades Sociais

Analisado o conceito de greve, cabe-nos agora tentar compreender a relação “umbilical” que existe entre este direito fundamental e a obrigação de prestação de serviços mínimos.

Apesar de o direito à greve gozar de uma tutela reforçada por se tratar de um direito fundamental (artigo 57º da CRP), este terá de ser exercido em harmonia com

⁸ Parte da doutrina entende que os “limites imanentes” acabam por ser “restrições”. Contudo, autores como Jorge Miranda e Rui Medeiros traçam a distinção entre estes dois conceitos dizendo que a restrição “funda-se em razões específicas, ao passo que o limite “*decorre de razões ou condições de carácter geral, em princípio válidas para quaisquer direitos, como a moral, ordem pública e o bem-estar numa sociedade democrática*».

outros bens e direitos também constitucionalmente protegidos. Vejamos um caso hipotético que se revela bastante pertinente para o objetivo da presente dissertação: os médicos e enfermeiros de um grande hospital da zona norte do nosso país decidem exercer o seu direito à greve. Contudo, como facilmente podemos imaginar, não é possível que um hospital fique sem nenhum destes profissionais de saúde, por pouco tempo que a sua greve possa durar. O exercício do seu direito à greve não é absoluto e, muito menos, ilimitado.

Sabemos que a suspensão da atividade dos trabalhadores provoca danos em vários sujeitos (outros trabalhadores, cidadãos comuns, utentes, etc) e, por isso, pode gerar diversos tipos de danos. Sendo o “leque” de danos tão variado, não podemos admitir que o exercício do direito e a defesa de interesses privados prejudiquem interesses e direitos elementares ou primários dos cidadãos em geral. Porém, a restrição⁹ do direito à greve deve ser levada a cabo com bastante cautela.

Podemos adiantar que o legislador estipulou duas restrições expressas ao direito à greve. Estas restrições estão relacionadas com dois tipos de serviços: os serviços mínimos necessários à satisfação de necessidades sociais impreteríveis¹⁰ e os serviços que garantem a segurança e a manutenção das instalações e dos respetivos equipamentos nelas inseridas.

A obrigação de prestação de serviços indispensáveis à segurança e manutenção das instalações e equipamentos prende-se, precisamente, com a necessidade de salvaguardar todos os interesses que estejam relacionados com a preservação da organização produtiva¹¹ em todo o tipo de atividades

Já a obrigação de prestação de serviços mínimos indispensáveis à satisfação de necessidades sociais impreteríveis não se encontra prevista para todos os tipos de atividades. É certo que é aplicável tanto no setor público, como no setor privado, porém, esta obrigação só se aplica aos serviços essenciais. Assim, salvagam-se os direitos e os interesses dos utentes destes serviços.

⁹ Jorge Reis Novais, 2008: afirma que a restrição ao direito à greve traduz-se por uma “*ação estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jus fundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado [ou para os particulares que o tenham que suportar], afeta desvantajosamente o conteúdo [daquele] direito fundamental*”.

¹⁰ Crf. n.º 3 do artigo 57º da CRP.

¹¹ Estes interesses refletem o direito fundamental de livre iniciativa económica pertencente ao empregador, previsto no artigo 61º da CRP, mas também refletem o interesse que o trabalhador tem na manutenção do suporte do seu emprego.

A obrigação de prestação de “serviços mínimos indispensáveis” prevista no n.º3 do artigo 57 da CRP impõe apenas um nível quase residual de serviços sem os quais os serviços essenciais deixam de funcionar ou de existir. Desta forma, o legislador ordinário vê-se impedido de ampliar o conteúdo desta mesma obrigação.

Importa salientar que a conjugação das normas contidas nos artigos 57º n.3 e 18º n.º 2 e 3 permite-nos perceber que esta restrição do direito à greve baseada na prestação de serviços mínimos tem de ser delineada tem em conta o princípio da proporcionalidade. Por outras palavras, a prestação de serviços mínimos terá de se assumir como o meio exato e adequado para que as necessidades básicas e impreteríveis dos utentes desses mesmos serviços possam ser satisfeitas durante o exercício do direito à greve.

Caso o legislador decidisse delimitar mais rigorosa e restritivamente o conceito de serviços mínimos, poderia estar a “restringir ostensivamente uma restrição”, o que não se adequa às exigências práticas dos interesses que se encontram em conflito. Assim, com a cláusula geral prevista no n.º 3 do artigo 57, podemos adaptar os conceitos em função das necessidades e exigências em concreto dos serviços mínimos¹².

Existe uma relação inquebrável entre a obrigação de prestação de serviços mínimos e as necessidades sociais impreteríveis. Os trabalhadores só têm de prestar serviços mínimos durante uma greve caso existam necessidades sociais a satisfazer e estas se encontrem em risco devido ao exercício do direito à greve. Tal acontece porque o direito não pode compactuar com certas situações como, por exemplo, a de um hospital que deixa morrer um paciente devido ao excesso de volume de trabalho verificado num dia de greve.

3.3. Instituto do abuso de direito e a sua aplicação

A norma contida no artigo 334º do Código Civil diz-nos o seguinte: “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular¹³ exceda manifestamente os limites¹⁴ impostos

¹² Na sequência deste entendimento, podemos ler no Acórdão do TC n.º 289/92 que :*“Há-de entender-se que, em virtude das condicionantes que intervêm na delimitação de um serviço como essencial, este constitui um conceito jurídico indeterminado (...). Daí que seja imprescindível atender à constatação do caso concreto, não existindo melhor via que a do necessário exame das circunstâncias e particularidades de cada situação, atendendo aos interesses em jogo e aos possíveis riscos das situações de conflito.”*

¹³ Não é necessário que o titular do direito atue com consciência do abuso.

¹⁴ Jorge Leite Ribeiro de Faria entendia que na *“aferição do exercício do direito, há o recurso aos valores ético-sociais espalhados pela comunidade (e isso enquanto a lei manda atender à boa fé e aos*

pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito¹⁵”. Trata-se de uma redação bastante clara e objetiva deste “*comportamento anti-jurídico capaz de determinar a obrigação de indemnizar*”¹⁶”.

Vejam agora se a aplicação deste instituto pode ser aplicada a direitos fundamentais, como o direito à greve. Está longe de ser uma questão pacífica no seio da nossa doutrina. Muitos autores consideram que este instituto constitui uma limitação aos direitos fundamentais, visto que os comportamentos tidos como abusivos deixam de gozar de proteção constitucional. Surge assim, a necessidade de referirmos quais as principais posições doutrinárias existentes relativamente a esta matéria.

Uma parte da doutrina entende que é possível aplicar o instituto previsto no artigo 334º do Código Civil a situações em que estamos perante o exercício do direito à greve. Contudo, para que o abuso de direito seja aplicado a estas situações terão de se verificar danos excessivos e desproporcionais ou greves que sejam prosseguidas por comportamentos ou condutas contrárias à boa fé ou aos bons costumes.

No sentido oposto, outros autores defendem que os direitos fundamentais só podem ser restringidos nos casos expressamente previstos pela CRP ou em casos em que existam fundamentos baseados em princípios jurídico-constitucionais. Resumidamente, esta parte da doutrina rejeita a aplicação do instituto do abuso de direito quando estejam em causa direitos fundamentais.

Importa agora perceber se nos é possível, ou não, sustentar a tese de que o instituto do abuso de direito pode constituir uma limitação do exercício do direito à greve.

Ora, sabemos que o abuso de direito deve ser aplicado a situações que não correspondam a um exercício “normal”¹⁷ do direito por parte do seu titular.

Os “limites imanentes” ou as restrições não expressamente autorizadas surgiram precisamente da necessidade de articular os vários direitos para o caso de estes entrarem em “rota de colisão”. O texto constitucional não se refere a estes de forma expressa, mas

bons costumes) e, bem assim, ao quadro de princípios que informam (porque nele positivados) o sistema jurídico constituído (e, neste plano, na medida em que o titular do direito deve obediência à finalidade social e económica do direito em si). Por isso que o estado de espírito do agente (intenção, natureza dos motivos) seja de considerar nesta própria valoração ético-legal.”

¹⁵ Manuel de Andrade sublinhava a necessidade de que o direito seja exercido em termos “clamorosamente ofensivos da justiça”.

¹⁶ Antunes Varela, 2000: p. 544

¹⁷ Antunes Varela, 2000: p. 544: “ *exercício do direito em termos reprovados pela lei, ou seja, respeitando a estrutura formal do direito, mas violando a sua afetação substancial, funcional ou teleológica, é considerado como ilegítimo*».

decorrem do mesmo de forma implícita, visto que os direitos fundamentais previstos na CRP assentam numa ideia de “sistema de direitos”. A partir desta ideia, não nos parece razoável excluir a aplicação do instituto do abuso de direito em situações em que estejamos perante o exercício de direitos fundamentais. A defesa e salvaguarda dos direitos fundamentais não são, de todo, compatíveis com o exercício abusivo dos mesmos.

