

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**A PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

MONALISA DE SOUZA SILVA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO  
DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA  
ESPECIALIDADE EM DIREITO CIVIL

**2020**

UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**A PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

MONALISA DE SOUZA SILVA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADA PELO PROF. DOUTOR RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE

CO-ORIENTAÇÃO DA PROF<sup>a</sup>. DOUTORA RUTE TEIXEIRA PEDRO

DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA  
ESPECIALIDADE EM DIREITO CIVIL

2020

## AGRADECIMENTOS

- A Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por ter me proporcionado a vivência académica dentro de um contexto de investigação, transmissão e difusão da cultura jurídica que me permitiu adquirir toda a experiência internacional de que tanto me orgulho;
  
- A Faculté des Affaires Internationales – Université du Havre, pela forma com que fui recebida e me proporcionou o desenvolvimento da língua francesa que tanto contribuiu para a elaboração deste trabalho;
  
- Ao meu orientador, Professor Doutor Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, por ter aceite esta dissertação, ter encorajado a interessante temática do dano da «perda de chance» e, sobretudo, pela absoluta disponibilidade que sempre demonstrou em todos os momentos, bem como a fundamental utilidade de todas as suas recomendações;
  
- Ao meu pai que, mesmo sem perceber as minhas escolhas e razões, sempre me apoiou e tudo fez para que eu alcançasse os meus objetivos.

*“Les vérités historiques ne sont que des probabilités”*

VOLTAIRE

*“Diseases desperate grown, by desperate appliance are relieved, or not at all”*

SHAKESPEARE

*“La responsabilité est le plus parfait régulateur des actions humaines”*

JEAN-ETIENNE LABBÉ

## RESUMO

O presente trabalho trata da figura da perda de chance aplicada à responsabilidade civil do médico. Defenderemos a proteção jurídica da chance *qua tale*, a fim de afirmar o dano da perda de chance como um dano autónomo e ressarcível.

Apresentaremos como razão de ordem do estudo o problema da afirmação do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil médica. Assim, no que toca a distribuição do ónus da prova nas aludidas ações, apontaremos os desafios enfrentados pelo doente-lesado que, como veremos, são responsáveis por justificar uma intervenção *pro domnato* doente-lesado.

Em razão da amplitude da figura da perda de chance, delimitaremos o âmbito de estudo especificamente ao dano da perda de chance de cura ou sobrevivência. Nesse cenário, enfrentaremos, portanto, as críticas colocadas sobre a teoria no que diz respeito aos elementos da *conditio sine qua non*, causalidade adequada e juízo de condicionalidade, noções clássicas em termos de responsabilidade civil.

Nessa caminhada, tendo em mente que a questão da determinação do *quantum* reparatório representa uma difícil tarefa, sem dúvida, a abordaremos com a devida atenção. Ao fim, apresentaremos uma análise crítica da implementação da figura e os aspetos que justificam a sua aceitação.

Ademais, destacamos, que a compreensão da figura se situa em torno da questão de saber se estamos a tratar de um problema situado no plano do dano ou no plano da causalidade. Somente após respondermos a esse questionamento percebermos a necessidade de proteção da chance *qua tale*.

Palavras-chave: responsabilidade civil do médico; perda de chance; perda de chance de cura ou sobrevivência; chance séria e real.

## RÉSUMÉ

Dans le cadre de ce mémoire, nous traiterons de la perte de chance envisagée dans la responsabilité médicale. Nous défendrons la protection juridique de la chance *qua tale* pour affirmer le préjudice de la perte de chance en tant que dommage autonome et remboursable.

Comme motif de cette étude, nous observerons le problème de l'affirmation du lien de causalité dans le domaine de la responsabilité médicale. Ainsi, concernant la répartition de la preuve dans ce domaine, nous allons invoquer les défis auxquels les patients sont confrontés que, comme nous verrons, sont responsables pour justifier une intervention *pro domnato* le malade qui a subi le préjudice.

En concernant à l'extension de la théorie de la perte de chance, notre étude sera concentrée dans le thème spécifique de la perte de chance de guérison ou de survie. Dans ce cadre, nous prendrons en compte les critiques que sont posées à la théorie en ce qui concerne les éléments de la *conditio sine qua non*, la causalité adéquate et l'équivalence des conditions, comme notions classiques dans le domaine de la responsabilité civile.

De cette façon, alors que la détermination du *quantum* à indemniser est difficile à établir, sans aucun doute, nous analyserons avec toute l'attention le sujet. À la fin, nous présenterons une analyse critique de l'application de la perte de chance et les aspects qui justifient sont acceptation.

Cependant, il est important de comprendre que la perte de chance tourne autour d'un problème, qu'il s'agit de découvrir si nous sommes face à un problème situé dans le domaine du dommage ou dans le domaine de la causalité. Ce n'est qu'après avoir répondu à cette question que nous comprendrons l'importance de protéger la chance *qua tale*.

Mots clés : responsabilité médicale ; perte de chance ; perte de chance de guérison ou de survie ; chance sérieuse et réelle.

## ABSTRACT

The following work explores the figure of loss of chance applied to the doctor's civil liability. We will defend the legal protection of the chance *qua tale*, in order to affirm the damage of the loss of chance as an autonomous and refundable damage.

We will present as a reason for the study the issue of affirming the causal link in medical liability actions. Thus, with regard to the distribution of the burden of proof in the aforementioned actions, we will point out the challenges faced by the injured patient who, as we will see, are responsible for justifying an intervention *pro domnato* sick-injured.

In view of the extent of the loss of chance, we will delimit the scope of study specifically to the damage of the loss of chance of cure or salaries. In this scenario, we will face, therefore, the criticisms placed on the theory with regards to the elements of the *conditio sine qua non*, adequate causality and conditionality judgment, classic notions in terms of civil liability.

On this journey, bearing in mind that the question of determining the reparatory *quantum* is a difficult task, undoubtedly, we will approach it with due attention. In the end, we will present a critical analysis of the figure's implementation and the aspects that justify its acceptance.

Furthermore, we emphasize that the understanding of the figure is based around the question of whether we are dealing with a problem situated in the plane of damage or in the plane of causality. Only after we answer this question, we will realize the need to protect the chance *qua tale*.

Keywords: doctor's civil liability; loss of chance; loss of chance of cure or survival; serious and real chance.

## ÍNDICE

AGRADECIMENTOS .....	3
RESUMO .....	5
ABREVIATURAS .....	10
INTRODUÇÃO .....	11
1. ENQUADRAMENTO GERAL DA TEORIA DA PERDA DE CHANCE .....	17
1.1. ORIGEM, DEFINIÇÃO E DIFERENTES PERSPETIVAS DA TEORIA DA PERDA DE CHANCE .....	20
1.1.1. EM FRANÇA .....	20
1.1.2. EM ITÁLIA.....	22
1.1.3. A PERDA DE CHANCE COMO <i>CAUSE EXTERNE</i> OU <i>DÉNATURATION</i> DO NEXO CAUSAL .....	26
1.1.4. A PERDA DE CHANCE COMO <i>PRÉJUDICE AUTONOME</i> .....	30
1.2. DELIMITAÇÃO DA RESSARCIBILIDADE DA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO .....	32
2. O PROBLEMA DA AFIRMAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – POSSÍVEIS SOLUÇÕES .....	37
2.1. A DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE AQUILIANA ...	38
2.2. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA.....	48
2.3. DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E JUSTIFICATIVAS PARA UMA INTERVENÇÃO <i>PRO DOMNATO</i> DOENTE-LESADO – RAZÃO DE ORDEM .....	59
2.4. POSSÍVEIS SOLUÇÕES.....	68
2.4.1. PRESUNÇÕES JUDICIAIS; PROVA <i>PRIMA FACIE</i> , OU DE PRIMEIRA APARÊNCIA; “ <i>RES IPSA LOQUITUR</i> ”; TEORIA DO RISCO AUMENTADO; INVERSÃO DO N.º 2, DO ARTIGO 344º, DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS E <i>EVIDENTIAL DAMAGE DOCTRINE</i> .....	68
2.4.2. O ACTIVISMO JUDICIAL.....	80
3. O DANO DA PERDA DE CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA .....	89
3.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA <i>CONDITIO SINE QUA NON</i> , TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA, JUÍZO DE CONDICIONALIDADE, TEORIA DO ESCOPO DA NORMA E TEORIA DO RISCO .....	89
3.2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CHANCE <i>QUA TALE</i> .....	111
3.3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA ACERCA DA PERDA DE CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA .....	117
3.4. POSSÍVEL RELAÇÃO ENTRE CASOS MÉDICOS DE COVID-19 E O DANO DA PERDA DE CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA.....	126
4. A DESAFIANTE TAREFA DA DETERMINAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> REPARATÓRIO DO DANO DA PERDA DE CHANCE .....	130
5. ANÁLISE CRÍTICA DA IMPLEMENTAÇÃO DA FIGURA E ASPETOS POSITIVOS QUE JUSTIFICAM A SUA ACEITAÇÃO.....	138

CONCLUSÃO .....	149
BIBLIOGRAFIA .....	152
JURISPRUDÊNCIA .....	163
PÁGINAS DA INTERNET .....	165

**ABREVIATURAS**

Art.	Artigo
Consult.	Consultar
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
Cf.	Conferir
Ed.	Edição
op. cit	obra citada
p.	página
pp.	páginas
proc.	processo
segs.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Vol.	Volume

## INTRODUÇÃO

A humanidade, na sua integralidade, está sujeita a doenças e, por assim ser, a ciência médica é objeto de interesse quer para os profissionais da medicina, quer para o jurista ou o cidadão comum. Independentemente da classe, sexo, recursos financeiros, raça ou religião a vida humana está condicionada às mazelas da dor e da morte. Assim sendo, com o intuito de conferir a condigna tutela aos direitos do paciente ou destinatário da prestação de cuidados de saúde, o Direito e a Medicina entrelaçam-se. Sucede que, quando da prestação destes cuidados, infelizmente, não são raros os erros cometidos por médicos, do que sobrevém o respetivo direito a uma indemnização justa, matéria que, sem dúvida, constitui tema de relevância e atualidade<sup>1</sup>.

Nesse contexto, a responsabilidade médica comporta a função de reparar e satisfazer as consequências prejudiciais que resultam de atos, omissões ou erros cometidos no exercício profissional da medicina. Os profissionais das ciências médicas, tendo em suas mãos a vida humana, como não poderia deixar de ser, desempenham uma função transcendente e que nenhuma outra profissão se pode igualar e, por esse motivo, atuam segundo uma vasta gama de deveres. Desta feita, o médico tem o dever de atuar em conformidade com padrões de cuidado, perícia e conhecimentos de um profissional sensato, razoável e competente. Por assim dizer, deve manter-se atento e atualizado, não podendo, obstinadamente e, de modo estulto, prosseguir com a utilização de métodos antiquados uma vez que, tais métodos, de acordo com a normalidade da conduta da generalidade da opinião médica informada, são criticáveis<sup>2</sup>, isto é, encontram-se em desacordo para com as *leges artis*.

Desde logo, destacamos que o respeito pelas *leges artis* não significa impor ao médico a exigência de ser infalível, contudo, o profissional deve atuar em conformidade com os conhecimentos da medicina, bem como com o indispensável zelo e respeito pela pessoa do doente. Ao passo que a Medicina avança a passos largos, não podemos dizer o mesmo sobre o Direito. Nesse ínterim, assistimos, nas últimas décadas, a importantes descobertas e avanços na área médica cujas alterações afetam outras áreas, como a Economia, a Ética ou o Direito, contudo, pode ocorrer que estas ciências não estejam sempre preparadas para as assimilar<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, Revista de Direito Civil, Ano II, I, Almedina, 2017, p. 131.

<sup>2</sup> CASTANHEIRA, Gonçalo, “Responsabilidade médica. A propósito de alguns casos do concelho de Coimbra”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano XXV, n.º 27, Dezembro, 2016, pp. 66-67.

<sup>3</sup> CASTANHEIRA, Gonçalo, *op. cit.*, p. 66-67.

Pois bem, ao longo dos séculos assistimos à transformação e ao desenvolvimento crescente da complexidade da atividade médica. A antiga figura do “médico de cabeceira”, que detinha todo o conhecimento da arte de curar na sua cabeça e na sua maleta, foi gradualmente substituída pela pessoa de um profissional cuja prestação dos cuidados de saúde – cada vez mais complexos, tanto em termos de tecnologia, quanto de organização –, ocorre através de um trabalho coletivo e em estruturas hospitalares<sup>4</sup>.

O que sucede é que, com o desenvolvimento sócio-económico, o cidadão, mais consciente dos seus direitos e menos hierarquizado, já não pondera em demasia, como outrora, solicitar aos tribunais a tutela de pretensões que até então julgava escapar, por natureza, ao controlo do Direito. Desta feita, os riscos, antes desconhecidos, passam a conduzir, quando verificado um dano, a um imperativo social que visa o ressarcimento. É nesse contexto que a responsabilidade do médico se encaixa. À medida que a sociedade se encontra mais informada, cresce a amplitude de responsabilização pelos erros ou descuidos no exercício da profissão médica, posto isto, ao passo que o cidadão deixa de atribuir a simples fatalidade aquilo que lhe acontece, a responsabilidade do médico desenvolve-se como um fenómeno co-natural à época vivida<sup>5</sup>.

Nesse compasso, os avanços e êxitos da Medicina são, mais do que rapidamente, anunciados pela sociedade de comunicação que os publicita e destaca das mais diversas formas. À vista disto, como não poderia ser diferente, acaba por criar naturais expectativas nos doentes, bem como em suas famílias e amigos e, diminui, por conseguinte, a margem de aceitação do insucesso pelos mesmos. Assim, também são divulgadas de modo célere os relatos de fracassos, erros e casos de negligência cometidos pela classe médica<sup>6</sup>. Procedimentos médicos e cirúrgicos cada vez mais ousados e tecnologias inovadoras e complexas são responsáveis por alimentar as esperanças e expectativas em torno dos resultados esperados, logo, diante dos não tão raros insucessos, encontramos-nos todos abarrotados de dúvidas e à procura de respostas quanto a uma efetiva responsabilização da classe médica.

Em Portugal, a relação médico-paciente é regulada através da junção de alguma legislação que constitui a base do direito médico luso. A Lei de Bases da Saúde (L 48/90) prevê os direitos e deveres dos pacientes; a Constituição da República e a Convenção dos Direitos do

---

<sup>4</sup> CASTANHEIRA, Gonçalo, *op. cit.*, p. 67.

<sup>5</sup> ALMEIDA, J. C. Moitinho de, “*A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*”, in Separata da Revista Scientia Iuridica, tomo XXI, n.ºs 116-117, Livraria Cruz – Braga, Maio-Agosto, 1972, p. 3.

<sup>6</sup> CASTANHEIRA, Gonçalo, *op. cit.*, p. 67.

Homem e a Biomedicina elegem os direitos fundamentais em termos de saúde<sup>7</sup>. Chamamos à atenção para o facto de que apesar da responsabilidade médica abranger várias modalidades: civil, penal e disciplinar, neste estudo vamos nos restringir à análise da primeira.

Dito isto, uma vez que a obrigação assumida pelo profissional de saúde é, em princípio e de modo geral, uma obrigação de meios e, não de resultado, a teoria da perda de chance representa, dentro da responsabilidade civil médica, um dos temas de mais complexa análise. Nesse sentido, faremos uso do método a seguir exposto para defender a sua aplicabilidade e pertinência no ordenamento jurídico pátrio.

A dissertação compreende a estruturação em cinco capítulos que, na sua maioria, comportam subdivisões a fim de conferir melhor contorno didático ao trabalho. No primeiro capítulo, com o propósito de fornecer uma visão abrangente, vamos delinear *latu sensu* o enquadramento geral da teoria da perda de chance. Começaremos pela exposição da origem da noção de perda de chance, cuja primeira aparição se deu, em princípio, em França, no século XIX e, posteriormente, desenvolveu-se em Itália, outros países da Europa e América. Como forma de delimitar o âmbito do nosso estudo, tomaremos como base os ordenamentos jurídicos Francês e Italiano por serem considerados, pela maior parte da doutrina, como os de maior relevância para o ordenamento jurídico português.

Em seguida, com o escopo de apresentar uma definição da noção de perda de chance, passaremos à abordagem das diferentes perspetivas da teoria, por assim dizer, colocaremos a questão de saber se a perda de chance apresentar-se-ia através de uma *cause externe* ou *dénaturation* do nexos causal, ou como um *préjudice autonome*. Destacamos que, esta primeira distinção será de extrema importância para o aprimoramento da figura e a sua compreensão mostrar-se-á relevante para o desdobramento da perda de chance na responsabilidade civil do médico. Em seguida, com vista a afirmar a sustentabilidade da teoria, apresentaremos a delimitação da ressarcibilidade da chance, cujas nomenclaturas e conceitos de chance séria e real serão devidamente abordados. Em suma, o primeiro capítulo, tem como objeto apresentar a figura da perda de chance de forma geral, ao mesmo tempo que coloca em pauta a sua aplicabilidade à responsabilidade civil do médico.

Posteriormente, no segundo capítulo começaremos por apontar algumas considerações sobre a distribuição do ónus da prova nos casos de responsabilidade aquiliana para então expor, especificamente, o problema central deste estudo, no qual abordaremos, de forma categórica, o

---

<sup>7</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal”, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano XVI, n.º 17, Novembro, 2007, p. 11.

problema da afirmação do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil médica. Assim é questão de saber por que razão as ações de responsabilidade civil médica são, diferentemente das demais ações de responsabilidade civil, sistematicamente indeferidas. Ora, no que se refere à responsabilização por atos ilícitos, por que razão é tão difícil que a classe médica seja condenada pela má prática da medicina? Por que motivo os profissionais médicos parecem encontrar-se sob um escudo de proteção?

Nesse sentido, de início, apresentaremos uma breve análise histórica da evolução da responsabilidade civil médica. Começaremos por elucidar como a figura do médico sacerdote – concebido por uma visão divina, quase mística, detentor da arte de curar e conhecedor de toda a informação e, por isso, merecedor de todo o respeito e livre de qualquer julgamento – passou, pouco a pouco, por transformações contínuas até chegarmos à responsabilidade médica nos termos hoje conhecidos. Apresentaremos o trajeto pelo qual passou a responsabilidade médica que aos poucos evoluiu, da Lei de Talião – que a depender da classe que pertencia o doente, escravo ou nobre, era traçado o seu destino médico, cujo sucesso da intervenção poderia significar a perda de uma mão, ou até mesmo uma condenação à morte –, aos dias atuais, cuja exigência de perfeição nas cirurgias estéticas pode chegar a níveis extremos, por assim dizer.

