

Universidades Lusíada

Gesta, Beatriz Gomes Ribeiro de Bettencourt

Responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico em doentes oncológicos

<http://hdl.handle.net/11067/7962>

Metadados

Data de Publicação	2024
Resumo	A responsabilidade civil médica assume um papel preponderante no domínio da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, como a vida, a integridade pessoal e a saúde. Os avanços científico e tecnológico associados ao maior e facilitado acesso à justiça têm como resultado o aumento da exigência de responsabilização em casos de erro médico, nomeadamente em diagnósticos errados ou tardios. A teoria da perda de chance surge como um mecanismo jurídico de relevo para ultrapassar a dificuldade que ... Medical civil liability plays a major role in the protection of citizens' fundamental rights, such as life, personal integrity and health. The scientific and technological advances associated with easier access to justice have resulted in an increase in the demands for accountability in cases of medical error, particularly in misdiagnoses or delayed diagnoses. The theory of loss of chance emerges as a relevant legal mechanism to overcome the difficulty that arises in demonstrating the causal lin...
Palavras Chave	Direito, Responsabilidade civil, Responsabilidade médica - Erro de diagnóstico, Erro médico - Direito
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-04-20T01:20:14Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO
DE DIAGNÓSTICO EM DOENTES ONCOLÓGICOS**

Beatriz Gomes Ribeiro de Bettencourt Gesta

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2024



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR ERRO
DE DIAGNÓSTICO EM DOENTES ONCOLÓGICOS**

Beatriz Gomes Ribeiro de Bettencourt Gesta

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Orientação pela Professora Doutora Cristina de Aragão Seia

Porto, 2024

AVISO LEGAL

O conteúdo desta tese reflete as perspectivas, o trabalho e as interpretações do autor no momento da sua entrega. Esta tese pode conter incorreções, tanto conceptuais como metodológicas, que podem ter sido identificadas em momento posterior ao da sua entrega. Por conseguinte, qualquer utilização dos seus conteúdos deve ser exercida com cautela. Ao entregar esta tese, o/a autor(a) declara que a mesma é resultante do seu próprio trabalho, contém contributos originais e são reconhecidas todas as fontes utilizadas, encontrando-se tais fontes devidamente citadas no corpo do texto e identificadas na secção referências. O autor, declara, ainda, que não divulga na presente tese quaisquer conteúdos cuja reprodução esteja vedada por direitos de autor ou de propriedade industrial.

Declaração sob compromisso de honra

(Artigo 6.º, n.º 2 das Normas e orientações para a submissão de trabalhos académicos na plataforma Urkund para deteção de similaridade e plágio)

Eu, abaixo assinado, tenho consciência de que a prática de plágio consiste numa forma de violação da integridade académica, constituindo um crime punível por lei com relevância nos regimes disciplinar, civil e criminal.

Nesse sentido, declaro por minha honra que a dissertação/tese apresentada é original e que todas as fontes, incluindo as da minha autoria, estão devidamente identificadas e referenciadas.

Porto, 27 de agosto de 2024

Beatez Gesta
O (A) Estudante

Agradecimentos

Perder um ente querido nunca é fácil. Não fica mais fácil com o tempo. É o momento em que somos forçados a confrontar a impotência que nos é inerente, como seres humanos, e a aceitar. Mas aceitar não significa (nem pode significar) esquecer. E cada pessoa que parte tem o poder de deixar um legado para os que ficam, nas memórias. Contudo, por vezes, também ficam questões por responder: como deveria ter sido? O que seria justo?

Ao meu tio, que perdeu bem mais do que a chance de sobreviver.

Aos meus avós, que tanta falta me fazem e que todos os dias, nem que por trinta segundos, ocupam o meu pensamento.

Às minhas irmãs, Lia, Matilde e Leonor, agradeço o amor, os conselhos e a inspiração. À Luz, que representa exatamente isso, agradeço por me mostrar quão belo o futuro pode ser.

Ao meu pai agradeço por nunca me deixar esquecer o orgulho que sente e por estar sempre disponível para me ajudar a ultrapassar qualquer obstáculo que surja.

À minha mãe, que me deu e dá todas as oportunidades, em quem deposito uma confiança cega que sei ser recíproca, agradeço pela força, pela paciência e por me permitir cumprir os objetivos no meu tempo, ao meu ritmo. Agradeço, principalmente, por me aliviar do peso que é o medo de falhar, que por vezes carrego às costas.

Aos meus amigos, pelos “eu sei que consegues!”.

Escrever esta dissertação foi um processo mais demorado do que o previsto. Trabalhar em simultâneo, sem dúvida, aumentou a complexidade do desafio e, por isso, devo destacar a minha equipa de trabalho, que me acompanhou neste período, mostrando sempre a flexibilidade necessária para me permitir conciliar, de forma equilibrada, todos os campos da minha vida.

À Luana, agradeço pela caminhada que se estende desde o primeiro dia de faculdade.

Ao Nuno, por reacender a luz que eu achava que tinha perdido, por me motivar todos os dias, por me lembrar que o saber não ocupa lugar e que devemos sempre procurar uma melhor versão de nós próprios.

À Professora Cristina Seia, devo um especial agradecimento por ter aceitado, de imediato, acompanhar-me neste percurso, pela orientação e pela disponibilidade ao longo deste período. Foi imprescindível para a conclusão deste estudo.

Foi uma jornada carregada de aprendizagens, difícil em alguns momentos, mas imensamente enriquecedora.

Índice

Resumo.....	IV
Abstract	V
Lista de abreviaturas.....	VI
Introdução.....	1
1. Breves noções gerais.....	4
1.1. Responsabilidade civil e seus pressupostos	4
1.1.1. Facto humano e voluntário	5
1.1.2. Ilícitude	5
1.1.3. Culpa	9
1.1.4. Dano	14
1.1.5. Nexo de causalidade.....	16
1.2. O problema da perda de chance.....	19
1.2.1. A doutrina divisionista	23
1.2.2. Teoria unitária	25
2. Dano da perda de chance	27
2.1. Pressupostos de aplicação e características da perda de chance.....	30
2.1.1. Pressupostos de aplicação da perda de chance.....	30
2.1.2. Características da chance.....	33
2.1.3. Requisitos da responsabilidade civil aplicados à perda de chance.....	38
2.2. Cálculo indemnizatório da chance perdida.....	41
3. Responsabilidade Civil Médica	43
3.1. Contextualização.....	43
3.2. Responsabilidade médica contratual vs. extracontratual.....	46
3.3. Perda de chance na responsabilidade civil médica.....	53
3.3.1. Aplicabilidade da perda de chance ao erro de diagnóstico	56
3.3.2. Indemnização.....	66
Conclusão.....	68
Jurisprudência.....	76
Bibliografia e Webgrafia.....	77

Resumo

A responsabilidade civil médica assume um papel preponderante no domínio da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, como a vida, a integridade pessoal e a saúde. Os avanços científico e tecnológico associados ao maior e facilitado acesso à justiça têm como resultado o aumento da exigência de responsabilização em casos de erro médico, nomeadamente em diagnósticos errados ou tardios. A teoria da perda de chance surge como um mecanismo jurídico de relevo para ultrapassar a dificuldade que surge na demonstração do nexo de causalidade, segundo o esquema tradicional da responsabilidade civil. Esta teoria reconhece o direito à indemnização pela perda de uma oportunidade real e séria de obter um benefício ou evitar um prejuízo, resultante de uma conduta ilícita e culposa de terceiro. A dissertação analisa a natureza jurídica da perda de chance, os seus pressupostos e a sua aplicação no âmbito da responsabilidade civil médica por erro de diagnóstico, abordando também o cálculo do *quantum* indemnizatório adequado. Recorrendo à doutrina e jurisprudência nacionais conclui-se que, pese embora a aplicação da perda de chance ser ainda pouco frequente em Portugal, a teoria da perda de chance representa uma necessária extensão do conceito de dano indemnizável, garantindo uma tutela mais eficaz das posições ativas dos pacientes perante a incerteza que caracteriza a prática médica.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; erro médico; erro de diagnóstico; dano; perda de chance.

Abstract

Medical civil liability plays a major role in the protection of citizens' fundamental rights, such as life, personal integrity and health. The scientific and technological advances associated with easier access to justice have resulted in an increase in the demands for accountability in cases of medical error, particularly in misdiagnoses or delayed diagnoses. The theory of loss of chance emerges as a relevant legal mechanism to overcome the difficulty that arises in demonstrating the causal link, under the traditional civil liability framework. This theory recognizes the right to compensation for the loss of a real and serious opportunity to obtain a benefit or avoid a loss, result of an unlawful and culpable conduct of a third party. This dissertation analyzes the legal nature of loss of chance, its requirements and application in the scope of medical civil liability for diagnostic error, also addressing the calculation of the appropriate compensation. Using the national doctrine and jurisprudence it is concluded that, although the application of loss of chance is still infrequent in Portugal, this theory represents a necessary extension of the concept of compensable damage, ensuring a more effective protection of the active positions of patients in the face of uncertainty that characterizes medical practice.

Keywords: *Civil Liability; medical error; diagnostic error; damage; loss of chance.*

Lista de abreviaturas

Ac. – Acórdão

Acs. – Acórdãos

Art.º – artigo

Arts.º – artigos

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

IVG – Interrupção voluntária da gravidez

p. – página

pp. – páginas

séc. – século

SNS – Sistema Nacional de Saúde

ss. – seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Vol. – Volume

Introdução

A responsabilidade civil consiste num instituto de direito privado que tem o objetivo de tornar *indemne* uma ação que tenha provocado um dano, se se verificarem determinados requisitos. Tem função reparadora e sancionatória, apesar de não ser um instituto punitivo.

A responsabilidade civil médica é um dos ramos do direito privado mais relevantes na medida em que tutela alguns dos direitos (mais) fundamentais dos cidadãos, que se inserem tanto no âmbito dos direitos, liberdades e garantias como no âmbito dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais. Falamos, entre outros, do direito à vida, à integridade pessoal dos pacientes¹ bem como do direito à saúde e à sua proteção².

Não desfazendo a importância deste ramo especial do direito que lhe é intrínseca, é de realçar que esta tem vindo a ser amplificada. Este fenómeno deve-se à intervenção de vários fatores. O desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da medicina traduzem-se na perceção do público de que o médico tem acesso a todos os conhecimentos e métodos para desenvolver a sua atividade com total ausência de erro, o que resulta, antes de mais, num menor grau de tolerância a eventuais erros que possam suceder.

Por outro lado, o aumento da consciencialização dos direitos dos pacientes associado à facilidade de acesso à justiça resulta no aumento do sentido reivindicativo dos cidadãos.

Além disto, o maior acesso a cuidados de saúde tem como consequência natural, em termos estatísticos, o aumento das possíveis situações de erro médico.

A crescente tendência para a instauração de processos judiciais de responsabilidade médica leva a que os profissionais de saúde adotem uma abordagem mais conservadora – a chamada medicina defensiva – no que ao diagnóstico e consequente tratamento diz respeito. Uma possível consequência desta abordagem é a aplicação de terapias e tratamentos excessivos e desnecessários, que podem aumentar o risco de malefícios para a saúde dos pacientes.

A responsabilidade civil em contexto médico é analisada à luz dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, com as necessárias adaptações.

¹ Arts.º 24º e 25º CRP.

² Arts.º 60º, nº1 e 64º CRP.

Dentro do amplo tema que é a responsabilidade médica, pareceu-nos relevante aprofundar o estudo da responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico, nomeadamente a aplicabilidade, neste contexto, da teoria da perda de chance.

A perda de chance nasce da dificuldade de estabelecimento do nexo de causalidade entre certo facto e certo dano.

Consiste na diminuição ou eliminação, por um terceiro, de uma oportunidade de se verificar determinado resultado incerto – seja a chance de obter um benefício ou de evitar um prejuízo.

Esta figura causou polémica relativamente à sua natureza, já que a doutrina esteve dividida entre considerá-la um problema de nexo de causalidade (nomeadamente uma forma de contornar este pressuposto essencial da responsabilidade civil) ou um problema ao nível do dano.

Ora, no âmbito da responsabilidade médica, estando frequentemente em causa processos de tratamento e de cura, que por si já são dotados de aleatoriedade e incerteza no que toca a resultados, é de antecipar que um dos maiores obstáculos neste tipo de ações é a verificação do nexo de causalidade, quando analisado à luz do tradicional esquema de responsabilidade civil.

Apesar de as situações de erro médico serem uma absoluta exceção ao considerarmos a totalidade de atos médicos exercidos a cada ano, a verdade é que os resultados podem muitas vezes ser, e são, desastrosos, não só para o paciente, mas também para a família e núcleo social mais próximo.

O primeiro caso de aplicação da teoria da perda de chance à responsabilidade médica em Portugal aconteceu em 2015 quando o hospital CUF Descobertas foi condenado pelo Juízo Central Cível de Lisboa a pagar uma indemnização de 248 mil euros por ter reduzido a hipótese de sobrevivência de Tereza Coelho. A paciente foi diagnosticada como tendo uma amigdalite, quando na verdade, sofria de uma pneumonia que veio a converter-se numa infeção generalizada, levando à sua morte³.

Este estudo pretende analisar a natureza jurídica e características da perda de chance, bem como a aplicabilidade da figura ao erro médico de diagnóstico no ordenamento jurídico português, nomeadamente a verificação dos pressupostos do dano e

³ TOMÁS, Carla, “As réplicas da “perda de chance”, o conceito que deu condenação inédita a um hospital”, in *Expresso*, 2015. Disponível em <https://expresso.pt/sociedade/2015-09-03-As-replicas-da-perda-de-chance-o-conceito-que-deu-condenacao-inedita-a-um-hospital-> (Consultado em 06.08.2024).

do nexo de causalidade, e ainda o cálculo indenizatório a efetuar caso se verifique a existência de um direito do lesado a ser indenizado.

Para isso, recorreremos essencialmente a doutrina de vária espécie – artigos e monografias –, bem como a jurisprudência nacional que consideramos relevante.

Esta dissertação encontra-se dividida em três capítulos.

O primeiro – Breves noções gerais – propõe-se a analisar os cinco pressupostos da responsabilidade civil e o problema inicialmente trazido pela perda de chance.

O segundo – Dano da perda de chance – tem como objetivo expor os pressupostos e características da perda de chance, bem como o cálculo indenizatório associado.

O terceiro – Responsabilidade Civil Médica – visa essencialmente revelar a aplicabilidade da perda de chance à responsabilidade médica por erro de diagnóstico.

1. Breves noções gerais

1.1. Responsabilidade civil e seus pressupostos

Para melhor entender a importância do tema, vale a pena desenvolver o instituto da responsabilidade civil e os seus pressupostos.

A responsabilidade civil é uma fonte de obrigações que resulta da lei e não da vontade das partes, independentemente de o dano ter sido provocado propositadamente ou não pelo responsável⁴.

Este instituto, em abstrato, pode ter diversas finalidades: preventiva, sancionatória e reparadora. Apesar desta diversidade, é de adiantar que o seu verdadeiro propósito é o reparador⁵, ou seja, tornar a situação *indemne*, sem dano⁶.

A vertente reparadora da indemnização visa, assim, eliminar o dano causado pelo lesante, por regra, através da aplicação da teoria da diferença, conforme o plasmado nos arts.º 562º e 566º, nº2 CC. Por outras palavras, o que se pretende é colocar o lesado na situação em que se encontraria caso o dano não se tivesse verificado⁷. Nesta perspetiva, o foco da indemnização é o lesado, já que é a sua esfera jurídica que se pretende reparar.

Em regra⁸, para se verificar obrigação de indemnizar, devem estar verificados os cinco pressupostos, a que se refere o art.º 483º, nº1 CC. Deste artigo é possível retirar que a responsabilidade civil por factos ilícitos está dependente da existência de um facto humano e voluntário, facto esse que tem de ser ilícito. Acresce a necessidade de culpa por parte do lesante, a verificação de um dano e que esse dano tenha resultado do facto do agente,

⁴ Cfr. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Reimpressão da edição de 2009, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 518-520. Apesar de poder existir vontade de uma das partes em praticar um facto prejudicial da outra, a consequência, que é o surgimento da obrigação de reparação do dano, não seria o objetivo do agente. Ainda relativamente à vontade, o autor defende que a responsabilidade consiste numa consequência da liberdade do ser humano. Se o ser humano é livre de fazer as suas escolhas, deve responder pelos danos que essas escolhas produzirem. *Vide* p. 662.

⁵ Cfr. AMORIM, Ana, *A Responsabilidade do médico enquanto perito*, Petrony Editora, 2019, p. 124.

⁶ Cfr. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, PINTO MONTEIRO, António, MOTA PINTO, Paulo, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 5ª Edição, Gestlegal, 2020, p. 128.

⁷ *Idem*; *vide* também Ana Amorim, *op. cit.*, p. 125.

⁸ Em regra, porque, na verdade, são várias as modalidades da responsabilidade civil. Além da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos (também denominada delitual ou aquiliana), estão previstas no ordenamento jurídico português a responsabilidade civil contratual (ou obrigacional), a responsabilidade civil pré contratual, a responsabilidade civil por factos lícitos e a responsabilidade civil pelo risco. O que distingue estas modalidades são essencialmente os pressupostos que devem estar verificados para a sua aplicação. Em contrapartida, têm em comum a obrigação de indemnizar em que resultam. *Vide* Mário Júlio Almeida Costa, *op.cit.*, pp. 539 e ss.; RIBEIRO DE FARIA, Jorge, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 404 a 406.

consistindo esta relação no nexo de causalidade. Estando estes pressupostos verificados, haverá lugar a responsabilidade civil e consequente obrigação de indemnizar⁹.

Passar-se-á, de forma sumária, à análise dos pressupostos.

1.1.1. Facto humano e voluntário

Por “facto humano e voluntário” entende-se a conduta objetivamente controlável, dominável, pela vontade de uma pessoa. Ficam desde logo excluídos factos naturais, os casos furtivos, ou seja, aqueles que não dependem da vontade humana. Isto porque parece excessivo, de forma geral, sermos responsabilizados por algo que não nos é, efetivamente, possível controlar. Não significa que haja vontade de praticar o facto – voluntário com significado de controlável e dominável pela vontade, e não necessariamente controlado e dominado pela vontade –, nem tampouco se exige que o agente queira o resultado obtido, seja este muito provável ou apenas possível de acontecer. Por último, para a verificação deste pressuposto, não é necessário que o agente tenha, no momento da prática do facto, capacidade de exercício de direitos¹⁰.

Apesar de, regra geral, se traduzir num facto positivo – ação – o causador de danos, a verdade é que a omissão de conduta também pode culminar num resultado danoso. E por isso, também as omissões podem gerar obrigação de indemnizar. Antunes Varela refere que a omissão de um comportamento, por si, não causa efetivamente e materialmente qualquer dano, porém, se no caso concreto, a ação for suscetível de evitar o prejuízo e existir um dever jurídico de agir, considera-se que esta omissão é causadora do dano¹¹.

Analisando o art.º 486º CC, é possível confirmar que quando esteja prevista na lei – civil ou não¹² – ou em negócio jurídico a obrigação de agir e o agente não o faça, esta omissão dará “lugar à obrigação de reparar os danos”.

1.1.2. Ilícitude

De acordo com a doutrina dominante¹³, um comportamento ilícito consiste numa ação à qual a ordem jurídica atribui um juízo de desvalor. No âmbito da responsabilidade

⁹ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 406.

¹⁰ *Idem*, p. 407. Vide também Mário Júlio Almeida Costa, *op.cit.*, p. 558. Os arts.º 488º e 489º CC regem a questão da imputabilidade e da indemnização por pessoa não imputável, o que claramente indica que a imputabilidade não anula o direito do lesado à reparação dos danos, caso se verifiquem os restantes pressupostos.

¹¹ Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 527 e ss. No mesmo sentido, Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 407.

¹² Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op.cit.*, p. 560.

civil, a ilicitude consiste na violação de um dever jurídico e pode ter duas formas: violação de um direito alheio ou violação de uma norma legal que vise proteger interesses alheios¹⁴.

Esta divisão resulta do art.º 483º, nº1 CC, na parte em que refere “aquele que (...) violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios (...)”.

Na violação do “direito de outrem”, prevista neste artigo, enquadra-se a ofensa a direitos absolutos (como os direitos reais ou os de personalidade)¹⁵. A “disposição legal destinada a proteger interesses alheios” refere-se a normas que visam proteger interesses particulares e coletivos, mas não atribuem aos titulares desses interesses um direito subjetivo já que estes não têm o aproveitamento exclusivo de um bem¹⁶.

As modalidades acima descritas consistem nas fontes gerais da ilicitude. Todavia, a lei prevê ainda três fontes especiais. São elas a ofensa do crédito ou do bom nome, os conselhos, recomendações ou informações e as omissões¹⁷. Destas, a que se mostra mais relevante, tendo em consideração o objeto deste estudo, é a omissão. De acordo com o previsto no art.º 486º CC, havendo “por força da lei ou de negócio jurídico” o dever de agir, e tal não aconteça, a omissão resulta na obrigação de indemnizar.

Paralelamente à violação de um direito de outrem, poderão existir fatores que a justifiquem, o que resulta na exclusão da ilicitude e, conseqüentemente – por regra –, na exclusão da responsabilidade civil.

Praticar um facto no exercício de um direito ou no cumprimento de um dever jurídico, por si e abstratamente, é considerado vazio de ilicitude¹⁸. Contudo, não é de todo descabido que no exercício de um direito próprio se viole o direito de outrem. Por isto, o art.º 335º CC determina que em caso de conflito de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que ambos possam ver o seu direito produzir os efeitos previstos (nº1); se, por outro lado, os direitos em confronto forem de diferente espécie, deverá prevalecer o de maior importância (nº2). Se o facto for praticado no cumprimento de um dever jurídico, e houver situação de conflito de deveres, também

¹³ Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16ª Edição, Coimbra, Almedina, 2024, p. 285. *Vide* também João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, p. 530 e ss. e Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 408 e ss.

¹⁴ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op.cit.*, pp. 562 e 563; Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, *op.cit.*, p. 130.

¹⁵ Cfr. Jorge Ribeiro De Faria, *op.cit.*, p. 409.

¹⁶ Cfr. Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 290 e 291; Jorge Ribeiro De Faria, *op.cit.*, p. 413.

¹⁷ Arts.º 484º, 485º e 486º CC, respetivamente. Cfr. Jorge Ribeiro De Faria, *op.cit.*, p. 423.

¹⁸ Cfr. Jorge Ribeiro De Faria, *op.cit.*, p. 428.

aqui prevalecerá o dever que vise proteger o direito ou interesse de maior importância, ao abrigo da mesma norma¹⁹.

Previstas e reguladas no Código Civil, são também consideradas causas de exclusão de ilicitude a ação direta, do art.º 336º, a legítima defesa, do art.º 337º, o estado de necessidade, do art.º 339º e o consentimento do lesado, do art.º 340º.

A ação direta consiste na utilização da força de modo a assegurar ou exercer um direito. Para que a ilicitude seja excluída por esta via, é necessária a verificação de quatro requisitos cumulativos: que esteja em causa um direito próprio; que não seja possível o recurso aos meios coercivos normais, em tempo útil, de modo a evitar a inutilização do direito; que o agente recorra à força estritamente necessária e que os interesses sacrificados não sejam superiores aos protegidos²⁰.

Quanto à legítima defesa, esta consiste na defesa realizada pelo próprio titular do direito ou por um terceiro contra uma agressão atual e ilícita desse direito. Tem, então, como pressupostos a atualidade e ilicitude da agressão à pessoa ou património do agente ou de terceiro, a impossibilidade de recurso aos meios de defesa normais e a valoração do direito protegido e o prejuízo causado através da defesa não pode ser manifestamente desproporcional – o primeiro deverá ter maior importância do que o segundo²¹.

Relacionando as duas figuras, é possível perceber que o fator distintivo se encontra na expressão “manifestamente superior” aquando da ponderação dos direitos em causa: na legítima defesa pode haver desproporcionalidade, desde que esta não seja manifesta.

Não se verificando os pressupostos da legítima defesa, podemos estar perante o excesso de legítima defesa²². O nº 2 do art.º 337º CC determina que, se este excesso se dever a “perturbação ou medo não culposo do agente”, o facto continua justificado e não haverá lugar à obrigação de indemnizar²³.

Havendo erro do agente sobre os pressupostos da ação direta ou da legítima defesa, ficamos perante a ação direta ou legítima defesa putativas. Nesta situação, determina o art.º 338º CC que haverá obrigação de indemnizar, exceto se este erro for desculpável.

¹⁹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op.cit.*, pp. 568 e 569; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 428.

²⁰ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op.cit.*, pp. 569 e 570; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 430 e 431. Estão presentes os três afloramentos do princípio da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

²¹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op.cit.*, pp. 570 e 571; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 432 e 433.

²² Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 433.

²³ *Idem*. Note-se, porém, que a exclusão de obrigação de indemnizar não se deverá à exclusão da ilicitude, uma vez que havendo excesso de legítima defesa, não se pode considerar que existe causa de exclusão da ilicitude. Estar-se-á perante uma causa de exclusão da culpa, que consiste na junção do excesso de legítima defesa com a perturbação ou medo não culposo que a justifiquem. Sobre o assunto, *vide* Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 303.