Posto isto, podemos afirmar que o instituto do abuso do direito acaba por ser um limite imanente ao exercício dos direitos fundamentais. Focando o direito fundamental sobre o qual nos debruçamos, Júlio Gomes defende que o direito à greve pode ser exercido abusivamente, assim como qualquer outro direito subjetivo.

Por fim, importa perceber que situações é que constituem um exercício abusivo do direito à greve. Para tal é necessário identificar qual é o limite juridicamente admissível do direito à greve. Sendo certo que uma colisão de direitos não implica necessariamente que estejamos perante uma violação de limites imanentes. A própria finalidade do direito à greve prende-se precisamente com a afetação de interesses e direitos da entidade patronal. Sem esta colisão de direitos ou interesses, a greve não alcançaria os objetivos subjacentes à sua criação. Importante é também perceber se comportamentos grevistas atípicos podem ou não constituir uma forma de abuso de direito à greve.

3.4. Aproveitamento malicioso do direito e a desproporcionalidade dos danos

Parte da doutrina aponta como critério viável o princípio da proporcionalidade ou da correspondência de sacrifícios. Claro está que todas as greves têm como elemento caracterizador a intencionalidade dos trabalhadores em provocar o máximo de prejuízo à entidade empregadora e o mínimo de prejuízo para si. Ou seja, podemos concluir que esta postura adotada pelos trabalhadores que aderem à greve potencia que sejam gerados danos manifestamente desproporcionais.

Também o TJ tem vindo a reconhecer que existe a necessidade de ponderar de forma sensata os interesses que estão subjacentes a uma greve¹⁸. Contudo, não se tem

¹⁸ No caso *Viking Line*, o TJ sustenta a ideia de que as liberdades comunitárias (como a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços) podem ser limitadas pelo direito de ação coletiva. Contudo, é necessário que os meios utilizados sejam apenas os necessários para alcançar um objetivo.

exigido que se verifique o requisito da proporcionalidade quanto aos danos resultantes do exercício do direito à greve.

Aceitar o requisito da proporcionalidade de danos como pressuposto da licitude do exercício do direito à greve pode conduzir à anulação do principal objetivo deste mesmo direito – pressionar o trabalhador para que esta ceda às exigências feitas pelos trabalhadores. Nas palavras de Liberal Fernandes: *«a inclusão da medida do dano no conceito jurídico de greve constitui um expediente que impede uma correcta compreensão da natureza do direito, uma vez que os efeitos provocados pelo seu exercício são considerados constituintes do respectivo conteúdo, dando origem a uma confusão entre o elemento estrutural e o elemento funcional da greve: embora a lesão dos interesses patrimoniais do empregador constitua o fim natural do direito – negar esta realidade é negar a função da greve e a sua natureza jurídica»*¹⁹. Porém, tudo nos leva a crer que o legislador estabeleceu, ainda que implicitamente²⁰, o requisito da proporcionalidade. Impõe, assim, aos trabalhadores alguma cautela na hora de exercer o seu direito à greve.

Podemos concluir que o legislador exige um prudente exercício do direito à greve, já que procura estabelecer limites máximos e mínimos para os danos que decorrem da greve.

A desproporcionalidade dos danos provenientes de uma greve acaba por se verificar quando os trabalhadores não respeitam o objetivo das regras procedimentais impostas pela lei. Por outras palavras, a desproporcionalidade dos danos resulta de um aproveitamento malicioso ou mal-intencionado da lei. Claro está, que se torna bastante complicado qualificar um comportamento que se diz grevista como um “aproveitamento malicioso” ou como uma prática abusiva de danos desproporcionais. A diferença entre estas duas práticas é algo ténue visto que a segunda é uma consequência direta da primeira.

¹⁹ Liberal Fernandes, 2010: p. 93

²⁰ São vários os indícios na lei que comprovam a existência do requisito da proporcionalidade: no artigo 534 do CT o legislador instituiu a obrigação de aviso prévio e no artigo 537 instituiu a obrigação de prestação de serviços mínimos durante o período de greve. Consagrou ainda a proibição de destruição das instalações, o que demonstra que os prejuízos provenientes do exercício do direito à greve por parte dos trabalhadores não podem ser descomunais ou desmesurados, procurando estabelecer um “limite máximo”.

Parte II: O Dano de perda de chance

1. A Responsabilidade Civil em geral

1.1. Noção e enquadramento

Como sabemos, pertence à ordem jurídica tutelar as expectativas e as relações humanas que estão subjacentes a uma sociedade organizada. Todos os dias se registam comportamentos que geram prejuízos a terceiros. Verificam-se danos, patrimoniais e/ou morais, e levanta-se a questão de saber quem é o responsável por indemnizar estes mesmos danos. É exatamente este problema que o instituto da responsabilidade civil pretende resolver.

A responsabilidade civil é o fundamento da obrigação de indemnizar. Esta divide-se em dois ramos: contratual (arts. 798.º e 812.º do Código Civil) e extracontratual (artigo 483.º e seguintes do C.C.).

Podemos afirmar que a grande maioria dos ordenamentos jurídicos entende que quem sofre um dano deve arcar com o respetivo prejuízo. Contudo, este pode vir a ser suportado pelo lesante caso se verifique um motivo para tal. Ora, é precisamente o instituto da responsabilidade civil que constitui o fundamento para que seja o lesante a arcar com as consequências da sua conduta

1.2. Pressupostos da responsabilidade civil para a apreciação da perda de chance

Para que uma indemnização pela perda de chance seja atribuída é necessário que se verifiquem os pressupostos da responsabilidade civil. Várias questões se deixam suscitar relativamente a estes pressupostos quando está em causa a possível atribuição de uma indemnização pela perda de uma chance.

Estes pressupostos resultam das normas contidas nos artigos 483º e 563º do CC, e são: o facto, a ilicitude, a culpa (ou nexo de imputação do facto ao agente), o dano e ainda o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Os pressupostos que suscitam mais dúvidas sobre o seu preenchimento são o dano e o nexo de causalidade. Mesmo quando estejamos perante um facto voluntário, ilícito e culposo é necessário garantir que existe

efetivamente um dano e ainda que existe um nexo de causalidade entre o facto e o dano. Variadíssimas dúvidas nos assolam na hora de determinar e identificar um dano quando o resultado não se encontrava garantido. Convém também não esquecer que é fundamental identificar em que medida é que o agente em causa contribuiu para a verificação do dano, quando o desfecho final podia ter acontecido independentemente da sua atuação.

1.2.1. Facto

Para que se possa afirmar que um determinado individuo é civilmente responsável, devemos começar por identificar o facto que este tenha praticado. Este facto tem de ser um facto voluntário, ou seja, tem de resultar diretamente da vontade do sujeito em executá-lo. Antunes Varela caracterizava esta ação como algo controlável ou dominável pela vontade humana²¹.

De salientar que a ação em causa levada a cabo pelo agente, pode, caso decorra da lei ou de um negócio jurídico, consistir numa omissão (artigo 486º CC). Tal acontece sempre que sobre o agente recaia o dever de praticar o ato omitido.

1.2.2. Ilicitude

Temos de estar perante um facto ilícito para que o agente seja civilmente responsável. Por outras palavras, a conduta do agente tem que contrariar a ordem jurídica em termos objetivos, gerais e abstratos. A ilicitude consiste no (des)valor de um determinado facto perante aqueles que são os princípios definidos pela ordem jurídica.

No que à responsabilidade extracontratual diz respeito, a ilicitude de um determinado facto jurídico terá de consubstanciar uma violação de um direito de outrem ou de uma norma que vise tutelar interesses alheios (artigo 483º CC) ou terá de se inserir no âmbito do abuso de direito (artigo 334º CC). Quanto à responsabilidade civil contratual, a ilicitude reside no incumprimento do contrato, conforme o previsto no artigo 798º do CC.

²¹ Factos naturais que produzam danos (como um terramoto) encontram-se, evidentemente, excluídos do âmbito da responsabilidade civil.

1.2.3. Culpa – Nexa de Imputação do facto ao agente

Podemos dizer que atuar com culpa é atuar de uma forma que seja reprovável perante o Direito. Para sabermos se uma dada conduta é efetivamente censurável teremos de saber se o agente que praticou o facto é ou não imputável. Ou seja, teremos de avaliar se, no caso em concreto, o agente agiu de modo que se justifique a reprovação perante o direito.