Ademais, ainda relacionado ao contexto de evolução da responsabilidade médica, daremos atenção a decisão da Academia de Medicina de Paris, em 1829, que considerou a responsabilidade dos médicos exclusivamente no campo da moral, portanto, distante do universo jurídico. Temos como escopo ilustrar a contribuição desse percurso para a construção de uma noção de “intocabilidade” dessa classe. Ressaltamos, que essa antiga noção é questão essencial para percebermos o motivo pelo qual é constante e crônico o desfavorecimento do lesado nas ações de responsabilidade civil médica.

Como se não fosse suficiente o desequilíbrio natural da relação médico-paciente, temos de considerar, ainda, a superioridade técnica do profissional com relação ao lesado. Ora, numa ação de responsabilidade por ato ilícito praticado pelo médico, é natural que as provas que constituem o direito do autor estejam em poder do médico: prontuários médicos, exames, demais documentos presentes na ficha médica do doente. Portanto, é o profissional o conhecedor das ciências médicas, bem como o maior detentor das informações relevantes em termos de prova. Dito isto, parece adequado exigir ao lesado a prova de constituição do seu direito? É por esse motivo que a tradicional distribuição do ônus da prova nas ações de responsabilidade civil médica não parece resultar.

Nesse compasso, veremos, portanto, que são claras as justificativas para uma intervenção *pro domnato* doente lesado, o que nos leva a perceber, por assim ser, a razão de

ordem desse trabalho. Apresentaremos, entretanto, algumas tentativas de superação das dificuldades probatórias ao nível da causalidade que foram, ao longo do tempo, oferecidas pela doutrina e jurisprudência, contudo, cumpre-nos referir que na sua maioria, reduzem-se a estratégias processuais de inversão do ónus da prova ou recurso a presunções. Logo, é questão de saber: serão elas suficientes?

No terceiro capítulo, percorreremos a teoria da perda de chance de forma aprofundada sobre o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência. Tal recorte permitirá conhecermos as especificidades do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência, portanto, não trataremos das situações de *perte de chance de refuser l'intervention* ou de *perte de chance d'échapper par une décision plus judicieuse*; *perte d'une chance des proches de ne pas subir un préjudice moral d'affection* ou *perte d'une chance d'éviter le douleur morale infligée par les décès de la victime directe*; e, ainda, a perda de chance nas *wrongful life actions* e nas *wrongful birth actions*.

Na primeira parte deste capítulo consideraremos as teorias da *conditio sine qua non*, a teoria da causalidade adequada, o juízo de condicionalidade, a teoria do escopo da norma e a teoria do risco com o fito de ressaltar a confiabilidade e adequação do dano da perda de chance aos quadros da responsabilidade civil. Nesse tópico, no que se compara às noções tradicionais acima expostas, enfrentaremos as questões colocadas sobre a afirmação do nexo causal na construção do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência. Isto é, deixaria a teoria em apreço de observar os requisitos da responsabilidade civil? Estar-se-ia a negligenciar o nexo causal em favor de uma causalidade virtual? Haveria uma sobreposição entre ilicitude e culpa?

Pois bem, na segunda parte deste capítulo direcionaremos a abordagem para a proteção jurídica da chance *qua tale*, ou seja, a chance dentro de uma perspectiva de dano autónomo e, por isso, merecedora de proteção jurídica. Nesse caso, o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência deixaria de depender do prejuízo final morte ou incapacidade? É questão de saber como ocorre a diferenciação daquilo que entendemos como morte para aquilo que significa dano da perda de chance de sobrevivência. É nesse contexto que, de acordo com o cumprimento das *leges artis*, ficarão evidenciadas questões acerca do tipo de obrigação assumida pelo profissional médico ser do tipo obrigação de meio ou obrigação de resultado.

Na terceira parte do capítulo trataremos, sem intenções de esgotamento do tema, somente a título de enriquecimento e contextualização do trabalho, faremos algumas considerações sobre o posicionamento da jurisprudência portuguesa acerca do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência. Para tanto, a título ilustrativo, procederemos com a análise de

julgados do Tribunal da Relação de Lisboa, Tribunal da Relação do Porto e do Supremo Tribunal de Justiça.

Diante da mais atual circunstância em termos de ciência médica, na quarta e última parte desse capítulo, achamos por bem apontar – dentro da situação excepcional de pandemia mundial ocasionada pelo novo coronavírus SARS-COV-2 – um questionamento acerca da possível relação entre alguns casos de óbito por Covid-19 e o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência. Seria o caso de responsabilizar médicos pelo diagnóstico tardio do novo coronavírus, cujo resultado, seria a diminuição de chances de sobrevivência?

Em seguida, no quarto capítulo deste trabalho abordaremos uma das mais desafiadoras tarefas relacionadas à teoria da perda de chance, qual seja, a determinação do *quantum* reparatório. Nesse aspeto, teremos de considerar duas principais variáveis: a) o *quantum* de indemnização pelo dano da perda de chance deve ser menor do que o *quantum* reparatório que seria devido pelo dano final? e b) o facto do cálculo do dano da perda de chance tomar como base o valor do dano final faz com que deixe de ser autónomo?

Sabemos que determinar o *quantum* reparatório do dano da perda de chance não é tarefa fácil, no entanto, não podemos usar de tal dificuldade para nos esquivar e negar a relevância jurídica da figura. Apresentaremos, portanto, o recurso as estatísticas e noções de probabilidade para fundamentar o cálculo em questão. Apontaremos, por fim, conforme previsão legal, o recurso a noções de equidade, tudo com vista a vencer os possíveis obstáculos colocados à figura.

Por derradeiro, no último capítulo consideraremos as críticas colocadas sobre a figura da perda de chance para proceder com uma análise crítica da implementação da figura e aspetos que justificam a sua aceitação. Conforme elucidamos, a classe médica conta com grande prestígio e, por essa razão, o “alargamento” da responsabilidade civil do profissional médico, certamente, não é visto com bons olhos. Ora, a aceitação da figura da perda de chance na responsabilidade médica seria uma ameaça ao exercício da profissão? Os médicos estariam sempre em vista de serem condenados ao menor sinal de erro? Essas são questões que levantam a possibilidade da promoção de uma medicina defensiva, o que seria prejudicial para o desenvolvimento da ciência médica. Entretanto, como poderemos proteger o lesado e, ao mesmo tempo, não sobrecarregar o médico?

Em resumo, apesar dos inconvenientes apontados, destacaremos os aspetos positivos que justificam a aceitação da teoria como alternativa viável a possibilitar o cumprimento do ónus probatório por parte do lesado e, por conseguinte, romper com o cenário de improcedência das ações de responsabilidade civil médica.

## 1. ENQUADRAMENTO GERAL DA TEORIA DA PERDA DE CHANCE

Iniciaremos o estudo, como não poderia deixar de ser, pela apresentação da teoria da perda de chance. A princípio, pretendemos apresentar um enquadramento geral da teoria para, em seguida, adentrarmos no problema que justifica essa pesquisa.

Assim, precipuamente, por julgarmos contribuir de forma mais relevante para o desenvolvimento da noção, vamos analisar a origem da teoria da perda de chance nos ordenamentos francês e italiano. Posteriormente, apresentaremos definições da teoria em diferentes perspectivas, uma considerada falsa e a outra verdadeira para, ao fim, delimitarmos a ressarcibilidade da chance na responsabilidade civil do médico.

Nessa toada, temos como objetivo clarificar e pormenorizar detalhes que mostrar-se-ão de grande valia para a determinação do âmbito deste estudo. Serão respondidas questões como: a) quais são as chances que merecem a proteção do direito? e b) o que o direito considera como chances sérias e reais?

Devido à multivalência da doutrina da perda de chance ou perda de oportunidade, para fins de exposição achamos por bem, ainda que de forma abreviada, classificar os principais campos de aplicação da teoria através de diferentes critérios, nomeadamente em razão do dano que se produz ou da natureza da vantagem final, cuja oportunidade de alcance foi eliminada.

Em primeiro lugar, temos os casos de oportunidade de vitória em jogos de sorte ou azar, cujo resultado, por óbvio, pode ser favorável ou desfavorável, contudo, sempre imprevisível. Podemos citar, como exemplo, jogos de lotaria ou dados, quando o lesado ao comprar um bilhete cujo prémio seria de 10,000€, pelo que o organizador do jogo a fim de iniciar o mesmo deveria inserir todos os bilhetes adquiridos num recipiente, para em seguida serem sorteados. Assim, iniciado o processo, extrai-se um bilhete de outro jogador que não o lesado. Posteriormente, vem-se a descobrir que o bilhete do lesado, por erro qualquer da organização do evento, nunca chegou a ser depositado no recipiente.

Ora, não é possível afirmar que a organização teve culpa da perda do prémio pelo lesado pois, quaisquer das formas a probabilidade que o lesado fosse vencedor era pequena, por outro lado, já é possível afirmar com todas as certezas de que a possibilidade de ganho do lesado foi frustrada na sua totalidade, uma vez que não estando o bilhete dentro do recipiente, o organizador jamais o poderia ter sorteado, pelo que as chances de ganho, que outrora eram de

0,1%, passaram a ser de 0%. Nesse caso, a teoria da perda de chance leva-nos a concluir que a perda da probabilidade de 0,1% das chances leva a que se valorize o dano do lesado em 10,00€<sup>8</sup>.

Em segundo lugar, temos os casos de oportunidade de vitória em competições desportivas, eventos conhecidos pela sua aleatoriedade, aliada aos resultados dos participantes em provas anteriores e suas habilidades pessoais. Esses fatores conjugados serão objeto de análise cujo objetivo consiste em obter o resultado de futuras provas. Nesse domínio, o exemplo clássico é o de um transportador de um cavalo de corrida que chega tarde ao hipódromo, tendo a competição já iniciado. Nunca se poderia afirmar, que tendo o cavalo chegado a horas, teria ganho a competição, porém pode-se afirmar que perdeu a oportunidade de ser campeão. Citamos também, um exemplo mais famoso e relativamente recente dos jogos olímpicos de 2014, quando o maratonista Vanderlei Cordeiro de Lima, liderava a prova em primeiro lugar, com 28 segundos de vantagem sobre o segundo colocado, quando restavam 6 quilómetros para o fim da corrida. Nesse instante, o atleta foi interceptado por um dos espetadores que invadiu a pista de corrida e o empurrou para fora da mesma contra o público. Motivo pelo qual o atleta desequilibrou-se e caiu, vindo a recuperar-se segundos após, graças à intervenção de outros espetadores e desenhando-se do agressor, voltou a correr. Após o ocorrido, Vanderlei ainda teve sucesso em ultrapassar outros dois maratonistas e terminou a prova em terceiro lugar. Mais uma vez, não se pode afirmar com segurança que o atleta prejudicado pelo espetador, teria terminado a prova em primeiro lugar, não fosse o ataque sofrido, uma vez que outros inconvenientes de origem natural, como uma lesão muscular, por exemplo, não podem ser excluídos de maneira que os outros competidores o poderiam ter ultrapassado, vindo o resultado da corrida ser o mesmo ou outro qualquer. No entanto, não há dúvidas que a intercepção e o tempo para a retomada da corrida, bem como o prejuízo físico-psíquico e de concentração necessários à otimização da prova, foram responsáveis para que perdesse a oportunidade de vencê-la<sup>9</sup>.

Por último, tem cabimento destacarmos a importância da teoria na responsabilidade civil do advogado e concursos públicos, âmbito de muita importância no ordenamento jurídico português. Começamos pelo exemplo de um mandatário judicial que, por descuido, não propõe uma ação no tempo adequado, vindo o direito do cliente a prescrever, ou não contesta uma ação

---

<sup>8</sup> COSTA, Patrícia Helena, *op. cit.*, p. 29. Para outras referências sobre as classificações, *cf.*, ALCOZ, Luis Medina, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado*, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 60-69; PEDRO, Rute, “*A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*”, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, pp. 179-192.

<sup>9</sup> COSTA, Patrícia Helena, *op. cit.*, p. 30.

no prazo devido e tem como resultado os factos alegados pela contraparte considerados confessados, ou ainda, não interpõe recurso atempadamente sobre uma decisão desfavorável ao seu cliente, tendo essa transitado em julgado. Como resultado, a atuação do advogado impossibilitou que a pretensão do seu cliente fosse levada à apreciação do tribunal ou a sua reapreciação em sede de recurso. Logo, a vitória judicial que era incerta tornou-se, entretanto, irremediavelmente afastada pela conduta do advogado<sup>10</sup>.

No caso dos concursos, temos as situações nas quais um concorrente de um concurso público ou um trabalhador num concurso interno, é afastado ilicitamente pelo promotor do concurso ou é não admitido a concorrer a uma promoção, respetivamente. Nos dois casos, não se pode dizer com certeza que os concorrentes teriam sucesso, mas pode-se dizer que perderam a chance de concorrerem e, portanto, ganharem. A obtenção do benefício estava subordinada ao êxito de um procedimento, sendo ele judicial, administrativo ou privado e dependente da apreciação de uma entidade, seja o juiz, a administração ou o empresário que aplica as regras e realiza as valorações.

Desta feita, o conteúdo da decisão judicial, administrativa ou privada, é por natureza aleatório e não se pode afirmar, com absoluta segurança, que caso não tivesse interferido o facto ilícito o resultado seria favorável ou não, mas o que se sabe com certeza suficiente é que a vítima perdeu a oportunidade que tinha de obter uma decisão a seu favor<sup>11</sup>.

Assim, ainda que sejam diversas as aplicações da teoria da perda de chance, passaremos no próximo ponto à exposição da teoria no campo da responsabilidade civil do médico, objeto principal deste trabalho, pelo que enfrentaremos as principais questões levantadas pela doutrina e pela jurisprudência no que toca à sua aceitação no ordenamento jurídico português.

---

<sup>10</sup> COSTA, Patrícia Helena, *ibid.*, p. 30-31. MATEUS, Nídia Maria Vicente, “*O ónus da prova na responsabilidade civil médica*”, Dissertação de Mestrado em Direito Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 93-100.

<sup>11</sup> COSTA, Patrícia Helena, *ibid.*, p. 31. MATEUS, Nídia Maria Vicente, *op. cit.*, p. 99, assinala que o ordenamento jurídico português se tem mostrado cada vez mais recetivo à ressarcibilidade da perda de chance, contudo, a aceitação da figura não é pacífica, tanto na doutrina, como na jurisprudência. No que concerne à jurisprudência, não podemos dizer que há uniformidade nas decisões, uma vez que em algumas situações a figura é rejeitada por completo, e em outras aceite. No caso da perda de oportunidade de progressão na carreira, temos o acórdão do STA de 24/10/2006, proc. n.º 0286/06 no qual entendeu-se pela sua aplicabilidade, ao passo que no acórdão do STJ de 22/10/2009, proc. n.º 409/09.4YFLSB a teoria foi rejeitada. Já no domínio da responsabilidade dos profissionais forenses, a perda de chances processuais tem tido maior aceitação e aplicação prática, tendo o Supremo Tribunal de Justiça considerado que a perda de chance de vencer a ação constitui um dano autónomo em julgados como os acórdãos de 05/02/2013, proc. n.º 488/09.4TBESP.P1.S1; de 10/03/2011, proc. n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1 e de 28/09/2010, proc. n.º 171/2002.S1. O STJ entendeu, ainda, que a perda de oportunidade não sendo um dano presente, deve ser considerado um dano futuro, mas eventual ou hipotético, salvo no caso da prova com elevado grau de probabilidade ou verossimilhança levar à conclusão de que o lesado obteria certo benefício não fosse a chance perdida, sf. acórdão de 29/04/2010, proc. n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, e de 18/10/2012, proc. n.º 7/04.9TVLSB.L1.S1.

## 1.1. ORIGEM, DEFINIÇÃO E DIFERENTES PERSPETIVAS DA TEORIA DA PERDA DE CHANCE

### 1.1.1. EM FRANÇA

A teoria da perda de chance, cujo aparecimento se deu por volta do século XIX em França, veio, *à priori*, ser invocada em razão da perda da possibilidade de continuação de um processo judicial por culpa do “*officier ministériel*”, tendo como consequência, a perda da possibilidade de ganhar a causa<sup>12</sup>.

De facto, o direito francês, como conhecedor pioneiro da teoria, acabou por desenvolvê-la e refiná-la mais do que qualquer outro ordenamento jurídico e, portanto, não há dúvidas de que é em França que se encontra, no sentido quantitativo e qualitativo, a maior gama de jurisprudência e doutrina acerca da teoria da perda de chance<sup>13</sup>.

Ocorre que, no âmbito da responsabilidade civil do médico, sendo esta a área de aplicação que nos interessa, a teoria veio a desenvolver-se em meados da década de 60 através de um aresto da *Cour d’appel* de Grenoble, de 24 de outubro de 1961<sup>14</sup>. Na oportunidade, a teoria foi utilizada de forma consciente para superar as dificuldades impostas em termos *d’un lien de causalité*, cujo objetivo era provar que, em virtude de uma falha de diagnóstico, o médico não observou a existência de uma fratura num exame radiológico dando causa ao agravamento do estado de saúde do paciente que, teve como consequência, uma lesão permanente<sup>15</sup>.

Precisamente, a *Cour d’appel* achou por bem considerar que o erro do primeiro médico, quanto à radiografia inicial, foi certamente responsável por privar o doente de uma chance de cura que ele normalmente teria. De modo que “*le préjudice, certain et direct causé*

<sup>12</sup> GENEVIEVE, Viney ; JOURDAIN, Patrice, “*Traité de Droit Civil – Les Conditions de la Responsabilité*”, 3ª. ed., Paris, 2006, p. 91.

<sup>13</sup> MULLER, Christoph, “*La perte d’une chance. Étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*”. In : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N° 2, Avril- juin 2003, p. 482-484. Assim, COSTA, Patrícia Helena, *Dano de perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2010, p. 38-39, ao pronunciar-se sobre o desenvolvimento da figura pela jurisprudência francesa afirma que a mesma multiplicou-se ao ponto de atualmente ser amplamente reconhecida, sendo unânime a sua aceitação, de tal modo que no cenário atual a discussão se situa na determinação das condições de que depende a ressarcibilidade da perda da chance, bem como dos critérios de apuramento do montante indemnizatório. Ressalta, porém, que notada unanimidade não se dá, entretanto, no âmbito da responsabilidade civil do médico pela perda de chance de cura ou sobrevivência. Também alerta para a contribuição do direito francês no que diz respeito à figura da perda de chance FEOLA, Maria, *Nesso di causalità e perdita di “chances” nella responsabilità civile del professionista forense*, *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano XXII, 2004, p. 157.