O estado de necessidade consiste na destruição ou danificação de coisa alheia tendo como objetivo a remoção de um “perigo atual de um dano manifestamente superior” do agente ou de terceiro. Nesta situação, a ponderação a ser feita é entre um direito do agente ou terceiro e um bem material. Apesar de o facto estar justificado pelo estado de necessidade pode, ainda assim, haver obrigação de indemnizar se o perigo que o lesante removeu foi provocado por sua culpa exclusiva e, em qualquer outra situação, pode ser fixada pelo tribunal uma indemnização equitativa, responsabilidade do agente ou terceiros que tenham tirado “proveito do ato” ou contribuído “para o estado de necessidade”²⁴. Em suma, estando verificado o estado de necessidade, pode não ter cessado a responsabilidade civil e a obrigação de indemnizar.

Note-se que a necessidade de verificação do princípio da proporcionalidade atribui às causas de exclusão da ilicitude acima desenvolvidas a exceção que reveste o princípio da proibição da autodefesa, de que dá conta o art.º 1º CPC²⁵.

Por último, com assento no Código Civil, existe como causa de exclusão da ilicitude o consentimento do lesado. Como determina o art.º 340º, nº1 CC, caso o lesado tenha, previamente²⁶, consentido na lesão do seu direito, esta passa a ser lícita. Todavia, a exclusão da ilicitude não produz o seu efeito caso o ato seja “contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes”. Significa isto que só é admissível o consentimento relativamente à lesão de direitos disponíveis, e não a qualquer direito do lesado²⁷.

O consentimento não necessita de ser expresso: retira-se do nº3 do art.º 340º CC que se a lesão for feita tendo em consideração o interesse do lesado ou a sua vontade presumida, tem-se por consentida. Para tanto, deve recorrer-se ao critério objetivo de juízo do homem médio: sendo presumível que este consentiria na lesão, esta é tida como consentida²⁸. Por outro lado, tendo, o lesante, ciência de que na situação concreta, o lesado não iria consentir na lesão, estar-se-á perante o critério subjetivo, que deverá prevalecer²⁹.

²⁴ Art.º 339º, nº2, 1ª parte CC. Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 434 e 435.

²⁵ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 430.

²⁶ O consentimento deve ser anterior ao momento do facto. Defende Almeida Costa que, caso assim não seja, a ilicitude não é excluída. Se, ainda assim, a lesão tiver sido feita em interesse do lesado, fará sentido que este não tencione servir-se do instituto da responsabilidade civil; neste caso o que acontecerá é uma “renúncia aos efeitos da ilicitude da lesão”.

²⁷ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 435.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 577. Imagine-se que um indivíduo, inconsciente, necessita de uma transfusão de sangue urgente para sobreviver. Seria presumível que o homem médio, naquela condição de tempo e lugar consentiria na intervenção médica. Se, por outro lado, este indivíduo pertencer à ideologia religiosa das Testemunhas de Jeová, e aplicando o critério subjetivo, não se poderá considerar a intervenção médica como consentida, já que é de conhecimento público que esta religião não aceita transfusões de sangue.

Verificando-se alguma das causas de exclusão da ilicitude, dar-se-á, em princípio, como dissipada a possibilidade de obrigação de indemnizar. Todavia, factos lícitos também são suscetíveis de originar responsabilidade civil. Por esta razão, a exclusão de ilicitude nem sempre corresponde à exclusão da responsabilidade. Mostra-se necessário analisar a situação e a causa de exclusão de ilicitude em causa, já que, como se viu atrás, se se tratar, por exemplo, do estado de necessidade, poderá haver lugar a indemnização.

1.1.3. Culpa

Após se verificar a existência de um facto humano, voluntário e ilícito, cumpre apreciar a existência de culpa. Como se subentende pelo art.º 483º, nº2 CC, que define que a responsabilidade independente culpa é uma exceção, em regra, esta é requisito essencial para a verificação de obrigação de indemnizar.

A culpa consiste, assim, num juízo de imputação do facto ao agente: é necessário que, não só o agente tenha praticado o facto, mas também que este devesse ter agido de forma diversa, tendo em conta as circunstâncias. No fundo, trata-se de um juízo de desvalor e censura da conduta do agente³⁰.

Para se verificar a culpa do agente, é necessário apreciar, antes de mais, a sua imputabilidade. O art.º 488º, nº1 CC determina que não responde aquele que no momento da prática do facto estivesse “incapacitado de entender ou querer”, exceto se esse estado for transitório e causado culposamente pelo próprio agente. *A contrario sensu*, é imputável aquele que tenha presentes dois elementos constitutivos da capacidade natural: o elemento cognitivo e o elemento volitivo³¹. O elemento cognitivo permite ao agente perceber o facto e prever os seus efeitos, enquanto o elemento volitivo permite ao agente querer esses mesmos efeitos. Se não tiver presentes estes dois elementos, em princípio, o agente não será suscetível de um juízo de censura. Não obstante, se a ausência dos referidos elementos se dever a uma conduta do próprio agente, nos termos da parte final do art.º 488º, nº1 CC, o agente responde “pelas consequências do facto danoso”. Simplificando, apesar de no momento da prática do facto o agente não ter capacidade de entender e querer o resultado da sua ação, ainda assim será responsabilizado se se tiver colocado culposamente nessa situação de incapacidade accidental³². Trata-se de uma ação livre na causa quando o lesante

³⁰ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 580; João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, p. 562; Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 307; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 437; e MENEZES CORDEIRO, António, *Direito das Obrigações*, 2º Vol., Lisboa, AAFDL Editora, 1999, p. 309.

³¹ Cfr. João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, p. 563; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 437.

³² Cfr. Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 308; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 437 e 438.

atua sob um estado de inimizabilidade temporária, por não ter capacidade de entender e querer o resultado das suas ações, estado esse com origem na sua própria vontade, seja porque se colocou nesse estado ou porque se deixou colocar³³. Contudo, salvaguarda-se a exclusão da obrigação de indemnizar quando a inimizabilidade do agente, ao invés de temporária, for definitiva, ainda que por culpa sua³⁴.

A capacidade natural é diferente da capacidade civil ou da capacidade de exercício, já que a primeira depende unicamente da suscetibilidade de o agente perceber e querer os efeitos de uma conduta. Assim, é possível que uma criança seja considerada imputável para efeitos de responsabilidade civil³⁵, desde que tenha capacidade natural. Aos menores de sete anos, a inimizabilidade é presumida³⁶.

Após a verificação de imputabilidade do agente, passar-se-á à apreciação da culpa, *per se*.

Esta tem duas modalidades e para efeitos de responsabilidade civil o seu valor não é, geralmente³⁷, distinguido: o dolo e a mera culpa (ou negligência).

O dolo consiste na situação em que o agente conhece o resultado danoso da sua conduta, praticando-a com o objetivo de o produzir ou aceitando-o reflexamente³⁸. Ou seja, tal como na apreciação da capacidade natural, estão aqui presentes o elemento cognitivo – representação do resultado – e o elemento volitivo – conformação com o resultado. A relação mais estreita destes elementos torna o dolo na modalidade mais censurável da culpa³⁹. Apesar disso, releva distinguir as três modalidades do dolo. Embora, regra geral e em termos práticos, a obrigação de indemnização não esteja dependente desta distinção, não é de negar que a cada estado de espírito seja atribuído um nível diferente de censura. Vejamos.

³³ Cfr. Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 308; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 437 e 438.

³⁴ Cfr. Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 308.

³⁵ Ao contrário do que acontece na responsabilidade penal, já que apenas aos dezasseis anos uma pessoa se torna imputável – art.º 19º CP.

³⁶ Art.º 488º, nº2 CC.

³⁷ Geralmente, o efeito do dolo e da negligência é o mesmo e consiste na reparação dos danos causados, o que significa que a indemnização vai ter por base o dano e não a medida da culpa. *Vide* Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 439 e 440. Almeida Costa refere que, todavia, há situações em que a modalidade da culpa é tida em conta em sede de responsabilidade civil. No momento de quantificação da indemnização, determina o art.º 494º CC que esta pode ser reduzida em caso de mera culpa. Por outro lado, há situações excecionais em que só existe responsabilidade civil se se verificar dolo. *Vide* Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 583 e arts.º 814º, nº1, 815º, nº1 e 1681º, nº1, todos do Código Civil.

³⁸ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 583. *Vide* também João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, p. 573.

³⁹ Cfr. ARAGÃO SEIA, Cristina, *A Responsabilidade Ambiental na União Europeia - Da Responsabilidade Civil à Responsabilidade Administrativa em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 190.

Existe dolo direto quando o lesante tem ciência do resultado e age querendo que este se produza; quando o lesante não quer o resultado, mas encara-o como um efeito necessário da sua ação, estamos perante o dolo necessário; por último, quando o lesante apenas vislumbra o resultado como possível, mas age não confiando que este não se produzirá, estamos perante o dolo eventual⁴⁰.

A negligência, por outro lado, consiste na ausência de cuidado, ausência de diligência ou, como refere Almeida Costa, “desleixo, imprudência ou inaptidão”⁴¹.

Também a negligência se subdivide em duas modalidades: muito próxima do dolo eventual coloca-se a negligência consciente, que daquele se distingue por, aquando da representação do resultado pelo agente, este confia que o resultado não se produzirá; a negligência inconsciente advém de o agente nem sequer conceber a possibilidade de produção do resultado, omitindo as diligências que o evitariam⁴².

Havendo negligência, torna-se necessário perceber se esta resulta da violação de um dever objetivo de cuidado que, como analisado anteriormente, dará origem a uma fonte especial de ilicitude, a que deriva da omissão.

A apreciação da culpa deve ser feita tendo como referência a conduta da pessoa média⁴³. Por outras palavras, deve ser questionado se “um bom pai de família” – expressão ainda utilizada no Código Civil em vigor, mas, a nosso ver, obsoleta –, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar agiria de acordo com o agente ou de forma diversa.

Sendo a conclusão que a pessoa média agiria de forma diversa, temos, à partida, o pressuposto da culpa verificado.

Como preceitua o art.º 487º, nº1 CC, o ónus da prova da culpa onera o lesado – de resto, como também determina o art.º 342º, nº1 CC –, exceto se a lei previr a aplicabilidade de uma presunção de culpa. É um aspeto distintivo da responsabilidade civil obrigacional na medida em que, nesta, a culpa se presume, *a priori*, do devedor⁴⁴.

Torna-se relevante enumerar algumas das presunções de culpa que a lei prevê. Consistem em situações em que a posição do lesante é agravada e, por isso, é-lhe exigida a prova da sua “não culpabilidade”⁴⁵.

O art.º 491º CC determina que “as pessoas obrigadas à vigilância de outrem”, em virtude de incapacidade natural, são responsáveis pelos danos que estas criem a terceiros.

⁴⁰ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 582 e 583; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 441 e 442.

⁴¹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 582

⁴² Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 443.

⁴³ *Idem*, pp. 443 e 444.

⁴⁴ *Idem*, p. 449.

⁴⁵ *Idem*.

Ressalvando a segunda parte da norma que esta presunção é ilidível pela prova de que o dever de vigilância foi cumprido ou de que mesmo que este dever houvesse sido cumprido, o dano ter-se-ia produzido, atribuindo relevância negativa à causa virtual⁴⁶.

O art.º 492º CC, prevê uma presunção de culpa relativamente ao edifício ou obra que rua por vício de construção ou por defeito de conservação, onerando o proprietário ou possuidor, exceto se este provar que não houve culpa sua ou que mesmo que tivessem sido tomadas as diligências, os danos ter-se-iam produzido.

O art.º 493º CC separa duas situações que apesar de próximas, diferem: o nº1 determina que danos produzidos por coisas ou animais⁴⁷, serão da responsabilidade de quem estava obrigado à sua vigilância, salvaguardando a possibilidade de, como nas situações anteriores, ilidir a presunção através da prova em contrário ou com recurso à relevância negativa da causa virtual. Por outro lado, o nº2, relativamente aos danos provocados no exercício de uma atividade perigosa, determina que o agente tem a seu encargo uma presunção de culpa, ilidível apenas pela prova em como “empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias”, pelo que não é atribuída relevância negativa à causa virtual⁴⁸.

Tendo este estudo como objeto a responsabilidade médica, parece pertinente analisar a possível relação entre o ato médico e uma atividade perigosa.

De acordo com o art.º 342º, nº1 CC, o ónus da prova dos factos constitutivos do direito recai sobre a parte que o invoca. Paralelamente, o nº2 do mesmo artigo determina que, tratando-se de factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, o ónus da prova recai sobre a parte contra quem o direito é invocado. Nas ações de responsabilidade médica, onde é posto em causa um direito do paciente, é a ele que, à partida, incumbe a prova da culpa. Ora, estando este numa posição de conhecimento e meios geralmente

⁴⁶ A causa virtual – prevista nos arts.º 491º, 492º, nº1 e 493º, nº1 CC –, em oposição à causa real, é aquela com tendência a produzir o mesmo resultado que esta, apesar de acontecer em paralelo e não chegar a produzir efetivamente o resultado, já que este foi produzido pela causa real. Imaginemos a situação em que A, inimputável e sujeito à vigilância de B, vandaliza a casa de C, partindo os vidros das janelas e as portas; minutos depois levanta-se uma tempestade que leva à queda de uma grande árvore na casa de C: a causa real da destruição das janelas e das portas é a omissão de vigilância de B, porém, este poderá afastar a sua responsabilidade ao provar que o mesmo resultado se produziria caso ele tivesse cumprido o seu dever de vigilância. Estamos então perante a relevância negativa da causa virtual. De notar que o que distingue a relevância negativa da relevância positiva da causa virtual é em quem, em abstrato, suportaria os danos: se o lesado, estamos perante a relevância negativa; se o autor da causa virtual, estamos perante a relevância positiva, não aplicável para exclusão da culpa do autor da causa real. *Vide* Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 454 e 455.

⁴⁷ Não se enquadra aqui a situação de uma pessoa que através de coisas ou animais, produz danos, já que nesta hipótese se aplicam as regras gerais da responsabilidade civil. *Vide* Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 587.

⁴⁸ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 457.

inferiores ao lesante, a aplicação da regra geral do ónus da prova suscita grandes dificuldades no âmbito da responsabilidade médica. Para combater esta desigualdade de armas, é de admitir a aplicabilidade de presunções de culpa, invertendo o ónus da prova a favor do lesado⁴⁹.

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, o nosso Código Civil prevê no seu art.º 493º, nº2 uma presunção de culpa aplicável ao exercício de atividades perigosas. No caso de haver uma relação contratual entre o lesante e o lesado, a presunção a aplicar será a do art.º 799º, nº1 CC, já que estaríamos no domínio da responsabilidade contratual.

No cenário de responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, esta presunção deriva da Lei 67/2007 de 31 de dezembro, mais concretamente do seu art.º 10º⁵⁰.

Pretendemos agora refletir acerca da aplicabilidade da presunção que deriva da execução de uma atividade perigosa, nos termos do art.º 493º, nº2 CC.

Como é sabido, a medicina é uma atividade que tem como função a conservação da saúde física e psicológica das pessoas. Cada caso traz consigo diferentes variáveis que levam a que os resultados da aplicação da medicina possam variar também, sendo inevitável admitir que esta acarrete frequentemente riscos para o utente. Por esta razão, a medicina poderia ser enquadrada no âmbito das atividades perigosas, o que resultaria na possibilidade de ser aplicada a presunção de culpa do art.º 493º, nº2 CC⁵¹.

Todavia, sendo a medicina tão ampla e abrangente no que diz respeito a procedimentos, técnicas, níveis de conhecimento de patologias, condições, tratamentos, etc., parece excessivo onerar o médico com a prova dos factos em toda e qualquer ação de responsabilidade médica. Daqui resulta que a aplicação desta presunção de culpa apenas faz sentido em situações de intervenção de risco acrescido para a saúde do paciente⁵². O lesante poderá ver a sua responsabilidade afastada pela prova em como agiu com a diligência que lhe competia, mas não poderá provar que o dano se produziria, independentemente da sua conduta.

Além das presunções legais expostas, o nosso Código Civil prevê, no art.º 344º, nº2, a inversão do ónus da prova quando a parte não onerada impossibilita culposamente a

⁴⁹ Cfr. RODRIGUES, Abel, *A Responsabilidade por Ato Médico*, Nova Causa, Edições Jurídicas, 2020, pp. 100 e 101.

⁵⁰ *Idem*, p. 101.

⁵¹ *Idem*, p. 102.

⁵² *Idem*.

prova à parte onerada⁵³. Parece-nos que a escolha de palavras do legislador (“parte contrária” vs. “onerado”) teve como objetivo não limitar a aplicabilidade desta inversão às situações em que vigore a regra geral do ónus da prova. Desta forma, se se aplicar, por defeito, uma presunção de culpa, a aplicação do nº 2 do art.º 344º CC, irá, no fundo, restaurar a regra original e o onerado voltará a ser a parte que invoca o direito.

1.1.4. Dano

Apreciada a existência da culpa, é o momento de verificar a existência do dano. Este é, na verdade, o fundamento da existência da responsabilidade civil, já que o objetivo desta é, como vimos, tornar uma situação sem dano. Se este não se verificar, o instituto da responsabilidade civil ficará vazio de utilidade.

O dano, frequentemente apelidado de prejuízo, pode ser definido como qualquer “ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”⁵⁴, ou ainda “toda a perda causada em bens jurídicos, legalmente tutelados, de carácter patrimonial ou não”⁵⁵.

O dano pode ser pessoal ou material, consoante se produza em pessoas ou em coisas, e um e outro podem também consistir em dano patrimonial e/ou não patrimonial⁵⁶. Os primeiros estão relacionados com os bens materiais, consistindo no prejuízo sujeito a avaliação pecuniária⁵⁷; e os segundos relacionados com os bens imateriais, não avaliáveis em termos pecuniários, como são os sentimentos negativos em que o facto resultou e de que são exemplo o sofrimento físico e psicológico do lesado ou a diminuição da consideração em meio social⁵⁸.

Nenhuma das espécies exclui a outra, pelo que danos patrimoniais e não patrimoniais podem ser originados pelo mesmo facto⁵⁹.

A natureza patrimonial ou não patrimonial do dano é independente da natureza do direito lesado⁶⁰, o que significa, a título de exemplo, que à violação do direito de

⁵³ Cfr. Abel Rodrigues, *op. cit.*, pp. 102 e 103.

⁵⁴ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 591. Como o Excelentíssimo Professor Catedrático António dos Santos Justo diria, o exercício de definição de conceitos é perigoso: suscetível de pecar por defeito ou por excesso. “Ofensa de bens ou interesses” parece tender para a definição do que o facto relevante para a responsabilidade civil poderia significar, já que consiste numa ação. Um dano, por outro lado, consiste não na ação, mas no resultado de uma. Daí que pareça mais verdadeiro defini-lo, ainda que cautelosamente, como o resultado de uma ofensa de bens ou interesses. A expressão “alheios” quer significar “alheios ao agente”, provocado a terceiro, já que um dano provocado pelo agente a si mesmo não será suscetível de reparação.

⁵⁵ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 457.

⁵⁶ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 594.

⁵⁷ *Idem*, p. 592; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 461.

⁵⁸ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 461; Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 592 e 593; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 462; Cristina Aragão Seia, *op. cit.*, p. 193.

propriedade pode estar associado um dano não patrimonial, como é o sofrimento que nasce em virtude do valor emocional que determinado bem comporta, e, da mesma forma, à violação do direito à integridade física pode estar associado um dano patrimonial, como são as despesas em fisioterapia que o lesado terá que suportar para repor a sua condição física.

Pode ainda classificar-se como real ou de cálculo. Estes distinguem-se pelo facto de o dano real consistir no dano naturalisticamente produzido, analisado de forma qualitativa, enquanto o dano de cálculo consiste na quantificação do dano, na expressão pecuniária do prejuízo⁶¹ ou, nas palavras de Aragão Seia, “à avaliação dos efeitos da lesão no património do lesado”⁶². Esta é uma distinção relevante, na medida em que demonstra uma forte relação com a finalidade da responsabilidade civil aplicada ao caso concreto: o princípio geral da obrigação de indemnizar determina, no art.º 562º CC, que esta se realiza com recurso à reconstituição natural, por isso, o foco incidirá no dano real. Se, por uma das razões elencadas no art.º 566º, nº1 CC⁶³, a reconstituição natural não seja aplicável, será atribuída uma indemnização em dinheiro, o que levará a que o foco incida no dano de cálculo e determinado aplicando-se a teoria da diferença, como manda o art.º 566, nº2 CC⁶⁴.

Relativamente ao binómio danos emergentes vs. lucros cessantes, importa dizer que o primeiro consiste na perda ou diminuição de valores pré existentes ao facto lesivo⁶⁵; o segundo consiste nos benefícios que o lesado deixa de obter em virtude do facto lesivo, é uma frustração ao acréscimo patrimonial do lesado⁶⁶.

⁶⁰ MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de, *Danos – Uma leitura personalista da responsabilidade civil*, 1ª Edição, Cascais, Princípiã, 2018, pp. 99-100.

⁶¹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 595. Ribeiro de Faria refere-se ao dano de cálculo também como dano patrimonial, opondo-o ao dano real. Atribui, porém, ao dano patrimonial a mesma caracterização que Almeida Costa relativamente ao dano de cálculo, já que na verdade estes são coincidentes. Contudo, parece-nos que perspectiva de Almeida Costa conduz a uma distinção mais clara, não confundindo o binómio dano patrimonial vs. dano não patrimonial com o binómio dano real vs. dano de cálculo. *Vide* Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 458 a 460.

⁶² Cfr. Cristina Aragão Seia, *op. cit.*, p. 192.

⁶³ Quando “a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”.

⁶⁴ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 460.

⁶⁵ Ribeiro de Faria distingue, sob o chapéu dos danos emergentes, aqueles que produzem efeitos relativamente ao ativo e relativamente ao passivo do património do lesado, clarificando que há danos que resultam na redução do património em virtude da diminuição do ativo – como ilustra o exemplo em que A incendeia o carro de B – e outros cuja redução do património advém de custos que o lesado tem em virtude do facto do lesante – como são exemplo os custos em transportes alternativos a que B terá que recorrer, por A ter incendiado o seu carro. *Vide* Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 459.

⁶⁶ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 596; Carlos Alberto da Mota Pinto, António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, *op. cit.*, p. 129. *Vide* art.º 564º, nº1 CC.

Quanto ao momento da produção dos danos, estes dividem-se em danos presentes e danos futuros, consoante se tenham produzido até ao momento da fixação da indemnização ou virão a produzir-se em momento posterior⁶⁷. O art.º 564º, nº2 CC determina que os danos futuros são indemnizáveis “desde que sejam previsíveis” e, caso o valor não seja determinável no momento da fixação da indemnização, esta será remetida para momento posterior.

Os danos dividem-se ainda em diretos e indiretos consoante resultem imediatamente do facto ou não⁶⁸. Em jeito de exemplo, uma situação em que A ofende a integridade física de B, construtor civil, partindo-lhe um braço e impedindo-o de praticar as suas funções, o braço quebrado representa um dano direto, imediato, e o impedimento de trabalhar constitui um dano indireto, mediato.

Por fim, resta referir o binómio dano positivo/dano negativo. Esta classificação é geralmente utilizada no âmbito da responsabilidade contratual, como refere Almeida Costa⁶⁹. Por não demonstrar especial relevo no âmbito deste estudo, não a iremos aprofundar.

As distinções supramencionadas são já totalmente aceites na doutrina, sem prejuízo de alguma possível diferença na sua nomenclatura. Por outro lado, o dano da perda de chance, objeto principal deste estudo foi, até momento relativamente recente, alvo de divergência e crítica no que respeita à sua aplicação no âmbito da responsabilidade civil. Pela sua elevada carga de relevância, será tratado em momento posterior, de forma mais aprofundada.

1.1.5. Nexó de causalidade

Após a verificação de um dano, importa perceber se este se traduz numa consequência do facto praticado, estabelecendo assim uma relação de causa-efeito que reconheça a responsabilidade do lesante e produza obrigação de indemnizar.

Existem várias doutrinas cujo objetivo é explicar e estabelecer esta ligação entre o facto e o dano. Parece-nos que a teoria da causalidade adequada, vigente no nosso Código Civil, é a que melhor relaciona o dano e o facto do lesante. Todavia, outras teses foram discutidas e ganhando relevância, pelo que fará sentido fazer uma breve análise de cada

⁶⁷ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 597.

⁶⁸ *Idem*; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 462 e 463.

⁶⁹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 598.

uma. Nesta posição existe a teoria da equivalência das condições, a teoria da última condição, a teoria da condição eficiente e a teoria do fim da norma violada.

A teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*) defende que todos os factos ou ações sem a qual o dano não se teria produzido são equivalidos, sendo indemnizáveis os danos decorrentes de todos esses factos e responsabilizados os diferentes autores dos mesmos⁷⁰. Porém, admitir que todas as condições sem as quais, individualmente, o dano não se teria produzido é ampliar a causa do dano e a responsabilidade por ele, levando a resultados extensos e porventura injustos⁷¹. Os defensores desta teoria recorrem à culpa para minimizar a crítica à extensão da responsabilidade, refutando que os potenciais lesantes apenas o seriam efetivamente na hipótese de poderem ter previsto o resultado da sua ação⁷². Ora, este contra argumento é, desde logo, desmontado pelo reconhecimento da responsabilidade civil objetiva, que prescinde do pressuposto da culpa aquando da determinação da obrigação de indemnizar⁷³. Menezes Leitão critica esta tese afirmando que, ao se reconhecer relevância a todos os acontecimentos, não é feita uma “seleção das condições relevantes juridicamente”⁷⁴.