Importa então definir o conceito de agente imputável. Será seguro afirmar que um determinado agente imputável sempre que este possua capacidade intelectual e certa liberdade de determinação (capacidade volitiva). Por outras palavras, é necessário que o agente possua discernimento para prever o resultado ou as consequências da sua conduta. Funciona ainda uma presunção de inimputabilidade relativamente aos interditos por anomalia psíquica e os menores de 7 anos de idade, conforme o previsto na norma contida no artigo 498º do Código Civil.

Creio que é importante salientar que o referido artigo nos diz que é imputável aquele que se colocou numa posição ou estado em que não lhe era possível prever as consequências dos seus atos, sempre que este o faça de forma culposa.

Para além da inimputabilidade, exige-se ainda que o agente tenha agido com culpa, ou seja, exige-se que exista uma ligação entre a vontade do agente e o facto por ele praticado. A culpa está subjacente a uma ideia de censura da conduta do agente, o que significa que o agente podia e deveria ter agido de maneira diferente.

Em função da intensidade da ligação entre a vontade do agente e o facto por ele praticado podemos identificar duas modalidades de culpa. A primeira é o dolo, onde existe uma forte ligação entre o resultado da conduta do agente e a sua vontade intrínseca. Dentro desta modalidade podemos distinguir: o dolo direto (em que o agente, ao adotar determinada conduta, pretende efetivamente alcançar o resultado que se verificou), o dolo necessário (em que o agente prevê e aceita o resultado como uma consequência previsível e necessária da sua conduta) e ainda o dolo eventual (onde o agente prevê que determinado resultado se pode vir a materializar).

Cabe-nos agora introduzir a segunda modalidade da culpa, a negligência (também conhecida como mera culpa). Nos casos abrangidos por esta modalidade, o juízo de censurabilidade para com o agente é menor. Contudo, o facto deve ser imputado ao agente. Ou porque este previu o resultado mas acreditou que o mesmo não

se iria concretizar – negligência consciente. Ou porque não previu o resultado quando lhe era exigível que o fizesse, e não observou qualquer dos seus deveres de cuidado ou diligência para os com os demais – negligência inconsciente.

Em suma, podemos definir o conceito de culpa como o juízo de censura dirigido pelo direito a um determinado comportamento ilícito. Sendo certo que, quanto mais forte for a ligação psicológica entre a vontade do agente e o facto por ele levado a cabo, mais grave será a sua culpa.

1.2.4. Dano

É necessário ainda que se verifique um dano (ou prejuízo a ressarcir, visto que a nossa lei faz referência aos dois termos em várias normas do Código Civil²²). É precisamente em função deste último requisito é que a responsabilidade civil vai fazer atuar a sua finalidade reparadora. Ainda que, por vezes, caiba à responsabilidade civil um papel preventivo ou até mesmo repressivo, esta encontra-se vinculada aos limites da eliminação do dano.

Assim, um determinado facto ilícito culposo só pode constituir uma situação de responsabilidade civil quando este provoque um dano²³ a um terceiro.

Convém-nos realçar que a amplitude dos danos causados não está diretamente relacionada com a gravidade da culpa do agente. São várias as situações em que o agente atua com culpa leve e acaba por causar uma quantidade enorme de danos ao lesado. Assim como, ao invés, é também possível que alguém atue com dolo ou culpa grave e acabe por produzir prejuízos mínimos na esfera jurídica do terceiro.

1.2.4.1. Conceito e tipos de dano

Dano ou prejuízo pode ser definido como “toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica²⁴”. Isto, claro, na perspetiva da responsabilidade civil.

²² São exemplos destas normas os artigos 79.º n.º3, 483.º, 496.º, 562º e 798.º.

²³ O requisito do dano encontra-se mencionado no artigo 483.º n.º1 do Código Civil, visto que esta norma refere que o responsável fica “obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

²⁴ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, pág. 491.

Começamos, então, por traçar a distinção entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais. Podemos afirmar que estamos perante danos patrimoniais sempre que os danos provocados por um determinado facto ilícito culposo possam ser submetidos a uma avaliação pecuniária. Caso tal não seja possível, estamos então perante danos não patrimoniais. Por outras palavras, os danos patrimoniais têm uma expressão económica, incidem sobre bens e interesses materiais. Provocam uma alteração no património do lesado, ao contrário dos danos não patrimoniais que incidem sobre valores morais, espirituais, ideológicos, etc... Um bom exemplo de um dano patrimonial é o estrago feito num veículo automóvel ou a privação do seu uso. Representa um dano não patrimonial, por exemplo, todo o sofrimento provocado a alguém na sequência da morte de um ente querido ou até mesmo as dores sofridas em virtude de uma violenta agressão. De salientar que o mesmo facto ilícito culposo pode, perfeitamente, provocar estes dois tipos de danos²⁵. Vejamos um acidente automóvel em que a viatura do lesado é destruída por completo e este ainda sofre dores intensas na sequência do embate.

Também é pertinente fazer a contraposição entre o dano real e o dano de cálculo. O dano real é todo o prejuízo sofrido pelo lesado em sentido naturalístico, que se pode identificar e analisar em todas as formas possíveis de ofensa de interesses ou de bens jurídicos alheios. Aqui podem ser inseridas as dores físicas, a perda de fontes de rendimento, a afetação do bom nome, entre muitos outros danos. Já o dano de cálculo²⁶ está relacionado com aquela que é a expressão pecuniária do prejuízo sofrido. Trata-se de uma avaliação objetiva dos danos causados, como, por exemplo, o preço do automóvel que se encontra irremediavelmente danificado na sequência de um aparatoso acidente.

Uma outra classificação bastante conhecida consiste naquela que é feita entre o dano emergente e o lucro cessante. O dano emergente consiste na perda de valores já existentes no património do lesado. Já o lucro cessante reporta-se a todos os benefícios que o lesado deixou de obter na sequência da conduta lesiva adotada pelo agente. Trata-se de um acréscimo patrimonial perdido ou frustrado (artigo 564.º n.º1 do CC).

Por último, importa ainda abordar a contraposição entre os danos presentes e os danos futuros. Os primeiros são aqueles que já se verificaram à data da fixação da

²⁵ O Doutor Mário Júlio de Almeida Costa dá o exemplo da difamação sempre que desta resultem sofrimentos morais e ainda prejuízos económicos como a diminuição da clientela profissional.

²⁶ A avaliação do dano de cálculo é feita através da teoria da diferença. Segundo esta teoria, devemos comparar a situação em que o património do credor se encontra após a conduta lesiva com a situação em que este mesmo património se encontraria caso esta mesma conduta não se tivesse verificado. Quantifica-se, então, este tipo de dano através do confronto entre a situação real e a situação hipotética.

indenização, ao passo que os segundos apenas ocorrem num momento posterior. Os danos futuros só são indenizáveis caso haja uma determinada probabilidade quanto à sua verificação, ou seja, estes têm de ser previsíveis. Estes danos subdividem-se em certos e eventuais, dependendo do grau de probabilidade da sua verificação.

1.2.5. Nexo de causalidade entre o facto e o dano

Por fim, é necessário que exista uma ligação entre o facto e o dano. Por outras palavras, o facto tem de ser a causa do dano. Este último requisito da responsabilidade civil encontra-se previsto no artigo 483.º n.º1 do CC, visto que neste artigo podemos ler que o agente terá de indemnizar “pelos danos resultantes da violação”. O nexos de causalidade não funciona apenas como pressuposto da responsabilidade civil. Este delimita também a medida em que o autor da conduta lesiva deverá indemnizar o lesado, já que este acaba por impor que o agente apenas indemne os danos que tenha provocado com a sua conduta.

Caso o dano se apresente como resultado direto do facto ilícito praticado pelo agente, será então relativamente fácil identificar o nexos de causalidade entre o facto e o dano. Contudo, existem diversas situações em que esta simplicidade desaparece. Por vezes a determinação do nexos causal entre o facto e o dano pode-se traduzir numa operação bastante complexa.

2. O instituto da Perda de Chance

2.1. Conceito

Para que se proceda a uma análise capaz do instituto da perda de chance, creio que devemos começar por densificar o conceito de chance.

À palavra chance está subjacente uma ideia de “oportunidade”, “sorte” ou até mesmo “felicidade” na realização de um determinado acontecimento. Ou seja, existe um grau de incerteza, podendo este ser maior ou menor, dependendo da situação em causa.

O autor Nils Jansen descreve de forma bastante completa o conceito de chance, dizendo que a chance ou oportunidade se pode traduzir pela possibilidade de ganho de um determinado benefício ou de se evitar uma determinada lesão ou dano. Por outras palavras, a chance de se obter um benefício traduz-se pelo risco de este não se proporcionar, enquanto que a chance de se evitar um dano traduz-se pelo risco de este se materializar²⁷. Estamos sempre perante uma expectativa hipotética que se pode materializar ou não no fim de um processo neutro e aleatório.