<sup>14</sup> MEMETEAU, Gérard, “*Perte de Chance en droit médicale français*”, *McGill Law Journal*, 1986, p. 135

<sup>15</sup> GENEVIEVE, Viney ; JOURDAIN, Patrice, *op. cit.* p. 229.

à F. du fait de l'erreur de diagnostic [...] est constitué exclusivement par cette perte d'une chance de guérison”<sup>16</sup>. Destacamos que o “rapport aléatoire de causalité avec la faute du radiographe” foi expressamente mencionado pelo *commentateur*<sup>17</sup>.

Por conseguinte, em 14 de dezembro de 1965, a *Court de Cassation* proferiu acórdão de forma a sancionar esse entendimento doutrinário, o que, por consequência, dá azo a diversas outras decisões que tocavam à responsabilidade civil médica, bem como indemnizações pela *perte d'une chance de guérison ou de survie*.

Sucedo que os efeitos produzidos pela consagração da mencionada teoria na jurisprudência francesa são substanciais ao ponto de falar-se num efeito de “escalade”<sup>18</sup>. Isso significa dizer que a sua expansão serviu de base para indemnizações em diversos âmbitos da responsabilidade civil médica, tais como erros, falhas ou atraso de diagnóstico e/ou tratamento; bem como situações de violação do dever de prestar informação clara e precisa ao doente, sendo que todos os casos apresentam como elemento em comum o facto de não ser possível afirmar, com absoluta certeza, que sem a interferência do médico os danos não se produziram<sup>19</sup>.

Entretanto, aludida consagração na jurisprudência francesa acabou por levantar controvérsia doutrinária a respeito da consolidação da teoria, tendo em vista representar verdadeira “*revolution dans la responsabilité civile*”. Assim sendo, por volta dos anos 70, como forma de freio à adoção da teoria da perda de chance pela *Cour de Cassation*, iniciou-se o movimento denominado “*contre-révolution*”<sup>20</sup>.

Destacamos o julgamento de 10 de março de 1969, no qual a *Cour de Cassation*, apesar de entender que a falta do médico não foi responsável pelo prejuízo final, considerou que o ato do profissional contribuiu de forma a conduzir àquele resultado<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> TUNC, *apud* MEMETEAU, Gérard, *ibid*, p. 136.

<sup>17</sup> H., L. et J. MAZEAUD *apud* MEMETEAU, Gérard, *ibid*, p. 137 : “La qualification du préjudice comme « perte de chance » autorise les juges à le mettre en rapport de causalité avec la faute. On est, on le comprend, tenté d'écrire que, si le créancier a prouvé la faute du débiteur, il « établit par là même, que l'imprudence ou la négligence est le fait du défendeur ; le lien de causalité entre l'activité du défendeur et l'inexécution de son obligation de prudence et de diligence est nécessairement démontré par la seule preuve de l'inexécution ».

<sup>18</sup> PENNEAU, *apud* PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 241.

<sup>19</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, “A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico”, *Revista de Direito Civil*, Ano II, I, Almedina, 2017, p. 133.

<sup>20</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 242

<sup>21</sup> MEMETEAU, Gérard, *op. cit.*, p. 136. Ainda a respeito do julgado de 10 de março de 1969 podemos ver a inquietude da doutrina francesa para com as decisões da *Cour de Cassation*, senão LOMBARD, MACAIGNE ET OUDIN, *apud* MEMETEAU, Gérard, *ibid*, p. 136.: “L'incertitude sur la causalité caractérise ces condamnations fondées sur le doute. En termes peu académiques, mais assez pittoresques, MM. Lombard Macaigne et Oudin avaient écrit : « [l]a Cour suprême, devant un parterre de juristes et de professeurs interloqués, fit disparaître dans sa toque le lapin du lien de causalité » ”.

Por conseguinte, a *Cour de Cassation*, em 17 de Novembro de 1982<sup>22</sup>, numa decisão considerada como “*un véritable coup d’État*”, entendeu que “*le doute sur le lien causal ne peut être occulté par le recours à la notion de la perte d’une chance*”<sup>23</sup>. Ademais, na oportunidade, ficou evidenciado o entendimento daquele tribunal de que a perda de chance “*ne pouvait concerner que l’évaluation du préjudice*”<sup>24</sup>.

Em seguida, na mesma linha, outras decisões, salientando a necessidade de um “*lien de causalité prouvé*”, confirmaram a nova orientação da *Cour de Cassation*. Destacamos a decisão de 8 de janeiro de 1985<sup>25</sup>, na qual esse tribunal deixou de condenar um médico por considerar “*l’abstention d’un lien de causalité prouvé entre sa faute et le préjudice*” e, no mesmo sentido, em 12 de novembro de 1985, após a constatação de que “*l’abstention de lien de causalité prouvé entre l’abstention momentanée du médecin et le dommage subi, comme aussi l’abstention de démonstration d’une perte de chance quelconque*”<sup>26</sup>.

Conforme já observamos, foi no ordenamento francês que a teoria mais se desenvolveu, motivo pelo qual, sem intenções de esgotamento do tema, a doutrina francesa será mencionada ao longo de todo esse trabalho. Assim, como meios para facilitar a tarefa do doente-lesado na busca por uma indemnização na totalidade do dano sofrido<sup>27</sup>, noções como a “*création fautive d’un état dangereux*” e a “*appréciation libérale de la causalité*” revelaram-se teses utilizadas pela jurisprudência francesa, entretanto, por ora não aprofundaremos esses conceitos, embora os poderemos mencionar noutra oportunidade.

### 1.1.2. EM ITÁLIA

<sup>22</sup> Première chambre civile du 17 novembre 1982 (*JCP* 1983.II.20056, note M. Saluden ; *D.*1984.305, A. Dorsner-Dolivet ; cette *Revue* 1983.139, obs. G. Durry).

<sup>23</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 242. Para melhor compreensão desse período cf. SAVATIER, René, “*Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d’un dommage sans l’avoir causé ?*”, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1970, 29.e *Cahier – Cronique*”, pp. 123 e ss.

<sup>24</sup> MEMETEAU, Gérard, *op.cit.*, p. 142 : “*La Cour d’appel avait donc constaté l’absence de relation causale entre la faute et la réalisation du dommage, mais elle avait couvert cette insuffisance par la notion de perte de chance. La Cour de cassation lui en fit grief- cette notion ne pouvait concerner que l’valuation du préjudice, et cette formule incidente a pris tout son sens au vu des arrêts précédents et de l’tonnement qu’ils avaient suscité chez les auteurs. M. Chabas, M. Durry lui-même, ont senti l’importance de ce véritable revirement, réaffirmant l’attachement de la Cour de cassation à l’existence du lien de causalité unissant faute et dommage, et différenciant perte de chance et préjudice*”.

<sup>25</sup> (Civ. 1re, 8 janv. 1985, *D.* 1986.390, note J.Penneau)

<sup>26</sup> MEMETEAU, Gérard, *ibid.*, p. 142.

<sup>27</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 243.

No Ordenamento Jurídico Italiano, por sua vez, a figura da perda de chance sobreveio mais tardiamente, tendo, contudo, à semelhança do Ordenamento Francês, surgido e se desenvolvido por via jurisprudencial.

Considerando que, a princípio, nos casos de indemnização por danos causados pela culpa do médico, os tribunais italianos entendiam necessária a prova do *rapporto* profissional; da culpa do médico; do dano e do nexa causal entre estes para ser cabível a indemnização, conforme a regra expressa no artigo 2697º, do Código Civil Italiano, a tarefa imposta ao doente lesado acabava por revelar-se de extrema dificuldade<sup>28</sup>.

Ora, para fazer prova do seu direito, o lesado precisa superar as dificuldades impostas pelos limites do conhecimento científico; pelas incertezas relativas à seara médica; pelas dúvidas acerca da própria natureza das coisas para, só então, vencidas todas essas barreiras, demonstrar o nexa de causalidade entre o ato médico e o dano verificado, representado pelo agravamento do estado de saúde, ou a morte do paciente<sup>29</sup>.

Nesse cenário, a jurisprudência italiana viu-se obrigada a oferecer soluções que fossem suficientemente eficazes na facilitação da posição processual do doente-lesado. Por conseguinte, para além das regras tradicionais da responsabilidade civil, a “*costante evoluzione dela giurisprudenza*” levou à construção de um regime diferenciado<sup>30</sup>. Registre-se, porém, que no que diz respeito à demonstração do nexa de causalidade nos casos de responsabilidade civil médica, a teoria da perda de chance não foi a primeira solução utilizada para vencer os obstáculos enfrentados pelo doente-lesado<sup>31</sup>.

Pois bem, em primeiro foram empregues técnicas de presunção, isto é, foram alteradas regras sobre o ónus probatório em favor do lesado que pretendia a indemnização em virtude do erro médico. Assim, foram incorporadas presunções da existência de alguns pressupostos para

---

<sup>28</sup> PEDRO, Rute, *ibid*, p. 252.

<sup>29</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, *op.cit.*, p. 140.

<sup>30</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 252.

<sup>31</sup> Para compreender a evolução da jurisprudência italiana verificar CARDONA FERREIRA, Rui, *op.cit.*, p. 140: “*Com efeito, uma síntese da evolução da jurisprudência italiana neste domínio, em traços “impressionistas”, pode apresentar-se nos seguintes moldes: numa fase inicial, a tendência apresentada pela jurisprudência civil ia no sentido da rejeição das pretensões indemnizatórias, considerando não se encontrar estabelecido o nexa de causalidade segundo os parâmetros normalmente exigíveis; num segundo momento, é possível detetar importantes arestos, sobretudo da secção penal da “Corte di Cassazione”, que condenam os médicos e as unidades de saúde demandadas, mesmo quando não se revela viável demonstrar a existência do nexa de causalidade com “certeza”, mas apenas com uma “probabilidade razoável”; posteriormente, constatou-se, porém, uma inflexão na orientação da jurisprudência penal, que adotou, ao menos formalmente, um crivo mais restritivo na aferição do nexa de causalidade, neste grupo de casos; por fim, ainda em momento mais recente, a jurisprudência civil da “Corte de Cassazione” admitiu o recurso à figura da perda de “chance”, com vista a assegurar ao lesado alguma indemnização perante a incerteza quanto à verificação do nexa de causalidade”.*

a responsabilidade do médico que, portanto, seria responsabilizado sempre que não fosse capaz de apresentar prova para ilidir a presunção em causa<sup>32</sup>.

Ocorre que, ainda com o recurso às presunções, restava a dificuldade em afirmar com certeza a existência de nexos causal entre a conduta médica e o dano. Desta feita, a *Corte di Cassazione*, em aresto de 07 de agosto de 1982, no caso de um maquinista de navio que recebeu uma série de diagnósticos errados até finalmente ser detetado um tumor em estado avançado, entendeu por bem negar a indemnização ao lesado com o argumento de que não existia uma relação de causalidade entre a demora no diagnóstico e a intervenção cirúrgica que levou à morte do paciente<sup>33</sup>.

Posteriormente, a secção penal da *Corte di Cassazione*, ao posicionar-se acerca da decisão proferida pela *Corte d'appello* de Nápoles, no caso conhecido como *Silvestro e Leone*, proferiu acórdão condenando os médicos Giuseppe Silvestri e Antonio Leone pela morte de uma paciente que após uma cesariana foi alvo de uma infecção por tétano. Na altura, apesar da presença de sintomas típicos, os médicos em questão não diagnosticaram a patologia, o que resultou na morte da doente. Frisamos que, em exame pericial ficou constatado que caso fosse fornecido o tratamento adequado em tempo oportuno, a probabilidade de sobrevivência esperada nestes casos era em 30%<sup>34</sup>.

Ainda que a doente contasse com 30% de probabilidade de sobrevivência caso os médicos tivessem agido de forma mais eficiente, a *Corte di Cassazione* considerou como existente o nexos causal entre a omissão do comportamento médico e a morte da paciente, pelo que decidiu: “[...] *in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, al criterio della certezza degli effetti della condotta, si può sostituire quello della probabilità di tali effetti – anche limitata (nel caso di specie, il 30%) – e della idoneità della condotta a produrli [...] avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili possibilità di successo*”<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 252. Para maiores comentários sobre a manipulação das regras sobre ónus probatório, mais especificamente sobre a culpa, cf. GIANNINI, Gennaro, “*Onere della Prova e responsabilità professionale medica*”, in *Responsabilità civile e previdenza*, Ano 1992, Vol. LVII, pp. 177 e ss.

<sup>33</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, *op.cit.*, p. 140.

<sup>34</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, *ibid.*, p. 141.

<sup>35</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 253. Em aresto de 21 de janeiro de 2000 a *Corte di Cassazione* exprimiu mais uma vez o entendimento versado no caso Silvestri e Leone, vindo afirmar que “(...) *quando o recurso às regras da patologia médica e da medicina legal não possa fornecer um grau de certeza absoluta sobre a relação de causalidade entre a lesão pessoal e a intervenção cirúrgica, a existência dessa relação não pode ser excluída com base na mera relevância de uma margem de relatividade perante um sério e razoável critério de probabilidade científica*”. CARDONA FERREIRA, Rui, *op.cit.*, p. 141. Critica aludido entendimento, contudo, GIANNINI, Gennaro, *op.cit.*, p. 182, por entender que quando a probabilidade de ocorrência de um resultado seja menor do que 50% não há razão de ser segundo a regra “*id quod plerumque accidit*”.

Isto posto, percebemos que a *Corte di Cassazione*, ao romper com o entendimento tradicional fundado na necessidade de certeza absoluta de que a conduta médica poderia ter evitado o dano, considerou que a indemnização não pode depender de uma certeza inalcançável, sendo suficiente a existência de “*serie e apprezzabili possibilità*” ou “*notevoli probabilità*”, resolvendo o problema, portanto, no plano da própria causalidade<sup>36</sup>.

No que concerne a secção cível da *Corte di Cassazione*, o entendimento firmado era de que, na falta de prova da existência de outra causa para o dano suportado pelo doente, este deve ser atribuído ao comportamento médico idóneo a produzi-lo. Logo, temos a inversão do ónus da prova em favor do lesado, restando ao médico, como forma de ilidir tal resultado, provar a existência e eficiência causal de outros fatores imprevisos; imprevisíveis; ou não superáveis mediante a diligência média exigida<sup>37</sup>.

Mais recentemente, a *Corte di Cassazione*, a 04 de maio de 2004<sup>38</sup>, adotou a tese da perda de chance num caso em que a omissão de uma intervenção cirúrgica urgente levou à morte de um paciente, contudo, não se podia afirmar sem sombra de dúvidas que, caso a intervenção tivesse ocorrido no momento adequado, o doente teria sobrevivido<sup>39</sup>.

Nesse sentido, a teoria da perda de chance foi ventilada no âmbito da responsabilidade civil do médico e, ainda que não concedida a indemnização por motivos de regras processuais – devido à formulação do pedido ter versado sobre o dano final e não sobre o dano da perda de chance – a decisão é de extrema importância pelo facto de ter mencionado expressamente a perda de chance como um dano emergente e autónomo, distinto do dano final<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, *ibid.*, p. 142. Nesse sentido, CATTANEO, Giovanni, “*La Responsabilità del Professionista*”, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore, 1958, p. 328, fazia referência a adequação de uma “*forte probabilità*” ou “*certezza relativa alle umane possibilità*” como conceitos preferíveis à “*certezza assoluta*”. Mais uma vez, GIANNINI, *op.cit.*, p. 181, critica tal entendimento ao afirmar que o mesmo causou confusão na constatação do nexo de causalidade e um justificado alarme na classe médica. Cf. PARADISO, Massimo, “*La Responsabilità medica: dal torto al contratto*”, in *Rivista di Diritto Civile*, Ano XLVII, n.º 3, Maggio-Giugno, 2001, pp. 345-346, que por sua vez faz referência a adoção pelos tribunais de uma “*probabilità statisticamente poco significative*”.

<sup>37</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 256.

<sup>38</sup> FI, Ano CXXIX, Maio 2004, n.º 5, p. 1407.

<sup>39</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 258, destaca que o tribunal considerou que: “*Non è possibile affermare che l’evento si sarebbe o meno verificato, ma si può dire che il paziente há perso, per effetto di detto inadempimento, delle chances, che statisticamente avera, ache tenuto conto della particolare situazione concreta*”. Segundo CARDONA FERREIRA, Rui, *op.cit.*, p. 144: “*A Corte di Cassazione sustentou aqui a admissibilidade do recurso à figura da perda de chance tomando-a na aceção, dominante na jurisprudência e acima referida, de uma “(...) concreta e efetiva ocasião favorável de conseguir um determinado bem ou resultado (...)”, que não constitui “(...) uma mera expectativa de facto, mas uma entidade patrimonial em si mesma, jurídica e economicamente suscetível de avaliação autónoma (...)”, configurando a sua perda como “(...) um dano concreto e atual*”.

<sup>40</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, *ibid.*, p. 144.

Restou claro, nesse momento histórico que, o raciocínio da *Corte di Cassazione*, no que diz respeito aos casos de responsabilidade civil do médico, tomou como base um juízo probabilístico. Observamos ainda que, a figura da perda de chance apresenta semelhanças com o procedimento de valoração probabilística donexo causal anteriormente aplicado<sup>41</sup>, entretanto, a *Corte di Cassazione* considerou que a figura da perda de chance apresenta-se de forma coerente no sistema da responsabilidade civil referente à culpa do lesado, designadamente, no artigo 1227º do *Codice Civile*<sup>42</sup>.

Apontamos, ainda, um arresto datado de 18 de setembro de 2008, no qual a *Corte di Cassazione* deixou claro o seu entendimento não só pela autonomia do dano da perda de chance, como também pelo facto de que importa a possibilidade em si considerada, sendo o grau de probabilidade apenas relevante numa perspetiva de determinação do *quantum debeat*<sup>43</sup>, assunto que abordaremos no Capítulo 5.