Relativamente à teoria da última condição, também conhecida como teoria da causa próxima, esta defende que o dano deve ser indemnizado se foi provocado pelo facto que imediatamente antecedeu a sua produção. A crítica associada traduz-se no facto de esta teoria considerar unicamente a condição que antecede imediatamente o dano, ignorando a existência de danos indiretos⁷⁵.

Por outro lado, a teoria da condição eficiente advoga que, casuisticamente, deve ser analisado o facto que maior relevância demonstra para a produção do dano. Em teoria, várias causas podem ter originado um dano; na perspetiva desta doutrina, deve avaliar-se todas e determinar a mais relevante para o caso concreto. Ora, é verdade que todas as ações de responsabilidade civil, e de resto, o direito no seu todo, deve ser analisado casuisticamente. O que não é verdade é que a estratégia a adotar nesta análise deva ter por

⁷⁰ Ensina Ribeiro de Faria que de entre as diversas circunstâncias que, encadeadas, conduzem à verificação de um resultado, devem ser eliminadas aquelas que se mostram irrelevantes ou indiferentes à sua produção; as condições que sobraem, são igualmente tidas em conta na origem do dano. *Vide* Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, pp. 477 e 478; Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 342.

⁷¹ Cfr. Cristina Aragão Seia, *op. cit.*, p. 194.

⁷² Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 477.

⁷³ *Idem*. *Vide* também pp. 404 a 406 e Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 539 e ss.

⁷⁴ Cfr. Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 342.

⁷⁵ *Idem*, pp. 342 e 343. Voltemos à situação em que A inimputável vandaliza a casa de C, pela omissão de vigilância de B: é certo que a última condição foi o ato de A, porém não é admissível, à luz do nosso regime de responsabilidade, ignorar a omissão de vigilância de B. Daqui retiramos que a teoria da causa próxima levaria a um resultado injusto, mais não fosse por conduzir à inexistência de indemnização derivada da ausência de culpa, no caso concreto.

base a ausência de um critério específico, sob pena de sermos remetidos para a perspetiva subjetiva do julgador⁷⁶.

A teoria do fim ou escopo da norma violada aborda o nexo causal na perspetiva teleológica da norma. Por outras palavras, aquando da análise do nexo de causalidade entre um facto e um dano, questionar-se-ia quem são os sujeitos que a norma visa tutelar, quais os interesses protegidos por ela e como surgem os danos que pretende evitar. Se se concluir que o dano produzido é o que com aquela norma se visava esquivar, o último pressuposto da responsabilidade civil extracontratual tem-se por verificado.

Apesar disto, como já referido, a teoria consagrada no ordenamento jurídico português, amplamente aceite pela doutrina, que permite avaliar o nexo de causalidade entre o facto praticado e os danos produzidos, é a teoria da causalidade adequada, prevista no art.º 563º CC.

Segundo esta, deve ser feito um juízo de prognose póstuma, um juízo de previsibilidade, através do qual se avalia se, em abstrato e seguindo o curso normal das coisas, determinado facto é adequado a produzir determinado dano⁷⁷. Se a resposta for positiva, está estabelecido o nexo de causalidade e cumprido o último requisito da responsabilidade civil extracontratual.

A teoria da causalidade adequada é vista como próxima da teoria da equivalência das condições na medida em que também a condição tida em conta é imprescindível para a verificação do dano. As duas teses distinguem-se pelo tal juízo de probabilidade de que falávamos⁷⁸. Prova disto é a formulação do art.º 563º CC que manda indemnizar os danos que “o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão” (sublinhado nosso).

Todavia, é também aceite que não basta efetuar um juízo de probabilidade, em abstrato, devendo também ser tida em conta uma perspetiva subjetiva do caso concreto e as circunstâncias específicas conhecidas, ou suscetíveis de o ser, pelo agente⁷⁹. Quer isto dizer que apesar de um facto não ser, em abstrato, adequado a produzir determinado dano pode, ainda assim, verificar-se o nexo de causalidade se, na situação específica, o agente tiver ciência de algum fator ou característica que torne o facto adequado a produzir o dano.

⁷⁶ Cfr. Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 344 e 345.

⁷⁷ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 605; Cristina Aragão Seia, *op. cit.*, pp. 193 e 194.

⁷⁸ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, p. 763; Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 344 e 345.

⁷⁹ Cfr. Mário Júlio Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 763 e 764; João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, pp. 898 e ss; Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 344 e 345.

Esta vertente da causalidade adequada é alvo de crítica por parte de Menezes Leitão por atribuir relevância a um juízo de imputação subjetiva⁸⁰.

1.2. O problema da perda de chance

Antes de nos debruçarmos sobre a perda de uma chance, importa refletir sobre aquilo em que consiste a chance. A chance traduz-se numa oportunidade de algo acontecer. É uma possibilidade e está diretamente relacionada com o conceito de probabilidade⁸¹. Esta, por sua vez, conecta-se com os conceitos de aleatoriedade e incerteza⁸². Esta panóplia de termos associados à chance permite concluir que a perda de chance consiste no desaparecimento da oportunidade de verificação de um determinado resultado ou acontecimento que, por si, já não é certo, ou seja, depende de um conjunto de fatores e circunstâncias que, enquanto não se verificam, traduzem-se na falta de conhecimento (antecedente) ao decurso dos acontecimentos⁸³.

Quando, como resultado do comportamento de um indivíduo, alguém perde a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem, este resultado consubstancia a perda de chance⁸⁴. Trata-se do desaparecimento da possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável⁸⁵, como desfecho de uma ação de terceiro.

É possível já antecipar uma das principais dificuldades relativamente à adoção jurídica da perda de chance. É que a presença do fator aleatório na equação desafia desde logo um dos princípios basilares do direito, como o é o princípio da segurança jurídica⁸⁶. Pode considerar-se que este princípio é colocado em causa com o aparecimento da perda de chance, por se admitir atribuir relevância jurídica à incerteza. Contudo, não podemos ignorar que a incerteza e a probabilidade são características inerentes à própria existência, não podendo o direito fingir que assim não sucede. De resto, é por não o fazer, que a lei

⁸⁰ Cfr. Luís Manuel Teles Menezes Leitão, *op. cit.*, pp. 344 e 345.

⁸¹ Cfr. <https://dicionario.priberam.org/chance> (Consultado em 25.05.2024).

⁸² Cfr. <https://dicionario.priberam.org/probabilidade> (Consultado em 25.05.2024). Vide GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, SOUSA, Bruna de, COUTINHO, Diana, *Direito médico, responsabilidade civil médica, reprodução medicamente assistida*, 1ª Edição, Coimbra, Gestlegal, 2024, p. 71.

⁸³ Cfr. SOUSA, Bruna de, *Da Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 55.

⁸⁴ Cfr. Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, p. 111.

⁸⁵ Cfr. SANTOS ROCHA, Nuno, *A “Perda de Chance” Como Uma nova Espécie de Dano*, Reimpressão da edição de 2011, Coimbra, Almedina, 2022, p. 19.

⁸⁶ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 56. O princípio da segurança jurídica “(...) supõe um mínimo de certeza, previsibilidade e estabilidade das normas jurídicas (...)” cfr. <https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/seguranca-juridica> (Consultado em 25.05.2024).

prevê mecanismos que contornam as dificuldades que a imprevisibilidade pode trazer ao direito⁸⁷. Por esta razão, acreditamos que o mesmo deve acontecer com a figura da perda de chance, se se concluir que a sua tutela é, de facto, uma mais-valia.

A perda de oportunidade tem vindo a ganhar relevância em diversos contextos no âmbito da responsabilidade civil, devido à dificuldade que por vezes se instala na determinação do nexo de causalidade entre o facto e o dano⁸⁸. Então, ao invés de reparar ou compensar o dano final, a aplicação da perda de chance visa tutelar a perda da possibilidade de um melhor desfecho.

É verdade que a determinação do nexo causal é um dos pressupostos essenciais para a existência da obrigação de indemnizar; porém, não é de ignorar que, não só existem factos que diminuem significativamente as chances de um resultado favorável para o lesado, como em muitos deles não é possível determinar a relação causal entre o tal facto e o dano final, como tradicionalmente o instituto da responsabilidade civil exige.

Os defensores da aplicação da perda de chance não pretendem contornar, como veremos, as regras da responsabilidade civil, mas antes evitar que se excluam factos juridicamente relevantes no que à frustração de direitos diz respeito.

Esta figura jurídica tem sido chamada à colação em casos diversos, como são exemplo situações no âmbito do patrocínio judiciário, em que o mandatário não pratica as devidas diligências em tempo útil, diminuindo a possibilidade de o representado ganhar determinada ação; concursos de sorte ou azar, e para o que mais nos importa, no âmbito da responsabilidade médica. Exemplo típico neste cenário seria o retardamento de um diagnóstico que resultaria para o utente na drástica diminuição ou mesmo perda de possibilidade de cura e/ou sobrevivência⁸⁹. A mesma observação já fazia Nuno Santos Rocha⁹⁰, quando se viu debruçado sobre o mesmo assunto.

Aplicando, a estes casos, o tradicional esquema da responsabilidade civil, torna-se extremamente complexo provar que sem o facto do lesante, o desfecho seria o vencimento

⁸⁷ Exemplo disto é o instituto da alteração anormal das circunstâncias e também a aposição de uma condição num contrato. Cfr. TEIXEIRA PEDRO, Rute, “Reflexões sobre a noção de perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018, p. 186, Nota 4.

Disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=HW198NqmZeY%3d&portalid=30> (Consultado em 11.06.2024). Vide também SOUSA, 2022, p. 56.

⁸⁸ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, pp. 186 e 187; Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 463; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 57; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁹ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 463; Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, pp. 99 e 100.

⁹⁰ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 20 e 21.

da ação, o vencimento do concurso ou a cura ou sobrevivência do paciente – já que todos estes são processos aleatórios – o que conduziria à exclusão da responsabilidade civil⁹¹.

Assim, a característica que imediatamente se atribui à perda de chance é a aleatoriedade. Por um lado, porque “diminuir a possibilidade de” não significa perder o resultado pretendido efetivamente. Por outro lado, porque não só não é certo que não havendo influência do terceiro, o resultado não vá a produzir-se de qualquer forma, também não é certo que, ao não se produzir, esse facto se deva exclusivamente à conduta do lesante⁹². Deteta-se aqui a primeira dificuldade da perda de chance: o estabelecimento do nexo de causalidade⁹³. Mafalda Barbosa afirma que, a este nível, se pode argumentar que o carácter aleatório da chance impede a aplicação da teoria da equivalência das condições já que não é seguro admitir que a ação do lesante seja a condição sem a qual a chance não se teria perdido. Mafalda Barbosa acrescenta que pode haver outros fatores suscetíveis de interferir na obtenção do resultado positivo esperado⁹⁴.

Por outro lado, como referimos, esta aleatoriedade não é tão forte que desvalorize na totalidade a suspeição de que, não fosse a intervenção ilícita do terceiro, o resultado pretendido sempre se teria verificado. E é com base neste princípio que a perda de chance apresenta a sua utilidade: na medida em que tutela o direito do lesado quando se verifique que, apesar de não ser possível estabelecer o nexo de causalidade de forma tradicional entre o facto e o dano final, se não fosse a conduta do agente, este dano teria menos probabilidades de se produzir⁹⁵.

Refira-se, a título de exemplo, uma das situações mais famosas de perda de chance: a do maratonista Vanderlei Lima que, durante uma corrida em que seguia em primeiro lugar, viu-se agarrado por um indivíduo que o impediu temporariamente de seguir a competição, levando-o a perder segundos e a ser ultrapassado por outros dois atletas, que terminaram a maratona antes dele. Claro está que não era certo que Vanderlei se sagrasse campeão, não fosse o indivíduo que o agarrou, mas é certo que ao fazê-lo, o atleta perdeu uma chance real de ficar em primeiro lugar⁹⁶.

⁹¹ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 463.

⁹² Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 57.

⁹³ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 22; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, pp. 74 e 75.

⁹⁴ Cfr. Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, p. 112. Note-se que, na verdade, não importa a teoria explicativa do nexo de causalidade que se adote, já que nenhuma é capaz de relacionar o facto do lesante com o dano do lesado de forma certa que não suscite dúvidas e traga de volta o mesmo problema à aplicação da perda de chance.

⁹⁵ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 22 e 23; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 58.

⁹⁶ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 19 e 20.

Esta figura começou a ganhar relevância no final do séc. XIX, mais concretamente em 1889. Teve a sua primeira aparição em França, num processo judicial, no âmbito da responsabilidade por negligência⁹⁷. A partir daí, a perda de chance alastrou-se a outros contextos. Em Itália a perda de chance ganhou relevância no final do séc. XX, inicialmente em ações de direito laboral. Já em Espanha, este conceito ganhou importância na supressão de dificuldades no tocante à demonstração do nexo de causalidade, nomeadamente em ações de responsabilização de profissionais liberais. Na América do Sul, a perda de chance nasceu por influência francesa e italiana, principalmente na Argentina e Brasil⁹⁸. Em Inglaterra foi em inícios do séc. XX que a figura apareceu pela primeira vez, no âmbito de um concurso de beleza, quando uma das candidatas viu a sua oportunidade de se sagrar vencedora perdida, por falta de notificação tempestiva para a entrevista final⁹⁹. Este caso acabou por influenciar os Estados Unidos da América que adotaram também a perda de chance, porém foi no contexto da responsabilidade civil médica que veio a ter maior aplicabilidade. O Canadá recebeu a figura por influência não só dos Estados Unidos, mas também de França¹⁰⁰.

Sendo a perda de chance considerada um dano autónomo, tem a si associada a crítica de alguns autores que afirmam que esta figura não tem outra função que não seja a de contornar as regras do nexo de causalidade quando este não é passível de ser estabelecido¹⁰¹. Desta forma, dizem, o julgador justifica uma indemnização, ainda que parcial, pela não verificação do resultado pretendido, sendo este o único prejuízo causado¹⁰².

Daqui percebemos que a aplicabilidade da perda de chance é problematizada a dois níveis: ao nível do dano em si mesmo e ao nível do nexo de causalidade¹⁰³.

De entre os vários casos de responsabilidade pela perda de chance, a responsabilidade civil médica pela perda de oportunidade de cura ou sobrevivência são dos mais frequentes, e os que maior complexidade acarretam¹⁰⁴.

O que se pretende, realmente, perceber é o lugar da perda de chance no tradicional esquema da responsabilidade civil, bem como a sua relação com o dano final: consistirá esta figura numa forma de contornar a exigência do nexo de causalidade na

⁹⁷ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 56.

⁹⁸ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 23 a 25.

⁹⁹ *Idem*, p. 26.

¹⁰⁰ *Idem*, pp. 26 e 27.

¹⁰¹ *Idem*, pp. 33 e 34; Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰² Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰³ Cfr. Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, p. 114.

¹⁰⁴ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 21.

responsabilidade civil ou será a chance uma entidade autónoma com relevância jurídica suficiente que torne a sua perda num verdadeiro dano¹⁰⁵?

Surgem, então, duas doutrinas que analisam a perda de chance nestas diferentes perspetivas: a doutrina divisionista e, por oposição, a doutrina unitária.

1.2.1. A doutrina divisionista

A doutrina divisionista, com René Savatier como principal defensor – seguido por grande parte da doutrina francesa –, não recusa a aplicabilidade da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil, mas sujeita-a a fortes críticas nos casos de responsabilidade médica¹⁰⁶. Esta doutrina divide a aplicabilidade da perda de chance nas situações tradicionais – como é exemplo o caso do mandatário judicial que não cumpre o prazo para a prática de determinado ato, ou a situação em que uma pessoa fica impedida de continuar uma corrida de atletismo, por um terceiro ter ofendido a sua integridade física durante a mesma – *versus* nas situações de responsabilidade médica¹⁰⁷. O que distingue estes dois tipos de situações são a interrupção do processo aleatório e o conhecimento do resultado. Aplica-se aqui a distinção entre aleatoriedade intrínseca e extrínseca do processo causal¹⁰⁸. A aleatoriedade intrínseca é a dos processos que são efetivamente interrompidos e cujo desenlace não é possível conhecer, em virtude dessa interrupção – falamos dos cenários tradicionais da perda de chance. Por sua vez, a aleatoriedade extrínseca refere-se aos processos causais não interrompidos, cujo desconhecimento reside não no desfecho do processo causal, mas na sua causa¹⁰⁹.

Nas situações ditas tradicionais, o processo aleatório é efetivamente interrompido e não será possível conhecer o resultado – aqui, é indiscutível que a ação do lesante foi causa da perda de chance. Por seu turno, nas situações de perda de chance na responsabilidade médica o resultado já é verificável uma vez que o processo aleatório não se interrompe. Todavia, não é indiscutivelmente certo que a causa do resultado seja a má conduta do médico, uma vez que na ausência desta, também é possível que o resultado seja aquele¹¹⁰. Por outras palavras, o erro no diagnóstico e a conseqüente errada administração de um medicamento pode ter como resultado a morte do paciente; porém, também a evolução da

¹⁰⁵ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰⁶ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁷ *Idem*, pp. 36 e 37.

¹⁰⁸ Cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 37.

doença pode ter o mesmo desfecho, acabando por não ser possível aferir com toda a certeza qual a verdadeira razão da morte do lesado¹¹¹.

Esta perspetiva questiona a aplicação da perda de chance a situações em que o grau de aleatoriedade é tal que o facto não pode ser considerado condição sem a qual o dano não se teria verificado¹¹². Desta forma, apenas pode tentar calcular-se a probabilidade de esse facto ter sido causa do dano e é nessa probabilidade que se irá basear o cálculo da indemnização¹¹³.

A consequência da aplicação da perda de chance à responsabilidade médica é permitir ao julgador responsabilizar o médico com base numa probabilidade e não numa certeza, o que se traduz na mera indemnização parcial do dano final¹¹⁴ – a morte ou impossibilidade de cura – através do contorno da ideia de tudo ou nada. Nesta perspetiva, ou se estabelece, com elevado grau de certeza, o nexo causal entre o facto praticado pelo médico e o dano do paciente, resultando na indemnização total pelo prejuízo, ou não se consegue estabelecer esta relação de causalidade e não há lugar à reparação¹¹⁵. Esta solução, seja ela aplicada à responsabilidade médica ou a outra modalidade, pode culminar em resultados injustos na medida em que é suscetível de colocar em causa a principal função da responsabilidade civil, que é a reparação dos danos¹¹⁶. Se perante uma conduta abstratamente errada do médico, parece excessivo responsabilizá-lo pelo dano final morte ou pela impossibilidade de cura, quando não é possível estabelecer o nexo de causalidade; também se torna injusto não o responsabilizar por nada, quando ele efetivamente não agiu de acordo com a pessoa média¹¹⁷.

Os autores que defendem a doutrina divisionista criticam a perda de chance na responsabilidade médica por esta admitir a substituição do critério de certeza por um critério com base na probabilidade que se traduz numa presunção da causalidade¹¹⁸.

Esta doutrina, recusando a aplicação da perda de chance à responsabilidade médica, reafirma o princípio do tudo ou nada, na medida em que se o julgador determinar que a

¹¹¹ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 38.

¹¹² Cfr. TEIXEIRA PEDRO, Rute, *A Responsabilidade civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 203; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 72.

¹¹³ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 72.

¹¹⁴ *Idem*, p. 73.

¹¹⁵ *Idem* p. 74.

¹¹⁶ *Idem*; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁷ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 37 a 42.

¹¹⁸ *Idem*, pp. 42 e 43. Estando perante um facto ilícito culposo do médico, apto a produzir um dano, verificar-se-ia a obrigação de indemnizar, apesar de o nexo de causalidade não estar totalmente verificado; considerar-se-ia que a possibilidade de a ação (ilícita e culposa) do médico gerar aquele resultado seria suficiente para o responsabilizar por ele.

conduta do médico foi causa do dano morte ou impossibilidade de cura, responsabilizá-lo-á na totalidade por esse mesmo dano; caso isto não se verifique, o julgador não deve senão recusar a indemnização ao lesado¹¹⁹.

Olhar para a perda de chance como um problema de nexo de causalidade subtrai qualquer autonomia que lhe pudesse ser atribuída, na medida em que a chance é vista como um elemento relacionado com o dano final, contribuindo, no máximo, para a sua produção¹²⁰.

1.2.2. Teoria unitária

Paralelamente à doutrina divisionista, existe a teoria unitária que analisa a perda de chance pela perspectiva do dano e não como um problema de nexo de causalidade¹²¹.

O nome que surge como defensor desta teoria unitária é o de Joseph King¹²² que, em finais do séc. XX, defendeu que a perda de chance devia ser estudada como um dano autónomo indemnizável, ao invés de relacionar a sua natureza jurídica com o nexo de causalidade¹²³.

Esta teoria não faz depender a aplicabilidade da perda de chance do facto de o processo aleatório se ter ou não verificado¹²⁴. Ao invés, sem invalidar ou desvalorizar o dano final, a teoria unitária considera a perda de chance como um dano em si mesmo, um dano intermédio, que ocorre antes do dano final, é independente deste e se traduz na perda da possibilidade de obter determinado resultado¹²⁵.

Daqui resulta que do mesmo facto nascem duas relações causais: a primeira relaciona, ou propõe-se relacionar, o facto com o dano final; a outra pretende relacionar o facto com a perda de oportunidade de evitar o dano final¹²⁶.

Ora, como já referimos anteriormente, a teoria da perda de chance ganhou relevância por não deixar por reparar danos resultantes de ações cujo desfecho não é certo, situações cujo resultado é imprevisível¹²⁷.

¹¹⁹ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 43 e 44.

¹²⁰ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 72.

¹²¹ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 44.

¹²² Autor de *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, Vol 90, *The Yale Law Journal*, 1981. Disponível em <https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/16081>

¹²³ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 46.

¹²⁴ *Idem*, p. 45.

¹²⁵ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 76.

¹²⁶ *Idem*, p. 77.

¹²⁷ *Idem*; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 72.

Para provar esta tese, desconstruindo os argumentos da doutrina de Savatier, Joseph King analisou cinco cenários hipotéticos semelhantes de um concurso, fazendo-os variar em fatores-chave, de modo a recriar as divisões propostas pela doutrina divisionista¹²⁸.

O primeiro cenário consistia num frasco no qual se encontravam 70 feijões dourados e 30 azuis. O concorrente tinha um bilhete que lhe garantia a possibilidade de retirar um feijão: caso retirasse um feijão dourado, ganharia um avultado prémio em dinheiro; se retirasse um feijão azul, não ganharia qualquer prémio. O concorrente entregou o bilhete ao seu advogado, que o perdeu. A questão que se colocou foi relativa o valor do bilhete perdido.

O cenário seguinte é em tudo semelhante ao anterior, com a diferença de que dentro do frasco se encontravam 30 feijões dourados e 70 feijões azuis.

A terceira situação distingue-se das anteriores por não se ter conhecimento acerca da proporção de feijões que se encontravam no frasco. Mais, antes que a concorrente pudesse fazer uso do seu bilhete e retirar o feijão, os patrocinadores do concurso partiram o frasco, tendo sido necessário recorrer a peritos para se averiguar qual a proporção de feijões que nele existia.

Na quarta variação, a concorrente vendada retirou um feijão, mas não chegou a saber qual a sua cor, já que foi empurrada por um funcionário do concurso e deixou cair o feijão, não o conseguindo recuperar devido às condições atmosféricas que se encontravam no local.

Por último, o quinto cenário é em tudo semelhante ao anterior, com o acréscimo de uma testemunha que afirmou ser azul o feijão retirado pela concorrente.

Os cenários um e dois representavam praticamente a mesma situação, alterando a probabilidade de o lesado obter um resultado favorável de 70% no primeiro cenário para 30% no segundo. Em ambos o processo aleatório é interrompido devido a uma ação do lesante; também no cenário três há uma interrupção do processo aleatório, mas a probabilidade de sucesso é desconhecida; nos cenários quatro e cinco o processo não é interrompido, mas o lesado não tem como saber o resultado final, devido à conduta do lesante¹²⁹.

Ora, segundo a teoria divisionista, a perda de chance apenas se aplicaria às três primeiras situações, em que existe efetivamente uma interrupção no processo aleatório,

¹²⁸ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 46 e 47.

¹²⁹ *Idem*.

provocada por um terceiro – são os casos clássicos da teoria da perda de chance¹³⁰. Pelo contrário, nas duas últimas situações esta figura já não seria aplicável, pelo facto de o processo ter cumprido o seu curso normal, sem prejuízo das infelicidades que ocorreram posteriormente. Contudo, Joseph King afirma que o que as cinco hipóteses têm em comum é exatamente o que caracteriza a perda de chance: em todas elas existe um facto provocado por um terceiro, que impossibilita o lesado de conhecer o resultado e de saber se sairia beneficiado ou não daquele processo¹³¹. Assim, não faz sentido senão aplicar a perda de chance, independentemente da interrupção do processo aleatório quando, na prática, o lesado, em todas as situações, perdeu a oportunidade de obter um benefício ao mesmo tempo que não é possível concluir com certeza que, não fosse a ação do lesante, o resultado não seria o mesmo¹³².