Nem sempre é fácil chegar a um valor da chance perdida na sequência de um ato culposo de um terceiro. Procura-se calcular um valor estatístico com base na sua probabilidade e, desta forma, o dano deixa de ter um carácter aleatório e passa a assumir um carácter de certeza.

A perda de chance consiste na destruição da possibilidade de se obter um resultado favorável (ou desfavorável caso esteja em causa a possibilidade de se evitar uma lesão) na sequência de uma conduta ilícita levada a cabo por terceiro²⁸. Conduta esta que interrompe um processo aleatório de forma definitiva. Caso a situação seja reversível e o resultado final deste mesmo processo ainda se possa vir a verificar, não podemos dizer que se tenha verificado um dano de perda de chance.

2.2. Génese e Propagação da teoria

Podemos afirmar que a teoria da perda de chance nasceu em França, com o Acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de Julho de 1889. Trata-se de um processo judicial marcante visto que o autor do mesmo conseguiu provar que o oficial de justiça (réu) levou a cabo um facto ilícito e culposo. Facto este que se veio a revelar uma situação de

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

²⁸ Para a autora Grácia Moreira do Rosário a perda de chance “constitui uma zona limítrofe entre o certo eo incerto, o hipotético e o seguro; tratando-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos, ou se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impede de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades. A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável”. Grácia Cristina Moreira do Rosário. *A perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 133.

perda de chance para o autor e que fez com que este fosse indenizado pelo oficial de justiça.

Claro está, que a teoria da perda de chance não restringiu o seu âmbito de aplicação a casos de responsabilidade de representantes da justiça. Esta veio a ser aplicada aos mais variadíssimos casos, desde concursos²⁹, competições e até mesmo em casos de responsabilidade civil da Administração³⁰.

Mais controversa foi a aplicação desta teoria aos casos de perda de chance de sobrevivência ou cura. Tal aconteceu pela primeira vez com o aresto do *Cour d'appel* de Grenoble, de 24 de outubro de 1962. O indivíduo em causa havia partido o pulso há uns anos atrás. Contudo, esta sua fratura não foi detetada pelo técnico radiologista na altura. Mais tarde, o autor volta a partir o mesmo pulso. Neste processo, discutia-se se o autor podia ou não ser indenizado pelo primeiro técnico radiologista, já que este não havia identificado a sua fratura no pulso. Deu-se como provado, no decurso do processo, que se esta primeira fratura tivesse sido detetada pelo técnico radiologista, o paciente tinha agora a hipótese agora ver a sua nova fratura completamente curada. Foi a primeira vez que o âmbito de aplicação da teoria da perda de chance foi alargado a casos de responsabilidade civil médica. Naturalmente que as críticas se fizeram sentir visto que a aplicação desta teoria a estes casos específicos exige que sejam tomadas algumas precauções.

2.3. Posição adotada pelo nosso ordenamento jurídico

Ao consultar diversos acórdãos e analisar as posições adotadas pelos principais autores do nosso país, rapidamente percebemos que não existe uma posição maioritária no que à perda de chance diz respeito.

Autores como Paulo Mota Pinto³¹ consideram que não dispomos de uma base legal suficiente para considerarmos a indemnização pela perda de chance como algo

²⁹ O leading case na Inglaterra, incidiu precisamente sobre um concurso de beleza. Refiro-me ao caso *Chaplin vs Hicks* de 1911. A autora deste processo judicial era finalista de um concurso de beleza e, por isso, tinha a possibilidade de sair vencedora do referido concurso. Contudo, nunca lhe foi comunicada qualquer data para esta se apresentar perante um júri, ou seja, esta perdeu a oportunidade de vencer o concurso e de alcançar um dos prémios. A autora venceu a ação com fundamento no incumprimento contratual, argumentando que este lhe provocou a perda de chance de ganhar um dos prémios.

³⁰ O aresto do *Conseil D'État* de 3 de agosto de 1928 constituiu o primeiro caso em que a teoria de chance foi aplicada a este âmbito. Neste caso, o tribunal reconheceu o direito de um funcionário a ser indenizado pela perda de chance de progressão na carreira.

³¹ Paulo Mota Pinto, 2008, p. 1103.

admissível no nosso ordenamento jurídico³². Outra parte da doutrina vai mostrando alguma empatia pelo instituto da perda de chance: Rute Teixeira Pedro³³ entende que este conceito deve ser aplicado mas apenas em casos de responsabilidade civil médica, Carneiro da Frada³⁴ entende que esta figura pode ajudar a resolver casos de responsabilidade contratual, e Rui Cardona Ferreira³⁵ sustenta que a indemnização pela perda de chance pode ser eventualmente aplicável a casos em que estejamos perante danos não patrimoniais.

Parece-nos que deve ser adotada uma posição intermédia relativamente à admissibilidade da figura da perda de chance capaz de responder às exigências práticas que vão surgindo no nosso ordenamento. Neste sentido, Júlio Gomes³⁶ entende que a alegada oportunidade perdida não se pode tratar de uma mera hipótese, ou seja, esta terá de ser relevante do ponto de vista jurídico. Para chegarmos a tal conclusão acerca de uma determinada oportunidade teremos de proceder a uma análise rigorosa da sua seriedade, razoabilidade e probabilidade.

Os tribunais portugueses têm-se mostrado recetivos a esta posição intermédia da figura da perda de chance. Ainda que com alguma cautela, estes têm vindo a aceitar e a aplicar o instituto da perda de chance para resolverem alguns litígios. São vários os exemplos de acórdãos em que é visível este comportamento por parte dos tribunais. Entre os quais, destacam-se: o Acórdão do STJ de 14/03/2013, cuja relatora é Maria dos Prazeres Beleza, onde podemos ler que *“o dano da perda de oportunidade de ganhar uma acção não pode ser desligado de uma probabilidade consistente de a vencer”* e ainda que *“para haver indemnização, a probabilidade de ganho há de ser elevada, sob pena de incompatibilidade com o regime legal”*; o Ac. STJ 29/04/2010 (relator: Sebastião Póvoas) onde se sustenta que a perda de oportunidade *“só pode ser qualificado de dano futuro mas eventual ou hipotético, salvo se a prova permitir que com elevado grau de probabilidade, ou verosimilhança concluir que o lesado obteria certo benefício não fora a chance perdida”*; e ainda o Ac. da Relação de Guimarães de 20/10/2011, onde a relatora Helena Melo entende que *“não é possível concluir pela perda de chance da A. nada garantia que a decisão fosse no sentido da procedência da oposição”*.

³² Carlos Ferreira de Almeida subscreve na íntegra a posição adotada por Paulo Mota Pinto.

³³ Rute Teixeira Pedro, 2008, p. 463.

³⁴ Carneiro da Frada, 2006, p. 71.

³⁵ Rui Cardona Ferreira, 2011, pp. 204 e 237.

³⁶ Júlio Gomes, 2012, pp. 28-29

Importa ainda referir que a perda de chance surge, na esmagadora maioria dos casos, em situações de responsabilidade civil de advogados, ainda que existam exceções em que esta é aplicada em casos de negligência médica³⁷. Podemos verificar também que a nossa jurisprudência tende a restringir a aplicação desta figura a casos que envolvam um dano patrimonial, o que não deixa de ser curioso já que o ordenamento vizinho (espanhol) adota uma postura contrária, limitando a aplicação da perda chance a casos em que existam danos não patrimoniais.

2.4. Pressupostos de aplicação da Perda de chance

Apesar das várias e diferentes opiniões existentes no nosso ordenamento jurídico no que toca ao instituto da perda de chance, a maioria dos autores considera que têm de ser cumpridos pressupostos para que o dano da perda de chance possa ser indemnizado.

Antes de qualquer outro pressuposto, é necessário que estejamos perante um resultado positivo e futuro que pode, eventualmente, vir a materializar-se. A sua concretização tem de ser provável mas não certa.

Posteriormente, é preciso verificarmos se a pessoa lesada se encontra numa situação em que está realmente apta para alcançar o resultado, apesar da incerteza que está associada ao mesmo. Portanto, deve existir uma chance real de o lesado alcançar a vantagem esperada.

Finalmente precisamos de identificar uma conduta de um terceiro que tenha efetivamente erradicado todas as possibilidades que o lesado tinha de alcançar o resultado.

Existem ainda algumas características que devem acompanhar a chance para que esta seja indemnizável. Esta deve ser neutra e aleatória, na medida em que esta tem de ser neutra por existir a probabilidade de os fatos se desenvolverem favorável ou desfavoravelmente visto que estes integram um processo aleatório.