### 1.1.3. A PERDA DE CHANCE COMO CAUSE EXTERNE OU DÉNATURATION DO NEXO CAUSAL

Na sua asserção mais tradicional, a teoria da perda de chance apresenta-se como um dano pelo facto de ser privado de um benefício que obter-se-ia não fosse a conduta ilícita de terceiro, isto é: “*une forme de préjudice, dont l’objet est la disparition d’une chance préexistante*”<sup>44</sup>. Por outro lado, no que toca à responsabilidade civil do médico, a perda de chance consubstancia-se pela conduta ilícita do médico que, ao fazer um diagnóstico errado ou recomendar um tratamento infeliz, por exemplo, prejudica as chances de cura ou sobrevivência do seu paciente. Sucede que a teoria da perda de chance não se apresenta de forma unitária, mas em duas formas diferenciadas “*d’une similitude apparente trompeuse*”<sup>45</sup>. Nesse sentido, dada a existência de duas faces da teoria, foi em França que se colocou a diferenciação entre uma

---

<sup>41</sup> Cf. nota nº.22

<sup>42</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, *ibid*, p. 144. Interessante ainda a colocação de PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 259, no seguinte sentido: “*No primeiro caso, as «chances substanziano il nesso causale, nel secondo caso sono l’oggetto della perdita e quindi del danno»*”.

<sup>43</sup> CARDONA FERREIRA, Rui, *ibid*, p. 147. MATTEIS, Raffaella, “*La Responsabilità Medica – Un Sottosistema della Responsabilità Civile*”, Pádua, 1995, pp. 474-475, tece comentários acerca da matéria de modo a afirmar que o desafio nos casos de perda de chance encontra-se em estabelecer a relevância causal do comportamento médico ilícito dentro de um processo patológico no qual concorrem causas pré-existentes ou concomitantes que tem como desfecho provável a morte do paciente.

<sup>44</sup> RUELLAN, Caroline, “*La perte de chance en droit privé*”, in *Revue de la Recherche juridique. Droit prospectif*, 1999-3, N. XXIV – 79, p. 730.

<sup>45</sup> RUELLAN, Caroline, *ibid*, p. 730.

teoria verdadeira e uma teoria falsa da perda de chance. A sua primeira face, pioneira e fiel à estrutura tradicional da responsabilidade civil tomou-se como verdadeira, ao passo que a segunda, restou como uma falsificação<sup>46</sup>.

Ora, estamos diante de duas afirmações distintas da mesma teoria. No primeiro caso, a perda de chance significa uma espécie de dano, mais especificamente, o facto do *quid* lesado – a chance – estar cercada pela existência de uma álea intrínseca. Por outro lado, no segundo, trata-se de um recurso que visa facilitar a afirmação do nexos causal entre o facto e o dano. Tendo em vista as dificuldades para se afirmar com certeza o nexos de causalidade entre o erro do médico e o dano suportado pelo doente, é questão de saber em qual vertente da teoria podemos visualizar a perda de chance na seara médica<sup>47</sup>.

Pois bem, se considerarmos a lógica binária do tudo ou nada, tradicionalmente empregada na concessão de indemnizações por responsabilidade civil, diante da álea da atividade médica, afirmar com certeza que determinado facto é causa jurídica do dano mostra-se tarefa de extrema dificuldade. Nesse contexto, justamente pelo facto de estar em causa a existência do nexos causal entre a conduta do médico e o dano, pode parecer, à primeira vista, que houve uma certa “*dénaturation*” do nexos de causalidade em prol do doente-lesado. Explicamos: quando o julgador, diante da álea da atividade médica, vê-se atraído por uma solução intermediária ou alternativa – figura da perda de chance – que foge à regra do tudo ou nada – estar-se-ia a *desnaturalizar* a formação do nexos de causalidade entre o ato médico e o dano<sup>48</sup>.

Em síntese, o que apresentamos na primeira asserção da figura é um problema ao nível do dano, já na segunda, estamos a trabalhar ao nível do nexos de causalidade<sup>49</sup>. Destacamos: na teoria verdadeira da perda de chance, a evolução normal dos acontecimentos foi interrompida por um ato do agente, logo, o resultado é desconhecido. O processo causal nunca atingiu o seu fim, portanto, a perda de chance apresenta-se como uma espécie de dano.

Por outro lado, no que diz respeito à perda de chance na responsabilidade civil do médico, temos outro plano de trabalho. Nesse caso, não há interrupção do processo aleatório, o

---

<sup>46</sup> CHABAS, François, “*La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*”, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, p. 230.

<sup>47</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 206.

<sup>48</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 207.

<sup>49</sup> Coloca PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 207: “*Ora, trata-se de dois júzcos distintos: a afirmação de que um facto causou a perda de uma chance, valorada em 30%, de alcançar um dano resultado positivo e a afirmação de que existe uma probabilidade de 30% de um facto ter sido a causa de um determinado dano. No primeiro caso, estamos, ainda, no domínio do dano, mas, no segundo, já no do nexos causal*”.

resultado produz-se, o que não sabemos é se a conduta do médico é responsável por esse resultado (nefasto), ou, se pelo decorrer normal das coisas, o mesmo resultado produzir-se-ia. Por outras palavras, é questão de saber em que medida o comportamento médico é responsável pelo dano suportado pelo doente-lesado, isto é, em que medida o comportamento médico é responsável, por exemplo, pela diminuição das chances de cura ou sobrevivência do doente.

Em resumo, se na primeira versão da teoria da perda de chance o elemento desconhecido é o resultado, cujo processo causal é interrompido antes que chegue ao seu termo; na segunda vertente da teoria o que se desconhece é outro elemento: a contribuição do ato médico para o prejuízo final. O que se ignora, nesse caso, é a causa responsável pelo dano, se o erro médico ou a evolução natural da doença<sup>50</sup>.

Ora, o processo patológico “*est allé jusqu’à son stade ultime et on connaît le préjudice final*”, ou seja, opera sem interrupções, chega ao seu fim e sabemos o resultado. *Ad argumentandum tantum*, na teoria clássica, temos a causalidade como certa, entretanto, o dano é incerto. No âmbito da responsabilidade civil médica, em contrapartida, se somos conhecedores do dano, o dano é certo, o que é incerta é a sua causalidade<sup>51</sup>.

Dito isto, a noção de perda de chance vem intervir para resolver a dúvida quanto ao nexo causal também no plano do dano<sup>52</sup>. Não se trata de descobrir o eventual curso do processo interrompido, mas de auferir a existência de um nexo de causalidade entre os factos ocorridos e o desfecho do processo. Assim sendo, em que pese termos a ideia de adequação de determinado facto do médico com o resultado do dano, resta saber se é possível afirmar também o nexo de condicionalidade entre eles.

Em conclusão, conseguimos apurar o erro do médico, bem como o dano ao doente, contudo, não resta juridicamente comprovado de forma significativa, para efeitos de causalidade, que de um acontecimento resulta, cronologicamente, o outro.

---

<sup>50</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 282. Segundo ROCHA, Nuno, “A «Perda de Chance» Como Uma Nova Espécie de Dano”, Almedina, Fevereiro, 2014, p. 38: “Nessa última situação, a «chance» não poderia ser isolada como uma espécie de «propriedade anterior» da vítima totalmente independente do dano final, como aconteceria nos casos clássicos de «perda de chance»”.

<sup>51</sup> PENNEAU, Jean, “La réforme de la Responsabilité Médicale : Responsabilité ou Assurance”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1990, Vol. 2, p. 537. Comenta ROCHA, Nuno, *op. cit.* p. 37, a respeito da perda de chance de cura ou sobrevivência: “Nestas últimas situações haverá sempre a interrupção de um processo aleatório – por causa de um facto ilícito – de que jamais se saberá o resultado. No primeiro tipo de casos, todavia, a situação desenha-se de modo diferente, já que aí não nos deparamos com um processo que se interrompeu, mas já com o seu resultado final, seja a morte ou a invalidez do paciente. Para os defensores desta corrente, nos casos de responsabilidade médica, estaremos perante um problema de nexo causal, já que se nos depara um “dano certo produzido por uma casualidade incerta”. Inversamente, nos restantes casos a questão prende-se não com o nexo causal, mas com o dano, existindo “uma causalidade certa que produz um dano incerto”.

<sup>52</sup> PENNEAU, Jean, *op. cit.*, p. 537.

É a partir dessa constatação que, para a infelicidade da teoria, se deu, de maneira absolutamente errada, a aplicação da teoria da perda de chance aos casos em que o julgador, em dúvida quanto ao nexos de causalidade entre a conduta do médico e o dano, recorre à figura da perda de chance para conceder indemnização ao doente-lesado, com vista a fugir do binómio do tudo ou nada. Ou seja, movido por uma tentação “*dangereuse*”<sup>53</sup> de conferir valor ressarcitório ao dano provocado pelo comportamento censurável do médico “*inventar*”, portanto, um prejuízo intermédio, anterior ao dano final<sup>54</sup>.

Façamos então um apanhado: se na versão original da teoria, a privação do benefício esperado corresponde ao dano final, a perda de chance corresponderia a nada mais do que o dano parcial. Todavia, no domínio da responsabilidade civil do médico, a perda de chance não pode ser considerada como o dano final ou total, tão-pouco como dano parcial, pois comporta “*un visage nouveau*”<sup>55</sup>. Poderíamos dizer, então, que se trata de um “dano virtual”<sup>56</sup>?

Conforme mencionamos, trata-se de optar por uma solução que foge à regra do tudo ou nada, isto porque, face às dúvidas despertadas quanto ao nexos causal, o julgador não vislumbra na indemnização integral do dano a melhor saída, entretanto, do mesmo modo, diante de um comportamento censurável do profissional, também não fica satisfeito em dar a indemnização como indeferida, logo, a indemnização parcial é a opção escolhida. Podemos perguntar, se estamos a substituir o dano concreto por um “diminutivo abstrato” do mesmo, estaríamos a conceder uma indemnização parcial pelo prejuízo final<sup>57</sup>?

---

<sup>53</sup> SAVATIER, René, *op.cit.*, p. 124.

<sup>54</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 284. No mesmo sentido coloca ROCHA, Nuno, *op. cit.*, p. 23: “*Em suma, quando, de acordo com a normalidade das regras do ónus da prova, não se consiga estabelecer o nexos causal entre um facto ilícito e um dano, mas se constata que, não fora a ocorrência do primeiro, o segundo teria uma probabilidade maior de não se produzir, a teoria da “perda de chance” permite considerar que o comportamento censurável do agente privou a vítima de determinadas possibilidades de não sofrer aquele prejuízo, e que por isso essa perda poderá ser indemnizada*”.

<sup>55</sup> Expressão usada por LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *apud* PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 285.

<sup>56</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 285. Explica ROCHA, Nuno *op. cit.*, p. 40, que a noção da perda de chance é empregue artificialmente de modo a produzir um dano virtual passível de ser ressarcido baseado no *quantum* de chances foram perdidas em razão do ato ilícito do médico, como forma de reparar o único e verdadeiro dano, qual seja, a morte ou invalidez, o dano final.

<sup>57</sup> SINDE MONTEIRO, Jorge, “*Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*”, Dissertação de Doutoramento, Universidade de Coimbra, Almedina, 1989, p. 298. No mesmo sentido coloca ROCHA, Nuno, *op. cit.*, p. 35: “*Deste modo, se o ato do agressor não for conditio sine qua non do dano final, ou seja, da perda da vantagem esperada, poderá conceder-se a reparação de um prejuízo parcial e relativo, traduzido na «perda de chance», e que será desta forma quantificado de acordo com a probabilidade da causalidade provada*”. No mesmo sentido coloca DIAS, João Àlvoro, “*Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*”, Coimbra Editora, 1996, p. 397: “*Ora, é em matéria de responsabilidade médica que tal aproveitamento ínvio do conceito de «perte de chance» («perte d’une chance de guérison ou de survie») mais se tem feito sentir. Nos casos em que a causalidade entre o ato médico culposo e o dano sofrido pelo doente não está perfeitamente determinada encontramos uma*

Logo, os juízes indecisos, no caso de dúvidas quanto ao nexo causal entre a conduta do médico e o dano suportado pelo doente, entendem por bem conceder a indemnização e, para isso, apoiam-se numa ideia de presunção de causalidade que tem como contrapartida a diminuição proporcional do valor da indemnização em razão dessas mesmas dúvidas, assim, para o juiz, *la mesure de son doute sera celle de sa condamnation*<sup>58</sup>. Ocorre que, ao olhar deste prisma, fica em evidência uma ideia de causalidade parcial.

Pois bem, não concordamos com o emprego da noção da perda de chance da forma como anteriormente descrita. Temos por certo que, diante da inadequação do raciocínio que sustenta essa noção da perda de chance, as consequências evidenciadas não poderiam deixar de ser prejudiciais ao profissional médico. Ora, na situação do médico ser confrontado com presunções judiciais, a única maneira de afastar a sua responsabilidade seria fazer prova de que uma outra causa, que não a sua intervenção, foi a única causa responsável pela perda de chance. Assim sendo, estaríamos diante da transformação da natureza da obrigação do médico de obrigação de meios para obrigação de resultado<sup>59</sup>?

Conforme abordaremos nos próximos capítulos, essa ideia da perda de chance como *dénaturation* não merece prosperar, por ora, concentrar-nos-emos em apresentar a outra face da teoria: a teoria verdadeira da perda de chance.

#### **1.1.4. A PERDA DE CHANCE COMO PRÉJUDICE AUTONOME**

Se, a partir do estado da ciência atual, podemos dizer que a medicina, diante do caso concreto, é capaz de determinar as probabilidades de êxito de uma terapia através da análise das variáveis envolvidas, por exemplo, o cálculo das chances de cura ou sobrevivência do doente ao tempo da intervenção médica<sup>60</sup>, podemos dizer em consequência, que a conduta médica contrária às práticas médicas usualmente tidas como adequadas, é capaz de fazer com que o paciente perca alguma destas probabilidades.

---

*série de decisões dos tribunais franceses que, fazendo apelo àquele conceito, acabam por justificar uma reparação parcial. Fazendo abstracção do dano concreto (a morte ou o agravamento do estado do doente), a respeito do qual não se encontrava convenientemente provado o nexo causal, a jurisprudência francesa substitui-o por um diminutivo abstracto desse prejuízo (perda de possibilidade de não morrer ou de se curar)”*.

<sup>58</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 286, comenta que para SAVATIER, que o juiz está dispensado de afirmar sua íntima convicção sobre a causalidade, pois a medida da sua dúvida será a da sua condenação.

<sup>59</sup> PEDRO, Rute, *ibid*, p. 287.

<sup>60</sup> PEDRO, Rute, *ibid*, p. 288: “Por exemplo, com o recurso às estatísticas obtém-se a informação relativa às possibilidades de cura que existem no caso de uma doença cancerosa ser detectada, em cada uma das suas fases de desenvolvimento, sabendo-se que essas possibilidades decrescem com o decurso do tempo.”

A partir de então, temos de ter em mente que o doente conserva duas possibilidades: a vida e a probabilidade de sobrevivência, ou seja, a sua possibilidade inicial de curar-se ou sobreviver não é relativamente oposta ao resultado final da morte ou a enfermidade. Sucede que, o dano da “*perdita del potenziale delle chances*” fica escondido pelo “*pregiudizio visibile che è la morte*”, isto é, por detrás do dano morte há, ainda, o dano da perda de chance de sobrevivência<sup>61</sup>.

Não se trata de um raciocínio fácil, há que se autonomizar as duas figuras – vida e probabilidade de sobrevivência –, para perceber que, diante do desaparecimento da primeira, há que ser considerado, ainda, o desaproveitamento da segunda. Estamos a distinguir o prejuízo real do resultado de uma elaboração intelectual, todavia, este último baseia-se em elementos reais e quantificáveis<sup>62</sup>.

Consequentemente, através dessa perspetiva, a perda de chance consubstancia-se como um “*préjudice autonome*”, diferente do resultado final morte ou invalidez. Há aqui a noção de danos diversos que resultam da lesão de bens jurídicos diferentes. Trata-se de uma diferenciação, a nível substancial, entre o resultado final e a perda de chance de o alcançar<sup>63</sup>.

Assim sendo, já não se trata de provar o nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano suportado pelo doente, mas, para que se possa falar em dano pela perda de chance, basta simplesmente o reconhecimento de que a conduta do médico contribuiu em certa medida, ou foi provavelmente responsável, pelo dano suportado pelo doente<sup>64</sup>.

Individualizados estão, portanto, dois danos distintos: o primeiro, a morte ou a invalidez, por exemplo, cujo nexo causal para com a conduta do médico é incerto, já que não se pode afirmar com certeza que, sem a intervenção do médico, o doente sobreviveria ou obteria a cura. E o segundo, o dano da perda de chance que em contrapartida é certo, pois não há dúvidas de que o erro médico prejudicou, em certa medida, determinadas chances de cura ou sobrevivência<sup>65</sup>.

Em conclusão, importa suscitar requisito especial para a aplicação dessa noção: estar em causa um doente cuja saúde ou a vida esteja comprometida e que, devido ao comportamento

---

<sup>61</sup> CHABAS, François, *op. cit.*, p. 239.

<sup>62</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, pp. 290-291. Cf. LENTZ, Jeanne, “*Controverses autour de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage*”, Liège université Library, 2018, p. 16 e BOUSSARD, Sabine, “*Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière*”, RFDA, 2010.

<sup>63</sup> CHABAS, François, *op. cit.*, p. 236.

<sup>64</sup> A esse respeito comenta PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 289: “*Em última análise, através do reconhecimento da chance como entidade a se, opera-se a distinção indispensável entre as operações de apreciação da causalidade e de mensuração do dano, que, em regra, aparecem confundidas*”.

<sup>65</sup> PEDRO, Rute, *ibid*, p. 290.

do médico, as chances de cura ou sobrevivência são diminuídas ou tolhidas por completo. Ora, se a princípio não havia qualquer perigo de morte ou invalidez, entretanto, após o erro do médico, um dano sobrevem, não estamos a falar da perda de chance, mas sim do dano final<sup>66</sup>.

Logo, a partir dessa ideia, para que se verifique a responsabilidade do médico, há que se falar num paciente que se encontre portador de chances de sobrevivência ou cura e, em seguida, em razão de uma intervenção médica, a dúvida que existia acerca da cura ou sobrevivência se transforme numa certeza de que esse resultado não foi possível<sup>67</sup>.

## **1.2. DELIMITAÇÃO DA RESSARCIBILIDADE DA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO**

Conforme percebemos a chance como dano autónomo, é questão de saber se o dano da perda de chance constitui um dano patrimonial ou não patrimonial. Para tal, é preciso ter em conta que a distinção entre essas duas classificações reside na suscetibilidade dos danos serem objeto de avaliação pecuniária.

No que se refere ao dano patrimonial, o binómio dano emergente e lucro cessante refletem a ideia importante de que a proteção do *status quo* da vítima comporta todas as vantagens que o lesado teria normalmente retirado do seu estado, não fosse o ato do lesante.