Considerando a perda de chance um dano autónomo indemnizável, o que necessita de ser demonstrado aquando da análise do nexo de causalidade, é que não fosse a ação do lesante, o lesado teria a oportunidade de obter um determinado benefício ou evitar um prejuízo¹³³. Desta forma, não há qualquer contorno ou defraudamento do regime da responsabilidade civil como o conhecemos: avalia-se o nexo de causalidade entre o facto e a perda de oportunidade e não entre o facto e o dano final, que pode ou não se verificar. Portanto, a questão a colocar para determinar o nexo de causalidade é: é provável que da ação do lesante resulte a diminuição da probabilidade de se obter determinado benefício ou evitar certo prejuízo? Sendo a resposta positiva, o nexo de causalidade está verificado¹³⁴. A incerteza é transferida do plano do encadeamento causal dos eventos para o da avaliação dos danos¹³⁵.

O que acontece é uma amplificação do conceito de dano, que resulta na consideração das situações em que, por via de ação do lesante, o lesado vê a probabilidade de atingir certo fim diminuída, como um tipo independente de dano¹³⁶.

2. Dano da perda de chance

¹³⁰ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 48.

¹³¹ *Idem*, p. 49.

¹³² *Idem*.

¹³³ *Idem*, pp. 49 e 50; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 78.

¹³⁴ Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 77.

¹³⁵ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 192.

¹³⁶ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 77.

Cumpra agora perceber como é caracterizado o dano da perda de chance, à luz do que foi já analisado no ponto 1.1.4.

Entre a classificação dano emergente *vs.* lucro cessante, adiantamos que a perda de chance se integra na primeira classificação¹³⁷. A justificação para tal baseia-se na consequência de, à chance, ser reconhecida autonomia na esfera jurídica do lesado¹³⁸, no seguimento do que temos vindo a expor. Ora, se assim é, a sua perda consiste na subtração de um bem pré existente ao facto ilícito¹³⁹, o que resulta na sua qualificação de dano emergente.

Classificar a perda de chance um lucro cessante seria incoerente uma vez que estes apenas são indemnizáveis quando lhes é associado um grau, ainda que parcial, de certeza e a perda de chance está associada, como já analisado, a um processo aleatório cujo resultado é totalmente desconhecido¹⁴⁰, longe de ser considerado certo. Examinar a perda de chance sob a forma de lucro cessante seria condená-la à sua não reparação, já que o pressuposto da certeza falharia inequivocamente, e isto conduziria à inutilidade da teoria da perda de chance na responsabilidade civil¹⁴¹.

Consequência de se classificar a perda de chance um dano emergente, é considerá-la também um dano presente, e não um dano futuro¹⁴². Isto porque, devido à autonomia e pré existência da chance na esfera jurídica do lesado, a sua perda ocorre no momento da análise do facto lesivo¹⁴³, e não em momento posterior. O art.º 564º, nº2, 1ª parte, CC prevê a reparação de danos futuros, “desde que sejam previsíveis”. Ora, a perda de chance, à data do facto antijurídico, não é previsível, mas sim contemporânea, o que só pode resultar na sua classificação como dano presente.

A perda de chance consubstancia ainda um dano certo, opondo-se ao dano eventual¹⁴⁴. Isto porque, apesar de termos vindo a associar a incerteza e aleatoriedade à perda de chance, referimo-nos apenas ao processo factual e ao desfecho final que eventualmente poderia vir a produzir-se. Por outro lado, quando do facto ilícito resulta a

¹³⁷ Cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 77.

¹³⁸ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 72; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 78.

¹³⁹ Cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁰ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 72.

¹⁴¹ *Idem*, pp. 72 e 73. Veja-se o Ac. do STJ de 01.07.2014, processo nº 824/06.5TVLSB.l2.S1, relatado por Fonseca Ramos, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 14.06.2024) “não se trata de indemnizar lucros cessantes ao abrigo da teoria da diferença”.

¹⁴² Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 79; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 78. Independentemente do facto de a oportunidade perdida representar um benefício que se verificaria no futuro ou um prejuízo que se evitaria, da mesma forma, em momento posterior.

¹⁴³ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁴ *Idem*; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 78.

perda de oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, essa perda efetivamente ocorreu. Dito de outra forma, o que se pretende reparar é a destruição da possibilidade de se obter determinado resultado – destruição essa, certa –, e não o resultado em si – incerto quanto à sua verificação já que o processo foi interrompido ou influenciado pela conduta ilícita do lesante¹⁴⁵.

Relativamente à natureza patrimonial ou não patrimonial, é aceite, como o é para a maioria dos danos, que a perda de chance tenha repercussões não só patrimoniais, mas também não patrimoniais, já que dela pode resultar o nascimento de sentimentos negativos além da diminuição do património do lesado¹⁴⁶. Portanto, reiterando o disposto no ponto 1.1.4., nenhuma das espécies exclui a outra¹⁴⁷.

Desta forma, e antes de avançarmos para a análise dos pressupostos de aplicação da perda de chance e respetivas características, cumpre-nos salientar que a perspetiva autónoma deste dano não é, de todo, pacífica, pelo que até os seus defensores apontam algumas fragilidades.

A primeira debilidade baseia-se no desafio que é a fixação do montante da indemnização e no facto de surgir a impressão de que o que esta teoria propõe reparar é um dano parcial¹⁴⁸. Por outro ângulo, considerar a perda de chance um dano emergente, e por isso um dano patrimonial, pode acarretar dificuldades na medida em que causa estranheza atribuir um valor de mercado a uma chance¹⁴⁹. Acresce que, ainda que se considere que a chance é parte integrante do património do lesado, não vigora no nosso ordenamento jurídico uma norma de proteção geral do património¹⁵⁰.

Ademais, a teoria da diferença elencada no art.º 562º CC não é passível de ser aplicada já que a “situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação” é inapreensível, fruto da incerteza do resultado final.

Não obstante, e como se perceberá melhor após o estudo dos pressupostos de aplicação da teoria da perda de chance, é inegável a vantagem que esta traz ao nosso ordenamento jurídico ao poder ser aplicável apenas por meio de uma extensão do conceito de dano, prescindindo-se de uma alteração legislativa¹⁵¹. E, simultaneamente, garante uma

¹⁴⁵ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 79.

¹⁴⁶ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 73 e 74; Bruna de Sousa, *op. cit.*, pp. 79 e 80.

¹⁴⁷ Cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁸ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ *Idem.*, p. 81.

ampliação da possibilidade de reparação de danos que, pela via tradicional da responsabilidade civil, seriam ignorados¹⁵².

2.1. Pressupostos de aplicação e características da perda de chance

Após compreender a qualificação da perda de chance, cumpre particularizar e perceber que pressupostos e que características deve esta apresentar para poder ser aplicada à situação concreta. Melhor dizendo, passaremos agora ao estudo dos pressupostos de aplicação e das características deste dano que temos vindo a analisar.

2.1.1. Pressupostos de aplicação da perda de chance

Rute Teixeira Pedro¹⁵³ ensina que a aplicação da perda de chance deve suceder à verificação de três pressupostos. São eles a existência de um resultado positivo futuro, de carácter aleatório e verificação incerta; a concentração no sujeito das condições essenciais para a verificação do resultado positivo; e a ação de um terceiro que destrói as possibilidades do resultado positivo se verificar¹⁵⁴.

Ora, para a aplicação da teoria de chance fazer sentido, há que ter entre mãos um processo aleatório, cujo resultado seja imprevisível, de consecução incerta¹⁵⁵, ou seja, não pode ser possível antever se o desfecho daquele processo será, ou não, o pretendido. Se assim não for, e o resultado final for de verificação certa, a perda desse resultado corresponderá ao dano final, e a aplicação da teoria da perda de chance fica vazia de utilidade¹⁵⁶.

Acresce a necessidade de inexistência de quaisquer factos extintivos ou impeditivos desse mesmo resultado¹⁵⁷. Por outras palavras, não deve estar presente qualquer fator que possa interferir, impedindo ou extinguindo a possibilidade de se verificar o fim pretendido. Se assim não fosse, o resultado já não seria de consecução incerta, uma vez que estariam envolvidos fatores que, *a priori*, teriam o seu impacto no processo em análise. Este pressuposto exige que o lesado prove que, antes do facto lesivo, detinha sérias

¹⁵² Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 81.

¹⁵³ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, pp. 198 a 200.

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 82.

possibilidades de atingir o resultado positivo¹⁵⁸. É, no fundo, a prova da pré existência da chance na esfera jurídica do lesado.

Por último, para haver lugar à reparação pela perda de chance, é necessário que esta se verifique após a ação de um terceiro, o lesante¹⁵⁹.

Portanto, é possível concluir que, estando o lesado perante um processo aleatório cujo resultado seja de realização incerta, fazendo parte da sua esfera jurídica a chance de obter daquele processo um resultado que lhe seja favorável, chance esta eliminada pela ação ilícita e culposa de um terceiro, estão cumpridos os requisitos essenciais em sede de aplicação da teoria da perda de chance.

Outro pressuposto essencial, adianta Nuno Santos Rocha, é que a possibilidade de obter o resultado pretendido se tenha efetivamente perdido. Significa isto que, para se valorar a perda de chance, o dano final tem de ocorrer¹⁶⁰. Por outras palavras, se da conduta ilícita e culposa do agente não resultar um dano final, não é possível afirmar que a chance desse dano final não ocorrer foi efetivamente perdida. Pode sim afirmar-se, no máximo, que houve um aumento do risco desse dano vir a verificar-se¹⁶¹ que, como veremos a seguir, consiste numa situação diversa da que temos vindo a estudar.

A existência deste dano final relaciona-se diretamente com a impossibilidade, após a conduta do agente, de o benefício que se pretendia obter ou o prejuízo que se pretendia evitar serem ainda atingidos. Ou seja, nas palavras de Nuno Santos Rocha, “o comportamento desvalioso por parte do lesante terá que ter resultado na perda irreversível das “chances” que a vítima detinha de poder vir a alcançar a vantagem desejada”¹⁶².

Mostra-se relevante fazer uma breve nota relativamente à teoria da criação ou aumento de riscos e a como esta se distingue da teoria da perda de chance, ressaltando que esta extravasa o objeto deste estudo e, por isso, não a iremos aprofundar.

Começando por notar o que as une, importa referir que ambas têm por base o conceito de probabilidade. Em ambas as teorias estamos perante uma ação ilícita e culposa de um agente que afeta a esfera jurídica do lesado, de maneira que não é possível perceber com certeza o dano final produzido, já que este resultou de um processo aleatório com

¹⁵⁸ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 198. Vide também Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁹ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 198.

¹⁶⁰ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 58.

¹⁶¹ *Idem*. Vide também Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 200.

¹⁶² Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 59. Vide também Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 82.

intervenção de outros fatores desconhecidos que poderão, ou não, ter contribuído para o mesmo dano¹⁶³.

A teoria da criação ou aumento dos riscos propõe resolver situações em que uma ação aumenta a probabilidade de produção de um certo dano, através do agravamento do risco.

Ao passo que na perda de chance há a eliminação da possibilidade de atingir determinado benefício ou evitar certo prejuízo, na teoria do aumento do risco não há ainda qualquer dano, já que da conduta do lesante apenas resulta um aumento da probabilidade de o lesado vir a sofrer um prejuízo no futuro¹⁶⁴. Note-se, contudo, que este dano pode nunca vir a verificar-se, ao contrário do que acontece na perda de chance, em que há efetivamente uma perda na esfera jurídica do lesado¹⁶⁵.

O que esta teoria pretende é, à semelhança do que acontece com a chance, autonomizar a criação do risco como um verdadeiro dano. Ora, como explica Nuno Santos Rocha, de forma sumária, ao autonomizar esta figura, estar-se-ia a assumir e indemnizar um dano que não só não ocorreu, como tampouco se consegue prever que vá ocorrer no futuro¹⁶⁶. Além do mais, ao ressarcir um dano que apenas eventualmente poderia produzir-se, estar-se-ia a dar relevância à função preventiva da responsabilidade civil, em detrimento da função reparadora, que como analisado, é o principal objetivo do instituto¹⁶⁷. Por esta razão, não parece de aceitar a aplicação desta figura no âmbito da responsabilidade civil, tal como o ordenamento jurídico português a desenhou.

Por outro lado, parece fazer sentido, isso sim, a indemnização de certos danos “laterais” aquando da criação ou aumento do risco. Imaginemos uma situação em que, por ação ilícita e culposa de A, B é exposto a uma toxina conhecida por aumentar o risco de infertilidade. Não se admite, como vimos, a indemnização pelo aumento do risco por, não só não ser certo que B se torne efetivamente infértil, como também, a infertilidade de B, existindo, poder ter resultado de outros fatores adjacentes, impossíveis de provar.

Todavia, é de admitir que, até à tentativa de reprodução de B e efetiva verificação da produção do dano, o lesado veja as suas despesas médicas aumentarem, numa tentativa de controlar esse mesmo dano. Paralelamente, esta é uma situação passível de criar em B

¹⁶³ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 76.

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ Indemnizar-se-ia um dano eventual, que poderia levar ao enriquecimento sem causa do lesado. Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 76 e 77. De lembrar que o art.º 564º, nº2 CC apenas admite a indemnização de danos futuros aquando da sua previsibilidade, o que não sucede na teoria em análise.

¹⁶⁷ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 77.

sentimentos negativos, que à luz do art.º 496º, nº1 CC, são também indemnizáveis em sede de danos não patrimoniais. Ora tanto uns como outros são suscetíveis de reparação se se provar que, além do mais, advêm da ação ilícita e culposa de A.

Em suma, e não desfazendo a necessidade de uma análise mais profunda, a teoria da criação ou aumento do risco parece não poder ser aceite, de forma autónoma, no âmbito da responsabilidade civil, já que, ao contrário da perda de chance, pretende a indemnização de danos eventuais e, consequentemente, atribui maior relevância à função preventiva em detrimento da função reparadora da responsabilidade civil. É seguro afirmar que a máxima “mais vale prevenir do que remediar” não é com esta coincidente, pelo menos no que diz respeito ao ordenamento jurídico português.

2.1.2. Características da chance

Resta, agora, aprender as características de que a chance deve estar dotada para ser merecedora de tutela jurídica.

Antes de mais, e estabelecendo a ligação com a aleatoriedade do resultado final, a chance deve ser neutra e aleatória¹⁶⁸, na medida em que não passa de uma potencialidade capaz de proporcionar um desfecho favorável ou desfavorável ao potencial lesado¹⁶⁹.

Além disto, a chance deve estar dotada de seriedade e realidade¹⁷⁰, o que resultará na sua certeza¹⁷¹.

A chance considera-se real e séria quando existe um elevado e relevante grau de consistência e probabilidade de que o resultado pretendido seria atingido, não fosse a atuação do lesante¹⁷². Dito de outra forma, pese embora o resultado final seja incerto, a pessoa que se declara lesada deve encontrar-se numa posição que possibilite a sua obtenção, por possuir o conjunto de condições necessárias para tal. É fundamental poder afirmar-se que o resultado final é concretamente possível e que não estava, *ab initio*, impedido ou excluído¹⁷³.

Portanto, é requisito que haja uma probabilidade relevante e suficiente de o desfecho pretendido se verificar. É esta probabilidade que atribui à perda de chance a

¹⁶⁸ Cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 80.

¹⁶⁹ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, pp. 208 e 209.

¹⁷⁰ Cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p.80.

¹⁷¹ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, p. 215; Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 59; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 82.

¹⁷² Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 201; Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 59; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷³ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 201.

relevância jurídica que justifica o seu ressarcimento, tornando-a séria e opondo-a à mera esperança de o resultado ser atingido, o que não relevaria no nosso ordenamento jurídico¹⁷⁴.

Posto isto, o que se deve entender de “probabilidade relevante e suficiente”? Ou, de outra forma, quando é que uma chance é considerada séria? Uma primeira tentativa de explicação foi a de considerar a chance séria quando a probabilidade de o resultado benéfico ocorrer ser superior à probabilidade de não ocorrer. Ora, sendo a perda de chance inúmeras vezes aplicada a contextos de concursos e jogos de sorte ou azar, são raríssimas as situações em que o sujeito tem, objetivamente, mais probabilidades de ganhar do que de não ganhar, o que significa que em quase nenhuma situação seria possível atribuir uma indemnização pela perda de chance. Nem que apenas houvesse dois jogadores a concorrer para um prémio, em igualdade de circunstâncias, a probabilidade de qualquer um deles ganhar, seria de 50%, insuficiente para promover uma ação já que a probabilidade de ganhar não ultrapassaria a probabilidade de perder¹⁷⁵.

Outra possibilidade seria a de considerar séria qualquer chance que detivesse uma probabilidade superior a zero de se verificar, sendo que a maior ou menor probabilidade e consistência influenciariam, posteriormente, o valor da indemnização¹⁷⁶.

Pois bem, determinar uma probabilidade mínima para a admissão da teoria da perda de chance parece, a alguma doutrina¹⁷⁷ com a qual concordamos, pouco adequado ao analisar a imensidão de situações e circunstâncias, todas com as suas individualidades associadas. Não parece de aceitar que haja um número específico a partir do qual toda e qualquer chance passe a ser dotada de seriedade e, só por isso, juridicamente relevante¹⁷⁸. Deve, então, haver uma análise casuística em que o lesado demonstre que na sua circunstancialidade específica existia uma probabilidade suficientemente séria de atingir certo resultado, não fosse o facto lesivo¹⁷⁹.

¹⁷⁴ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 59; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷⁵ Exemplo semelhante havia dado Nuno Santos Rocha. *Vide* Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 60.

¹⁷⁶ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, p. 218; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 81.

¹⁷⁷ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, pp. 217 e 218.

¹⁷⁸ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 84.

¹⁷⁹ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 202; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 84. O Ac. do STJ de 09.07.2015, processo nº 5105/12.2TBXL.L1.S1, relatado por Tomé Gomes, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 13.06.2024) segue a mesma linha de pensamento, ao referir que não se mostra adequado partir de uma definição dogmática de dano aquando da análise da probabilidade da chance, sob pena de este método, além de inseguro, se mostrar redutor. Mais apropriado será, então, “seguir uma pista mais casuística”.

Para a análise casuística da probabilidade de uma chance deve recorrer-se à sua pessoalização¹⁸⁰. Inicialmente, perceber o que daquela situação, em abstrato e tendo em consideração situações semelhantes, seria mais provável de resultar e, depois, atender aos fatores pessoais do lesado com potencial relevância no apuramento da probabilidade da chance^{181/182}. É o chamado “julgamento dentro do julgamento”^{183/184}. Por conseguinte, o montante da indemnização terá por base essa mesma probabilidade¹⁸⁵.

Cumpre-nos fazer uma breve chamada de atenção para um ponto que, apesar de vir a ser tratado em sede própria, se mostra agora relevante. Perante uma ação de responsabilidade médica derivada de um diagnóstico tardio, em que se discute a existência da perda de chance de cura ou sobrevivência, o julgador deparar-se-á com um problema concreto inerente à ciência médica: a sua natureza probabilística, já que a medicina lida frequentemente com probabilidades e não com certezas absolutas¹⁸⁶. Pois bem, será admissível considerar que o paciente lesado detinha $x\%$ de probabilidade de cura caso o médico tivesse agido corretamente, só porque a generalidade dos pacientes que padecem

¹⁸⁰ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 202. O Ac. do STJ de 09.07.2015 demonstra seguir este entendimento uma vez que, em contexto de perda de chances processuais – cuja maioria das decisões nega a verificação (geralmente pela ausência de consistência e probabilidade da própria chance) – não refusa diretamente a aplicação da teoria em apreço, mas antes considera que se “mostra mais adequado questionar, perante cada hipótese concreta, qual o grau de probabilidade segura desse sucesso” já que “pode muito bem acontecer que o sucesso de determinada ação, à luz de um desenvolvimento normal e típico, possa ser perspectivado como uma ocorrência altamente demonstrável, à face da doutrina e jurisprudência então existentes”.

¹⁸¹ Veja-se, mais uma vez, o já citado Ac. do STJ de 01.07.2014, que negou a revista ao autor, rejeitando a reparação do dano da perda de chance processual por considerar que “A sua “chance” de não ser condenado era mínima, não credível e, por isso, não se pode afirmar que a conduta omissiva e censurável da Ré Advogada tenha sido a causa direta, imediata de não ter sido absolvido na ação de regresso, implicando perda dessa chance”.

¹⁸² Situação diferente, mas igualmente interessante, é a discutida no Ac. do STJ de 26.01.2021, processo nº 6122/17.1T8FNC.L1.S1, relatado por José Rainho, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 14.06.2024), em que o que os autores pretendiam a reparação de danos que não carregaram sequer para o processo. A 1ª instância deu provimento ao pedido e condenou a Ré ao pagamento de uma indemnização, que após recurso para o Tribunal da Relação foi considerada inadequada, uma vez que teria ficado provada a ausência de quaisquer danos para os autores. Por sua vez, este tribunal chamou à colação a teoria da perda de chance, que em sede de análise pelo STJ não teve sustento. Isto porque, como referido, havia ficado provada a ausência de danos na esfera jurídica dos autores, pelo que a chance referida carecia não só de probabilidade ou consistência, mas também da própria existência.

¹⁸³ “Haverá, pois, que fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”, não no sentido da solução jurídica que pudesse ser adotada pelo tribunal da presente ação sobre a matéria da causa em que ocorreu a falta, mas sim pelo que possa ser considerado como altamente provável que o tribunal da ação em que a defesa ficou prejudicada viesse a decidir”, Ac. do STJ de 09.07.2015, já citado. No mesmo sentido, *vide* Ac. do STJ de 30.05.2019, processo nº 6720/14.5T8LRS.L2.S2, relatado por Rosa Tching, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 14.06.2024).

¹⁸⁴ Parece-nos possível estabelecer um paralelismo com o que sucede na determinação do nexo de causalidade, como estudado no ponto 1.1.5.: não basta fazer um juízo de prognose póstuma e analisar se, em abstrato, é previsível que determinado resultado se verifique; deve ter-se em consideração as circunstâncias subjetivas de cada caso que podem fortalecer ou enfraquecer a análise que se está a fazer.

¹⁸⁵ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 60

¹⁸⁶ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 203.

da mesma doença têm essa probabilidade de cura quando o tratamento é feito em tempo útil? Parece redutor da consistência e seriedade da chance apenas recorrer à sua probabilidade abstrata.

Aplicando o tal processo de pessoalização de que falávamos, mostra-se necessário verificar se os dados estatísticos se aplicam ao caso concreto, analisando as características únicas do paciente, o seu estado de saúde geral, bem como outros fatores capazes de influenciar o processo de cura, não esquecendo as variáveis ambientais onde o paciente se insere¹⁸⁷. Parece-nos óbvio que esta extensão de fatores tenha impactos variáveis no lesado, podendo alguns aumentar a chance de cura, e outros diminuí-la. Caberá ao julgador, após esta análise detalhada, determinar se havia ou não uma chance séria, real e concreta de cura ou sobrevivência para o paciente lesado. Não podemos olvidar, porém, que haverá sempre uma margem de dúvida e incerteza já que, como é sabido, a medicina nem sempre oferece certezas absolutas, mas sim probabilidades baseadas no que é estudado e observado¹⁸⁸.

Reconhecemos, por isto, que no âmbito da responsabilidade médica pela perda de chance de cura ou sobrevivência é essencial analisar cuidadosamente não só os dados estatísticos, mas também as particularidades do caso concreto. Este processo ajuda a pessoalizar a probabilidade e a fornecer uma imagem mais precisa da chance que o lesado realmente tinha antes do facto lesivo.

Importa ainda referir a “chance à segunda potência”. Esta consiste num juízo duplo de probabilidades, quando a chance no momento ainda não está dotada de seriedade, mas após a reunião de circunstâncias específicas adquire este carácter sério que se exige¹⁸⁹, ou nas palavras de Nuno Santos Rocha, “dois fatores aleatórios são combinados para a constituição de determinado evento”¹⁹⁰. Ora, se para a reparação de um dano de perda de chance se exige a prova da sua existência, admitir que esta dependa de um segundo processo aleatório seria pôr em causa essa mesma prova¹⁹¹, abalando seriamente a sua seriedade e realidade. Dito de outra forma, quando um resultado estiver dependente de dois processos aleatórios, cumulativamente, e um deles sofrer uma interrupção (como um facto ilícito e culposo de terceiro), não pode considerar-se a aplicação da teoria da perda de chance pois a combinação destes dois processos reduz significativamente a seriedade da

¹⁸⁷ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 203.

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, pp. 219 e 220.

¹⁹⁰ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 62.

¹⁹¹ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, p. 221.

própria chance^{192/193}. Claro está que, se um desses processos tiver um resultado certo, deixa de ser considerado aleatório, e a sua combinação com o outro não trará, à partida, qualquer dificuldade à aplicação da perda de chance.

Das características analisadas resulta uma outra de extrema relevância para a figura da perda de chance: a certeza. Pois bem, pode parecer à primeira vista que estamos perante uma incoerência já que temos vindo a associar a perda de chance à aleatoriedade e à probabilidade. Contudo, e assim desconstruímos esta ideia, há que entender que a incerteza e aleatoriedade dizem respeito ao processo como um todo, que origina um dano final¹⁹⁴, e a certeza agora referida, diz respeito à perda de oportunidade de evitar o dano final, é um dano intercalar na linha do tempo¹⁹⁵.

Desta forma, torna-se claro como é que o critério da certeza se aplica ao contexto da perda de chance: há incerteza sobre se na ausência do facto lesivo o desfecho obtido seria o pretendido ou não, mas exige-se a certeza de que esse facto lesivo eliminou a possibilidade de obter um resultado benéfico ao lesado¹⁹⁶.