A chance deve ainda ser autónoma e atual, ou seja, deve ser economicamente determinável e deve já pertencer ao património do lesado no momento em que se verificou a lesão.

³⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/10/2009, disponível em www.dgsi.pt

Podemos concluir que a chance tem de apresentar ou grau de probabilidade razoável para que a sua perda seja reparada. As chances meramente hipotéticas são descartadas³⁸ por este instituto, pelo que não deverão ser ressarcidas³⁹. Daqui retiramos o último requisito para que o dano da perda de chance seja reparado. A chance deve ser séria⁴⁰.

Parte da doutrina entende que a seriedade da chance deve traduzir-se num mínimo de 50% de probabilidade⁴¹ de esta se vir a materializar. Tal posição doutrinal implica que a perda de uma chance de 48% ou 49% não deve ser indemnizável. Assenta na ideia “*more likely than not*” em que o autor apenas tem de demonstrar ao tribunal que é mais provável que o dano tenha ocorrido devido à conduta lesiva do agente do que por um fato aleatório, ainda que não seja possível saber com certeza qual a origem deste mesmo dano. Na minha opinião, o critério que estabelece uma probabilidade mínima de 50% não deve ser determinante. O dano da perda de chance é um dano autónomo e é reconhecido como tal. Representa a oportunidade perdida e não um dano final. Segundo este critério, um vasto leque de danos substanciais não seriam indemnizáveis⁴².

Outros autores entendem que apenas é exigível que a chance em causa possua uma probabilidade superior a 0% para que esta possa ser ressarcida. Mesmo que esta probabilidade fosse extremamente reduzida, o suposto lesado iria sempre ver o seu dano reparado. Contudo, o montante da sua indemnização seria drasticamente reduzido. Não

³⁸ O Supremo Tribunal do estado de Nevada, nos Estados Unidos, no caso *Perez v Las Vegas Med. Ctr.*, estabeleceu que uma chance com uma probabilidade inferior a 10% de se vir a concretizar não é suficientemente substancial e, por isso, esta não deverá ser reparada.

³⁹ A “house of Lords”, no caso *Davies v. Taylor*, não concedeu qualquer indemnização a uma viúva que alegava que tinha perdido a possibilidade de alcançar um padrão superior de vida e uma melhor condição financeira devido a um facto que tinha provocado a morte do seu marido. Contudo, este casal encontrava-se separado à data da morte do marido e, por isso, o tribunal considerou que as alegações da viúva possuíam um elevado grau de subjetividade visto que teriam de ser avaliadas as hipóteses de reconciliação futura do casal. O tribunal considerou estar perante uma chance meramente hipotética e, portanto, considerou que a chance não era séria. FISCHER, David A.. *Tort Recovery for loss of a chance*, Wake Forest Law Review, 2001, p. 645

⁴⁰ Requisito mais valorizado e mais importante para os tribunais franceses visto que é este que separa os danos potenciais e prováveis dos danos hipotéticos que não devem ser ressarcidos.

⁴¹ Este é o posicionamento doutrinal no âmbito da *Common Law* nos casos de responsabilidade médica.

⁴² O autor alemão Nils Jansen apresenta um caso hipotético onde podemos ver o porquê do critério do “*more likely than not*” não poder ser o critério decisivo na hora de julgar casos de perda de chance. Vejamos o seguinte exemplo: um determinado indivíduo sofre uma paragem cardíaca súbita. A possibilidade de sobrevivência é de 80% caso seja assistido de imediato por uma ambulância. Contudo, um terceiro, por negligência, causa um pequeno acidente com a ambulância quando esta transportava o paciente para o hospital. Ora o atraso deste mesmo veículo fez com que a probabilidade da sua sobrevivência descesse para 40%. Assim que chega ao hospital, o médico não o atende de imediato porque se encontra a terminar o seu chá. A probabilidade de sobrevivência é reduzida a zero e o paciente acaba por falecer. Caso adotássemos o critério que fixa uma probabilidade mínima de 50%, a vítima não teria direito a qualquer tipo de indemnização visto que a responsabilidade de quem provocou o pequeno acidente e do médico não atingem o mínimo de probabilidade necessário de 50%.

se discutiria a existência ou não de um dano de perda de chance, simplesmente discutir-se-ia o valor da indemnização.

Como já vimos, nem sempre é fácil avaliar a probabilidade de um determinado resultado. Assim, alguns autores rejeitam a aplicação do instituto da perda de chance. Parte da doutrina norte-americana considera que a perda de chance apenas deve ser aplicada no âmbito da responsabilidade médica visto que esta é a única área em que as estatísticas são mais seguras e as probabilidades são determinadas com maior rigor. Para os autores que defendem o não acolhimento da teoria da perda de chance, o requisito da seriedade dificilmente pode ser verificado e comprovado.

Acho que fixar uma percentagem de probabilidade mínima para comprovar a seriedade de uma chance não é algo que seja determinante. Creio que o que é crucial é que os fatos e as provas que envolvem o caso em concreto sejam avaliadas e analisadas de forma adequada.

2.5. Âmbitos de aplicação

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

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

O próximo tipo de casos que creio que devemos abordar são os casos em que o lesado perde a oportunidade de ganhar uma determinada competição ou evento

desportivo. Estas competições podem também ser marcadas por eventos aleatórios e imprevisíveis. Um bom exemplo destes casos ocorreu nos jogos olímpicos de Atenas em 2004. O atleta que liderava a prova da maratona foi abalroado por um espectador que havia invadido a pista. O público conseguiu fazer com que o maratonista regressasse a prova, mas o atleta perdeu ritmo e tempo, acabando por cair para a terceira posição. Não é, naturalmente, possível saber com certezas absolutas que o atleta se teria sagrado campeão olímpico. Contudo, podemos dizer que a conduta culposa do lesante fez com que o maratonista perdesse a oportunidade de ganhar a prova.

Neste âmbito podem ainda incluir-se os concursos de beleza, como o caso da cidadã inglesa que apresentei anteriormente ou o caso de uma concorrente a Miss Suíça que se viu impedida de participar no concurso devido a um acidente de viação.

Em terceiro lugar, temos os casos relacionados com a perda de oportunidade de obter decisões favoráveis em decisões judiciais e em procedimentos administrativos. Vejamos o caso em que o advogado que se esquece de contestar uma decisão judicial desfavorável ao seu cliente⁴³. Não é possível determinar se este recurso traria uma vitória judicial ao lesado. Contudo, a possibilidade de a decisão ser novamente apreciada desapareceu com a conduta do advogado. É o campo onde mais se aplica a teoria da perda de chance, visto que o juiz possui conhecimentos técnicos específicos para avaliar a conduta do advogado. Assim, e por se encontrar em condições ideais para tal, o juiz pode avaliar com rigor as possibilidades de procedência da decisão frustrada.

Compete-nos agora analisar os casos de perda de oportunidade de cura ou de sobrevivência. É sobre estes casos que o presente trabalho incide e, como vamos ver, estes são especialmente problemáticos e complexos. Sabemos que a atividade médica é, na grande maioria dos casos, uma obrigação de meios⁴⁴. Assim, e como a atividade médica se encontra envolvida por um carácter de incerteza, nem sempre é fácil perceber se a conduta do médico poderá ter reduzido ou eliminado as hipóteses que o doente tinha de se curar ou de sobreviver. O que importa aqui perceber é se o médico

⁴³ O caso *Kitchen vs Royal Air Force Association*, na Corte de Apelação Inglesa constitui um bom exemplo destas situações em que o cliente interpõe uma ação contra o advogado pela perda de um direito. O marido da autora morreu eletrocutado devido a uma descarga elétrica que, alegadamente, terá ocorrido devido a uma conduta negligente por parte da companhia que fornece a energia elétrica. Contudo, e apesar da insistência da autora, o seu advogado nada fez para tentar responsabilizar a empresa em causa, o que a impediu de levar o seu caso a tribunal e de, provavelmente, obter uma indemnização.

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

⁴⁴ Rute Teixeira Pedro. Ob. cit., p. 238

efetivamente facultou ao seu paciente todas as oportunidades que a medicina tem ao seu dispor para resolver o seu problema de saúde.