Assim sendo, a distinção entre o lucro cessante e o dano emergente desempenha uma função descritiva do conteúdo do dano ressarcível. Ora, configuram danos emergentes as subtrações de utilidades já existentes no património do lesado, por outro lado, os lucros cessantes significam as novas utilidades que o lesado teria provavelmente conseguido não fosse o facto ilícito do terceiro.

Importante esclarecer que o conceito jurídico de dano emergente não se restringe ao conceito económico, já que a diminuição patrimonial correspondente tem lugar, tanto quando a utilidade perdida já era parte da disponibilidade material do sujeito lesado, quando constituía objeto de um direito a adquiri-la ao seu património<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, pp. 291-292: “Se alguém saudável é vítima de erro médico e acaba por perecer, perde a vida e nunca se poderá falar de perda de chance de sobrevivência. Se alguém já enfermo de uma patologia letal é vítima de um erro, verificando-se a sua morte, poder-se-ão equacionar intelectualmente dois prejuízos – a perda da vida e a perda das possibilidades de sobrevivência”.

<sup>67</sup> Vide CHABAS, François, *op. cit.*, p. 240.

<sup>68</sup> GOMES, Júlio, “Em torno do dano da perda de chance – algumas reflexões”, 2008, p. 306.

Em resumo, a diferenciação entre dano emergente e lucro cessante importa, mais precisamente, à maior ou menor dificuldade de prova que, no caso do lucro cessante, remete o julgador mais facilmente para uma indemnização fixada segundo a equidade.

No que concerne à perda de chance considerada como um dano autónomo, é questão de saber qual a qualificação jurídica que se dá à chance. Nesse contexto, se comparada ao lucro cessante, diferencia-se deste pelo facto de apresentar maior incerteza da verificação do prejuízo. Já a partir de uma perspectiva da chance como perda de uma possibilidade de conseguir um resultado útil aproxima-se do dano emergente<sup>69</sup>.

Ora, a chance nada mais é do que uma lesão à uma propriedade anterior pelo que, a afirmação de que o dano deve ser certo, não representa qualquer barreira à sua afirmação. Logo, ao considerarmos que a chance já se encontrava no domínio patrimonial do lesado, a sua perda só pode ser juridicamente considerada como um dano emergente.

Em conclusão, se procuramos distinguir o resultado que não se produziu e a chance de consegui-lo, fica claro que a chance não significa uma vantagem possível cujo dano é apenas eventual ou potencial, mas configura uma possibilidade concreta de obtenção de um resultado favorável. Assim sendo, a chance possui o seu próprio valor económico e a sua perda implica um dano emergente cujo prejuízo é atual e certo<sup>70</sup>.

Portanto, se a análise do dano da perda de chance parte do pressuposto de que a oportunidade que foi perdida – em razão do comportamento do médico – já se encontrava na esfera do lesado, julgamos, portanto, que a destruição dessa chance não pode configurar outra coisa senão um dano emergente e não um lucro cessante<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> GOMES, Júlio, *ibid*, p. 307: “Este ponto merece uma consideração mais atenta, já que é tudo menos óbvio que a perda de uma chance deva ser considerada uma modalidade de dano emergente. Mesmo MAURIZIO BOCCHILA – autor a quem se deve, em Itália, a aceitação da perda de chance como dano emergente – reconhece que chance e lucro cessante apresentam “algumas características comuns, algumas analogias” e até chega a dizer que porque a certeza no lucro cessante é uma certeza relativa, uma verossimilhança, as duas hipóteses, no limite, são “confundíveis e praticamente sobrepõem-se” e isto porque o que nunca aconteceu não pode ser objecto de uma certeza absoluta. Apesar de dizer, inclusive, que a chance está contida, no lucro cessante, o ator acaba por identificar uma diferença entre os dois, em sede de prova: a prova do lucro cessante implica a sua demonstração em termos de certeza, ainda que relativa. É certo que tal prova não pode considerar o lucro cessante em si mesmo, mas sim os pressupostos e requisitos necessários para que ele viesse a existir. Isso significa que a chance não é ressarcível como lucro cessante e tem uma relevância e um valor particulares. Em suma, a perda de uma chance não deve ser considerada como lucro cessante (ainda que não haja uma diferença qualitativa, mas apenas quantitativa entre ambos), mas como um dano emergente”.

<sup>70</sup> GOMES, Júlio, *ibid*, p. 308-309.

<sup>71</sup> Para LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “Direito das Obrigações”, Vol. I – Introdução da Constituição das Obrigações, 11.ª Edição, Almedina, 2014, p. 309, o direito à indemnização pela perda de chance só haverá lugar nos casos em que a probabilidade de verificação da cura for superior a 50%, logo, as probabilidades inferiores não são passíveis de indemnização.

Pois bem, conforme veremos a seguir, para o dano da perda de chance há que se apreciar as verdadeiras chances existentes, a probabilidade séria e real de que a oportunidade realizar-se-ia não fosse a conduta culposa do médico.

Ultrapassada a discussão acerca da natureza do dano da perda de chance, cumpre esclarecer de que forma podemos proceder com a delimitação da chance de forma a ressarcí-la.

Como não pode deixar de ser, a ressarcibilidade do dano da perda de chance depende também da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil. Assim, para que seja possível diferenciar aqueles interesses que são merecedores de proteção dos que não são, há que se falar nos requisitos gerais da responsabilidade civil, bem como em requisitos específicos do dano da perda de chance, sob pena de alargar demasiado as dimensões de ressarcibilidade do dano<sup>72</sup>.

Nesse contexto, é questão de saber quais seriam os requisitos especiais necessários ao dano da perda de chance. Pois bem, não se trata de conferir valor ressarcitório a toda e qualquer chance, é necessário que seja demonstrada uma efetiva possibilidade de concretização do resultado pretendido, ou seja, que as chances de recuperação da saúde do doente sejam uma realidade<sup>73</sup>.

Ora, como ponto de partida para concebermos o dano da perda de chance é necessário, primeiramente, que exista a possibilidade de obter um resultado final favorável – a cura ou sobrevivência – através de determinada prestação médica. Em seguida, tendo em conta o resultado final e, em virtude do ato ilícito e culposo do médico, as chances de alcançá-lo desaparecem de modo definitivo ou são diminuídas de maneira irreversível<sup>74</sup>.

Assim sendo, não estamos a falar de chances quaisquer, mas de chances que, tendo em vista a sua configuração ou grau de consistência e probabilidade, mereçam tutela jurídica. Trata-se de chances sérias a reais, e por isso, indenizáveis, diferente de meras esperanças ou desejos que nada mais são do que danos meramente hipotéticos e eventuais, e por isso, não merecedores de tutela jurídica<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 294.

<sup>73</sup> ROCHA, Nuno, *op. cit.*, p. 59.

<sup>74</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 294. Também pela necessidade de confirmação do prejuízo final manifesta-se ROCHA, Nuno, *op. cit.*, p. 58: “Primeiramente é necessário atestar-se a própria existência das «chances», a sua realidade. As «chances» que se perderam seriam aquelas que evitariam o prejuízo final, e sem que este último dano ocorra, as «chances» nunca se poderão considerar como perdidas, tornando-se para isso essencial a não ocorrência do resultado útil almejado, sob pena de nos situarmos perante uma hipótese de mera criação de risco”.

<sup>75</sup> ROCHA, Nuno, *ibid.*, pp. 59-60. MARTINS-COSTA, Judith, “Modelos de direito privado”, 1ª. ed. São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 396, acertadamente coloca: “A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais para separar as chances potenciais e prováveis e, portanto,

Dessa maneira, se consideramos que somente se o dano for certo, isto é, se pudermos afirmar com certeza que determinadas chances foram perdidas, é que cabe reparação, podemos, então, falar na seriedade como requisito especial do dano da perda de chance. Ora, estamos aqui diante de um critério de certeza e outro de incerteza. Explica-se: em primeiro, na área médica, é essencial que haja certeza em relação às possibilidades, sérias e reais, de obter-se a cura ou a sobrevivência. Contudo, há incerteza sobre o facto da cura ou a sobrevivência poder ser alcançada não fosse a atuação culposa do lesante. Por outras palavras: a incerteza encontra-se na causa da ocorrência do dano, ao passo que a certeza está no campo da probabilidade<sup>76</sup>.

Ora, a valoração das chances precisa, portanto, de ser avaliada de forma objetiva sem deixar-se afetar por simples esperanças subjetivas. É o caso de um paciente que acometido de uma doença incurável, entretanto, ainda mantém esperanças de viver, ainda que do ponto de vista médico-científico não haver qualquer chance apreciável de cura<sup>77</sup>.

Posto isto, sabendo que a seriedade da chance importa para a sua ressarcibilidade, é questão de saber qual a medida necessária de probabilidade de a chance ocorrer para que esta seja relevante. De facto, é imprescindível uma consistência mínima de chances desaparecidas para se falar em chances sérias, entretanto, fixar um valor estrito e inflexível não parece a melhor solução. Diante do caso concreto, ao conhecer as características individuais do doente, os elementos de tempo e espaço e, as particularidades de cada caso, torna-se possível delimitar o valor de cada chance, isto é, pessoalizá-la. Em resumo, ainda que permaneça uma margem de dúvida importa que, ao fim do percurso, o julgador fique convencido da existência de uma chance séria para aquele caso em específico<sup>78</sup>.

Em França, a diferenciação entre dano presente e dano futuro é de extrema importância para viabilizar o ressarcimento pela perda de chance. No caso dos danos presentes, quando não

---

*indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação deve ser rechaçada.*”. Esclarece 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 – profissionais de saúde e pacientes – responsabilidades, Almedina, 2016, pp. 86-87: “A pessoa terá, portanto, de estar investida de uma chance real de consecução da finalidade esperada. Tem que se poder afirmar que a cura, em qualquer um dos exemplos apresentados, segundo os conhecimentos médicos disponíveis, é, em concreto possível. É indispensável e suficiente que se demonstre a verificação in casu de uma situação em que a obtenção do resultado pretendido não se encontra definitivamente impedida ou excluída. Se for feita a prova de que a possibilidade de obter o resultado final inexistente em concreto, não se poderá falar de chance de consecução da finalidade pretendida. Se, pelo contrário, se demonstrar que a consumação da finalidade pretendida era certa, também não se falará de uma chance de obter o resultado final, mas antes de uma certeza à obtenção do mesmo”.

<sup>76</sup> ROCHA, Nuno, *op. cit.*, p. 60.

<sup>77</sup> ROCHA, Nuno, *ibid.*, p. 60.

<sup>78</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, pp. 87-90.

se puder provar a seriedade das chances, poderá ser negada a reparação pelas chances perdidas, embora dificilmente o seja. No caso dos danos futuros, por outro lado, a seriedade das chances será avaliada de acordo com as probabilidades de efetivamente se concretizarem. Aludida análise consiste, portanto, na proximidade temporal entre o momento em que as chances foram destruídas e o momento futuro no qual elas seriam utilizadas. Logo, quanto maior for o lapso temporal entre estes dois momentos, mais as chances perdidas transformam-se num dano apenas hipotético e, por isso, não indenizável<sup>79</sup>.

Em Itália, por sua vez, a *Corte de Cassazione* posicionou-se acerca da probabilidade de sucesso de uma terapia para que um médico possa ou deva atuar. Delimitou, portanto, a probabilidade de que a intervenção deficiente do médico seja considerada juridicamente responsável pela não concretização das referidas possibilidades de êxito.

A *Corte de Cassazione* vem, nesse sentido, analisar as chances a partir de duas perspectivas: em primeiro, para avaliar a licitude do comportamento médico em questão, considerando a sua validade e conteúdo, face às chances de sucesso da intervenção e, em segundo, o ato ilícito desse profissional como responsável pelo desaparecimento dessas chances<sup>80</sup>.

Assim, para a *Corte de Cassazione*, é suficiente que as chances de sucesso sejam “*quantitativamente non irrisorie*” para se justificar uma intervenção médica, contudo, apenas quando existam chances “*notevoli*” de que o ato médico fez fracassar essas chances, se afirma a causalidade deste para com aquela chance, sendo possível a indemnização<sup>81</sup>.

Em conclusão, a análise acerca da realidade e seriedade da chance deve ser realizada em consideração ao caso concreto. Há de ficar comprovado que as chances de cura ou sobrevivência eram expressivas não fosse o ato médico. Como consequência, a indemnização será calculada a depender do grau das probabilidades existentes, isto é, o número de probabilidades reflete-se no *quantum debeat*, mas não é obstáculo à indemnização, desde que comprovado a consistência da chance (real e séria) perdida<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 397-398.

<sup>80</sup> PEDRO, Rute, “*A Responsabilidade Civil do Médico...*”, pp. 296-297.

<sup>81</sup> Nas palavras de PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 297: “*Assim, quando está em jogo a vida humana, uma probabilidade de sucesso “anche limitate” ou “quantitativamente non irrisorie” é suficiente para legitimar – ou impor – a intervenção do médico, mas só quando exista uma probabilidade “notevoli” que se venha malograr, pela indevida actuação (positiva ou negativa) do médico, é que se afirma a causalidade desta para o malogro daquela, reconhecendo, portanto, relevância ressarcitória à dita probabilidade*”.

<sup>82</sup> ROCHA, Nuno, *op. cit.*, p. 60.

## 2. O PROBLEMA DA AFIRMAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA – POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Ultrapassada a questão do enquadramento geral da noção da perda de chance, teoria objeto deste estudo, podemos, portanto, avançar para conhecer o problema sobre o qual nos debruçaremos a partir de então. Assim sendo, nesse segundo capítulo, trataremos brevemente da evolução da responsabilidade civil médica e da transformação da figura do profissional da medicina ao longo dos tempos. Desde logo, o nosso objetivo é perceber os motivos que levaram a classe médica a estar protegida ao ponto de falar-se num escudo protetor desses profissionais.

Em seguida, tendo em mente o desequilíbrio da relação médico-paciente, vamos adentrar na principal razão de ordem deste estudo, isto é, a necessidade de uma intervenção *pro domnato* doente-lesado. Para tanto, apontaremos as dificuldades probatórias enfrentadas pelo lesado no cumprimento do encargo do ónus da prova, bem como as possíveis soluções encontradas pela doutrina e pela jurisprudência no que diz respeito a esse problema<sup>83</sup>.

Assim sendo, em primeiro, consideramos imperativo fazer um breve apanhado acerca do nexo causal dentro do tema da responsabilidade civil. O artigo 483º, do Código Civil, estabelece a obrigação de indemnização como sanção para o comportamento ilícito e culposo do agente, portanto, aquele que causou o dano é obrigado à reparação dos “danos resultantes da violação”. Ocorre que, a obrigação de indemnização só tem causa quando o comportamento lesivo seja a causa dos danos sofridos ou seja, é necessário o nexo de causalidade entre o facto e o dano<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Antes de mais, observamos que MASSANO, João, “*Responsabilidade Médica e a Pandemia COVID-19*”, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados - Conferência on-line sobre o COVID-19, 14 de maio de 2020, o presidente do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, no âmbito da Conferência on-line sobre o COVID-19, cujo tema era “*Responsabilidade Médica e a Pandemia COVID-19*”, aponta para o facto de que qualquer pessoa vítima de um erro médico em Portugal é vítima por dois motivos: em primeiro lugar, por sofrer as consequências do erro propriamente dito e, não menos importante, por sê-lo num país onde o sistema judicial não está preparado para lidar com esta temática e em que uma decisão demora em média cerca de dez anos a ser tomada, vez que a dificuldade de prova nos casos de erro médico que resultou, nos anos de 2017 e 2018, segundo dados que tive acesso, no arquivo de mais de 90% dos processos de inquérito. Assim, no que toca a prova em processos cuja matéria controvertida envolva erro médico, a prova pericial, uma vez obtida, coloca o problema ao nível da apreciação da prova, uma vez que, não obstante o facto de a mesma estar naturalmente sujeita ao princípio do contraditório, certo é que o Ministério Público, os juízes e as próprias partes não estão evidentemente aptas a realizar uma avaliação minuciosa do teor dos pareceres médicos por desconhecimento dos conceitos técnicos. A verdade é que a ignorância face a tais conceitos de ordem técnica resulta inevitavelmente numa notória desvantagem das vítimas relativamente à classe médica. Facilmente se infere que, a priori, a defesa da classe médica é substancialmente facilitada e o paciente frequentemente é vítima do erro *stricto sensu* e do desconhecimento que disso sucede, logo, estaremos, de forma clara, a condenar duplamente a vítima à injustiça.

<sup>84</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “*Direito das Obrigações*”, vol. I, Introdução da Constituição das Obrigações, 14ª Edição, Almedina, 2017, pp. 338-345.

É questão de saber os limites que se pode admitir esse nexo de causalidade, já que o facto não pode ser causa do dano em termos muito remotos, hipótese na qual dificilmente o agente seria responsabilizado. Há que se definir um critério razoável para a construção do nexo de causalidade não em termos naturalísticos, mas em termos jurídicos<sup>85</sup>.

Nesse compasso, podemos citar como critérios para a construção do nexo de causalidade, a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada, que trataremos no capítulo 3<sup>86</sup>. Ademais, um outro problema que se coloca no âmbito do nexo de causalidade concerne à causalidade virtual, quando o dano resultante da causa real igualmente se verificar, por via de outra causa, denominada a causa virtual<sup>87</sup>. A solução da relevância positiva da causa virtual resultaria no abandono no nexo de causalidade, já que esse é interrompido pela ocorrência da causa real, uma vez que o autor da causa virtual seria responsabilizado por danos que não resultaram do seu comportamento, solução inaceitável de acordo com o artigo 483º do Código Civil<sup>88</sup>. Chamamos a atenção para o facto de que a teoria da perda de uma chance e a causalidade virtual não se assemelhem nesse sentido, o que será aprofundado em seguida.

## 2.1. A DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA NOS CASOS DE RESPONSABILIDADE AQUILIANA

No que toca à distribuição do ónus da prova nos casos de responsabilidade aquiliana, cabe ao lesado esclarecer os factos intermédios entre a violação do dever e a lesão, a fim de comprovar o resultado danoso, fruto da violação de um dever legal, para cumprir com o encargo

---

<sup>85</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “*Direito das Obrigações*”, vol. I, Introdução da Constituição das Obrigações, 14ª Edição, Almedina, 2017, pp. 338-345. CORDEIRO, António Menezes, “*Tratado de Direito Civil*”, Tomo VIII, Direito das Obrigações – Gestão de Negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade Civil, Almedina, 2014, pp. 531-550, considera que no que toca ao nexo de causalidade requerido pela responsabilidade aquiliana, não existem, no estado atual da Ciência do Direito, formulas universais válidas, o que temos são ensaios pouco uteis, em casos menos habituais, tanto mais que só são alcançáveis em planos de elevado abstração, portanto, a causalidade relevante construir-se-á, caso a caso, perante as diretrizes da Ciência do Direito.