Outra característica do dano da perda de chance que nos cumpre analisar é a autonomia. Esta característica é atribuída à perda de chance quando se a analisa em relação ao dano final. São, portanto, danos diferentes, autónomos entre si¹⁹⁷, como, de resto, temos já vindo a demonstrar. Aquele último consiste num dano dotado de incerteza, na medida em que não é possível averiguar se o lesado atingiria o desfecho pretendido, na ausência da conduta do lesante¹⁹⁸.

Apesar disso, já é inegável que essa mesma conduta eliminou as possibilidades de o lesado vir a obter a vantagem ou evitar o prejuízo, daí que ambas as afirmações conduzem a uma distinção dos conceitos, resultante na atribuição da autonomia à perda de chance.

Ora, para atribuir autonomia à perda de chance é fundamental que a chance seja considerada um bem dotado de valor económico, pré existente na esfera jurídica do

¹⁹² Ao diminuir a probabilidade de se verificar. Matematicamente, se para a produção de um resultado *x* é necessária a verificação de *A* e de *B*, ambos processos aleatórios com probabilidade de 30% e 70% respetivamente, então a probabilidade de *X* acontecer corresponde a 30% de 70%, 21%.

¹⁹³ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, pp. 219 a 221.

¹⁹⁴ Dano esse que, como já analisado, não pode com certeza afirmar-se ter sido produzido pelo facto ilícito e culposo do agente, o que levaria à eliminação da possibilidade de ressarcimento.

¹⁹⁵ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 59.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 60.

¹⁹⁷ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 193.

¹⁹⁸ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 63.

lesado¹⁹⁹. Assim, o seu desaparecimento consiste num dano patrimonial, mais concretamente, num dano emergente.

Claro está que se trata de uma autonomia relativa, uma vez que, como estudado, para a perda de chance se considerar real, é essencial que o dano final se tenha produzido, o que, de resto, se traduz numa das críticas à teoria da perda de chance e à sua autonomia. A verdade é que a chance se torna irrelevante quando analisada de forma individual, adquirindo a merecida importância por referência ao fim a que se propõe²⁰⁰, que é a de obter a vantagem ou evitar o prejuízo. De acrescentar que, como estudaremos em momento posterior, o cálculo indemnizatório da perda de chance terá como base o cálculo do dano final²⁰¹.

Podemos então afirmar que a perda de chance depende do dano final para ser considerada um dano certo, mas mostra-se autónoma no que diz respeito à sua reparação.

Relativamente à distribuição do ónus da prova da seriedade de chance, este não foge ao postulado no art.º 342º, nº1 CC. É ao lesado que cabe provar a existência real, séria, consistente e pessoal da chance que afirma ter perdido por facto ilícito e culposo de terceiro. De resto, a prova da chance é geralmente mais fácil do que a prova do direito ao resultado final, tarefa por vezes impossível para o lesado²⁰².

2.1.3. Requisitos da responsabilidade civil aplicados à perda de chance

Depois de provada a existência séria da chance, bem como o circunstancialismo exigido para a sua reparação, mostra-se fundamental que o lesado demonstre a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil²⁰³, estudados neste trabalho no ponto 1.1. Há, então, que entender como é que este dano é inserido no tradicional esquema da responsabilidade civil. Isto porque, como afirma Rute Teixeira Pedro²⁰⁴, não basta que a perda de chance seja aceite no nosso ordenamento jurídico para que toda a chance perdida origine a obrigação de indemnizar. É essencial que a chance seja merecedora da proteção do direito no momento anterior ao evento que origina a sua perda, e isto verifica-se através da demonstração de que esta está protegida no âmbito do contrato celebrado ou delitualmente no âmbito da responsabilidade civil extra obrigacional, sob égide do art.º

¹⁹⁹ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 83; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 80.

²⁰⁰ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 193.

²⁰¹ *Idem*, p. 194; Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, pp. 64 e 65.

²⁰² Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 204.

²⁰³ Cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, pp. 82 e 83.

²⁰⁴ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 205.

483º, nº1 CC²⁰⁵. Desta forma, passamos à análise, aplicada à perda de chance, dos requisitos da responsabilidade civil extracontratual.

Pois bem, relativamente ao facto humano e voluntário, nada a mais se exige, além do explanado anteriormente.

Quanto à ilicitude – e é da verificação deste pressuposto que se reconhece a relevância jurídica da chance –, no âmbito da responsabilidade obrigacional, a chance estará protegida, por regra, no âmbito da atividade médica e do advogado, contudo não deixa de ser necessária a análise contratual em todas as situações. A ilicitude terá, então, origem no incumprimento da obrigação resultante do contrato. No caso dos advogados e médicos, a obrigação que os onera é, geralmente, uma obrigação de meios²⁰⁶, pelo que estes deverão aplicar o comportamento diligente, de acordo com as *leges artis*, de modo a fazer valer as chances que o cliente ou paciente têm de atingir determinado resultado²⁰⁷.

No que diz respeito à responsabilidade civil extra obrigacional, como já vimos, a ilicitude tem origem na violação de um direito alheio ou na violação de uma norma legal que vise proteger interesses alheios²⁰⁸.

Como referido anteriormente, é necessário fazer uma análise casuística de modo a determinar se as chances destruídas eram ou não merecedoras de proteção legal, independentemente da sua posterior destruição. Em princípio, não haverá qualquer dificuldade em afirmar esta tutela jurídica quando em causa estejam bens pessoais, como o direito à vida, à integridade física e moral, direito à saúde, já que são protegidos pelos direitos especiais de personalidade ou pela cláusula geral de proteção da personalidade²⁰⁹, como ocorre na responsabilidade médica²¹⁰.

Nessa situação, a proteção da chance nada mais é do que uma extensão da tutela jurídica a outros aspetos que enriquecem o conteúdo de bens jurídicos pessoais específicos, protegidos por esses direitos e integrados na proteção oferecida pelo direito geral de personalidade²¹¹.

²⁰⁵ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 205.

²⁰⁶ Assunto que desenvolveremos em momento posterior.

²⁰⁷ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 206.

²⁰⁸ Art.º 483º, nº1 CC. *Vide* também secção 1.1.2. deste trabalho. Mafalda Barbosa defende não existir ilicitude quando a perda de chance resulte da violação de um direito absoluto, já que esta abordagem confirma a inexistência da sua autonomia, por mostrar tão próximos e indistintos o dano final e o dano de perda de chance. Crítica já desconstruída, na medida em que a autonomia atribuída a este dano é uma autonomia relativa. *Vide* Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, p. 114.

²⁰⁹ Conforme o postulado nos arts.º 70º e ss. CC.

²¹⁰ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 207.

²¹¹ TEIXEIRA PEDRO, Rute, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? – a revisitação de um tema”, in *Direito da Saúde – Estudos*

Por outro lado, quando as chances forem relativas a um direito de natureza patrimonial, a fonte da ilicitude pode ser mais complexa de demonstrar, na medida em que, diferentemente do que o que acontece com os direitos de personalidade, não parece existir uma norma protetora do património em geral²¹². Todavia, tem-se entendido que a sua tutela pode ter como base a proteção legal reconhecida ao direito a que a chance está conectada²¹³. Assim, a chance é vista como uma densificação do direito conexo, e a proteção deste é estendida à própria chance²¹⁴. Há, então, que averiguar se o facto potencialmente gerador de responsabilidade corresponde à violação de um direito subjetivo ou à violação de uma norma de proteção. Assim, se este cenário se verificar, podemos concluir que o pressuposto da ilicitude está cumprido²¹⁵.

No que respeita à culpa, a sua demonstração nos casos de perda de chance não acarreta mais dificuldades do que aquelas a que a responsabilidade civil já nos habituou, pelo que não se verificam diferenças entre a culpa na responsabilidade civil por um resultado final e a culpa na responsabilidade civil pelo dano intermédio em análise²¹⁶.

A verificação do nexo de causalidade é igualmente exigida no âmbito da perda de chance como, de resto, já fomos referindo. Valerá a pena recordar, a este propósito, o exposto na secção 1.2.2.

O nexo causal deverá ser estabelecido entre o facto e a perda de oportunidade de o lesado atingir determinado resultado, e não entre o facto e o dano final²¹⁷ – aliás, se a perda de chance foi chamada à colação, significa que o nexo causal entre o facto e este dano final não foi estabelecido, se assim não fosse, a teoria da perda de chance não teria qualquer relevância. Aplicando a teoria da causalidade adequada²¹⁸, há que fazer um juízo de prognose póstuma e questionar se da conduta do lesante seria previsível que o lesado perdesse a chance de obter determinada vantagem ou evitar certo prejuízo, sem esquecer que também as circunstâncias subjetivas do caso *sub judice* devem ser tidas em consideração²¹⁹.

em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira, Vol. II, João LOUREIRO, André Dias PEREIRA e Carla BARBOSA (coordenadores), Almedina, 2016, pp. 92 e 93.

²¹² Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 207.

²¹³ Cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 83.

²¹⁴ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 207.

²¹⁵ *Idem*.

²¹⁶ *Idem*.

²¹⁷ *Idem*, p. 208; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 83.

²¹⁸ Que, como sabido, é a consagrada no art.º 563º CC.

²¹⁹ Deste modo, se, em abstrato, a ação do lesante não for suscetível de provocar a perda da chance, nada impede que as circunstâncias subjetivas da situação em apreço a tornem, efetivamente, apta a produzir esse dano.

2.2. Cálculo indemnizatório da chance perdida

Chegados, então, ao momento de maior complexidade da teoria da perda de chance, cumpre perceber qual o critério e de que forma é calculado o *quantum* indemnizatório associado a este dano.

Apesar do desafio que apresenta este cálculo, adiantamos que não pode servir de escusa para a inutilização da teoria que temos vindo a analisar, já que semelhante dificuldade é atribuída ao cálculo indemnizatório no âmbito não só dos danos não patrimoniais, mas também dos lucros cessantes, e nem por isso estes veem cessada a sua aplicação²²⁰.

Antes de mais, importa lembrar que este é o momento em que melhor é evidenciada a proximidade e “dependência” da perda de chance relativamente ao dano final²²¹, como veremos a seguir.

É no *quantum* indemnizatório que o nível de consistência e seriedade da chance terá o seu impacto²²².

Inicialmente propôs-se um critério que determinava a reparação equivalente à do dano final sempre que se provasse a existência de uma chance séria ou superior a 50%, ou seja, quando a probabilidade de o resultado ser favorável superasse a probabilidade de ser desfavorável. Nesta situação, a indemnização pela perda de chance seria igual à indemnização pelo dano final²²³. Pois bem, se assim fosse, a análise da seriedade da chance não teria outra função além de desbloquear a possibilidade de reparação – que equivaleria à do dano final –, sem entrar na equação que calcularia o valor da indemnização²²⁴, o que resultaria numa verdadeira anulação da chance como uma entidade autónoma.

Este critério foi criticado, além do mais, por não diferenciar, em termos práticos a perda de chance do dano final – já que o resultado é o mesmo –, por não atender ao carácter aleatório da chance e, por consequência, não diferenciar chances com diferentes graus de

²²⁰ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 66; Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, p. 431; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 91.

²²¹ Sem prejuízo da autonomia do dano como, de resto, temos vindo a demonstrar.

²²² Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 208.

²²³ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, pp. 227 e 228; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 88.

²²⁴ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, pp. 227 e 228.

probabilidade, o que resulta num resultado idêntico caso a probabilidade de a chance se verificar seja de 51% ou de 90%²²⁵.

Um segundo critério, este mais aceite que o anterior, calcula a indemnização pela perda de chance com base na probabilidade de esta se verificar na ausência do facto lesivo, associada ao valor da indemnização do dano final²²⁶. Daqui resultam necessárias três operações²²⁷: 1) em primeiro lugar, há que ter como referência o valor económico do resultado que se espera obter, ou seja, o acréscimo de património que o lesado teria – no caso da perda de chance de obter uma vantagem – ou a diminuição de património que o lesado evitaria – na perda de oportunidade de evitar um prejuízo; 2) de seguida há que perceber qual a consistência da chance, qual a probabilidade de o resultado favorável se produzir, não fosse a ação do lesante. É esta a etapa que maior complexidade apresenta, já que remete para a avaliação da seriedade da chance²²⁸; 3) por fim, há que aplicar esta probabilidade ao valor do dano final. A indemnização pela perda de chance corresponde a um valor proporcional à probabilidade que essa mesma chance tinha de se concretizar²²⁹.

Desta forma, a indemnização pela perda de oportunidade corresponderá sempre a um valor inferior ao da indemnização devida pelo dano final, já que representa uma fração desta²³⁰.

Não significa, porém que não se está a reparar integralmente o dano, já que isso contrariaria o princípio geral da reparação integral dos danos²³¹. Pelo contrário, veja-se: se a chance apresentava 70% de probabilidade de se verificar e a indemnização corresponde a 70% do dano final, torna-se claro que se está a reparar a totalidade do dano de perda de chance²³². O que acontece é que esta probabilidade corresponde a uma parcela do dano final, e daí que possa haver uma breve confusão quanto à reparação total vs. parcial do dano. Na esteira do que prevê o art.º 483º, nº1 CC, o lesante fica obrigado a “indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”, pelo que se o dano consiste na perda de 70% de probabilidade de obter determinado benefício, a indemnização deve corresponder a 70% do que se indemnizaria caso o benefício fosse certo.

²²⁵ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, pp. 228 e 229; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 89.

²²⁶ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 66.

²²⁷ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, pp. 229 a 231; Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 66 e 67.

²²⁸ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, pp. 208 e 209.

²²⁹ *Idem*, p. 209; Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 69.

²³⁰ Cfr. Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 85.

²³¹ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 68; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 90.

²³² De forma mais clara, dos 70 pontos percentuais são indemnizados 70, o que resulta num *ratio* de 1, 70/70, a totalidade dos 70%.

Através do critério da seriedade e consistência da chance para determinação da indemnização pela sua perda, é possível concluir que quanto mais séria e consistente esta for, maior será o valor da indemnização^{233/234}.

Este será sempre um processo complexo, suscetível de criar no julgador dúvidas relativamente ao valor da indemnização. Sempre que não seja possível superar estas dificuldades por via do método que acabámos de analisar, manda o art.º 566, nº3 CC que se recorra a um juízo de equidade²³⁵.

A maior crítica que surge relativamente a este assunto consiste no facto de não ser possível isolar a perda de chance do dano final, e este último ser essencial para o cálculo indemnizatório²³⁶.

Parece-nos um apontamento um tanto irrelevante uma vez que é já assumido e resolvido pelos defensores desta teoria que a perda de chance consiste num dano intermédio, distinto do dano final. Acresce que, se a chance “é a chance de alguma coisa”²³⁷, apesar de distintos, a sua perda vai naturalmente depender desta “alguma coisa”, daí que em nada choca ou enfraquece a teoria o facto de o cálculo da indemnização depender da probabilidade que havia de a oportunidade se sagrar benéfica ao lesado.

3. Responsabilidade Civil Médica

3.1. Contextualização

Em geral, qualquer dano é indemnizável, desde que se verifique gravidade suficiente que justifique intervenção jurídica. A mesma lógica é aplicada à responsabilidade médica²³⁸.

²³³ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 208; Bruna de Sousa, *op. cit.*, 89; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, p. 85. No limite, a partir do momento em que a chance deixe de ter carácter aleatório e passe a consistir num resultado certo (aqui já seria incorreta a denominação de “chance”, uma vez que, como vimos, a aleatoriedade é uma das suas características), a indemnização corresponderá a 100% da indemnização do dano final. Claro está que a aplicação da teoria da perda de chance perderia a sua relevância prática. Serve esta nota, apenas, para demonstrar que este critério vai ao encontro do que é já aceite no âmbito da responsabilidade civil.

²³⁴ O Ac. do STJ de 17.11.2020, processo nº 13132/18.0T8LSB.C1.S1, relatado por Pedro de Lima Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 14.06.2024) dá nota disto mesmo “(...) fixando-se o *quantum* indemnizatório, atendendo às probabilidades de o lesado obter o benefício que poderia resultar da chance perdida, sendo o grau de probabilidade de obtenção da vantagem perdida que será decisivo para a determinação da indemnização (...)”.

²³⁵ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance...*, p. 209; Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 67; Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 90.

²³⁶ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 91.

²³⁷ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 64.

²³⁸ Cfr. Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, pp. 99 e 100.

Para melhor entendimento da responsabilidade médica no ordenamento jurídico português, importa desenvolver o contexto em que esta se torna cada vez mais relevante.

Os desenvolvimentos da ciência, da medicina, o aumento e desenvolvimento dos recursos tecnológicos, resultam numa perceção do público de que o médico tem em seu poder todos os conhecimentos e meios necessários para desenvolver a sua atividade de forma imaculada, insuscetível de erro²³⁹.

Esta sobre expectativa do público em relação ao médico tem levado à diminuição da tolerância a eventuais erros que possam ocorrer. O aumento da consciencialização dos cidadãos no que aos direitos do paciente diz respeito²⁴⁰ tem como consequência o aumento do sentido reivindicativo, resultando no aumento de ações judiciais²⁴¹. Paralelamente, também a facilidade crescente de acesso à justiça resulta no aumento da vontade de defesa das posições ativas dos cidadãos.

Por outro lado, também o maior acesso aos cuidados médicos leva a um aumento do contacto do cidadão com o profissional de saúde que, estatisticamente, aumenta a possibilidade de erro. Juntando este facto ao número insuficiente de profissionais disponíveis e ao aumento da sua carga horária, em forma de solução remediada para este défice, o aumento do erro médico acaba por ser um resultado natural²⁴².

Todos estes fatores levam a que o médico adote uma abordagem mais defensiva e conservadora, por receio de, ao arriscar e acompanhar o desenvolvimento tecnológico e da medicina, haver uma maior margem para erro e consequentemente vir a ser instaurada contra si uma ação judicial²⁴³.

André Gonçalo Dias Pereira define medicina defensiva como o conjunto de “práticas médicas realizadas apenas com o objetivo de evitar ações de responsabilidade por má prática ou com o fim de conseguir uma defesa no caso de uma ação ser proposta”²⁴⁴. Ora, esta instabilidade faz nascer nos profissionais um “quê” de insegurança, o que resulta no evitamento de certos pacientes, doenças e/ou procedimentos de risco acrescido para, além do mais, diminuir a sua exposição ao risco e, por conseguinte, à possibilidade de serem responsabilizados por má prática médica²⁴⁵.

²³⁹ Cfr. Ana Amorim, *op. cit.*, p. 115.

²⁴⁰ Nomeadamente mais informação relativamente à possibilidade de ressarcibilidade de danos e compensação por atos médicos

²⁴¹ Cfr. Ana Amorim, *op. cit.*, p. 117.

²⁴² *Idem*, p. 118.

²⁴³ *Idem*, p. 119.

²⁴⁴ Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: [s.n.], 2014, p. 76. Tese de doutoramento. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/31524>

²⁴⁵ *Idem*.

Por isto, afirma aquele autor que, um aumento da litigância médica tem como consequência, através da prática de medicina defensiva, a inexistência de empatia do médico para com os pacientes, tornando a sua relação mais fria ou insensível²⁴⁶. Além disso, a insegurança crescente dos médicos conduz à prescrição de exames e terapias medicamentosas, por vezes excessivos ou desnecessários, também suscetíveis de aumentar no paciente os riscos para a sua saúde²⁴⁷.

Paralelamente, é inegável a desigualdade técnica e científica entre o médico e o paciente. Esta desigualdade é também típica da relação de consumo. É perceptível a semelhança das duas relações, desde logo, através do art.º 2º, nº1 da Lei nº 24/96 de 31 de julho (Lei de Defesa do Consumidor) ao definir consumidor como “(...) todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

De entre as várias modalidades da responsabilidade civil, importa refletir acerca daquela que melhor se adequa na prossecução das finalidades do instituto no âmbito da responsabilidade médica.

Inicialmente, a ideia de que, entre o médico e o paciente, era celebrado um contrato, era rejeitada. O facto de a atividade médica consubstanciar uma expressão do intelecto humano e o facto de em causa estarem bens jurídicos de elevada importância, como são a vida e a saúde, impedia a aceitação da natureza contratual, já que todos estes seriam elementos insuscetíveis de serem objeto de um contrato²⁴⁸. Acrescia que o preço pago pelo paciente não correspondia a uma contraprestação, mas antes uma doação²⁴⁹, portanto, um negócio jurídico unilateral.

Por estas e outras razões, a responsabilidade do médico tinha como única origem a responsabilidade aquiliana²⁵⁰.

A verdade é que nem a doutrina nem a jurisprudência têm sido consensuais nas soluções adotadas quanto à modalidade da responsabilidade civil a aplicar à responsabilidade médica. Alguma jurisprudência tem considerado que o ato de prestação

²⁴⁶ Cfr. André Gonçalo Dias Pereira, *op. cit.*, p. 76.

²⁴⁷ *Idem*, p. 77.

²⁴⁸ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, *op. cit.*, p. 56.

²⁴⁹ *Idem*, p. 57.

²⁵⁰ *Idem*, p. 56.

de cuidados de saúde corresponde a um contrato de prestação de serviços, pelo que se enquadraria no âmbito de aplicação do art.º 1154º CC²⁵¹.

Todavia, é perfeitamente perceptível que a responsabilidade médica possa ter como fonte não só o incumprimento de um contrato, mas também a violação de um direito absoluto. Daqui retiramos que, dependendo da situação concreta, poder-se-á aplicar o regime da responsabilidade civil contratual ou extracontratual²⁵².

Analisemos, então, as suas diferenças em relação à responsabilidade médica.

3.2. Responsabilidade médica contratual vs. extracontratual

Pois bem, é sabido que os pressupostos da responsabilidade civil contratual são semelhantes aos da responsabilidade civil extracontratual²⁵³, variando na fonte da ilicitude, como acabámos de relembrar, e na distribuição do ónus da prova²⁵⁴.

Associando esta distinção à realidade médica, é possível fazer corresponder os cuidados de saúde prestados através da medicina privada à responsabilidade contratual, na medida em que é efetivamente celebrado um contrato entre o paciente e o médico ou a instituição de saúde. Esta correspondência não causa estranheza nem na doutrina nem na jurisprudência. O muito recente Ac. do STJ de 02.05.2024²⁵⁵ vai ao encontro do que acabámos de referir. A ação proposta pela paciente lesada visava a responsabilização solidária do hospital privado e do médico autor da operação cirúrgica que, segundo aquela, desencadeou a necessidade de amputação da sua perna direita.

No âmbito da responsabilidade médica, é assente, nesta decisão, que a prestação de serviços médicos privados cai na esfera da responsabilidade contratual, sendo chamados à colação três tipologias de contrato médico: contrato total, contrato total com escolha de médico e contrato dividido. Estes três tipos de contrato distinguem-se entre si, para além do que se refere às partes do contrato, na responsabilidade que sobre cada uma recai. Expliquemos²⁵⁶:

²⁵¹ Cfr. RODRIGUES, Abel, *A Responsabilidade por Ato Médico*, Braga, Nova Causa, Edições Jurídicas, 2020, p. 80; Ana Amorim, *op. cit.*, p. 166.

²⁵² Cfr. Abel Rodrigues, *op. cit.*, pp. 80 e 81.

²⁵³ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *op. cit.*, p. 549.

²⁵⁴ Na primeira, o onerado é o lesante, nos termos do art.º 799º, nº1 CC – no qual opera uma inversão à regra geral do ónus da prova – e na segunda, o onerado é o lesado, de acordo com o estipulado no art.º 487º, nº1 CC.

²⁵⁵ Ac. do STJ de 02.05.2024, processo nº 2313/14.5T8LSB.L1.S1, relatado por Oliveira Abreu, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 19.06.2024).

²⁵⁶ Esta distinção foi já abordada por André Gonçalo Dias Pereira in *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, *op. cit.*, pp. 596 a 603.

O contrato total é celebrado entre o paciente e a instituição de saúde, que fica obrigada a providenciar todos os serviços médicos necessários e assume a responsabilidade total pelo tratamento e pela seleção e supervisão dos profissionais de saúde que prestarão os serviços. Consiste num contrato combinado que inclui um contrato de prestação de serviços médicos, um contrato de internamento, um contrato de locação, um contrato eventual de compra e venda, caso ocorra o fornecimento de medicamentos e, por último, um contrato de empreitada, já que um dos serviços prestados é a confeção de alimentos. A responsabilidade da instituição de saúde tem como base legal o art.º 800º, nº1 CC que determina a responsabilidade pelos atos dos representantes legais ou auxiliares, independentemente de os atos em apreço terem sido praticados por médicos ou outros profissionais da instituição, não havendo qualquer contrato celebrado entre estes e o paciente.

O contrato total com escolha de médico distingue-se do anterior pelo facto de o paciente poder escolher o médico que lhe irá prestar o tratamento. Em termos de responsabilidade, a instituição de saúde não fica isenta, podendo haver responsabilidade partilhada entre a instituição e o médico.

Por fim, o contrato dividido consiste na celebração de contratos separados com a instituição de saúde e com os profissionais de saúde, de forma individual. A instituição de saúde fica sujeita às obrigações relativas ao internamento, enquanto o serviço médico recai nas obrigações do médico. Isto conduz a uma responsabilidade igualmente individual, cada entidade sendo responsável pelos serviços e atos que prestar diretamente. Com a instituição de saúde o contrato celebrado é relativo ao internamento em si, já com o profissional de saúde o contrato celebrado tem como objeto os atos médicos.