Um caso de negligência médica bastante mediático que, a meu ver, deixa poucas dúvidas acerca da oportunidade perdida de sobreviver é o de uma jovem portuguesa que acabou por falecer devido a um tumor cerebral. A jovem em causa terá ido ao hospital onze vezes e dezoito ao centro de saúde da sua área de saúde ao longo de 3 anos. Sempre que os médicos e profissionais de saúde recebiam a jovem de 19 anos diziam-lhe que esta sofria de stress e ansiedade. Medicavam-na com calmantes e antidepressivos e, de seguida, mandavam-na para casa repousar. Sintomas como fortes dores de cabeça, vômitos, desmaios e tonturas foram sempre menosprezados visto que a jovem nunca chegou a realizar tomografia axial computadorizada, comumente conhecida por TAC. Realizada a autópsia, veio a verificar-se que a jovem possuía um tumor com quase 1.7kg alojado no seu cérebro. Não podemos assegurar, até pela gravidade da doença em causa, que a paciente teria sobrevivido caso o seu diagnóstico tivesse sido feito atempadamente e de forma correta. Contudo, podemos afirmar com certeza que a jovem perdeu a sua oportunidade de se curar e sobreviver a este tumor.

Não é simples calcular com algum rigor e exatidão quais seriam as probabilidades que a doente teria de sobreviver caso os médicos tivessem realizado uma tomografia axial computadorizada no dia em que esta deu entrada no hospital pela primeira vez. Existem inúmeras variáveis que têm de ser tidas em conta como o tipo de tumor, o seu posicionamento para averiguar a possibilidade de ser removido através de uma cirurgia, a resistência da jovem a tratamentos agressivos, entre muitos outros. Daí que muitas vezes seja quase impossível proceder ao cálculo do dano da perda de chance de cura ou de sobrevivência.

Finalmente, temos ainda os casos de oportunidade comercial. Por norma, estes casos estão relacionados com a responsabilidade pré-contratual⁴⁵. Uma das partes cria a expectativa de que irá celebrar o contrato devido ao comportamento demonstrado pela outra. Esta mesma expectativa faz com que deixe de procurar outras alternativas e oportunidades de negócio, descartando a proposta de um terceiro. Assim, o

⁴⁵ Na Austrália, o leading case da responsabilidade civil pela perda de chance é precisamente o *Sellars v. Adelaide Petroleum NL*. Este é um caso de responsabilidade pré-contratual. À autora foi feita uma oferta bastante vantajosa em troca de uma boa parte das suas ações. Contudo, o réu acabou por desistir sem apresentar qualquer justificação para tal comportamento. Esta conduta provocou que os outros potenciais compradores baixassem o valor das suas propostas, forçando a autora a celebrar um negócio muito menos favorável ao inicialmente previsto. A desistência do réu foi considerada pelo tribunal australiano uma conduta culposa e, por isso, decidiu que este era responsável por acabar com chances de autora celebrar um negócio mais vantajoso.

incumprimento da contraparte impede-nos de saber com qual era a vontade da parte defraudada e se esta teria efetivamente aceitado a proposta do terceiro para celebrar o contrato. Mesmo que se saiba que a parte defraudada teria celebrado o contrato com o terceiro, nunca poderemos ao certo qual o conteúdo deste hipotético contrato. Também não podemos ignorar a possibilidade de as partes não cumprirem este mesmo contrato. Posto isto, não podemos dizer que as negociações frustradas tenham privado o lesado dos benefícios que outro contrato lhe teria trazido. Podemos concluir, portanto, que o lesado apenas perde então a oportunidade de celebrar o contrato.

Alguns autores defendem ainda que a perda de chance deve ser aplicada aos casos em que o dever de informar não foi cumprido e um determinado indivíduo sofre um dano na sequência dessa falha de informação⁴⁶. Neste sentido, argumentam que o conhecimento de toda a informação é essencial para uma justa e plena relação obrigacional. Contudo, estes mesmos autores alertam para o elevado grau de complexidade que está subjacente à aplicação deste tipo de responsabilidade civil.

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

2.6. Classificação do dano da perda de chance

Em função da natureza do dano final, podemos distinguir dois tipos de oportunidades perdidas: a oportunidade económica e a oportunidade pessoal. O dano pode atingir o património económico, como a perda de um negócio vantajoso do ponto de vista financeiro, mas também pode atingir o seu património pessoal (v.g. impossibilidade de prolongar o seu tempo de vida devido a um diagnóstico tardio). O património pessoal subdivide-se em património biológico – vida e integridade física – e em património espiritual ou moral.

⁴⁶ Um caso paradigmático no qual o dano da perda de chance pela incumprimento do dever de informação foi aplicado aconteceu em França. O doente submeteu-se a uma cirurgia para tratar a sua surdez-mudez. A sua operação foi bem sucedida, porém este começou a padecer de uma paralisia facial. Este era um dano que os médicos conheciam e previam como possível mas não informaram o paciente desta possibilidade. Assim, não permitiram que o lesado pudesse optar entre a cirurgia ou pela utilização de aparelho que apenas corrigiria parcialmente a sua deficiência. O cirurgião acabou por ser condenado mesmo não tendo violado qualquer dever de cuidado e mesmo tendo atuado com a perícia necessária à realização da cirurgia. O tribunal entendeu que o médico foi responsável por destruir a chance que o lesado tinha de optar pelo tratamento que este preferisse.

Em processos judiciais, a oportunidade de sucesso pode assumir estas duas vertentes. Vejamos o caso já referido do atleta olímpico que se vê impedido por um espectador de ganhar a prova. Sabemos que a conclusão da prova em primeiro lugar atribui ao atleta o título de campeão olímpico, o que é um enorme feito, digno de menção honrosa e certamente constitui uma enorme realização pessoal. Porém, a esta perda no seu património pessoal, acresce ainda a perda de um prémio em dinheiro.

Podemos ainda distinguir entre a oportunidade de evitar um dano e a oportunidade de obtenção de lucro. Um paralelismo com os conceitos de dano emergente e lucro cessante permite-nos perceber corretamente as diferenças que entre estes dois tipos de oportunidades. Na primeira o benefício final consistiria na não verificação de um dano, enquanto na segunda a vantagem final traduzir-se-ia pela não obtenção de um incremento patrimonial.

Ainda é possível subdividir a oportunidade em direta e indireta. Na oportunidade direta os danos resultam do facto ilícito de forma imediata, ao passo que na oportunidade indireta os danos são uma consequência indireta do comportamento lesivo. O seguinte exemplo permite-nos perceber claramente esta distinção: o lesante atropela o lesado, provocando-lhe graves lesões nas pernas. Estas mesmas lesões conferem-lhe uma incapacidade física permanente e é este o dano direto que advém do atropelamento. Imaginemos agora que o lesado, antes do atropelamento, se encontrava num processo de recrutamento da polícia judiciária e, para isso, precisava de ultrapassar os testes exigentes testes físicos. Contudo, a sua incapacidade física permanente impossibilita que o lesado consiga concluir os testes físicos. Naturalmente que não é possível afirmar com certeza de que o agente superaria os testes físicos impostos pela polícia judiciária, porém podemos afirmar que o atropelamento de que foi vítima retirou-lhe a oportunidade de aceder a esta nova via profissional. Estamos, assim, perante uma perda de oportunidade como dano indireto.

Um bom exemplo de oportunidade que decorre diretamente do facto ilícito é precisamente a perda de oportunidade de cura ou de sobrevivência em que o lesado perde a oportunidade de se curar devido a um comportamento negligente de um médico.

Há ainda outra classificação que devemos abordar, a oportunidade passada e a oportunidade futura. A diferença reside no momento temporal em que se dá a liquidação do dano⁴⁷.

2.7. Critérios indemnizatórios

Já vimos que o dano de perda de chance é distinto do dano final e, por isso, os montantes indemnizatórios destes dois tipos de dano terão também de ser distintos⁴⁸.

O grau de probabilidade de verificação do resultado final deverá refletir-se no montante indemnizatório. Naturalmente que a perda de uma chance de 30% de verificação de um determinado resultado não deverá ser indemnizada da mesma maneira que a perda de uma chance de 90%. Demonstrada a existência de uma chance real e séria, o montante indemnizatório deverá variar em função da probabilidade de verificação do resultado final. Assim, a reparação da perda de chance nunca poderá atingir valores iguais ou superiores aos que o resultado final proporcionaria ao lesado, já que nunca poderemos ter certezas absolutas que o lesado alcançaria o resultado final se a conduta ilícita não se tivesse verificado.

A indemnização terá, então, de corresponder ao valor da chance perdida. Para que esta seja calculada temos então de proceder a dupla avaliação. Primeiramente temos de avaliar qual o valor do dano final em causa, de seguida importa determinar o grau de probabilidade⁴⁹ (geralmente representado por um valor percentual) que o lesado tinha de obter da vantagem ou de evitar o prejuízo.