<sup>86</sup> CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, pp. 531-550, observa: “*Antes de prosseguir tendo em conta a realidade nacional, cumpre esclarecer o Artigo 563.º, do Código Civil, ao contrário do que se entende em decisões jurisdicionais, não impõe a causalidade adequada, como direito vigente. De resto, nem faria sentido prescrever teorias obrigatórias. O Artigo 563.º em causa, como compete a uma ação legislativa, tem duas finalidades objetivas: - afasta, como princípio, a causalidade virtual, como fonte de imputação: não se responde, civilmente, por condutas que, embora ilícitas e culposas, não chegaram a provocar danos; - arreda, como regra, a necessidade da absoluta confirmação do decurso casual: não há que provar tal decurso mas, simplesmente, a probabilidade razoável da sua essência*”.

<sup>87</sup> Segundo CORDEIRO, António Menezes, *ibid.*, pp. 531-550: “*Temos, pois, uma dupla diretriz de equilíbrio: protege-se o responsável, evitando a causalidade virtual, particularmente na vertente positiva, e tutela-se o lesado, facultando a indemnização, perante meras probabilidades fácticas*”.

<sup>88</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “*Direito das Obrigações*”, vol. I, Introdução da Constituição das Obrigações, 14ª Edição, Almedina, 2017, pp. 338-345.

do ónus da prova. De facto, a repartição tradicional dos encargos probatórios pode representar a imposição de um certo gravame ao lesado que, incumbido de provar todos os factos constitutivos da sua pretensão, ou seja, a conduta violadora do dever jurídico, a lesão, a culpa e a conexão entre o facto ilícito e culposo e os danos, de acordo com o n.º 1 do artigo 342º e o n.º 1 do artigo 487º, está, ainda, ameaçada pela prova a cargo do réu de facto que exclua a culpa de acordo com o n.º 2 do artigo 342º e afasta a obrigação de indemnizar. No caso das omissões, especificamente, ainda mais difícil pode ser a prova uma vez que, dado o seu carácter puramente normativo e, portanto, desprovido de substrato material que suporte a atribuição dos resultados, resta dificultada a tarefa do lesado quanto ao ónus probatório, ainda mais difícil quanto a discussão sobre as exigências de certeza ou mera probabilidade acerca da capacidade dos comportamentos devidos de obstem os resultados lesivos<sup>89</sup>.

Assim, temos de destacar o papel das presunções legais ou judiciais quanto à distribuição do ónus da prova. Sucede que as presunções não significam meios de prova, mas meios de dispensa de prova, porquanto a parte que beneficia da presunção fica dispensada de provar o facto essencial que é presumido. Trata-se de uma decisão legislativa que abre mão dos juízos de certeza sobre a realidade dos factos em prol de juízos de mera probabilidade<sup>90</sup>.

Ressaltamos a jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal de Justiça que considera que a culpa é matéria de facto, pois é baseada na inobservância das regras gerais de diligência, salvo quando está em causa a infração de normas legais ou regulamentares, que será também matéria de direito, sujeita a controlo pelo STJ, no âmbito do recurso de revista. Nesse assunto, temos de ter em conta as regras que se limitam a prescrever os resultados lesivos, carecendo da descrição do exato comportamento exigido para que o seu preenchimento seja pressuposto de um juízo de censura. Se a disposição legal, de acordo com o n.º 1 do artigo 483º, se limita a proibir um resultado pela violação de um dever, cumpre ao lesado o encargo probatório<sup>91</sup>.

Por assim ser, a demonstração da materialidade que corporiza a ilicitude permite a formulação do juízo ético-jurídico de reprovação, pelo que a culpa constitui matéria de direito sujeita a controlo pelo Supremo, de modo que o sentido das presunções aquilianas de “culpa” deve ser considerado indiretamente provado desde que o lesado comprove os factos indiciários

---

<sup>89</sup> Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *“Responsabilidade Civil por Violação nos Deveres no Tráfego”*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 845-846; PEREIRA, Rui Soares, *“O nexó de causalidade na responsabilidade delitual – Fundamento e limites do juízo de condicionalidade”*, Almedina, 2017, p. 1185-1188.

<sup>90</sup> Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 847.

<sup>91</sup> Ataíde, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 860-861.

e o réu não faça prova do contrário. Significa que as presunções de culpa são presunções parciais de licitude, restando analisar os factos indiciários que permitem por via de presunção definir qual o facto essencial, que no caso dos deveres no tráfego, por exemplo, corresponde à prova da infração desses deveres e a sua causalidade na produção do evento lesivo que era suposto impedir com a imposição do dever. No caso da perda de chance, por seu turno, caberia ao lesado demonstrar os factos indiciários, o descumprimento das *leges artis*, e a causalidade na produção do dano da perda de chance que era suposto evitar com a conduta conforme do lesante<sup>92</sup>.

Ora, embora a doutrina continue a utilizar o conceito de presunção de culpa, certo é que a jurisprudência aplica as ditas presunções de “culpa” a presunção de que não foram adotadas as medidas de precaução necessárias para evitar o dano, ou seja, remete-se ao plano das condutas devidas, logo, da ilicitude. Ainda destacamos as presunções de culpa no caso das obrigações de meios e de resultado, para afirmar que, na obrigação de meios, tem que ter-se em conta a valoração da conduta do devedor e não a falta do resultado, cumpre ao lesante provar que agiu em conformidade com a diligencia exigível, praticando os atos devidos à consecução do resultado, pelo que as presunções de culpa devem significar que provado o facto que lhe serviu de base, pode-se presumir que não foram observadas as cautelas impostas pela máxima do *bonus pater familias*<sup>93</sup>.

Assim, em termos de causalidade constitutiva da responsabilidade temos que, de acordo com as presunções aquilianas, presume-se que o evento lesivo é resultado do descumprimento do dever legal pelo lesante, logo, devolve-se ao lesante o ónus de ilidir a presunção, demonstrando o facto contrário ao presumido, ou seja, a prova de que cumpriu com os deveres que lhe eram exigidos. Nesse caso, a inversão do ónus recai sobre a violação do dever de cuidado no caso que, por via da presunção, carece de prova direta, desde que demonstrado o facto indiciário.

No caso da responsabilidade civil médica, a prova dos factos sustenta a demonstração da ilicitude e o nexos causal entre a infração do dever e o resultado lesivo, entretanto, as situações em que o lesado tem êxito em reunir a prova integral dos factos constitutivos da ilicitude não representam a maioria dos casos, pelo contrário, representam a exceção.

Como primeira situação, o lesado precisa fazer prova do evento lesivo bem como dos factos que demonstram a violação do dever, contudo, não obtém êxito em provar a causalidade

---

<sup>92</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 863-865.

<sup>93</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 866-868.

entre ambos. Por essa razão, cabe ao lesante provar a ausência de uma relação de ilicitude, a falta de causalidade constitutiva da responsabilidade, através da demonstração de que o perigo manifesto pela violação do dever não é responsável pelo resultado lesivo. Como resultado dessa presunção, cumpre ao lesante provar que ainda que tivesse cumprido com o comportamento devido, a lesão ainda se verificaria, pelo que não interessaria o perigo criado.

Importa destacar, ainda, que nos casos de erro grosseiro, a jurisprudência exige que o profissional médico sustente o risco da probabilidade de esclarecimento incompleto do decorrer causal, no caso de ter cometido erro grave de tratamento capaz de causar a lesão que se verificou. Assim, para ilidir a responsabilidade tem de provar que pessoa qualificada teria agido da mesma maneira a fim de sustentar que o aumento do perigo previsto pelo legislador não se concretizou.

Ademais, temos os casos em que o profissional médico descumpra com o dever de esclarecimento e atua de modo arbitrário, privando o doente do direito de escolha e autodeterminação, de modo que o défice de esclarecimento tem como consequência o comprometimento da autonomia da vontade e o consentimento do doente quanto as medidas clínicas. Não significa dizer que a falta de esclarecimento é responsável pelo perigo ou risco de lesão, contudo, uma vez verificado o risco abrangido pelo esclarecimento do dever, cumpre ao profissional provar que, ainda que o doente tivesse sido informado daquele risco, teria estado de acordo com o procedimento, logo, que teria aceitado o risco. Nesse caso, mesmo que cumprido o dever de esclarecimento a lesão teria ocorrido<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Destacamos nota de ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 872 : “1702 CHRISTIAN VON BAR, *Verkehrspflichten*, pp. 281-282 e 293-295, salientando que a limitação da inversão do ónus da prova na responsabilidade médica ao erro grosseiro de tratamento encontra na possibilidade de domínio do perigo a sua justificação; o que se passa num organismo doente é demasiado diferenciado para se tornar objeto de um regulamento rígido em termos de prova e VOLKER EMMERICH, *BGB, Schuldrecht*, p. 266. Entre nós, sobre a restrição da inversão do ónus ao erro médico grosseiro no tratamento ou em intervenção cirúrgica, VAZ SERRA, *Provas (Direito Probatório Material)*, pp. 158 ss, RIBEIRO DE FARIA, *Da prova na responsabilidade civil médica*, pp. 115-195 (121 ss). FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade médica em Portugal, Separata do BMJ*, n. ° 332, 1984, entendem que ao doente só deve ser exigida a prova de que não lhe foram prestados os melhores cuidados possíveis que, na sua perspectiva, é mais fácil, apesar de tudo, do que provar a verificação de um erro de técnica profissional e TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, p. 142, aceita que a prova de um erro grosseiro é suficiente para indiciar a negligência médica, via prova *prima facie*. Generalizando esta linha de orientação, MERTENS/MK, n.p. 8), aos §§ 823-853, o qual considera que, sendo-se responsável por um perigo que parece geralmente dominável pelo cumprimento de um dever de segurança no tráfego desde que observadas todas as exigências de cuidado, deve arcar-se com o ónus de provar que o resultado também teria ocorrido com o cumprimento daquele dever, não se baseando, por isso, no perigo criado, sendo ainda de admitir, com base em máximas de experiência, uma prova de primeira aparência relativamente à possibilidade de o dever não ter podido ser cumprido. Por seu lado, SPICKHOFF/ SOERGEL, pp. 267-268, considera ser, em princípio, incumbência do lesado o ónus de provar as circunstâncias de que resultaram a existência e violação de um dever no tráfego. Se for certa a violação de um

Na segunda situação, o lesado consegue provar a conexão entre o evento lesivo e a fonte de perigo sem, contudo, conseguir provar a infração do dever ou, ainda pior, quando a prova da conexão não é irrefutável. Ora, nesses casos, apenas temos o nexu causal em termos de prova prima facie. Nestes casos, pode o lesado ter sucesso em cumprir o encargo probatório no caso das atividades perigosas, tendo ainda, aplicação em outros casos como a responsabilidade pelo dever de vigilância ou acidentes com elevadores<sup>95</sup>, contudo, na área da responsabilidade médica, a sorte não é a mesma, conforme veremos a seguir, no tópico 2.3.

De outra monta, são as situações em que o lesado é encarregue do ónus das subcausas das anomalias. Significa que, cumpre ao lesado o risco pelo não esclarecimento da causa desconhecida, ou seja, cabe ao lesado identificar a subcausa da imperfeição objetiva que provocou o acidente. Nesse contexto, a improcedência das ações representa a grande maioria, já que aquele que controla a fonte e perigo, o profissional, é o único que poderia esclarecer quais as subcausas interferiram para a realização do resultado. Ao contrário, o encargo é conferido ao lesado que, carecendo dos conhecimentos e meios necessários para produzir a prova em questão, de nada lhe serve a presunção, tendo por certo que a descoberta da subcausa, de modo geral, representa a própria infração do dever, no caso desta efetivamente existir. Por consequência, temos um verdadeiro “mistério” jurídico em torno das presunções aquilianas, pelo que compete, em regra geral, ao lesante a prova da causa que exclua a sua responsabilidade, e não ao lesado demonstrar a inexistência de outra causa que possa excluir a responsabilidade do lesante pelo facto de se referir a elementos da esfera interior e íntima da contraparte.

Façamos, portanto, uma breve análise do apuramento da responsabilidade no caso dos acidentes de viação quando, um animal, introduz-se pela cerca e coloca-se no meio da autoestrada causando um acidente. Nesse caso, não seria esperado que coubesse ao lesado (condutor do veículo) provar a causa da introdução do animal na via, seja por haver uma falha na segurança e manutenção da via pela concessionária exploradora da via ou por algum outro veículo ter abandonado um animal na autoestrada momentos antes do acidente. Por óbvio, a concessionária reúne as condições necessárias por controlar os meios idóneos de monitorização

---

*dever no tráfego concretizado por “standards” de comportamento extra-delituais reconhecidos (normas DIN etc.) então uma suposição refutável ou pelo menos uma prova de probabilidade, falam pela causalidade entre infração do dever e violação do direito (bem jurídico). Mas, noutras violações do dever no tráfego, aplica-se também a mesma solução, contanto que se realize no prejuízo precisamente aquele perigo contra o qual deve reagir o dever de comportamento.”*

<sup>95</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 874-875.

do tráfego, cabendo a ela a prova de que tomou todas as medidas de segurança a fim de escapar à responsabilidade<sup>96</sup>.

Perguntamo-nos porque haveria de ser diferente no caso do lesado que, tendo sido examinado por um profissional médico e obtido um diagnóstico errado ou inconclusivo – que mais à frente significou na deteção tardia de um cancro que o condenou a morte – tem de provar que, ainda que o médico tivesse atuado segundo as *leges artis* e proferido o prognóstico correto em momento atempado, teria o doente tido mais chances de sobreviver, descartando o ónus de provar que não morreria em razão da evolução natural da doença?

Por conseguinte, caso fosse possível provar que, ainda que o médico tivesse cumprido com as *leges artis* ou a concessionária com todos os deveres de fiscalização da autoestrada, quase se esvaziaria o alcance da presunção pois se revelada a subcausa provada está a violação do dever<sup>97</sup>.

Destacamos, que ao contrário do que ocorre com a imputação objetiva pelo risco, as presunções de culpa não sacrificam uma razão jurídica geral em prol de uma razão jurídica particular, mas estabelecem um regime em que se atenta para os regimes materiais diferentes da disciplina comum sem, entretanto, contrariar a disciplina geral, sem sacrificar o princípio da culpa, uma vez que o lesado ainda tem de provar os factos indiciários do facto principal, de acordo com o n.º 1 do artigo 342º<sup>98</sup>.

Deste modo, podemos dizer que a distribuição dos encargos probatórios, de acordo com o direito delitual, tem em vista a teoria das esferas de risco para determinar, a depender da posição das partes, em razão das circunstâncias do caso concreto, qual delas está em melhores

---

<sup>96</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 878-879.

<sup>97</sup> Sobre o caso de uma queda num estabelecimento hospitalar, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 882 e 883, chama a atenção para o facto de que não tendo o lesado provado o motivo pelo qual o hospital tinha falhado no seu dever de cuidado que levou a que o lesado sofresse uma queda ao escorregar no piso molhado, bastou a prova do estado inseguro do piso que não havia sido cumprido o dever de cuidado e condenado o hospital. Sucede que o Tribunal praticou verdadeira inversão do ónus da prova ao presumir a violação do dever de limpeza e a causalidade na produção da lesão a partir da demonstração de uma imperfeição na área de risco, sem invocar presunção de culpa. Nesse sentido, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 883 e 884: “*Ao recusarem a recondução destas hipóteses ao regime especial de responsabilidade dos vigilantes, os Tribunais recorrem à aplicação direta do artigo 483º/1, em conjugação com preceitos que outorgam direitos subjetivos (em especial, o artigo 70º) mas praticam genuínas inversões do ónus da prova não acobertadas por presunções legais de “culpa” e abrindo, assim, caminho às necessárias equiparações de tratamento sempre que se verifique idêntica razão jurídica, procedimento que é metodologicamente legítimo, uma vez que, ao contrário de um entendimento relativamente disseminado, as regras que consignam presunções de culpa não se revestem de carácter excepcional*”.

<sup>98</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 884.

condições de suportar o risco da falta de provas. Assim, se o lesado está afastado da esfera de risco, é natural que caiba ao lesante identificar as causas do evento e adotar as medidas necessárias para evitar a concretização do evento lesivo. Sucede que tal critério de repartição do ónus só tem razão de ser quando a lesão teve origem na esfera de riscos a cargo do lesante. Por conseguinte, não se aplica quando não exista certeza, na eventualidade de existirem vários domínios ou campos de risco e sobreposição entre eles, pelo que estará dependente de interpretação sobre o nexo de ligação<sup>99</sup>.

No caso da responsabilidade médica, por não haver uma esfera de riscos delimitada, não basta a verificação de um resultado negativo para presumir que houve a violação de um dever profissional, podendo a lesão à saúde ter causa uma multiplicidade de fatores que servem como obstáculo à prova da insuficiência do tratamento ou da intervenção cirúrgica, pelo que a jurisprudência tem limitado a inversão do ónus da prova aos casos de erro grosseiro, pois nessas situações o perigo de verificação de uma lesão efetivamente ocorreu. Ora, uma vez que a esfera de riscos não se situa no lado do médico por não haver prova de um erro grosseiro, desloca-se para o lado do paciente cujas características individuais orgânicas ao passar por um tratamento médico, são diferentes em cada ser humano, de modo que não é possível admitir um regulamento rígido em termos de prova<sup>100</sup>.

Por não existir um campo de riscos domináveis a cargo do médico, a solução deveria passar pela demonstração da violação do dever e a prova de que a lesão representa a concretização do perigo que se buscava prevenir. A partir de então, poderia presumir-se que o resultado negativo é imputável àquela infração, e caberia ao réu contrariar tal presunção provando a exata causa que determinou a lesão. Deste modo, seria possível evitar decisões sistemáticas em desfavor do lesado<sup>101</sup>.

Em suma, importa os fundamentos materiais da responsabilidade independente da violação de deveres dar-se no plano contratual ou delitual, pois em qualquer dos casos deve haver uma ponderação homogénea do cumprimento, pelo profissional médico, dos seus deveres profissionais, e o respeito aos critérios de distribuição do ónus da prova, sendo irrelevante basear-se no direito obrigacional ou delitual. Na medida em que a vida e saúde são objeto de

---

<sup>99</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 885-886.

<sup>100</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 886-887.