André Pereira conclui, então, no sentido de que é possível, no âmbito do contrato dividido, a clínica/hospital privado “reclamar a ilegitimidade numa lide de responsabilidade médica, ou, pelo menos, de não ser responsabilizada (solidariamente) pelos danos decorrentes de um erro médico”²⁵⁷.

Relativamente à obrigação do médico, é entendimento dominante que sobre ele recai uma obrigação de meios, pelo que não está vinculado à obtenção da cura, mas sim à aplicação e emprego de cuidado, diligência, meios e conhecimentos da arte, tendo em vista o apropriado tratamento do paciente²⁵⁸. Portanto, haverá responsabilidade contratual médica se o profissional de saúde não cumprir o seu dever ao não atuar de acordo com as

²⁵⁷ Cfr. André Gonçalo Dias Pereira, *op. cit.*, p. 600.

²⁵⁸ *Idem*, p. 616.

leges artis. A prova do incumprimento e, por consequência, da ilicitude, recai sobre o lesado²⁵⁹. Para a sua pretensão ter provimento, não lhe basta demonstrar que não houve retrocesso da doença ou que permanece não curado, tendo também de evidenciar que não lhe foram proporcionados os melhores tratamentos possíveis²⁶⁰. Trata-se, por isso, de uma tarefa de acrescida dificuldade. Pelo contrário, o ónus da prova da culpa recai sobre o médico lesante, pela inversão que opera através do art.º 799º, nº1 CC. Esta é uma das razões pelas quais a aplicação da responsabilidade contratual é aceite no âmbito da responsabilidade médica, já que se trata de uma relação jurídica que importa uma maior desigualdade de armas, da qual quem geralmente sai desfavorecido é o lesado²⁶¹. Todavia, reiteramos que, antes de se aplicar a presunção de culpa do art.º 799º, nº1 CC, é necessário que o paciente lesado haja previamente provado o incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico lesante²⁶².

Esta abordagem relativamente à responsabilidade médica é alvo de crítica por alguma doutrina minoritária pelo facto de o art.º 1154º CC definir o contrato de prestação de serviço como “(...) aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho (...)” (sublinhado nosso). Ora, se a obrigação é de meios e não de resultado, poderia causar alguma espécie a aplicação deste contrato à prestação de serviços médicos. Todavia, esta discordância é facilmente desconstruída se se considerar que o resultado que deve ser proporcionado é o tratamento, e não a cura²⁶³. Acresce que a norma foi formulada de forma a abranger a generalidade dos serviços, e o contrato médico, apesar de poder ser inserido no contrato de prestação de serviço, não deixa de ser um contrato atípico.

Surge a necessidade de saber se todas as obrigações do médico são, então, de meios, ou se as há de resultado. A distinção entre obrigações de meios e de resultados tem por base o critério da aleatoriedade do processo de que depende a sua verificação²⁶⁴, ou seja, se se tratar de um processo cujo resultado é de verificação aleatória, a obrigação é de meios; se o desfecho for considerado certo, a obrigação poderá ser de resultado²⁶⁵.

²⁵⁹ Cfr. André Gonçalves Dias Pereira, *op. cit.*, pp. 616 a 618.

²⁶⁰ *Idem*, pp. 619 a 620.

²⁶¹ *Idem*, p. 616. *Vide* também o, já citado, Ac. do STJ de 02.05.2024.

²⁶² Cfr. André Gonçalves Dias Pereira, *op. cit.*, pp. 618 a 620.

²⁶³ *Idem*, pp. 620 e 621. Ressalvando certos atos médicos em que a obrigação pode – e deve – ser considerada de resultado. Falamos aqui de determinados procedimentos estéticos, ou o diagnóstico após um exame de confirmação cujo resultado se posicione no âmbito da certeza científica.

²⁶⁴ Cfr. André Gonçalves Dias Pereira, *op. cit.*, p. 625.

²⁶⁵ Sobre esta distinção, veja-se o Ac. do TRL de 22.02.2022, processo nº 6112/15.9T8VIS.L1-7, relatado por Ana Resende, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 30.06.2024), na parte em que afirma “Importa, contudo, salientar que no âmbito da dicotomia entre obrigações de meios e de resultado, já antes questionada

Relativamente às obrigações de resultado, André Pereira traz-nos 3 distinções²⁶⁶.

Uma vez que a obrigação do médico não se reduz à terapêutica, podemos salientar as obrigações acessórias que resultam da relação jurídica médico-paciente e que têm origem legal. Tratando-se de obrigações que não estão dependentes de qualquer processo aleatório e que exigem a adoção de um comportamento específico, parece de admitir que sejam consideradas obrigações de resultado. Falamos aqui, entre outras, do dever de informação, do dever de não informar²⁶⁷, da obrigação de respeitar o sigilo profissional e da obrigação de socorro. São as consideradas obrigações de resultado resultantes da lei.

Outro subtipo das obrigações de resultado do médico seriam as obrigações de resultado originadas pela vontade das partes, chamando à colação o princípio da liberdade contratual, do art.º 405º CC. Contudo, de modo a não colocar em causa a validade do contrato celebrado, há que ter em consideração se determinada obrigação resulta de um processo aleatório ou de resultado certo, já que na primeira situação parece demasiado oneroso a obrigação ser considerada de resultado. No caso de o desfecho que se espera ao aplicar os meios normais for certo, a obrigação poderá ser de resultado pela vontade das partes, se já não o for por via da lei.

A terceira subespécie de obrigação de resultados consiste nas obrigações intrinsecamente de resultado. A estas não se atribui qualquer aleatoriedade no resultado e incluem, entre outras, a obrigação de tratar o órgão ou membro correto (e não o saudável), a realização de exames e intervenções pouco complexas e a utilização de materiais em estado funcional.

no que concerne à atividade desenvolvida em termos de exames laboratoriais, da odontologia ou da cirurgia estética, neste caso, se predominasse a finalidade terapêutica, era discutível face ao grau de intensidade da obrigação e do risco a que o paciente se submetia, se haveria uma obrigação de resultado, ou antes uma verdadeira obrigação de meios, com a evolução da Jurisprudência, a que não serão estranhos aos mercados avanços da medicina, a ponderação não deverá ser apriorística em função da atividade médica, mas sim de forma casuística, no exato contexto e contornos da situação, sem prejuízo de o carácter aleatório e complexo da generalidade dos atos médicos, dependendo de várias condicionantes que nem sempre se revelam como relativas a determinada especialidade.”

²⁶⁶ Cfr. André Gonçalo Dias Pereira, *op. cit.*, pp. 624 a 626. Acerca desta distinção, *vide*, entre todos, VANSWEEVELT, Thierry, *La Responsabilité Civile du Médecin et de l'Hôpital*, MAKLU Uitgevers, 1996, p. 116.

²⁶⁷ Trata-se de um dever que vem emergindo ao longo do tempo e que se opõe ao direito de não saber do paciente. No ordenamento jurídico português, esta situação jurídica ativa ainda não vê posituação no Código Civil ou noutros diplomas legais relativos à saúde, mas vem sendo tida em consideração em virtude da ratificação da Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina em 2001 e em virtude do art.º 25º, nº3 do Código Deontológico português. Sobre o assunto, *vide* MARCHESINI, Sephora, “Direito de Não Saber: breves notas”, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2017, pp. 875 a 883. Disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/1160> (Consultado em 28.06.2024).

No que respeita ao Serviço Nacional de Saúde, não é consensual a relação obrigacional entre médico e utente. Não obstante, Sinde Monteiro e Álvaro Dias consideram que deve ser aplicada, também a estes casos, a responsabilidade civil obrigacional²⁶⁸. Outras perspetivas defendem que devem aplicar-se cumulativamente as responsabilidades obrigacional e extra obrigacional. Entendimento seguido pela jurisprudência do nosso STJ²⁶⁹.

A questão do concurso da responsabilidade obrigacional e da responsabilidade extra obrigacional surge pelo facto de se averiguar possível e, até, frequente, que do mesmo facto resulte não só o incumprimento de uma obrigação contratualizada, mas também a violação de um direito absoluto, sendo suscetível de cumprir os pressupostos exigidos tanto para a responsabilidade obrigacional como para a aquiliana²⁷⁰.

De entre ambas as possibilidades, é de reconhecer que a responsabilidade obrigacional é a mais benéfica para o lesado, no que respeita à prova da culpa, como de resto também sucede fora da responsabilidade médica. Isto deve-se à tal inversão do ónus da prova de que falávamos há pouco, ficando a cargo do lesante, no caso, o médico, provar que empregou todos os meios e da forma mais diligente possível, de modo a evitar que o paciente sofresse o dano. O critério a ter em conta para a apreciação da culpa é o dos arts.º 487º, nº2 e 488, *ex vi* art.º 799º, nº2, todos do Código Civil. Também o prazo de prescrição é mais favorável ao lesado no âmbito da responsabilidade obrigacional, por via do art.º 309º CC, que se estende para 20 anos, ao invés dos três anos previstos no domínio da responsabilidade extra obrigacional.

Em contrapartida, no que concerne ao montante indemnizatório dos danos não patrimoniais, a responsabilidade civil obrigacional é menos vantajosa para o lesado, na medida em que, não estando previsto no contrato a sua proteção, a indemnização não irá compensar estes danos, ao contrário do que sucede na responsabilidade civil extracontratual²⁷¹.

Almeida Costa apresentou duas abordagens com vista a melhor entender o cenário do concurso de responsabilidades. A primeira consiste no “sistema do cúmulo” e a outra no “sistema do não cúmulo”²⁷².

²⁶⁸ Cfr. Abel Rodrigues, *op. cit.*, p. 86.

²⁶⁹ *Vide*, por exemplo, o recente Ac. do STJ de 14.03.2024, processo nº 20769/18.5TBPRT.P1.S1, relatado por Fernando Baptista, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 20.06.2024).

²⁷⁰ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 546 e 547.

²⁷¹ Cfr. Abel Rodrigues, *op. cit.*, pp. 83 e 84.

²⁷² Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 548 e ss.

Ora, a primeira, ensina o autor, subdivide-se em três possibilidades. A primeira consiste no direito do lesado ser tutelado simultaneamente pela responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo aplicáveis as normas que lhe forem mais favoráveis de cada regime. Esta é uma solução rejeitada pelo autor, pelo facto de consistir numa solução excessiva e injusta na medida em que permite ao lesado aproveitar-se de um regime híbrido que concentra apenas as normas que o beneficiam, e rejeita as que se apresentam como mais vantajosas para o lesante. A segunda perspetiva consiste em a proteção legal ser assegurada apenas por um dos regimes, sobre a qual o lesado poderia exercer um direito de opção²⁷³. Por último, existe a possibilidade de ser permitido ao lesado instaurar ações paralelas, fundadas na responsabilidade civil contratual e extracontratual. Solução negada, já que parece excessivo, pelo mesmo facto que produz determinado dano, serem concedidas duas indemnizações: uma fundada na responsabilidade contratual e outra na extracontratual.

O sistema do não cúmulo, exclui a aplicação simultânea das duas responsabilidades e, através do princípio da consunção advoga pela aplicação da responsabilidade civil contratual em detrimento da aquiliana²⁷⁴.

O concurso de regimes não passa de um concurso aparente, já que o ilícito a considerar é um, assim como a indemnização eventualmente devida. Caso exista um conflito positivo de regimes, e a mesma factualidade seja suscetível de cumprir os pressupostos de ambos os tipos de responsabilidade civil, há que analisar o caso concreto à luz da finalidade de cada um deles²⁷⁵.

Posto isto, tem-se entendido, como é possível extrair das decisões jurisprudenciais mais recentes, que, regra geral, ao lesado é possível beneficiar tanto da proteção contratual como da extracontratual, nas situações em que está em causa, além do incumprimento de uma obrigação, a violação de direitos fundamentais de personalidade, podendo o lesado determinar o regime mais favorável²⁷⁶.

À responsabilidade médica, contudo, os Acs. do STJ de 08.09.2020²⁷⁷, de 12.01.2022²⁷⁸ e 14.03.2024 consideraram aplicável à relação jurídica instituição de

²⁷³ A título de exemplo, podemos pensar na situação em que A, médico, com contrato celebrado com o paciente B, incumpe a sua obrigação de operar o membro enfermo, operando o saudável, e simultaneamente viola o seu direito à integridade física.

²⁷⁴ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa, *op. cit.*, pp. 548 e ss.

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ Cfr. já citado Ac. do STJ de 14.03.2024.

²⁷⁷ Ac. do STJ de 08.09.2020, processo nº 148/14.4TVLSB.L1.S1, relatado por Maria João Vaz Tomé, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 20.06.2024).

saúde/paciente o regime de responsabilidade contratual, e à relação jurídica médico/paciente a responsabilidade civil delitual, uma vez que não havia sido, com este, celebrado qualquer contrato²⁷⁹.

Além destas situações, outras há de aplicação exclusiva de responsabilidade extracontratual. Falamos aqui de cenários em que o contrato não chega a ser celebrado, por exemplo, quando se trata de um caso de emergência médica ou de uma situação de reanimação²⁸⁰. Aqui, para se aceitar a aplicação da responsabilidade contratual, há que considerar que o médico atua como gestor de negócios do paciente, agindo no seu interesse²⁸¹. Todavia, na ausência dos pressupostos de aplicação do regime da gestão de negócios, a modalidade da responsabilidade civil aplicável será, naturalmente, a responsabilidade extracontratual²⁸². O mesmo sucede caso o contrato celebrado padeça de nulidade²⁸³.

Existem outras circunstâncias em que a responsabilidade civil delitual é aplicável, mesmo havendo um contrato válido vigente, incluindo-se aqui as situações em que os danos produzidos pelo lesante não estão sob o escopo de proteção do referido contrato²⁸⁴.

Por último, relativamente à responsabilidade do médico no âmbito da medicina praticada pelo Estado, ou atividade médica integrada numa entidade pública, é aplicado o regime da responsabilidade civil extracontratual²⁸⁵. Atualmente, e já desde 2008, o diploma chamado à colação nestas decisões é a Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro, que estabelece o regime de responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

Uma vez que este regime transborda o nosso objeto de estudo, não o iremos aprofundar além de dar nota, portanto, de que a relação entre o médico e o paciente, ainda que haja algum tipo de vínculo com a entidade pública, será sempre extracontratual, e consequentemente, o regime aplicável será o da responsabilidade civil delitual²⁸⁶.

²⁷⁸ Ac. do STJ de 12.01.2022, processo nº 1616/11.5TVLSB.L1.S1, relatado por António Barateiro Martins, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 20.06.2024).

²⁷⁹ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, p. 66.

²⁸⁰ *Idem*, pp. 62 e 63.

²⁸¹ *Idem*. Sobre o instituto da gestão de negócios, vide, entre todos, MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *A Responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2005.

²⁸² Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, p. 64.

²⁸³ *Idem*, p. 62.

²⁸⁴ *Idem*, p. 66.

²⁸⁵ *Idem*, pp. 67 a 69.

²⁸⁶ Neste sentido, vide, por exemplo, os Acs. do STA de 07.12.2023 (processo nº 01535/12.8BEPRT), de 12.10.2023 (processo nº 01843/08.2BELSB), ambos relatados por Teresa de Sousa; o Ac. do STA de 14.09.2023, processo nº 0533/11.3BEPRT, relatado por Ana Celeste Carvalho e o Ac. do STA de 07.09.2023, processo nº 0291/18.0BEBRG-S, relatado por São Pedro, todos disponíveis em www.dgsi.pt (Consultados em 25/06/2024).

3.3. Perda de chance na responsabilidade civil médica

Como analisado acima, o cenário da responsabilidade médica é o que mais dificuldades apresenta no que respeita à aplicação da perda de chance.

Estas dificuldades têm origem na álea inerente à medicina e aos inúmeros fatores capazes de influenciar o estado de saúde de uma pessoa²⁸⁷. É extremamente oneroso e raramente possível demonstrar que a morte ou o agravamento do estado de saúde de um paciente se deveram a uma conduta médica censurável e não à simples evolução da doença, que pode por si também variar – e varia – consoante o paciente e o seu sistema imunológico, bem como outras características que a cada ser humano são inerentes²⁸⁸. Importa não olvidar que, do outro lado desta relação jurídica, se encontra um profissional da medicina e que, apesar de seu extenso conhecimento científico, não abdica da sua condição de ser humano. Como tal, possui limitações intrínsecas que se caracterizam, entre muitas outras coisas, pela impotência em controlar todos os fatores que envolvem o paciente e o seu tratamento²⁸⁹.

Assim, podemos afirmar que o ato médico tem a si associado um elevado grau de aleatoriedade, que inicia nos sujeitos envolvidos na relação em análise e está presente na “fase de observação, na da formulação do diagnóstico ou na da escolha e aplicação da terapia”²⁹⁰.

O cerne dos obstáculos que nos são trazidos pela responsabilidade médica resume-se em perceber, em cada situação concreta, se o desfecho negativo que o paciente sofreu teve origem em erro médico de diagnóstico ou tratamento ou se, por outro lado, foi devido à propensão do próprio paciente, à evolução inevitável da doença ou a uma sua complicação insuscetível de prevenção²⁹¹.

A responsabilidade médica tem-se mostrado relevante aquando de situações de erro de diagnóstico – principal objeto de estudo deste trabalho –, na intervenção médica sem consentimento informado e nas *wrongful life vs. wrongful birth actions* que, por poderem resultar tanto do erro ou ausência de diagnóstico como do incumprimento do dever de informação, serão analisadas no subcapítulo seguinte.

²⁸⁷ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 94.

²⁸⁸ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade Civil do Médico...*, p. 237.

²⁸⁹ *Idem.*

²⁹⁰ *Idem.*

²⁹¹ *Idem* p. 238.

As primeiras ações de responsabilidade civil por violação do consentimento informado tiveram lugar na Europa e nos Estados Unidos da América no início do séc. XX. O que se discutia era a existência do “direito à autodeterminação do doente”²⁹². O conceito de “consentimento informado” (*informed consent*) teve origem num Tribunal da Califórnia, com base no princípio da autonomia da pessoa humana²⁹³. Este direito, consagrado no ordenamento jurídico português, ganha expressão nomeadamente ao abrigo dos arts.º 1º, 25º, 26º, nº1 e nº3, todos da Constituição da República Portuguesa, já que a dignidade da pessoa humana se relaciona diretamente com o direito à integridade pessoal (moral e física), ao livre desenvolvimento da personalidade, à dignidade pessoal e identidade genética. Ainda o art.º 70º CC, de epígrafe “Tutela geral da personalidade”, tem como objetivo proteger o direito à personalidade física e moral das pessoas. Ao nível da proteção penal, os arts.º 156º e 157º CP não só preveem a moldura penal para a realização de “intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente”, mas também determinam em que consiste o dever de esclarecimento, respetivamente.

Também a Lei de Bases da Saúde²⁹⁴, na Base XIV, nº1, al. e), e o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, no seu art.º 38º, preveem o direito à informação do paciente e o dever de esclarecimento do médico, sendo este considerado uma obrigação associada à relação médico/paciente, independente da existência de um vínculo contratual²⁹⁵.

Ora, pode, então, acontecer que não haja qualquer irregularidade no ato médico em si mesmo, não se verificando ausência de cuidado, imperícia ou má prática por parte do profissional e, ainda assim, o paciente sofrer danos resultantes do elevado risco associado ao tratamento²⁹⁶, o que traduz a álea caracterizadora da medicina. Esta situação dará azo a responsabilidade civil do médico caso este tenha agido sem o consentimento informado²⁹⁷ do paciente, na medida em que se verifica a violação de um direito do paciente e incumprimento de uma obrigação do médico. Claro está que, para dar origem à obrigação de indemnizar, há determinados pressupostos que devem estar verificados²⁹⁸.

²⁹² Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, in *Responsabilidade Civil dos Médicos (Integrado no projeto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos)*, Coordenado por Guilherme de OLIVEIRA, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 435.

²⁹³ *Idem*.

²⁹⁴ Lei nº 48/90, de 24 de agosto.

²⁹⁵ Cfr. André Gonçalo Dias Pereira, *O dever de esclarecimento...*, pp. 438 e 439.

²⁹⁶ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 103.

²⁹⁷ Portanto, sem a autorização esclarecida prestada pelo paciente, antes de ser submetido a um ato médico ou de cuidados de saúde.

²⁹⁸ Não avançaremos no desenvolvimento deste assunto, por não se mostrar especialmente relevante no âmbito do objeto de estudo deste trabalho.

Relativamente à perda de chance enquanto resultado do incumprimento do dever de informar (para obtenção do consentimento informado), importa referir que não se trata de um assunto consensual. Vejamos as razões.

Rute Teixeira Pedro, apoiando-se em alguma doutrina estrangeira, considera que a intervenção do lesado no processo pode constituir um impedimento da aplicação da perda de chance ao caso concreto²⁹⁹. Antes de mais, cumpre-nos deixar nota de que a perda de chance agora analisada se refere à eliminação da possibilidade de poder recusar a intervenção médica.

Como temos vindo a analisar, a chance consiste numa entidade dotada de aleatoriedade, bem como o processo que culmina com a sua eliminação. Ora, o paciente, ao intervir, consentindo ou negando o ato médico, após conhecer os riscos associados à terapêutica em causa, acaba por retirar a álea à equação, levando à inaplicabilidade da teoria da perda de chance ao caso concreto. Assim, contrapõe-se o termo *chance* ao termo *choice*³⁰⁰: a primeira é fruto da aleatoriedade; a segunda é fruto do exercício de uma decisão esclarecida, carecida de aleatoriedade.

Além do mais, havendo incumprimento do dever de informar, este consiste, por si só, numa fonte de ilicitude independente da perda de chance já que, entre outros, viola o direito à autodeterminação do paciente, tornando a perda de chance num recurso desnecessário no que à obtenção de uma indemnização diz respeito³⁰¹.

Apesar disto, os tribunais franceses acolhem a aplicação da perda de chance, aquando do incumprimento do dever de informação por parte do médico, nas situações em que a ausência desta informação nega ao paciente a possibilidade de não se sujeitar ao ato médico³⁰². Esta ideia é contrariada por quem considera que quando a verificação da chance estiver dependente de um ato voluntário do lesado ou de terceiro, reiteramos, a álea do processo deixa de estar presente³⁰³, e por isso, não haverá lugar à aplicação da figura que temos vindo a estudar.

Por isto, e aproximando-nos de Rute Teixeira Pedro, parece-nos duvidosa e até desnecessária a aplicação da perda de chance aquando do incumprimento do dever de informação, na medida em que, em simultâneo, estamos perante a violação e o “desrespeito pela liberdade de escolha e autonomia do paciente”, objeto do seu direito de

²⁹⁹ Sobre este e outros possíveis impedimentos, vide Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, pp. 308 a 320.

³⁰⁰ Chance vs. escolha. Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, pp. 313 e 314.

³⁰¹ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 107.

³⁰² Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, pp. 314 e 315.

³⁰³ *Idem*, p. 316.

personalidade³⁰⁴. Não deixarão de ser merecedores de tutela jurídica, os danos de natureza não patrimonial que resultam daquela violação, bem como da “não preparação psicológica para os riscos” que da intervenção derivam e ainda eventuais danos de natureza patrimonial³⁰⁵.

Ao direito à informação do paciente, contrapõe-se o direito de não ser informado. Sobre isto, diz-nos Sephora Marchesini³⁰⁶ que ter ciência do estado de saúde, nomeadamente da condição genética e da possibilidade de se ser portador de determinada doença tem como principal vantagem (e, achamos nós, objetivo) poder ser sujeito a um tratamento adequado, de modo a atingir a cura, diminuir possíveis sequelas ou simplesmente travar o desenvolvimento da enfermidade³⁰⁷. Porém, não pode ser descurado o efeito negativo que por vezes a informação traz agregada, nomeadamente a nível emocional, pela preocupação, inquietação e medo que o conhecimento de uma condição médica desfavorável desenrola³⁰⁸, pelo que tem sido alvo de discussão.

3.3.1. Aplicabilidade da perda de chance ao erro de diagnóstico

O diagnóstico consiste no estudo do quadro sintomático e de exames que conduz à identificação da doença, do seu grau de gravidade bem como das suas características, possíveis efeitos e consequências³⁰⁹. É o diagnóstico que permite ao profissional de saúde delinear o tratamento mais adequado ao paciente.

Repescando, agora, o que estudámos atrás relativamente a esta figura, é-nos possível identificar o problema de forma clara.

Aquando de erro, atraso ou ausência de diagnóstico médico, o cenário que se sucede é, muitas vezes, o de incapacidade e até da morte do paciente³¹⁰.

Desta circunstancialidade é perceptível a presença de duas relações causais³¹¹, cada uma com um dano específico e independente. Ao comportamento ilícito do médico é

³⁰⁴ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, p. 317.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ Vide MARCHESINI, Sephora, *O direito de não ser informado*, Tese de doutoramento 00500: Universidade de Coimbra, 2022. Disponível em <https://hdl.handle.net/10316/99265>

³⁰⁷ Cfr. Sephora Marchesini, *O direito de não ser informado*, p. 16.

³⁰⁸ *Idem*.

³⁰⁹ Cfr. VEIGA, Pedro Victor e BUENO, Mariza Schuster, “Responsabilidade civil por erro médico de diagnóstico”, in *Academia do Direito* 6, 2024, p. 1033. Disponível em <http://ojs.unc.br/index.php/acaddir/article/view/4451/2216>

³¹⁰ *Idem*, p. 1034.