Determinando estes valores, apenas teremos de aplicar a percentagem correspondente ao grau de probabilidade ao valor do dano final. Vejamos o seguinte exemplo prático: um jovem de 14 anos dá entrada no hospital com fortes dores abdominais. O médico que o atende, atua de forma negligente e não procede aos

⁴⁷ Luis Medina Alcoz dá o exemplo de um caso de gangrena que terá sido provocado por um diagnóstico tardio. A perna do paciente foi afetada e, por isso, podemos dizer que o médico não aproveitou a oportunidade passada de cura. A lesão corporal e o dano moral já se haviam produzido devido a um comportamento negligente por parte do médico. Há ainda uma perda de oportunidade futura caso o lesado seja um atleta de alta competição que agora se veja impossibilitado de competir e obter os lucros decorrentes da sua atividade profissional.

⁴⁸ No sentido contrário, o Ac. do STJ de 22/10/2009, onde o relator João Bernardo sustentou que não existia qualquer motivo para conceder uma indemnização diferente da que corresponderia ao dano final. Defende tal posição argumentando que a redução da indemnização apenas pode acontecer ao abrigo do art.º 494.º do Código Civil, ou seja é, caso se verifique uma conduta negligente. Como a conduta do agente era dolosa, o julgador entendeu que a norma referida não permite nenhuma diminuição do montante indemnizatório caso se levantem dúvidas sobre o dano ou sobre o nexo causal.

⁴⁹ Note-se que este grau de probabilidade terá de ser calculado sempre *à priori* visto que é indispensável para apurar se estamos perante uma chance real e séria.

necessários exames médicos. O jovem acaba por falecer devido a uma peritonite generalizada (que provocou uma infeção generalizada) resultante de uma apendicite aguda. Avaliando o resultado final (morte) em € 100.000,00 euros e estabelecendo o grau de probabilidade que o jovem tinha de evitar este prejuízo caso a sua apendicite tivesse sido diagnosticada atempadamente em 85%, resta-nos aplicar a percentagem ao valor do resultado final. Feitas as contas indemnizaríamos o lesado em € 85.000,00.

Claro está que calcular com exatidão o grau de probabilidade de verificação do resultado final pode ser uma tarefa bastante complexa. Nestes casos devemos atender à equidade para fixar o *quantum* indemnizatório, conforme prevê a norma contida no artigo 566.º, n.º 3 do Código Civil.

Os casos de responsabilidade dos profissionais forenses apresentam uma particularidade. A probabilidade de sucesso num determinado litígio é avaliada através da realização de um “*trial within the trial*”. Por outras palavras, o juiz ficciona ou representa num plano hipotético o decurso e o desfecho do processo judicial que não se chegou a iniciar (ou que não foi contestado ou sobre o qual não foi interposto o recurso) caso o advogado tivesse atuado de forma diligente. Desta forma, o juiz irá ter a perceção de qual o grau de probabilidade de sucesso que o lesado teria no processo.

Este juízo levado a cabo pelo juiz é determinante para que se possa concluir pela verificação uma chance séria de sucesso no processo judicial. De salientar, ainda, que o cálculo do *quantum* indemnizatório.

Temos de ter em atenção que o tipo de ato ilícito em causa pode dificultar bastante o cálculo da probabilidade de vitória que não chegou a ser instaurada ou contestada. Nos casos em que o advogado não interponha recurso da decisão da primeira instância, permitindo que esta transite em julgado, este cálculo de probabilidade é mais simples visto que já foi feito um julgamento onde o juiz tem ao seu dispor toda a matéria de facto. Já nos casos em que o advogado não propõe a ação judicial, deixando que o direito do seu cliente prescreva, a realização do “*trial within the trial*” será bastante mais complexa, abstrata e difícil de prever.

3. O dano de Perda de Chance de Cura ou Sobrevivência

Não parecem existir motivos suficientemente relevantes para tratarmos de forma diferente a perda de chance nos casos de responsabilidade civil médica de todos os restantes casos. Concordamos, então, com os defensores da teoria unitária⁵⁰.

Temos de reconhecer que existe uma diferença fáctica entre os casos que se inserem no âmbito da responsabilidade civil médica e os casos ditos “clássicos” de perda de chance. Na responsabilidade civil médica não existe a interrupção do processo causal pelo facto que vem a originar a perda de chance. Existe sim o efeito de destruição fáctica de um processo causal provocada por um facto ilícito, que se vem a traduzir num processo causal hipotético.

Podemos então estabelecer uma analogia entre os efeitos provenientes dos casos clássicos de perda de chance e os efeitos nas situações de perda de chance de cura ou sobrevivência. Se uma determinada concorrente a “Miss mundo” não tiver sido devidamente notificada do evento e, por isso, não comparecer ao concurso, esta nunca mais poderá participar naquela edição em específico. O mesmo se passa no âmbito do direito médico. Se um médico, de forma negligente, não deteta e trata uma apendicite aguda atempadamente, e o doente acaba por perder o baço fruto da propagação da infeção, podemos concluir que também houve a destruição de um correr de eventos hipotéticos (exames médicos, cirurgia, tratamentos, etc) em que o doente poderia vencer a doença sem ficar com sequelas. Caso esta destruição do processo causal hipotético não se tivesse verificado, o diagnóstico atempado poderia ter evitado que o paciente perdesse o baço. Da mesma forma que a correta e devida notificação da concorrente poderia ter feito com que esta vencesse o concurso, o que lhe permitiria obter os respetivos prémios.

Vejamos que tal não acontece apenas com os médicos. Os advogados também se podem colocar numa situação semelhante, ainda que com as respetivas diferenças inerentes às funções de ambas as profissões. Caso um advogado seja contratado para contestar uma determinada ação e não o faça dentro do prazo, o réu é que irá perder a hipótese de se defender. Como sabemos, a contestação fora do prazo implica a revelia

⁵⁰ Os defensores desta teoria entendem que não deve ser feita uma distinção entre os casos clássicos de perda de chance e os casos que envolvem responsabilidade civil médica. O importante é constatar que o doente efetivamente tinha uma chance de cura que foi eliminada pela conduta lesiva do médico. Desta forma, constataremos que estamos perante um dano autónomo de perda de chance nos casos de responsabilidade civil médica.

do réu e, por isso, todos os factos alegados na petição inicial serão tidos como confessados. Não é a contestação fora do prazo que faz com que o réu seja condenado, visto que o juiz não está vinculado a decidir a favor do autor da ação nos casos em que se verifique a revelia do réu. O advogado com a sua conduta não perdeu o processo. Contudo, o advogado nada fez para tentar interromper onexo causal e o réu acaba por ser condenado. O réu perdeu então a hipótese de evitar um resultado desfavorável, precisamente como aconteceria num caso de perda de chance de cura ou sobrevivência. O advogado simplesmente retirou a chance ao seu cliente e colocou-o numa posição menos favorável caso este tivesse atuado de forma diligente.

É exatamente isto que acontece nos casos de responsabilidade civil médica. Não é o facto ilícito praticado pelo médico que provoca o desfecho final da doença. Mas é a sua atitude passiva que acaba com a oportunidade que o seu paciente tem de se curar, provocando um dano da perda de chance.

Parte III: Greves no sector da saúde e as suas consequências

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

Apesar de estes profissionais estarem a exercer de forma, aparentemente, legítima o direito fundamental previsto no artigo 57º da CRP, os hospitais vêem-se forçados a adiar sucessivamente as cirurgias que se encontram agendadas, derrapando os tempos de espera que, como sabemos, já são bastante extensos. Resumidamente, podemos afirmar que o exercício do direito à greve de forma repetida e prolongada por parte dos médicos e enfermeiros “atira” o nosso SNS para o caos. Esta situação preocupante afeta não só o hospital e todos os seus funcionários, mas também os seus utentes dos serviços de saúde, principalmente aqueles que se encontram com problemas graves de saúde.

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

Uma especialista em senologia (doenças da mama), que exerce a sua atividade num grande hospital da Região de Lisboa e Vale do Tejo, admitiu que 12 dos seus doentes oncológicos viram as suas cirurgias adiadas durante o mês de setembro de 2018 devido à greve dos enfermeiros. Disse, ainda, que 3 destes doentes não conseguiram ser operados na nova data que lhes foi atribuída e, por isso, tiveram de remarcar novamente as suas cirurgias por causa das greves que se verificaram durante o mês de Outubro. Quer isto dizer que estes seus pacientes tiveram de esperar pelo menos mais dois meses. Os tempos máximos de espera nesta área são de 15 dias para os doentes oncológicos muito prioritários, 45 dias para os prioritários e 60 para os ditos casos “normais”. A não realização das cirurgias dentro destes períodos tem consequências na saúde e na expectativa de vida dos doentes, principalmente dos doentes oncológicos. Parece-me que estes casos, que não são garantidos pelos serviços mínimos, deveriam ser

indemnizados com fundamento na perda de chance. Estamos a falar de pessoas que padecem de doenças graves, que estariam garantidas pelos serviços mínimos devido ao seu preocupante estado de saúde. Porém, tal não aconteceu devido à insuficiência de meios que o hospital dispõe, em dias de greve, para lidar com casos urgentes.