<sup>101</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 888-889.

deveres profissionais, a inversão do ónus da prova deve ter lugar no caso do prejuízo ser compatível com a norma de comportamento que visava evitar a referida lesão<sup>102</sup>.

Estabelecidas as presunções dos artigos 491º a 493º/1 do CC, cumpre ao lesante, a fim de exonerar-se da responsabilidade, fazer prova dos factos que obstam as referidas presunções. Portanto, pode o lesante provar que, ainda que tenha havido dano, cumpriu com os deveres legais que lhe eram impostos, de forma a provar facto contrário ao presumido ou, por outra via, pode provar que os danos teriam se verificado mesmo que não houvesse culpa, salvo no caso do exercício de atividades perigosas.<sup>103</sup>

Desta feita, a prova pelo lesante de que cumpriu com os deveres legais que lhe eram impostos, significa o respeito pela matriz da imputação delitual, pelo que permite a parte contra a qual corre a presunção de se escusar, assim, embora facilite a deslocação da responsabilidade, não rompe com o princípio da culpa. A inversão se dá pelo facto de que se em regra geral, cumpre ao lesante provar que a conduta do lesante causou o dano, a inversão do ónus significa que cumpre, nesse sentido, ao lesante provar que não foi a sua conduta que deu causa ao dano. Pois bem, em regra, o lesado faz prova positiva da culpa, ao passo que o lesante cabe a prova negativa, isto é, não lhe é exigido demonstrar qual foi a conduta responsável pelo dano, mas apenas que não foi a sua conduta que causou a lesão, demonstrando, por isso, a sua própria conduta, a prova do lesante consiste na demonstração de que cumpriu com o seu dever e não de provar o que aconteceu. Trata-se da prova de cumprimento (no caso da responsabilidade médica, podemos dizer a prova do cumprimento das *leges artis*) e que, portanto, o facto presumido não aconteceu, pelo que resta desconhecida a causa positiva do evento lesivo<sup>104</sup>.

Ou seja, quando o encargo probatório fica a cargo do autor, é necessário a prova do que aconteceu, isso significa que tem de desvendar os “mistérios naturalísticos” alheios aos processos de imputação delitual, ao passo que, quando cabe ao réu o encargo probatório, basta provar que não infringiu o dever, demonstrando a sua conduta – que está sob o seu âmbito de atuação e domínio – de modo que a causa da lesão fica por se apurar<sup>105</sup>. Nos casos de responsabilidade médica, exige-se do doente lesado a prova de que a lesão ocorreu em razão do comportamento do profissional médico, ainda que o controlo sobre os acontecimentos e as condutas esteja sob o domínio do profissional e não do paciente. Caso a inversão do ónus se

---

<sup>102</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 884-895.

<sup>103</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 913-914.

<sup>104</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 914-915.

<sup>105</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 916.

aplique, caberia ao médico provar que a lesão não se deu em razão do seu comportamento, pois agiu em conformidade, entretanto, não lhe é exigida a prova do que realmente aconteceu, a prova de qual foi a lesão que levou a cabo o resultado lesivo que, mais uma vez destacamos, se encontra sobre o seu âmbito de controlo. Colocamos, assim, o questionamento: se ao lesante não cumpre demonstrar a prova positiva do evento, por que haveria de caber ao lesado?

Resta claro que, no caso das presunções, o esforço probatório é menor para o lesante do que para o lesado. Segundo as regras gerias de repartição do ónus, se para o lesante basta comprovar que agiu em conformidade com o comportamento devido, o risco de não esclarecimento da causa volta a correr por conta do lesado que resta com a prova da lesão, mas sem a possibilidade de imputação à conduta normativamente conforme. Por esse motivo, caso o Tribunal entenda que o presumível lesante agiu com a diligência exigível poderá isentá-lo da obrigação de indemnizar. Logo, o conteúdo da prova liberatória poderá consistir na prova de que não lhe cabia controlar o concreto perigo que gerou a lesão, ou que cumpriu com os deveres, por isso não há ilicitude ou que havendo ilicitude, não há culpa pois o não cumprimento dos deveres se deu pois não lhe era possível reconhecer as circunstâncias que o impunham<sup>106</sup>.

Por outro lado, pode o lesante, demonstrar a irrelevância da violação do dever, uma vez que o resultado lesivo se deu através de outra causa, motivo pelo qual, ainda que tivesse agido em conformidade com o dever, o dano teria ocorrido. Sob esse aspeto, cumpre ao lesante comprovar a outra causa, que não o seu comportamento, que deu causa à lesão, seja o facto do próprio lesado, facto de terceiro ou o caso fortuito ou de força maior, portanto, faz-se necessária a prova positiva. Nesse sentido, por não ter ilidido a presunção de ter infringido os deveres legais, cabe provar a irrelevância desse comportamento para o dano, convencendo o julgador da real inexistência da presumida causalidade<sup>107</sup>.

Cumpramos, por último, ressaltar quanto a relevância negativa da causa virtual – a que a doutrina acredita estar representada nas ressalvas finais dos artigos 491º, 492 e 493º/1, as teses do comportamento lícito alternativo e da causa virtual. Pois bem, quanto a causa virtual, não fosse a intervenção do processo causal levado a cabo pelo facto ilícito, a causa virtual teria

---

<sup>106</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 917-919. Cf. MARTINEZ, Pedro Romano “*Responsabilidade civil por ato ou omissão do médico – Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Almedina, 2011, p. 474, para o qual é necessária a prova da causa estrada, isto é, a demonstração de como e por qual razão foram causados danos ao lesado, não sendo suficiente apurar a observância dos necessários procedimentos médicos; Mateus, Nídia Maria Vicente, “*O ónus da prova na responsabilidade civil médica*”, Dissertação de Mestrado em Direito Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 56 e segs.

<sup>107</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 925-926.

provocado o evento lesivo. Já, quanto ao comportamento lícito alternativo, significa uma hipótese intelectual, uma vez que o resultado lesivo aconteceria mesmo na hipótese em que o agente tivesse um comportamento segundo o ordenamento. Temos que a diferença entre a causa virtual e o comportamento lícito alternativo é que, no caso da primeira, o dano teria sido provocado pela causa virtual, que se transformaria em causa real, ao passo que no caso do segundo, o comportamento lícito alternativo não teria evitado o dano nem o produzido<sup>108</sup>.

Num dos casos, o agente afirma e assume que foi o seu comportamento ilícito que funcionou como causa da lesão, mas se defende ao apontar que não fosse o seu comportamento a lesão teria ocorrido igualmente por força de outra causa, a virtual. No outro caso, o agente nega que foi o seu comportamento que deu causa a lesão, uma vez que ainda que o comportamento fosse lícito a lesão se produziria da mesma forma. Por conseguinte, levantam a falta de importância do seu comportamento para o dano, já que o mesmo não poderia ter sido evitado. Em outras palavras, no caso do comportamento lícito alternativo, não se nega a causa naturalística como condição do resultado, mas se rejeita a causa jurídica, pelo que na procedência do comportamento lícito não há causalidade entre a conduta e o dano. No caso da causa virtual, por outro lado, não se prejudica onexo causal real entre o comportamento ilícito e o resultado lesivo, pois o lesante assume que foi o seu comportamento que levou ao resultado. Deste modo, resta-nos referir o entendimento de que apesar do comportamento lícito alternativo apresentar relevância negativa, o mesmo não procede com a causa virtual, pois destrói o nexo de causalidade<sup>109</sup>.

Assim, face ao regime da responsabilidade estabelecido nos artigos 491º, 492º e 493º do CC que estabelecem a presunção de culpa, o comportamento lícito alternativa funciona como um mecanismo de “compensação” para o lesado que ao responder pela culpa presumida pode ser obrigado a indemnizar pelo facto de não conseguir escapar ao ónus probatório de ilidir a presunção de que infringiu os deveres legais aplicáveis. Acontece que, em alguns casos, o lesante pode eximir-se da responsabilidade ainda que provada a culpa, pelo que o comportamento lícito alternativo não se resume ao mecanismo de compensação. Os limites de aplicação do comportamento lícito alternativa devem restringir-se aos casos em que se demonstra a falta de causalidade entre a violação do dever e o evento lesivo. Não está em causa o conceito de dano acidental pelo que, nas lesões negligentes, é comum a cooperação de outras circunstâncias causais e acidentais, contudo, essas causalidades não podem servir de desculpa

---

<sup>108</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 925-928.

<sup>109</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 929-932.

à imputação do resultado lesivo à conduta desconforme. Da mesma forma, os fenómenos acidentais de concausalidade que não excluem a responsabilidade do lesante que descumpriu o dever de cuidado criando ou incrementando o risco de lesão. Assim, segundo a regra de imputação de danos a imposição de deveres de cuidado representam o limiar do risco permitido, significa dizer que cumprido os deveres, o risco das lesões correrá por conta do lesado, uma vez que as medidas de cuidado visam diminuir a probabilidade da ocorrência de danos, mas não são capazes de os evitar em absoluto<sup>110</sup>.

Não significa dizer que cai sobre o lesado a “sorte” ou o “azar”, mas é certo que cumprido o dever não se pode imputar a responsabilidade, ao passo que, se descumprindo cria-se o risco jurídico de ocorrerem outros processos causais que, no conjunto das circunstâncias, podem levar ao resultado danoso que se pretendia evitar<sup>111</sup>. No caso da responsabilidade civil médica, o profissional médico não está autorizado a baixar o limite do risco permitido pelo que ao fazê-lo o risco jurídico que foi levado a cabo pela conduta faltosa e concretizou-se no facto ilícito, definirá a responsabilidade.

Destacamos que, no caso de o médico comprovar que o dano teria ocorrido, ainda que tivesse cumprido com o comportamento devido, pois a lesão teria resultado de outra causa, há que se falar em dano final, todavia, no caso da perda de chance, a conduta desvaliosa do médico permanece relevante pois, mesmo que não possa ser responsabilizado pelo dano final, ainda resta o dano que causou pela perda da chance de evitar o referido prejuízo. Estamos a dizer que, no caso de o médico provar que ainda tivesse agido segundo as *leges artis* o paciente poderia ter morrido pela evolução natural da doença, contudo, a sua conduta significou a diminuição das chances de sobrevivência. A partir de então, nos debruçaremos sobre o nexo de causalidades nas ações de causalidade civil médica e a necessidade de uma intervenção em prol do lesado.

## **2.2. BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**

No que diz respeito à área médica, a teoria da perda de chance, conforme expusemos na primeira parte deste trabalho, serve de alternativa ao doente-lesado que busca reparação pelos danos suportados em razão de um erro médico.

---

<sup>110</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 934-937.

<sup>111</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 937-938.

Entretanto, antes de adentrarmos na análise do problema da afirmação do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil médica e, a fim de esclarecer os motivos de tal dificuldade de prova por parte do lesado, entendemos por bem fazer uma breve análise da evolução da responsabilidade médica.

A princípio, a assistência aos enfermos esteve em poder da Igreja, pelo que a medicina, envolta numa abordagem divina, quase mística<sup>112</sup>, praticada por monges e sacerdotes, era restrita à elite. Era desconhecida a transmissão de qualquer informação para fora desse panorama, vigorava, portanto, o hermetismo dos conhecimentos médicos.

A responsabilidade do médico, como a conhecemos hoje – responsabilidade jurídica –, é uma noção muito distinta da realidade da altura. O médico não desempenhava, assim como nas demais profissões, uma tarefa vulgar e qualquer, mas uma tarefa digna de um juramento religioso, cuja prática era reservada aos homens sagrados. O médico jurava *spondeo* e assumia um compromisso religioso e, era sobre esse juramento que assentava a responsabilidade do médico em cumprir o que prometeu. Também por esse juramento, havia o compromisso em não revelar os conhecimentos da medicina aos que não tivessem feito o juramento. Era, ainda, *professo*, que significava o ato de prometer e confessar publicamente, o que representava uma consagração pública e social reservada a poucos, dentre eles o sacerdócio, a governação e a medicina, atividades consideradas nobres que se distinguiam das ocupações mais modestas ou mecânicas, o que colocava o médico nos níveis mais altos da hierarquia social<sup>113</sup>.

Nesse cenário, como consequência da doutrina cristã, a prática médica confundia-se com rituais espirituais e, tão logo, menções a castigos divinos e milagres, para justificar doenças e curas, respetivamente, não eram de se estranhar<sup>114</sup>. Desta feita, aquilo que conhecemos hoje como erro médico, não passava de fatalidade do destino na altura<sup>115</sup>. Ora, a ciência antiga

---

<sup>112</sup> A esse respeito coloca RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, “Sinopse esquemática da responsabilidade médica em geral (breves anotações)”, in *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, a.4, n.8, 2007, p.87: “Contudo, durante séculos, a actividade médico-cirúrgica impôs-se aos olhos do leigo, como algo de índole mítico-mágica, sendo impensável colocar um médico num banco dos réus, ainda que manifesto autor de grave imprudência, por forma a fazê-lo responder pelo resultado”.

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Guilherme, “O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 128º, n.º 3852, 1 de Julho de 1995, p. 70.

<sup>114</sup> Segundo REZENDE, Joffre Marcondes de, “O ato médico através da história in. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*”, São Paulo: Editora Unifesp, 2009, p. 113: “Nos tempos primitivos, em que a medicina tinha o carácter mágico-sacerdotal, e as doenças eram atribuídas a causas sobrenaturais, o ato médico consistia de magias, ritos e encantamentos de toda ordem, associados a práticas empíricas tradicionais”.

<sup>115</sup> Acerca do fatalismo em Portugal, aponta BURGOA, Elena, BURGOA, Elena, “A cabeça de Jano e a negligência médica. O caso português”, Relatório de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996., p. 7: “Também, outros factos contribuíram, mas já não com virtude: a fatalidade ou resignação do povo português e o sebastianismo dos médicos. O fatalismo, porque de facto, por causa dele, não há culpados. Todos são boas

conseguia distinguir as doenças entre duas possibilidades. A primeira, eram aquelas cuja origem eram os maus hábitos da vida, como a má alimentação ou falta de higiene e, nesses casos, as doenças eram de manifestação progressiva, crónicas e curáveis, isto é, os médicos eram capazes de administrar uma terapêutica cujos resultados eram conhecidos. A segunda, por sua vez, eram as doenças de manifestação súbita, geralmente agudas, cuja explicação era desconhecida, logo, eram-lhes atribuídas uma origem divina e, os médicos, nesse caso, pouco podiam fazer além da purga através de algum fármaco e interceder perante os deuses a favor dos doentes<sup>116</sup>.

Sucedem que, a história da medicina permite-nos conferir fundamentação à ideia de que a responsabilidade dos médicos não era do tipo jurídica como a que recaía sobre os profissionais de outras artes, mas especial, pois religiosa e baseada na moral. Em conclusão, os médicos encontravam-se em posição de privilégio de eclesiásticos e estavam tão próximos do divino quanto a própria doença. Devido a esse facto, os conhecimentos da história da medicina evidenciam uma responsabilização do tipo religiosa e moral dos médicos, advinda do carácter sagrado daquele *múnus*, ao contrário de uma responsabilidade jurídica como temos nos tempos hodiernos<sup>117</sup>.

Devemos destacar, entretanto, que a primeira codificação, ainda no Código de Hamurábi, datado do século XVIII a.c., previa as obrigações do médico nos artigos 215º a 227º. Havia, segundo o princípio de retribuição *in natura*, previsão de pagamento pelos serviços médicos prestados, cujo valor variava de acordo com a classe social do doente – nobre ou escravo. As sanções aos médicos, em casos de negligência, poderiam consistir no dever de substituição do escravo, ou a perda da própria mão, no caso de o paciente pertencer à nobreza<sup>118</sup>.

---

*peças, inocentes e facilmente solidários. É o estranho mistério da condição humana em que, de uma situação tão negativa, como a de haver cometido um erro, se converte magicamente numa vitória para o homem, apenas reconhecendo-o. Essa crença, de conformismo, de resignação não é suficiente porque não suprime o conflito. Pelo contrário, deixa-os mais intactos. E o sebastianismo dos médicos que parecem estar à espera de D. Sebastião”.*

<sup>116</sup> OLIVEIRA, Guilherme, pp. 70-71: Sobre a diferenciação da medicina para com outras profissões observa autor: “[...] recorde-se que a genuína prática cirúrgica, dos barbeiros e dos curiosos, esteve sempre sob a mira da responsabilidade jurídica, ao contrário da medicina propriamente dita”.

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *ibid.*, p. 71, aponta para o facto de que a posição de privilégio dos médicos na antiguidade ter garantido à medicina um estatuto superior que não se sujeitava as mesmas regras dos outros ofícios: “[...] desde o velho culto de Asclépio até a mistura que ainda hoje persiste entre um saber racional e um saber mágico, toda a caminhada do sofrimento humano garantiu à medicina um estatuto superior e estabilizado que não se compadecia com a humana prestação de contas. Além disto, os conhecimentos médicos mantiveram-se estagnados durante centenas de anos, seguindo-se por toda a parte o ensinamento de dois ou três mestres antigos; este estado de conhecimentos não daria grande ensejo para julgar da oportunidade e da conveniência de um tratamento, sendo certo que, em regra, não havia alternativa terapêutica, ou não havia um critério seguro de julgamento”.

<sup>118</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 28.

Destacamos que, nesse cenário, restrito à Lei do Talião, a ideia de culpa era desconhecida e, por sua vez, também o erro<sup>119</sup>.

Por conseguinte, importa frisar, no livro sagrado de Hermes, a presença de regras e métodos cujo desrespeito acarretava sanções independente do resultado das intervenções médicas. Valorizava-se, assim, a rigorosa observância, por parte do médico, das regras e métodos. Logo, o médico estaria isento de responsabilidade, mesmo em caso de morte do doente, se tivesse seguido com rigor as regras e métodos estipulados, ao passo que, se descumpridor dessas regras, era-lhe atribuída a pena de morte, ainda que tivesse obtido êxito no tratamento<sup>120</sup>.

Importa ressaltar, ainda, que nas civilizações antigas, figuras relevantes como Hipócrates, na Grécia Antiga, e Ulpiano, no Império Romano, atentavam-se para a importância da responsabilização dos médicos<sup>121</sup>. Sublinhamos que, no Direito Romano, ao mesmo tempo em que havia a ideia de respeito pela profissão portadora da “arte de curar”, também operava a responsabilidade do médico por atos desvaliosos<sup>122</sup>.

Em seguida, já na Idade Moderna, após a queda dessas civilizações, é de se destacar a *Constitutio Criminalis Carolina*, aprovada em 1532, pelas Cortes de Regensburgo, oportunidade em que podemos verificar, no artigo 134º, referências ao erro médico, os conceitos de culpa, nexos de causalidade e prova pericial<sup>123</sup>.