³¹¹ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 52; Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Bruna de Sousa, Diana Coutinho, *op. cit.*, pp. 76 e 77.

potencialmente associado não só o dano de incapacidade/morte, mas também a perda de possibilidade de cura ou de sobrevivência³¹².

Analisando ambas as relações separadamente, apenas parece possível preencher todos os requisitos da responsabilidade civil na segunda. Senão vejamos.

O médico A, por culpa sua, não diagnostica a doença X ao paciente B. B acaba por morrer, em consequência de padecer dessa doença. Estamos perante um facto humano e voluntário de A – controlável pela vontade humana – ilícito – seja a fonte da ilicitude o incumprimento da obrigação (de meios) que por contrato o médico se havia obrigado, seja a violação do direito à vida –, culposo – por não ter empregado todas as diligências exigidas pelas *leges artis* ao tempo e no lugar da ocorrência dos factos – cujo dano produzido é a morte. Chegados à análise do nexo de causalidade, este não pode ser estabelecido uma vez que não é possível provar que a atuação de A foi condição sem a qual o paciente não haveria morrido. Melhor dizendo, sendo o processo de evolução da doença de desenlace aleatório, por depender de inúmeros fatores além do atempado diagnóstico, não é demonstrável que foi o seu retardamento que originou o falecimento do paciente³¹³.

Não sendo demonstrado o nexo causal entre o atraso ou ausência de diagnóstico e a morte de B, este dano não é suscetível de ser ressarcido.

Pois bem, se sob outro enfoque replicarmos o cenário descrito, substituindo o dano morte pelo dano de diminuição de possibilidades de sobrevivência, a solução já será outra. Porque apesar de não ser possível demonstrar o nexo causal entre o facto de A e a morte de B, não parece aceitável negar que o atraso do diagnóstico seja causa adequada a diminuir – ou até eliminar – as chances de B sobreviver à doença.

Tal como nos restantes ramos do direito que admitem a aplicação da teoria da perda de chance, também no direito médico esta tem como objetivo reparar o dano de destruição da probabilidade de o paciente vir a obter um resultado benéfico para a sua saúde, não substituindo ou dissimulando a não demonstração do nexo causal³¹⁴.

Ficando estabelecido o nexo de causalidade entre o retardamento do diagnóstico e a perda da chance de sobrevivência, podemos afirmar que se encontram verificados todos os pressupostos da responsabilidade civil, sendo admissível a atribuição de uma

³¹² Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 52.

³¹³ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 100.

³¹⁴ Cfr. SILVA, Josimário João da, “Responsabilidade médica pela perda de uma chance do paciente” in *A Fondo*, 2024, p. 63.

indenização³¹⁵. Na hipótese de se provar que o resultado seria o mesmo, tendo o médico empregado todas as diligências que lhe competiam, falharia a demonstração do nexo de causalidade e, então, a aplicação da teoria da perda de chance já não seria admissível³¹⁶.

Posto isto, não podemos deixar de concluir que, sob a perspectiva da teoria da perda de chance, a presença do erro de diagnóstico pode originar o dano intercalar que consiste na perda de oportunidade de cura ou de sobrevivência, não esquecendo a perda de chance de apenas suportar sequelas menores, a perda de chance de melhoria do estado de saúde e a perda de chance de evitar uma doença³¹⁷.

Relativamente à perda de chance de sobrevivência, os casos paradigmáticos dizem respeito ao atraso no diagnóstico de doenças oncológicas, que pela sua evolução natural e na ausência de qualquer intervenção, acabam por resultar, em muitas situações, na antecipação da morte do paciente³¹⁸. Por outro lado, ainda que a morte não seja o resultado imediato, é inegável que este erro ou atraso diminuem drasticamente as hipóteses de sucesso na cura, o que, em termos cronológicos e até ao dano final morte, acarreta imensuráveis danos não só patrimoniais (ao nível dos tratamentos, consultas, exames, deslocações) mas principalmente não patrimoniais, como são exemplos a dor física, a angústia, a tristeza, a preocupação, a ansiedade e a depressão. Também nesta situação é de se considerar a aplicação desta teoria, já que estamos perante a “perda de chance de suportar sequelas menores”, “de obter uma melhoria do seu estado de saúde ou escapar a uma enfermidade”³¹⁹.

Será interessante analisar, a título exemplificativo, o já citado Ac. do TRL de 22.02.2022. A Autora, aqui recorrente, havia celebrado com uma clínica um contrato de prestação de serviços, com natureza de contrato total, que tinha por objeto uma mamoplastia e, simultaneamente, a extração de um nódulo da mama direita. Este nódulo havia de ser enviado pela clínica para o laboratório que procederia à análise e diagnóstico histopatológico. Ora, o envio foi feito em fevereiro de 2013, a análise foi levada a cabo, porém a Autora apenas soube do resultado em julho do mesmo ano. O exame havia revelado um carcinoma invasivo. Após este diagnóstico, a Autora foi sujeita a tratamentos com caráter de urgência, devido ao estado avançado da doença, os quais resultaram em elevados custos patrimoniais e não patrimoniais, já que além das dores e do sofrimento

³¹⁵ Cfr. Nuno Santos Rocha, *op. cit.*, p. 52.

³¹⁶ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 100.

³¹⁷ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade Civil do Médico...*, pp. 262 a 265.

³¹⁸ *Idem*, p. 262.

³¹⁹ *Idem*, pp. 263 e 264.

físico que a diferente terapêutica implicava, a Autora sofreu diversos danos psicológicos, resultantes deste quadro clínico. A Autora demandou a clínica e o médico cirurgião, também diretor clínico, encarregue do seu caso, alegando que estes haviam incumprido a obrigação de informação que os onerava e, por isso, a Autora havia sido tardiamente diagnosticada e sujeita ao tratamento adequado para evitar as possíveis e gravosas consequências do quadro clínico que lhe foi atribuído.

Os Réus contestaram afirmando que a análise do nódulo era apenas um procedimento rotineiro, ao qual não estavam obrigados uma vez que não havia qualquer suspeita de perigo para a saúde da Autora. Afirmam ainda que o laboratório apenas enviou o resultado da análise em julho de 2013, momento em que informaram a autora do resultado. Ora, ficou provado que não só a análise do nódulo estava incluída no preço total determinado no contrato que as partes haviam celebrado, como havia já sido aconselhado previamente, em consequência dos exames complementares que antecederam, de acordo com a prática, uma intervenção cirúrgica. Mais se provou que o laboratório tinha enviado o resultado do exame em março de 2013 e não apenas em julho. Perante esta factualidade, foi apreciado o tipo de obrigação que impendia sobre os Réus: a obrigação de informação é um dever acessório qualificado como uma obrigação de resultado, já que não se verifica qualquer traço de aleatoriedade.

Apesar de a morte da Autora não estar ainda em causa, o TRL considerou aplicável a teoria da perda de chance na medida em que se verificou que o “incumprimento por parte dos Recorridos privou a Apelante de não exponenciar todas as situações (...) verificando-se conforme o apurado, a possibilidade de obter um efeito mais favorável, com repercussões em termos de saúde e sofrimento decorrente, traduzida numa chance real perdida de não enfrentar todos os efeitos perniciosos sofridos, que merece tutela, até por demonstrado, para além das regras da experiência, e aceites pela generalidade das pessoas, e propaladas pelos serviços de saúde, que o diagnóstico precoce de um cancro constitui um prognóstico favorável ao seu tratamento”.

Estabelecido o nexo de causalidade entre o incumprimento da obrigação de informação e os danos que a Autora sofreu, o tribunal decidiu pela condenação dos Réus/Recorridos no pagamento de uma indemnização pela perda de chance.

O ónus da prova recai, via de regra, sobre a parte que invoca os factos constitutivos do direito. Assim o determina o art.º 342º, nº1 CC. Significa isto que ao autor da ação, o paciente, cabe a prova da culpa do médico, do dano sofrido e do nexo de causalidade.

Em situações de responsabilidade contratual, o art.º 799º CC prevê uma presunção legal de culpa, da qual resulta a inversão do ónus da prova, cabendo agora ao médico provar que os danos sofridos pelo paciente não procedem de culpa sua. De resto, e além do plasmado no art.º 344º, nº1 CC, o nº2 prevê que quando a parte não onerada dificulства culposamente a prova à parte contrária (onerada), opera também uma inversão deste ónus.

Relativamente à culpa do médico, em pouco difere do que acontece na responsabilidade civil em geral. O critério a ter em conta não deixa de ser o da pessoa média, mas a pessoa média especializada – o médico médio, neste caso. Em regra, ficando demonstrado que o médico médio agiria de forma diversa da do lesante, a culpa considera-se provada. Operando a inversão do ónus da prova, cabe ao lesante demonstrar que cumpriu todas as diligências que as *leges artis* exigiam.

Quanto às modalidades da culpa, também aqui não se encontram diferenças em relação ao regime geral, mas cabe fazer uma ressalva relativamente à que nos parece ser a mais recorrente no que toca à responsabilidade médica: a negligência ou mera culpa, ou como estudámos acima, a falta de cuidado, a falta de diligência, o descuido, a imprudência ou a incompetência. Divide-se em duas modalidades: a negligência consciente e a negligência inconsciente, distinguindo-se pela presença do elemento cognitivo na primeira modalidade e na sua ausência na segunda. Dito de outra forma, estamos perante negligência consciente quando o médico representa o possível resultado danoso, mas atua não confiando que este se vai produzir. Em contrapartida, estamos perante negligência inconsciente quando este resultado não é sequer representado como possível³²⁰.

Em casos de negligência, é crucial perceber se esta consistiu na violação de um dever objetivo de cuidado, já que, como analisámos, será este o fundamento para a responsabilidade médica delitual, aplicável a par da responsabilidade contratual.

Resta ainda distinguir a situação acima descrita, que consubstancia um verdadeiro dano de perda de chance, da hipótese do dano de encurtamento da vida ou de agravação do estado do paciente no período de sobrevida.

Pois bem, na senda dos ensinamentos de Rute Teixeira Pedro³²¹, um doente que padeça de uma doença letal encontra-se no período de sobrevida, variável consoante o impacto de diferentes fatores internos e externos e que durará até ao seu falecimento. Durante este período, a prática do médico deverá visar a sua maximização, consistindo esta numa obrigação de meios. O mesmo raciocínio se aplica em relação à qualidade de vida do

³²⁰ Cfr. Jorge Ribeiro de Faria, *op. cit.*, p. 443.

³²¹ in *A responsabilidade Civil do Médico...*, pp. 303 e 304.

paciente neste período de sobrevivência. Se o médico praticar um ato que contrarie esta obrigação, verificando-se os restantes pressupostos da responsabilidade civil, será responsabilizado e obrigado a indemnizar o paciente pelo dano de diminuição do período de sobrevivência (ou da sua qualidade), e não pela perda de chance de sobreviver já que, devido à sua condição, esta já havia desaparecido.

Passemos, agora, a uma breve análise relativamente às *wrongful life claims* e *wrongful birth actions*. São distintas, apesar de o circunstancialismo que as origina ser comum. Tipicamente, uma mulher grávida, sem conhecimento da condição de saúde do seu feto por facto imputável ao médico que acompanhou a gravidez, dá à luz uma criança portadora de malformações.

Nasce, então, uma criança portadora de deficiências não diagnosticadas por uma de três razões³²²: ou o médico não procedeu à realização dos exames adequados ao caso concreto³²³, ou realizou os exames, não detetando qualquer malformação, ou ainda, detetando a patologia, não a comunicou aos progenitores, impedindo desta forma que estes considerassem uma interrupção voluntária da gravidez (IVG) não punível, nos termos do art.º 142º, nº1, al. c) CP. Ora, em qualquer uma destas hipóteses, nunca seria possível estabelecer o nexo de causalidade entre a má prática médica e a malformação em si, já que a patologia é fruto de uma infelicidade genética ou de doença³²⁴.

Todavia, a não deteção das malformações é passível de impedir uma IVG com base no pressuposto plasmado no artigo acima referido, pelo simples facto de os progenitores não terem conhecimento, devido ao incumprimento da obrigação do médico, de que o nascituro era portador de uma patologia congénita, tendo sido assim violado o seu direito de autodeterminação³²⁵.

Tanto as *wrongful life claims* como as *wrongful birth actions* têm como objetivo responsabilizar o médico pela não deteção das deformações do feto³²⁶ ou a sua não comunicação, afastando dos progenitores a possibilidade de recorrer à IVG. Esta ausência de diagnóstico ou de informação relativamente ao estado de saúde do feto vem a resultar no nascimento de uma criança com malformações³²⁷.

³²² Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, p. 273.

³²³ E aqui equacionar-se-ia os diversos fatores associados à progenitora, como é exemplo a eventualidade de se tratar de uma gravidez de risco.

³²⁴ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, pp. 273 e 274.

³²⁵ *Idem*, p. 274.

³²⁶ Cfr. Bruna de Sousa, *op. cit.*, p. 108.

³²⁷ Cfr. ARAÚJO, Marisa Almeida, “Ser ou não ser? As *wrongful life claims*. To be or not to be? As *wrongful life claims*”, in *Revista de Direito [ULL-FD] LD*, s. 2, n. 16, 2016, p. 93. Disponível em

Relativamente à obrigação do médico, é de notar que no âmbito do acompanhamento pré-natal e devido ao elevado grau de exatidão e certeza associados aos exames de diagnóstico, bem como devido ao desenvolvimento da medicina e das *leges artis*, o diagnóstico de patologias congénitas com base nos resultados de exames pré-natais é considerado, via de regra, uma obrigação de resultado³²⁸. Contudo, a verdade é que para a avaliação da admissibilidade de um ou outro tipo de pretensão, não é propriamente relevante o tipo de obrigação, já que se assume que ficou provada a má prática médica, pela violação das *leges artis*³²⁹.

O cenário jurídico que caracteriza as *wrongful life claims* consiste na pretensão indemnizatória da criança, representada pelos pais, que nasceu com deficiências, pelo facto de o médico não as ter diagnosticado ou comunicado. O dano que se pretende indemnizar tem como fundamento o sofrimento a que, por ser portador de determinada malformação, a criança é sujeita. O nascituro portador de malformação congénita poderia não ter nascido, considerando que os progenitores devidamente informados teriam oportunidade de realizar a IVG, o que clarifica que em causa está a perda de chance de ser abortado³³⁰.

Ora, esta abordagem da perda de chance é problemática na medida em que coloca sob discussão um conceito fundamental que é o direito à vida, previsto na nossa Constituição, no art.º 24º, nomeadamente a sua inviolabilidade, a sua mensurabilidade e gradação já que se considera que uma vida deficiente é uma vida menor, e por isso merece ser compensada³³¹. Nas palavras de Mafalda Barbosa, “se o direito subjetivo é pensado enquanto categoria dogmática que bebe as suas raízes na personalidade, é paradoxal forjar um direito que ponha em causa a própria pessoa”³³².

Por outro lado, as *wrongful birth actions* consistem numa ação interposta pelos progenitores, pela perda de chance de interromper a gravidez, sob proteção legal do art.º 142º, nº1, al. c) CP, derivada da censurável conduta omissiva do médico.

Em causa está um contrato de prestação de serviços médicos no âmbito de especialidade de obstetrícia, do qual resulta, entre outras, a obrigação do médico preservar a saúde não só da mãe, mas também do nascituro. Isto não significa, porém, que nasça da

<http://hdl.handle.net/11067/4382>. (Consultado em 05.07.2024); Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, p. 102.

³²⁸ Cfr. Marisa Almeida Araújo, *op. cit.*, pp. 105 e 106.

³²⁹ *Idem*, p. 106.

³³⁰ *Idem*, p. 93.

³³¹ *Idem*, p. 94.

³³² Cfr. Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, p. 103.

celebração deste contrato qualquer obrigação do médico para com o nascituro³³³. Antes de mais, o contrato celebrado tem como contraentes o médico e os progenitores. Sendo de o considerar um contrato a favor de terceiros, a sua aplicação ao nascituro está dependente do seu nascimento completo e com vida, nos termos do art.º 66º CC³³⁴. Se, na perspetiva da criança, o contrato tivesse sido cumprido, ela nunca chegaria a adquirir personalidade jurídica e, consequentemente, nunca teria na sua esfera jurídica um direito que pudesse opor ao médico. O direito à informação dos progenitores é, assim, um direito exclusivo que não abrange o nascituro, e tem como finalidade permitir-lhes decidir livremente acerca da continuidade da gravidez³³⁵. Se assim não fosse, seria de aceitar que a faculdade de interromper a gravidez teria outros titulares além da mãe, o que poderia resultar num conflito de interesses entre esta e o filho³³⁶.

Analisemos a pretensão da criança representada pelos pais. Esta, ao interpor uma ação visando obter uma indemnização pelo facto de ter nascido com deficiências, está a considerar a sua vida como um dano, o que se traduz numa assunção incompatível com a ordem jurídica, na medida em que o direito à vida não isenta o seu titular de o respeitar³³⁷, não estando, desta forma, consagrado no nosso ordenamento jurídico, o direito à não existência.

Todavia, os custos de uma vida deficiente não ficam desprotegidos, ainda que não lhe seja atribuída uma indemnização. O que acontece é que, ao invés de serem imputados ao médico – já que não há lugar à sua responsabilidade perante a criança –, esses custos ficam a cargo do sistema de segurança social³³⁸.

A tendência jurisprudencial portuguesa é a da improcedência das *wrongful life claims* e procedência das *wrongful birth actions*, se verificados todos os requisitos da responsabilidade civil, incluindo os de aplicação da perda de chance.

A circunstancialidade descrita é considerada um processo de resultado aleatório. Melhor dizendo, não há como saber, após o nascimento da criança e da verificação das malformações não previamente diagnosticadas ou não comunicadas, qual seria a decisão dos progenitores relativamente à possibilidade de IVG, caso o médico tivesse agido em

³³³ Sobre o contrato e os seus efeitos na esfera jurídica do nascituro, vide Marisa Almeida Araújo, *op. cit.*, pp. 106 a 108.

³³⁴ Nesta esteira, vide o Ac. do STJ de 17.01.2013, processo nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relatado por Ana Paula Boularot, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 07.07.2024).

³³⁵ Cfr. Marisa Almeida Araújo, *op. cit.*, p. 108.

³³⁶ *Idem*, p. 109.

³³⁷ Vide o primeiro Acórdão do STJ a pronunciar-se sobre as *wrongful life claims*, Ac. de 19.06.2001, processo nº 01A1008, relatado por Pinto Monteiro, disponível em www.dgsi.pt (Consultado em 07.07.2024).

³³⁸ Cfr. Marisa Almeida Araújo, *op. cit.*, p. 116.

conformidade. Isto significa que não é demonstrável que a criança não nasceria, não fosse o ato do médico, já que não é possível saber qual seria a decisão dos pais³³⁹, o que faz falhar o nexo de causalidade entre o facto e o dano, que no caso consiste no nascimento da criança com deficiências.

Porém, e resgatando o que temos vindo a estudar sobre a figura da perda de chance, é inegável que, desconhecendo esta condição, os progenitores perderam a possibilidade de decidir pela IVG. Sendo esta chance real, séria, e dotada de todas as características necessárias para a sua admissão, haverá lugar à aplicação da teoria da perda de chance a esta circunstancialidade³⁴⁰.

Neste sentido, o Ac. nº 55/2016 do TC de 14.03.2016³⁴¹ veio atribuir assento constitucional à perda de chance. O TC determinou que as ações de *wrongful birth* conduzem a “um ressarcimento dos pais pelo dano resultante da privação do conhecimento de um elemento importante (...) quando o conhecimento dessa circunstância (...) apresentava a potencialidade para (...) modelar essas (...) opções”. O TC acrescenta ainda que a aceitação de uma ação por nascimento indevido não viola o direito à vida plasmado no art.º 24º da CRP³⁴², bem como afirma que a interrupção de uma gravidez desejada após o conhecimento das malformações do feto não se relaciona com a vontade de procriar. Por outro lado, aceitar estas ações é tutelar os direitos violados no âmbito de um incumprimento contratual, nomeadamente, o incumprimento do dever de informação do médico.

Por fim, resta-nos analisar a aplicabilidade da responsabilidade delitual à relação jurídica entre o médico e a criança, uma vez que descartamos, desde já, a existência, entre eles, de qualquer vínculo contratual.

Como analisámos acima, é aceite tanto pela doutrina como pela jurisprudência a aplicação da responsabilidade contratual e extracontratual à responsabilidade médica, em algumas situações e até em simultâneo quando estamos não só perante o incumprimento de uma obrigação de fonte contratual, como perante a violação de um direito absoluto.

No caso do contexto sob análise, estamos perante uma omissão do médico de um dever objetivo de cuidado, subjacente ao contrato celebrado entre este e a mãe, e que tem

³³⁹ Cfr. Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade civil do Médico...*, p. 274.

³⁴⁰ *Idem*, pp. 276 e 277.

³⁴¹ Ac. nº 55/2016 publicado no Diário da República, 2ª série – Nº 51 – 14.03.2016. Disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/55-2016-73865090> (Consultado em 06.07.2024).

³⁴² Em sentido divergente, vide Ana Mafalda Miranda Barbosa, *op. cit.*, pp. 101 a 109.

como resultado a violação da integridade física da criança³⁴³, assim que esta adquire personalidade jurídica. O recurso à responsabilidade delitual para indemnizar a criança não pretende fazê-lo com base numa ponderação da vida como um dano, mas sim com base no sofrimento e necessidades que as malformações causam à criança³⁴⁴. Neste sentido, e comparando as *wrongful birth actions* com as *wrongful life claims*, é possível estabelecer uma distinção relativa à aplicabilidade da perda de chance, que passaremos a explicar.

Pois bem, o dever de informação do médico cria na esfera jurídica dos progenitores o direito a serem informados. No que tange à possibilidade de IVG, esta é uma faculdade que apenas assiste à mãe, na medida em que a gravidez consiste numa “extensão da integridade física e da sua saúde, sendo o nascituro, pela relação parasitária, ainda a própria mãe”³⁴⁵. Ao incumprir na sua obrigação, o médico provoca, na esfera jurídica da progenitora, a perda de chance de recorrer à IVG. Na perspetiva do nascituro e no âmbito da responsabilidade aquiliana, é possível identificar a omissão de deveres de cuidado que resultam não no dano vida, já que a vida não pode ser vista como um dano, mas na dor e sofrimento de que a criança é alvo após o nascimento³⁴⁶. A chance, para ser suscetível de tutela jurídica, deve ser real e séria, o que não nos parece acontecer na generalidade dos casos de ausência de diagnóstico de malformações e, por isso, não nos parece possível aplicar a teoria da perda de chance. Situação diferente seria se em causa estivesse um erro de diagnóstico que impossibilitasse um tratamento que, se iniciado atempadamente, tivesse sérias probabilidades de curar o nascituro de determinada condição. Todavia, não é essa a circunstancialidade dos casos de *wrongful life claims* – como percebemos, em causa está uma condição intratável e incurável.

Em suma, temos de concluir que, apesar de ser um ramo da responsabilidade civil de acrescida dificuldade e obstáculos, nomeadamente no que à prova diz respeito, há lugar à aplicação da teoria da perda de chance à responsabilidade médica, como uma ferramenta jurídica de ampliação do dano indemnizável, sem que isso implique o contorno do tradicional esquema da responsabilidade civil, designadamente, do estabelecimento do nexo de causalidade.

³⁴³ Cfr. Marisa Almeida Araújo, *op. cit.*, p. 122.

³⁴⁴ *Idem*, pp. 122 e 123.

³⁴⁵ *Idem*, p. 122.

³⁴⁶ *Idem*.

3.3.2. Indemnização

O cálculo da indemnização pelo dano da perda de chance no âmbito da responsabilidade médica não difere do que sucede à perda de chance nos outros campos da responsabilidade.

Como percebemos, a perda de chance consiste num dano intermédio, independente do dano final, ainda que com ele intimamente relacionado.

Reanalizando o supra estudado³⁴⁷, há que, em primeiro lugar, determinar o valor que seria de atribuir à reparação do dano final, caso este fosse indemnizável. Segue-se a necessidade de perceber qual a probabilidade que o paciente tinha de cura ou de sobrevivência, previamente à conduta do médico. Por fim, há que multiplicar essa probabilidade pelo valor do dano final. A quantia resultante desse cálculo será o valor indemnizatório a ser ressarcido.

O que acontece aquando de um eventual agravamento do estado final da condição do paciente, após a determinação do *quantum* indemnizatório? Foi uma questão com a qual os tribunais franceses já tiveram oportunidade de lidar, tendo decidido pela aceitação de que o agravamento do estado do paciente dá origem ao pagamento de uma indemnização complementar³⁴⁸. Este veredito teve como fundamento a relação entre a chance perdida e o resultado final.

Uma situação exemplificativa seria a de um indivíduo que, pela conduta do médico, ficou sujeito a 40% de incapacidade auditiva. Estes 40% de incapacidade representam, somando todos os danos inerentes, patrimoniais e não patrimoniais, um valor fictício de 50.000€ de indemnização. Imaginemos que ficou demonstrado que havia 30% de probabilidade de o paciente não sofrer desta incapacidade, se o médico tivesse agido consoante o que seria esperado. O *quantum* indemnizatório consistiria em 30% de 50.000€, ou seja 15.000€. Ora, se a incapacidade agravar para 60%, o valor da indemnização pelo dano final, se a ela houvesse lugar, seria (imaginemos) 75.000€. Refazendo o cálculo, 30% de probabilidade perdida de evitar o dano de 75.000€, consiste agora no *quantum* de 22.500€.