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

Claro está que todo este congestionamento, desordem e perturbação da logística hospitalar fazem parte do exercício do direito à greve, já que o que se pretende é pressionar a entidade empregadora para que esta ceda às exigências feitas pelos trabalhadores. A perturbação do funcionamento hospitalar provoca prejuízos para o hospital. Só para que tenhamos uma ideia, o Hospital de São João perdeu mais de 7 milhões de euros com a greve dos enfermeiros que se realizou nos dias 22 de Novembro a 31 de Dezembro do ano de 2018. Para além de toda esta pressão financeira que é feita na “saúde financeira” dos hospitais, será também admissível pressionar a entidade empregadora através da não realização de cirurgias a doentes que se encontram gravemente doentes?

Gostaríamos, ainda, de realçar que a greve que acima referi foi designada pelos seus promotores por “greve cirúrgica”. Este nome prende-se com o objetivo desta greve: parar todos os blocos operatórios dos três grandes centros hospitalares do país (o Centro Hospitalar de São João, o Centro hospitalar e Universitário de Coimbra e o Hospital de Santa Maria). O que se pretendeu com esta greve foi precisamente adiar o maior número de cirurgias durante aquele período, provocando um grande impacto no funcionamento destes hospitais e na vida dos seus milhares de utentes.

Esta grande greve captou a minha atenção por ter sido realizado um financiamento coletivo, também conhecido *crowdfunding*. Como os enfermeiros não tinha assegurado serviços mínimos (exceto urgências), não iriam auferir qualquer tipo de vencimento durante todo o período de greve. Com o dinheiro angariado, os enfermeiros passaram a receber uma quantia por cada dia de paralisação para que não sentissem as consequências financeiras de uma greve prolongada. Ora, este *crowdfunding* eliminou a correspondência de sacrifícios inerente ao exercício do direito à greve. Os enfermeiros não prestaram os seus serviços, não garantiram os serviços mínimos, e ainda

continuaram a receber uma quantia próxima daquela que habitualmente recebem quando executam as suas funções.

Conclusão

Agora que nos encontramos na parte final deste estudo, estamos em condições de afirmar que a ausência de conceito legal de greve foi uma forma que o legislador encontrou de atribuir aos trabalhadores uma maior liberdade no exercício do direito à greve. Este mesmo exercício colide, pela sua natureza e propósito, com muitos outros direitos e interesses. Contudo, este não é um direito ilimitado e o seu exercício tem de estar em harmonia com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

Dirigimos o nosso foco para as greves que têm afetado o sector da saúde do nosso país e pretendemos deixar bem claro que o propósito da presente dissertação nunca foi pôr em causa as motivações, muito menos o direito que estes profissionais de saúde têm de exercer o seu direito à greve e lutar pelos seus direitos. Contudo, consideramos que existem casos em que o direito à vida e o direito à saúde se encontram seriamente comprometidos. Falamos de utentes que sofrem de doenças graves e que vêm os seus tratamentos e terapias sucessivamente adiados, visto que os serviços mínimos prestados são incapazes de dar resposta a todos os casos urgentes.

A rápida intervenção médica é crucial para que, por exemplo, um tumor não se alastre para outras partes do corpo, permitindo que o doente possa ser curado e que este veja a sua expectativa de vida aumentada. Caso esta intervenção não seja feita devido às sucessivas e constantes greves que assolam o sector da saúde, o doente poderá ver as suas hipóteses de cura seriamente diminuídas ou eliminadas. A meu ver, estes casos representam situações claras de perda de chance de cura ou sobrevivência.

Na minha opinião, os serviços mínimos deveriam garantir todos os serviços de urgência, cuidados intensivos e outros (como a quimioterapia) e ainda as cirurgias que fossem consideradas urgentes, atendendo ao quadro clínico dos doentes mais graves. Estamos conscientes de que esta “dilatação” dos serviços mínimos pode constituir, eventualmente, uma limitação do direito à greve dos profissionais de saúde. Porém, não nos podemos esquecer que estamos perante um serviço essencial que garante (ou deveria garantir) necessidades sociais impreteríveis.

Relativamente ao *crowdfunding* realizado pelos enfermeiros, são várias as questões que podem ser levantadas. Será que podemos dizer que estamos perante um prudente exercício do direito à greve? Não estaremos nós, por ventura, perante um exercício pouco razoável do direito à greve com consequências desproporcionais dado o tipo de

serviço em causa e o elevado número de dias de duração da mesma? Na minha opinião, um trabalhador que se encontre a exercer o seu direito à greve e a auferir uma quantia próxima do seu salário, não sente a necessidade de ponderar devidamente se deve ou não continuar a fazer a greve. Creio que a angariação deste tipo de fundos desvirtua o exercício legítimo do direito à greve e potencia um aproveitamento mal-intencionado do direito por parte destes trabalhadores. Sem a necessidade de ponderação do exercício do direito à greve, poderemos estar perante um exercício abusivo deste direito. Caso se venha a concluir que efetivamente estamos perante um abuso de direito, nasce, então, o dever de indemnizar os lesados por esta prática abusiva.

Bibliografia

AGUIAR, Joana Bianchi de, Novembro de 2014. “A Perda de Chance no Ordenamento Jurídico Português.” *Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto, Porto.*

ALARCÃO, Rui, 1983. *Direito das Obrigações*, Coimbra.

ALCOZ, Luis Medina, 2007. *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado*, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi.

ANDRADE, José Vieira de, 2009. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a Edição, Almedina, Coimbra.

CANOTILHO, Gomes/ LEITE, Jorge, 1999. «Ser ou não ser uma greve (a propósito da chamada "greve self-service")», *Questões Laborais*, n.º 13, 3-44, Coimbra Editora, Coimbra.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, 2009. *Direito das Obrigações*. 12.^a edição, revista e aumentada, Almedina, Coimbra.

FERNANDES, Francisco Liberal, 2010. *A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais*, Coimbra Editora, Coimbra.

FERNANDES, Francisco Liberal, 1984. «O direito de greve nos ordenamentos francês, alemão e italiano», in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. II, 327-476, Coimbra.

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

FISCHER, David, 2001- *Tort Recovery for loss of a chance*, Wake Forest Law Review.

FRADA, Manuel Carneiro da, 2006 *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o método do caso*, Almedina, Coimbra.

GOMES, Júlio Vieira, 2008. *Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*. Vol. II, em *Estudos em Homenagem do Professor Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra.

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

GOMES, Júlio, 2013. «Da proibição de substituição de grevistas à luz do artigo 535.º do Código do Trabalho», *Questões Laborais*, n.º 42, 61-86, Coimbra Editora, Coimbra.

JANSEN, Nils, 1999. “The Idea Of a Lost Chance.” *Oxford Journal of Legal Studies*.

MARTINEZ, Pedro Romano. “Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional.” Em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Vol. II*.

MENESES, Sara Lemos de, Agosto de 2013. “Perda de Oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?” *Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa*. Lisboa.

NOVAIS, Jorge Reis, 2008. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra.

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.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, 2005. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra Editora, Coimbra.

PINTO, Paulo Mota, 2008 *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Coimbra, Editora, Coimbra.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, 1984. «*Greves de maior prejuízo – Notas sobre o enquadramento jurídico de quatro modalidades de comportamento grevista (greves intermitentes, rotativas, trombose e retroactivas)*» in *Estudos de Direito do Trabalho*, 2003, vol. I, Almedina, Coimbra.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, 1994. *Lei da greve anotada*, Lex Editora, Lisboa.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, 2015. *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações Laborais Colectivas*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra.

RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias, *Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, em “Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos”, U. Porto Editorial.

ROCHA, Nuno Santos, 2015. *A 'Perda de Chance' Como Uma Nova Espécie de Dano*. 1ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra.

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

VARELA, João de Matos Antunes, 2000. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Vol. I. Almedina, Coimbra.

XAVIER, Bernardo Lobo, 1979. «A licitude dos objectivos da greve (A propósito do artigo 59.º, n.º 2 da Constituição)», *Revista de Direito e Economia*, ano V, n.º 2, p. 267-310, Almedina, Coimbra.

XAVIER, Bernardo Lobo, 1984. *Direito da greve*, Verbo, Lisboa.

<https://sicnoticias.pt/programas/casos-de-policia/2019-04-16-Sara-morreu-com-tumor-cerebral-apos-diagnostico-de-stress-e-ansiedade>