Por outras palavras, se o *quantum* indemnizatório depende do valor atribuído ao dano (ou danos) resultante da conduta do médico, multiplicado pela probabilidade que o paciente tinha de atingir o resultado pretendido – seja ele a obtenção de uma vantagem ou

³⁴⁷ Secção 2.2. deste trabalho.

³⁴⁸ Decisão da *Cour de Cassation*, 1^{er} Ch. Civ de 07.06.1989 *apud* Rute Teixeira Pedro, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, p. 326.

o impedimento de um prejuízo –, se aumentar uma das variáveis, fruto das regras da matemática, o resultado final irá ser superior³⁴⁹.

³⁴⁹ Se $I = C \times D$, em que I é o *quantum* indemnizatório, C a probabilidade da chance perdida e D o valor do dano final, C mantendo-se estável, por ser um valor fixado após a análise de toda a circunstancialidade, e D aumentar, I aumentará também. Porém, o valor de I nunca atingirá o valor de D , mesmo com o seu agravamento quantitativo.

Conclusão

A responsabilidade civil é uma fonte legal de obrigações, que de entre várias funções, tem como principal objetivo reparar os danos causados a um indivíduo – o lesado – por uma conduta, geralmente ilícita, de um terceiro – o lesante.

Para a obrigação de indemnizar vingar, é necessária a verificação de cinco pressupostos essenciais: o facto, a ilicitude desse facto, a culpa do lesante, um dano causado ao lesado e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

O facto, além de praticado pelo ser humano, deve ser abstratamente controlável pela sua vontade, ainda que o resultado não seja por si querido, *a priori*.

O facto pode ser positivo (ação) ou negativo (omissão) conforme o lesante aja ou devesse agir, por força da lei ou negócio jurídico, e não o fez.

Em regra, é necessário que este facto seja ilícito. No âmbito da responsabilidade civil, a fonte geral da ilicitude pode consistir tanto na violação de um direito alheio como de uma norma legal que visasse proteger interesses alheios. Como fontes especiais da ilicitude, a lei prevê a ofensa do crédito ou do bom nome, os conselhos, recomendações ou informações e as omissões.

Verificando-se alguma das causas de exclusão da ilicitude previstas nos art.º 336º e ss. CC, pode a responsabilidade cessar por inobservância da ilicitude. Contudo, há factos lícitos geradores da obrigação de indemnizar, por isso, é fundamental analisar a situação casuisticamente.

Além do facto ilícito, é, em regra, necessário que o lesante tenha agido com culpa, sendo feito um juízo subjetivo da conduta do agente. O pressuposto da culpa é apreciado, inicialmente, quanto à imputabilidade do lesante. Quanto às modalidades da culpa, é de salientar que, apesar de não se estabelecerem grandes diferenças práticas no âmbito da responsabilidade civil, a culpa pode existir sob a forma de dolo ou negligência. Estas duas modalidades distinguem-se através da existência (ou não) dos elementos cognitivo e volitivo. Relativamente à apreciação da culpa, concretamente, esta é realizada com recurso à conduta da pessoa média, avaliando se esta, sob as mesmas circunstâncias de tempo e lugar, agiria da mesma forma que o lesante. Agindo de forma diversa, considera-se o pressuposto da culpa verificado.

Quanto ao ónus da prova da culpa, a regra do art.º 342º, nº1 CC determina que pertence ao lesado, já que é este que geralmente invoca os factos constitutivos do direito. Contudo, no domínio da responsabilidade médica, mostra-se excessivo onerar o lesado de

provar algo sobre a qual este não possui igualdade de armas relativamente ao médico, no que a conhecimento e meios diz respeito. A inversão do ónus da prova através de uma presunção de culpa parece ser a solução mais adequada por forma a combater esta desigualdade. Ora, existindo uma relação contratual entre o lesado e o lesante, a presunção de culpa deriva do art.º 799º, nº1 CC. Já no âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, esta presunção deriva do art.º 10º, nº2 da Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro. Quanto à aplicabilidade da presunção derivada da execução de uma atividade perigosa, contemplada no art.º 493º, nº2 CC, parece-nos excessivo e, ao mesmo tempo, redutor, enquadrar, sem mais, a atividade médica no escopo das atividades perigosas na medida em que esta é composta por inúmeros atos médicos, que exigem diversas técnicas, de diferentes níveis de dificuldade e variados níveis de conhecimento, pelo que por um lado, não se mostra razoável considerar todos os atos médicos perigosos, e por outro, seria redutor fazê-lo já que a medicina é uma ciência demasiado complexa para ser, sem mais, circunscrita a esta categoria.

Após a análise e verificação da culpa do lesante, é o momento de apreciar a existência de dano. Este pode, cautelosamente, definir-se como uma perda, patrimonial ou não, refletida na esfera jurídica do indivíduo, que seja legalmente tutelada.

Para finalizar os cinco pressupostos da responsabilidade civil, resta apenas mencionar o nexo causal que deve ser estabelecido entre o facto e o dano. A teoria mais aceite pela doutrina, e plasmada na nossa lei civil, no art.º 563º CC, é a da causalidade adequada que defende que deve fazer-se um juízo de previsibilidade, através do qual se avalia se, segundo o curso normal das coisas, o facto em análise é idóneo a produzir determinado dano. Este juízo de previsibilidade não pode ser feito unicamente de forma abstrata, devendo também as circunstâncias subjetivas, conhecidas pelo agente (ou suscetíveis de tal), ser tidas em conta.

A chance traduz-se numa oportunidade, numa possibilidade de obter determinado resultado, seja a obtenção de um benefício ou o evitamento de um prejuízo. Está intimamente relacionada com o conceito de probabilidade, aleatoriedade e incerteza.

A perda de chance, por sua vez, consiste na eliminação da oportunidade de atingir determinado resultado, de verificação incerta já que dependem de uma panóplia de fatores sobre os quais o indivíduo não tem, geralmente, conhecimento ou controlo.

Ora, sendo o princípio da segurança jurídica um dos pilares do direito, atribuir relevância jurídica a uma figura caracterizada pela incerteza e aleatoriedade pode ser problemático. Todavia, não é aceitável olvidar que a incerteza é uma característica inerente

à existência do ser humano. Assim sendo, o direito deve estar, e está cada vez mais, preparado para lidar com ela. Uma evidência disto é a adoção da teoria da perda de chance, sob determinadas regras e pressupostos.

A perda de chance não visa reparar o resultado desfavorável *per se*, mas a eliminação, por ato de terceiro, da possibilidade de obter o resultado favorável. Tem o objetivo de não deixar desprotegidas posições ativas afetadas pelo facto danoso, apesar de não ser possível estabelecer com certeza e retidão o nexo de causalidade entre o facto e o dano final. A verdade é que, mesmo nesta circunstância, o lesado deixou de poder obter o resultado que pretendia *a priori*, ainda que não tivesse a certeza de que iria ser bem sucedido.

Tratando-se de processos aleatórios, muito dificilmente seria possível provar que determinado resultado se deveu ao facto do lesante. Consequentemente, não se estabelecendo o nexo causal, não haveria responsabilidade civil nem obrigação de indemnizar, por falha do último pressuposto.

Mas se, por um lado, o carácter aleatório da chance dificulta a verificação deste pressuposto, por outro, esta aleatoriedade não é tão forte que desvaneça a suspeição de que o resultado pretendido tinha maior probabilidade de vingar, não fosse a atuação do lesante.

A figura em análise foi alvo de duas abordagens explicativas distintas: por um lado, defendia-se que a perda de chance não passava de uma manobra de defraudamento das regras da responsabilidade civil, ao contornar a verificação do nexo de causalidade, nomeadamente no âmbito da responsabilidade médica, advogando assim por uma divisão dos cenários de aplicação da figura; por outro, a perda de chance era vista como um dano em si mesmo, suscetível de ser tutelado pelo direito, de forma unitária.

Ganhando relevância jurídica de dano autónomo indemnizável, o que se torna necessário provar relativamente ao nexo de causalidade aquando da aplicação da teoria da perda de chance é que, na ausência da ação do lesante, o lesado teria oportunidade, ou maior probabilidade, de obter um benefício ou evitar um prejuízo. Desta forma, assistimos a uma ampliação do conceito de dano que se traduz na atribuição de relevância jurídica às situações em que o lesado vê as chances de obter certo resultado diminuídas, fruto de um facto praticado por terceiro.

Para ser aplicada, a teoria da perda de chance exige a verificação de características e pressupostos específicos, por forma a garantir a lisura e o respeito pela responsabilidade civil.

Ora, antes de mais, o processo em causa deve ser de carácter aleatório e o resultado que dele advém deve ser de carácter incerto. Acresce que não pode estar presente qualquer fator impeditivo ou extintivo do fim pretendido. O segundo pressuposto consiste na prova pelo lesado de que, no momento anterior ao facto lesivo, detinha sérias possibilidades de obter o resultado pretendido. Por fim, estas possibilidades têm de ter sido extintas pelo facto ilícito e culposo de um terceiro, de forma definitiva, ou seja, o dano final tem de se produzir. De outra forma não é possível afirmar que a chance se perdeu efetivamente.

A chance, por sua vez, também deve estar revestida de certas características para lhe ser atribuída relevância jurídica.

Destacamos a neutralidade e aleatoriedade, na medida em que não deve consistir em mais do que uma potencialidade capaz de proporcionar um desfecho favorável ou desfavorável ao indivíduo.

Além disto, é necessário que a chance seja real e séria, revestindo um elevado grau de probabilidade de se verificar o desfecho favorável pretendido. Relativamente ao valor mínimo de probabilidade que tornasse a chance relevante, concluiu-se que este é um processo que deve ser feito casuisticamente, devendo o lesado demonstrar que, na sua circunstancialidade específica, a probabilidade de obter o resultado favorável é, de facto, relevante. Esta análise deve ser feita através do processo de pessoalização, recorrendo não só aos dados abstratos pertinentes, mas também às circunstâncias pessoais do lesado com potencial relevância no que à apreciação da probabilidade diz respeito.

A chance é autónoma em relação do dano final: trata-se de danos distintos, com características diversas. Atribuir autonomia à chance é considerá-la um bem dotado de valor económico, ressarcível e pré existente ao facto lesivo. Porém, esta autonomia é relativa, já que é necessário que o dano final se tenha produzido para considerar a perda de chance definitiva. Além do mais, a indemnização pela perda de chance é calculada tendo por base o cálculo da indemnização do dano final. Por isso, podemos concluir que a perda de chance está dependente do dano final para ser considerada certa, mas dotada de autonomia no que tange à sua reparação.

No que respeita à adoção da perda de chance pela responsabilidade civil, é naturalmente exigido que estejam verificados os cinco pressupostos que a caracterizam.

Para o cálculo do *quantum* indemnizatório da perda de chance é necessário realizar três operações. A primeira consiste em estabelecer o valor económico do resultado que se esperava obter, ou seja, o valor com o qual se indemnizaria o lesado se o objetivo fosse a reparação do dano final. De seguida, há que quantificar a consistência da chance, a

probabilidade que esta tinha de vingar, não fosse a ação do lesante. Por último, há que aplicar a probabilidade ao valor obtido na primeira operação. O resultado desta operação corresponde à indemnização pela perda de chance, valor proporcional, na medida da probabilidade, à indemnização pelo dano final.

Quanto à responsabilidade médica, uma das mais relevantes questões que despoleta é relativamente à natureza da responsabilidade civil aplicável.

De forma geral, faz-se corresponder os serviços de medicina privada à responsabilidade contratual, uma vez que é celebrado um contrato entre o paciente e a instituição de saúde ou médico.

A obrigação do médico é um assunto comumente discutido. A generalidade da doutrina e da jurisprudência consideram, em termos abstratos, que o médico está adstrito a obrigações de meios, pelo facto de este não estar obrigado a alcançar a cura, mas sim a empregar o cuidado, a diligência, os meios e os conhecimentos da medicina, de acordo com as *leges artis*. A prova do incumprimento cabe ao lesado. A crítica levantada pela doutrina relativamente ao facto de o art.º 1154º CC referir “certo resultado” como objeto do contrato de prestação de serviço é refutada por dois argumentos: o primeiro é que o contrato médico, apesar de se enquadrar no contrato de prestação de serviço, não deixa de ser um contrato atípico, sem regulamentação específica. Por outro lado, o resultado a ser proporcionado é, neste caso, o tratamento e não necessariamente a cura.

Todavia, não podemos desconsiderar que há uma imensidão de atos médicos, de níveis de complexidade distintos, pelo que pode haver, e há, atos médicos cuja realização e sucesso se enquadram no domínio das obrigações de resultado.

Para melhor distinguir estes dois tipos de obrigações, há que aplicar o critério da aleatoriedade: se o processo de que depende o resultado for aleatório, a obrigação será de meios; caso contrário, a obrigação será de resultado.

No que respeita ao SNS, a jurisprudência segue o entendimento de que são potencialmente aplicáveis tanto a responsabilidade civil obrigacional como a extra obrigacional, na medida em que é cenário frequente que o mesmo facto seja subsumido não só no incumprimento de uma obrigação contratualizada, mas também na violação de um direito absoluto.

É entendimento geral que a responsabilidade contratual é mais benéfica ao lesado, se comparada com a responsabilidade extracontratual, nomeadamente no que concerne a prova da culpa (que onera o lesante na responsabilidade contratual) e quanto ao prazo de prescrição (vinte anos ao invés dos três previstos para a responsabilidade extracontratual).

As dificuldades de aplicação da perda de chance à responsabilidade médica advêm não só, mas também, da dificuldade na verificação dos pressupostos exigidos, já que um resultado desfavorável em sede de tratamento ou cura pode ser influenciado por diversos fatores, internos e externos ao lesado, e a sua total relação com a atuação do médico é de difícil demonstração. Trata-se de processos com um elevado grau de aleatoriedade.

A responsabilidade médica tem desempenhado um papel de especial relevo não só no que concerne às situações de erro de diagnóstico, mas também de violação do consentimento informado. Neste último cenário, a perda de chance é relativa à possibilidade de recusar determinado tratamento ou procedimento. Porém, a aplicação da perda de chance nesta situação é criticada pelo facto de a intervenção do paciente num processo aleatório subtrair a aleatoriedade necessária à chance. Além disto, o incumprimento do dever de informar consiste também numa violação do direito à autodeterminação do paciente, pelo que o recurso à perda de chance com o objetivo de obter uma indemnização mostra-se desnecessário.

O diagnóstico é a ferramenta utilizada para delinear o tratamento mais adequado ao paciente. O erro, atraso ou ausência desta ferramenta pode ter efeitos nefastos no utente, nomeadamente a incapacidade ou até a morte. Desta circunstancialidade é possível perceber duas relações causais: a que relaciona o facto e a morte ou incapacidade e a que relaciona o facto e a perda de chance de sobrevivência ou cura.

Analisando os pressupostos exigidos pela responsabilidade civil, apenas é possível demonstrar o nexo de causalidade sob a perspectiva da teoria da perda de chance. Conclui-se, então, nesta esteira, que o erro de diagnóstico é suscetível de originar o dano intercalar da perda de oportunidade de cura ou sobrevivência, não olvidando a perda de chance de suportar sequelas menores, a perda de chance de melhoria do seu estado de saúde e a perda de chance de evitar uma doença.

Os casos paradigmáticos de perda de chance de sobrevivência estão relacionados com o atraso no diagnóstico em doentes oncológicos. Esta categoria de enfermidades tem geralmente como resultado a antecipação da morte do paciente, aquando da sua evolução natural associada à ausência de intervenção adequada. E até à verificação do dano morte, que pode não ser imediato, não se pode refutar que o atraso no diagnóstico tem elevado impacto na taxa de sucesso de cura, o que irá ter como consequência a necessidade de tratamentos mais intensos e dolorosos, acarretando mais danos não só patrimoniais como não patrimoniais.

O cenário da perda de chance de cura ou sobrevivência é distinto do dano de encurtamento da vida ou de agravamento do estado do paciente no período de sobrevida, devendo o médico atuar visando a sua maximização, associando-o ao maior nível de qualidade de vida possível, o que se traduz numa obrigação de meios. Caso o médico aja contrariando esta obrigação, é suscetível de ser responsabilizado nos moldes tradicionais da responsabilidade civil pelo dano de diminuição do período de sobrevida, e não pela perda de chance de sobrevivência, uma vez que esta chance já não existia.

Passando para um cenário ligeiramente diferente, mas que em tudo se relaciona à perda de chance, cumpre referenciar brevemente as *wrongful life claims* e as *wrongful birth actions*. Ambas têm como objetivo responsabilizar o médico pela não deteção de malformações no feto ou pela sua não comunicação, impossibilitando o recurso a uma IVG, com esse fundamento. A ausência do diagnóstico ou da informação resulta, assim, no nascimento de uma criança com malformações. As duas ações distinguem-se pelo proponente da ação e pelo dano em análise: na primeira o autor é a criança, representada pelos pais, que pretende ser indemnizada pelo dano de ter nascido com deficiência, e na segunda, os autores são os próprios progenitores que pretendem ser indemnizados pela perda de chance de recorrer à IVG.

Foi possível concluir que as *wrongful life claims* não vingam no nosso ordenamento jurídico, ao contrário das *wrongful birth actions*, que têm procedência, se se verificarem os pressupostos exigidos pela responsabilidade civil, incluindo os de aplicação da teoria da perda de chance.

Se, por um lado, e tratando-se de um processo aleatório, não é possível saber qual seria a decisão dos pais caso tivessem ciência do estado de saúde do feto, por outro, é inegável que ao não saberem da sua condição, aos progenitores foi-lhes subtraída a possibilidade de decidir pela IVG. Tratando-se de uma chance real, séria, dotada de todas as características essenciais para a sua admissão, há lugar à aplicação da teoria da perda de chance.

No direito, e apesar da tentativa de prever e regular inúmeros cenários jurídicos, nem sempre estamos perante situações de solução direta e clara, sendo frequentes as chamadas “áreas cinzentas”.

A admissão da teoria da perda de chance, ainda que pouco frequente no ordenamento jurídico português, parece-nos um recurso dotado de muita utilidade no que tange a tutela do direito, na medida em que reconhece que nem sempre o modelo

tradicional de responsabilidade civil abrange e protege da forma eficaz as posições ativas dos indivíduos, sendo, por vezes, necessária uma ampliação do dano indemnizável.

Sendo a responsabilidade médica uma área jurídica complexa, a teoria da perda de chance tem acolhimento, não havendo qualquer defraudamento da responsabilidade civil ou dos seus pressupostos. Da análise dos acórdãos apresentados, é possível concluir que, quer a decisão seja de aplicar a teoria da perda de chance ou de a negar ao caso concreto, é, de momento, sempre aceite que, caso se prove que a chance está revestida de consistência e probabilidade suficientes, a sua eliminação por terceiro é suscetível de ser considerada um dano autónomo indemnizável.

Assim, cumpre-nos concluir que as críticas levantadas contra a teoria da perda de chance não se mostram impeditivas da sua aplicação à responsabilidade médica, já que os requisitos e o grau de certeza da prova exigidos garantem a aplicação íntegra do direito, tendo em vista a tutela das posições ativas dos pacientes.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão de 14.03.2016, nº 55/2016 publicado no Diário da República, 2ª série – Nº 51.

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 19.06.2001, processo nº 01A1008, relatado por Pinto Monteiro

Acórdão de 17.01.2013, processo nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relatado por Ana Paula Boularot

Acórdão de 01.07.2014, processo nº 824/06.5TVLSB.12.S1, relatado por Fonseca Ramos.

Acórdão de 09.07.2015, processo nº 5105/12.2TBXL.L1.S1, relatado por Tomé Gomes.

Acórdão de 30.05.2019, processo nº 6720/14.5T8LRS.L2.S2, relatado por Rosa Tching

Acórdão de 08.09.2020, processo nº 148/14.4TVLSB.L1.S1, relatado por Maria João Vaz Tomé

Acórdão de 17.11.2020, processo nº 13132/18.0T8LSB.C1.S1, relatado por Pedro de Lima Gonçalves

Acórdão de 26.01.2021, processo nº 6122/17.1T8FNC.L1.S1, relatado por José Rainho

Acórdão de 12.01.2022, processo nº 1616/11.5TVLSB.L1.S1, relatado por António Barateiro Martins

Acórdão de 14.03.2024, processo nº 20769/18.5TBPRT.P1.S1, relatado por Fernando Baptista

Acórdão de 02.05.2024, processo nº 2313/14.5T8LSB.L1.S1, relatado por Oliveira Abreu

Supremo Tribunal Administrativo

Acórdão de 07.09.2023, processo nº 0291/18.0BEBRG-S, relatado por São Pedro

Acórdão de 14.09.2023, processo nº 0533/11.3BEPRT, relatado por Ana Celeste Carvalho

Acórdão de 12.10.2023, processo nº 01843/08.2BELSB, relatado por Teresa de Sousa

Acórdão de 07.12.2023, processo nº 01535/12.8BEPRT, relatado por Teresa de Sousa

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 22.02.2022, processo nº 6112/15.9T8VIS.L1-7, relatado por Ana Resende

Bibliografia e Webgrafia

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Reimpressão da edição de 2009, Coimbra, Almedina, 2024
- AMORIM, Ana, *A Responsabilidade do médico enquanto perito*, Petrony Editora, 2019
- ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000
- ARAGÃO SEIA, Cristina, *A Responsabilidade Ambiental na União Europeia - Da Responsabilidade Civil à Responsabilidade Administrativa em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2022
- ARAÚJO, Marisa Almeida, “Ser ou não ser? As *wrongful life claims*. To be or not to be? As *wrongful life claims*”, in *Revista de Direito* [ULL-FD] LD, s. 2, n. 16, 2016, pp. 91-133. Disponível em <http://hdl.handle.net/11067/4382>
- GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, SOUSA, Bruna de, COUTINHO, Diana, *Direito médico, responsabilidade civil médica, reprodução medicamente assistida*, 1ª Edição, Coimbra, Gestlegal, 2024
- MARCHESINI, Sephora, “Direito de Não Saber: breves notas”, in *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2017, pp. 875-883. Disponível em <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/1160>
- MARCHESINI, Sephora, *O direito de não ser informado*, Tese de doutoramento 00500: Universidade de Coimbra, 2022. Disponível em <https://hdl.handle.net/10316/99265>
- MENEZES CORDEIRO, António, *Direito das Obrigações*, 2º Vol., Lisboa, AAFDL Editora, 1999
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *A Responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2005
- MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16ª Edição, Coimbra, Almedina, 2024
- MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de, *Danos – Uma leitura personalista da responsabilidade civil*, 1ª Edição, Cascais, Príncipeia, 2018
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da, PINTO MONTEIRO, António, MOTA PINTO, Paulo, *Teoria Geral Do Direito Civil*, 5ª Edição, Gestlegal, 2020
- PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: [s.n.], 2014. Tese de doutoramento. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/31524>

- PEREIRA, André Gonçalo Dias, “O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica”, in *Responsabilidade Civil dos Médicos (Integrado no projeto de investigação bianual Responsabilidade Civil dos Médicos)*, Coordenado por Guilherme de OLIVEIRA, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 435-487
- RIBEIRO DE FARIA, Jorge, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2020
- RODRIGUES, Abel, *A Responsabilidade por Ato Médico*, Nova Causa Edições Jurídicas, 2020
- SANTOS ROCHA, Nuno, *A “Perda de Chance” Como Uma nova Espécie de Dano*, Reimpressão da edição de 2011, Coimbra, Almedina, 2022
- SILVA, Josimário João da, “Responsabilidade médica pela perda de uma chance do paciente” in *A Fondo*, 2024, pp. 58-73. Disponível em <https://www.revistaeidon.es/public/journals/pdfs/2024/61.pdf#page=59>
- SOUSA, Bruna de, *Da Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra, Almedina, 2022
- TEIXEIRA PEDRO, Rute, “A perda de chance de cura ou sobrevivência: um remédio necessário para o funcionamento da responsabilidade civil médica? – a revisitação de um tema”, in *Direito da Saúde – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, Vol. II, João LOUREIRO, André Dias PEREIRA e Carla BARBOSA (coordenadores), Almedina, 2016
- TEIXEIRA PEDRO, Rute, *A Responsabilidade civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008
- TEIXEIRA PEDRO, Rute, “Reflexões sobre a noção de perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2018
- TOMÁS, Carla, “As réplicas da “perda de chance”, o conceito que deu condenação inédita a um hospital”, in *Expresso*, 2015. Disponível em <https://expresso.pt/sociedade/2015-09-03-As-replicas-da-perda-de-chance-o-conceito-que-deu-condenacao-inedita-a-um-hospital->
- VANSWEEVELT, Thierry, *La Responsabilité Civile du Médecin et de l'Hôpital*, MAKLU Uitgevers, 1996
- VEIGA, Pedro Victor e BUENO, Mariza Schuster, “Responsabilidade civil por erro médico de diagnóstico”, in *Academia do Direito* 6, 2024, pp. 1021-1042. Disponível em <http://ojs.unc.br/index.php/acaddir/article/view/4451/2216>