Ocorre que, em 1829, uma decisão da Academia de Medicina de Paris, ao considerar a responsabilidade dos médicos situada exclusivamente no campo da moral, logo, distante do universo jurídico, rompeu com a ideia de responsabilidade civil dos profissionais médicos.

---

<sup>119</sup>PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica”, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas, Coimbra, 2012, pp. 13-14. PEREIRA, André Gonçalo Dias, “O consentimento informado na relação médico-paciente”, Coimbra, 2004, p.27, destaca a importância do Código de Hammurabi: “Por um lado, o imaginário da história da medicina é dominado pelos templos em honra de Esculápio e da figura de sei-deus de Hipócrates e seus sequazes. Mas não podemos esquecer que o Código do rei da Pérsia criou as bases da responsabilidade médica e dissociou a figura do médico do padre. E não só “rebaixou” o médico ao mundo do direito, como lhe impôs uma obrigação de resultado”.

<sup>120</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 29-30, faz importante observação no que diz respeito à teoria da perda de chance: “Estará, aqui, presente uma ideia de desvalor de acção, que, no que concerne à responsabilidade civil, parece, na actualidade, de difícil acolhimento, na medida em que o seu objectivo precípua é o da indemnização dos danos verificados, e portanto o do apagamento do resultado produzido”. E conclui em nota de rodapé: “Este aspecto assume uma relevância particular, na medida em que a perspetivação da responsabilidade civil como um mecanismo de reacção ao desvalor contido na acção está, de algum modo, subjacente à figura da perda de chance”.

<sup>121</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *op. cit.*, pp. 14-16.

<sup>122</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 29.

<sup>123</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *op. cit.*, p. 16.

Como resultado, vigorou uma noção de “intocabilidade” dessa classe<sup>124</sup>, já que, na altura, aludido entendimento foi reproduzido pela doutrina e jurisprudência<sup>125</sup>.

A partir de então, vislumbramos a tendência a um regime que privilegia o médico. Noções como a “culpa médica” e a exigência de culpa grave são consagradas. Logo, o nível de exigência colocado à atividade médica diminui e, por conseguinte, dificulta-se a responsabilização do profissional<sup>126</sup>.

A alteração desse panorama deu-se lentamente, foi preciso esperar pela superação do conceito helenístico de pessoa, pela auto-determinação do indivíduo, a consolidação da teoria dos direitos fundamentais, bem como o progresso das ciências médicas para, só então, sob um olhar crítico, os médicos serem vistos com outros olhos pela sociedade, altura em que podemos destacar o fenómeno cultural da “ridicularização” da medicina<sup>127</sup>.

Sucedo que, no século XX, vislumbramos a concretização da “democratização da responsabilidade profissional”<sup>128</sup>e, logo, o crescimento inescrupuloso do número de ações de responsabilidade médica. Nesse contexto, estoura o fenómeno da “febre da responsabilidade médica”<sup>129</sup>.

---

<sup>124</sup> Chamamos a atenção para a forma como SAVATIER, René, “*La Responsabilité Médicale*”, Centre D’Etudes Laennec, P. Lethielleux, 1948, p. 52, coloca a questão da “imunidade” dos médicos: “*Mais il appartient aux médecins eux-mêmes de comprendre les exigences morales de cette immunité de fait. Dieu et la nature ont voulu que la plupart de leurs fautes restent cachées. Autrement, le juridisme impénitent des magistrats eût sans doute paralysé leur salutaire initiative. Mais cette immunité juridique grandit encore leur responsabilité morale. Mais après Dieu, du malade, ils répondent de lui, non devant les juges, mais devant leur conscience. C’est à eux de se juger eux-mêmes*”. Acerca de Portugal, também comenta BURGOA Elena, *op. cit.*, p. 4: “*Na verdade, durante muito tempo, foram muito poucas as queixas quanto à responsabilidade profissional dos médicos, e não só, também de outros profissionais que exercem actividades de risco (arquitectos, engenheiros...)* «*tempos de absoluta impunidade*»”.

<sup>125</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *op. cit.*, p. 83.

<sup>126</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 29. SAVATIER, René, *op. cit.*, p. 3, a respeito das dificuldades práticas do julgador submetido a um caso de responsabilidade médica, coloca: “*On ne peut l’oublier quand on soumet au juge un cas de responsabilité médicale. Car les magistrats qui, d’abord, ne sont pas des techniciens de la médecine, doivent, d’autre part, respecter le sacerdoce médical. D’où une double difficulté, pour eux, de d’immiscer dans la médecine, en vue de juger la responsabilité des médecins. C’est en présence de cette double difficulté que la Cour de cassation française a posé, dans un arrêt de principe, les règles fondamentales que voici : «Le médecin ne répond, en dehors de la négligence ou de l’imprudence que tout homme peut commettre, que si, eu égard à l’état de la science, ou aux règles consacrées de la pratique de son art, l’imprudence, l’inattention ou la négligence qui lui sont imputées, révèlent une méconnaissance certaine de ses devoirs*»”.

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *op. cit.*, p. 71.

<sup>128</sup> Expressão utilizada por SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 166, ao comentar sobre a preocupação de disciplinar e impor padrões razoáveis de competência no exercício de profissões de interesse público: “*Este aspecto vai de resto de par com um outro fenómeno bem característico deste século, que já tem sido designado por “democratização da responsabilidade profissional”, ou seja, o progressivo esbatimento dos privilégios ou imunidades (de direito ou de facto) das «pessoas de nível superior»*”.

<sup>129</sup> A respeito do crescimento do número de ações de responsabilidade médica em Portugal coloca PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 32: “*Assim, também, em Portugal, se assistiu, na última década, a um aumento do número de acções*

Aliado a esta evolução, também temos de observar o progresso da ciência médica, cujos resultados positivos, quanto à eficácia da atuação médica e sucesso dos tratamentos, são notórios. Entretanto, observamos, igualmente, uma maior complexidade do ato médico e, por isso, a necessidade de formação especializada dos profissionais, bem como o envolvimento de mais de um especialista numa intervenção clínica. Nessa toada, o ato médico, que antes era praticado por um único profissional, passa a contar com vários deles, todos envolvidos numa cadeia de mãos a desenvolver a chamada “arte de curar”. Por óbvio, havendo uma quantidade maior de profissionais envolvidos, resta mais difícil a identificação do autor do ato lesivo, maiores obstáculos são colocados no que toca à prova da “culpa médica”, tudo de forma a prejudicar o funcionamento do instituto da responsabilidade civil<sup>130</sup>.

Como é normal, as exigências colocadas sobre o médico tornam-se mais ferozes<sup>131</sup>. Aos olhos da população em geral, o progresso da medicina não permite escusas pelo acontecimento de eventos nefastos e, nesse sentir, maiores são as cobranças por um sistema que faça frente às falhas médicas<sup>132</sup>. O profissional, por outro lado, atua com um grau de liberdade

---

*relativas à responsabilidade por danos derivados de erro médico, em particular no que concerne à prestação de assistência médica no sector público, muito embora “sem grande sucesso por dificuldade de prova”.* No que diz respeito à democratização da responsabilidade profissional, coloca RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *op. cit.*, p.85: “A expressão «Responsabilidade Médica» ganhou, há muito, foros de cidadania em quase todo o mundo. Entre o longínquo ano de 1835 em que o Procureur-Général francês Dupin exclamava que «não podiam dar lugar à responsabilidade os factos imputados aos médicos, saindo da classe daqueles que, pela sua natureza, são exclusivamente reservados às dúvidas e discussões da ciência e os dias de hoje, muita tinta correu sobre tal matéria e, no estrangeiro, designadamente na Alemanha, na França, no Reino Unido, para já não referir os E.U.A., muitas decisões judiciais recaíram sobre tal temática, principalmente a partir da época em que a democratização social atingiu a própria responsabilidade profissional”.

<sup>130</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 33-34. Nesse sentido SAVATIER, René, *op. cit.*, p. 5 observou que no mundo atual a autoridade médica já não tem razão de ser na medicina familiar, entretanto, o poder do médico sobre o doente não diminuiu, longe disso, pois dentro da era da especialização, ligada aos progressos da ciência, corremos agora o risco da «*déshumanisation*».

<sup>131</sup> Sobre as exigências colocadas à atividade médica discorre COSTA, J. Pinto da, “*Responsabilidade Médica*”, ed. Felício & Cabral, 1996, p. 10: “*O velho médico de aldeia participava da vida familiar dos doentes e ninguém lhe pedia responsabilidade. Havia também os médicos descendentes de famílias ricas e que exerciam a medicina quase gratuitamente, sendo recompensados com o respeito das populações e com presentes ingénuos em certas épocas do ano. A profissão médica perdeu muito do caráter humanista que lhe é próprio, e em grande parte o sentido hipocrático desapareceu. A medicina passou a ser encarada como uma profissão igual a outra, mas devido ao tipo de valores com os quais se lida exige-se-lhe muito mais. O doente reclama ser tratado sem admitir erros a uma profissão que emprega critérios científicos que não são exactos como os da matemática*”.

<sup>132</sup> Nesse sentido aponta RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *op. cit.*, pp.87-88: “*Se, por um lado, o acervo de conhecimentos vai progressivamente aumentando, aparecendo o médico de hoje apetrechado com melhores e mais variados meios de diagnóstico e de terapêutica, a verdade é que por força do célere avanço das ciências médicas e das tecnologias auxiliares, decorre uma exigência de conhecimentos que não permite, aos médicos, afastados dos grandes centros de investigação, abarcar tal mundo de conhecimentos o que faz com que, por mais prudente e cuidadoso que, seja o risco de cometer erros face aos últimos dados da ciência aumenta*”. No mesmo sentido observa BURGOA, Elena, *op. cit.* p. 9: “*A medicina avançou mais nestes últimos 50 anos que nos mil anos anteriores. Este facto influirá na atitude dos médicos abandonarem o sebastianismo e a contratação de seguros*

menor, deve atentar-se às chamadas *leges artis*. Estão em foco, para além da noção de relação obrigacional complexa, parâmetros de boa-fé<sup>133</sup>.

Pois bem, consideradas as transformações que acabamos de referir, não é de se estranhar que a relação médico-paciente tenha passado por mudanças consideráveis<sup>134</sup>. Em princípio, as informações e conhecimentos eram, para além, de reduzidos, concentrados e em poder daqueles poucos que exerciam a arte da medicina. Assim, os pacientes, sem qualquer conhecimento acerca do que se passava, guardavam para si a imagem incontestável das palavras do médico. Só posteriormente, com o avanço da medicina e a divulgação das informações, o paciente teve a chance de tomar para si uma parcela do poder de decisão<sup>135</sup>, passou, portanto, a compartilhá-lo com o médico, numa relação, minimamente, mais igualitária<sup>136</sup>. Ora, se antes a profissão do médico era vista como a mais pura das tarefas, praticada pelos sacerdotes, na

---

*de responsabilidade profissional. Ao mesmo tempo, o facto de camadas cada vez mais vastas da população beneficiarem de esquemas de segurança social origina uma nova mentalidade reivindicativa de exigir sempre dos médicos uma cura para os seus males, como se fossem deuses e não homens”.*

<sup>133</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 35. A respeito da relação obrigacional complexa destaca RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *op. cit.*, p.87: “É, actualmente, inquestionável que a responsabilidade médica é pluridimensional, como poliédrica e complexa é a própria vida social”. No mesmo sentido coloca MATOS, Filipe de Albuquerque, “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil e contratual. O caso particular da responsabilidade médica”, In *Lex Meicinae*, Ano 12, n° 23-24, Janeiro/Dezembro 2015, p. 42: “Não são apenas os deveres principais de prestação responsáveis pela definição do núcleo essencial da relação obrigacional, mas também os deveres acessórios daqueles e aqueloutros filiados nas exigências ético-jurídicas de uma actuação honesta, correcta e leal, comumente designados de deveres laterais ou de conduta e com fundamentação directa no princípio da boa-fé”.

<sup>134</sup> Destaca PEREIRA, André Gonçalo Dias, “O consentimento informado...”, p. 29, que o desenvolvimento da ciência médica, aliado a democratização do ensino; a autonomia dos cidadãos; a promoção da informação médica; e o pluralismo de opções políticas, filosóficas e religiosas, foram responsáveis pelo rompimento do modelo paternalista. A medicina torna-se uma ciência mais precisa e eficaz e, por outro lado, mais invasiva e perigosa – o desenvolvimento da cirurgia e a utilização dos químicos. Supera-se os tempos em que operava o princípio da beneficência e desconsideração das opiniões do paciente: “tudo para o doente, mas sem o doente”, em que a relação médico-paciente era vertical, na qual o médico ocupava a posição de tutor e o enfermo o de desvalido. Nas palavras do autor: “A relação médico-paciente transformou-se: partindo de um esquema autoritário e vertical, surge-nos hoje como democrática e horizontal; de um código moral único passou a um modelo pluralista de sociedade, que respeita os diferentes códigos morais. Na origem desta mudança estão diversos factores. Por um lado, a perda da relação de confiança que, outrora, presidia indefectivelmente às relações médico-paciente, e, por outro lado, a complexidade crescente e a correspectiva especialização do exercício da medicina, determinante, em último termo, de uma forte desumanização da sua prática. Do estetoscópio e do xarope passou-se para a tomografia axial computadorizada e para o pace-maker na rotina dos cuidados de saúde; por outro lado, o ambiente em que a relação se desenvolve sofreu uma revolução copernicana ao deslocar-se da casa do doente para os grandes complexos hospitalares”.

<sup>135</sup> OLIVEIRA, Guilherme, *op. cit.*, p. 103, observa a questão do poder de decisão do paciente: “Decidir em vez do doente era a obrigação do médico hipocrático. Mas o nascimento da teoria dos direitos fundamentais e o reconhecimento da autonomia dos cidadãos modificou a relação terapêutica e temperou o princípio da beneficência. O médico continua a jurar, como dantes, que procurará o bem do paciente; mas o paciente, hoje, não é um incapaz. É um centro autónomo de decisão, tem o direito de recusar um tratamento, por mais recomendável que seja”.

<sup>136</sup> VEATCH, Robert M., “Models for Ethical Medicine in a Revolutionary Age”, in *The Hastings Center Report*, Vol. 2, N.º 3, Jun, 1972, p. 5-7.

atualidade, encontra-se muito mais afeta à vertente económica, direccionada à obtenção do lucro. Portanto, a partir do momento em que a ciência médica deixa de ser vista de forma mistificada, para ser uma arte dominada pelo homem que a explora de maneira económica, a doença já não é um castigo divino, mas um estado natural, no qual o médico intervém em troca de um valor pecuniário pela prestação de um serviço especializado<sup>137</sup>.

*Ad argumentandum tantum*, vislumbramos, portanto, o desenrolar de um processo de afastamento entre médico e paciente. Explicamos: o médico, com vista a aumentar o seu rendimento, adota um ritmo de trabalho de modo a socorrer o maior número de doentes que é capaz, entretanto, para isso, precisa de prescindir de tempo de observação, atenção e diálogo com cada paciente individualmente, o que, certamente, aumenta também as chances de erro<sup>138</sup>.

Em conclusão, após a desmistificação da atividade médica e, do mesmo modo, uma maior consciencialização da população acerca dos seus direitos, bem como a “democratização” da responsabilidade dos profissionais médicos, o fenómeno da *judicialização* dos atos médicos foi inevitável<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 36-37.

<sup>138</sup> PEDRO, Rute, *ibid*, pp. 37-38: “*A urgência premente do tempo faz com que o médico não se possa dedicar ao doente, preocupando-se apenas com a patologia que o afecta (como se as duas realidades fossem autonomizáveis). Logo, o progresso da componente técnico-científica da Medicina não é acompanhado por um idêntico avanço da componente humanista da actividade médica, o que compromete a qualidade e o sucesso da assistência, e atenua a componente fiduciária da relação pessoal entretida entre médico e doente. Esta despersonalização da assistência médica, que se traduz simbolicamente no desaparecimento do médico de cabeceira, que cuidava de vários indivíduos do mesmo agrupamento familiar, implica o desmoronamento da relação de amizade, que se desenvolvia entre o clínico e o(s) seu(s) paciente(s). A proximidade intersubjectiva gerava, no plano prático, um tendencial hermetismo daquele relacionamento que excluía a intervenções de terceiros estranhos e imunizava a actuação do médico relativamente a um controlo por parte do mundo jurídico. A neutralidade afectiva actual cria uma disponibilidade mental para o doente insatisfeito desencadear um processo ressarcitório*”. No mesmo sentido, ao tratar da relação entre o doente, o médico e o hospital, coloca CAPELA, Maria Teresa, “*O utente, o médico e o hospital – o busílis do regime da responsabilidade civil extracontratual subjetiva por actos médicos lesivos*”, in *Revista eletrónica de direito público*, vol. II, n.º 2, Julho 2015, p. 145: “[...] *A anterior relação de reverência e proximidade entre médico e paciente transformou-se numa relação de massas, uma vez que hoje em dia um médico tem de atender e acompanhar centenas de pacientes. [...] As relações entre estes três sujeitos despersonalizaram-se, revestindo-se actualmente de um carácter de animosidade que outrora não existia. Desta forma, quando lesado por algum acto ou omissão médica o utente, desprovido de sentimentos de temor e gratidão, procura defender os seus direitos, de modo a obter uma reparação adequada*”.

<sup>139</sup> NICOLAS, Guy, “*A Responsabilidade Médica*”, Instituto Piaget, 1999, p. 69, faz relevante observação: “*Há apenas trinta anos, o interesse da sociedade pelos assuntos relacionados com a medicina era muito limitado e reservado a alguns ansiosos, fiéis leitores do “Larouse médico”, único documento então acessível ao leigo. A situação é hoje totalmente inversa, as revistas sobre problemas de saúde são inúmeras, geralmente bem documentadas, e os meios de comunicação no seu conjunto estão ávidos de informações médicas. Além disso, é dada uma larga difusão ao espetacular e aos grandes feitos, quando, de facto, não passam de propósitos ou de hipóteses de investigação sem repercussões práticas, pelo menos no imediato. A população, abundantemente informada, por vezes sobreinformada, e bem imbuída dessa medicina “triumfante”, tem por vezes tendência para se apropriar e querer beneficiar dela. Não é de estranhar, pois, que a sua atitude seja exigente e as suas esperanças frustradas. Todos os médicos vivem esse fenómeno na sua prática quotidiana, face a doentes que lhes*

Assim, precipuamente na década de 70, nos Estados Unidos da América<sup>140</sup>, descobriu-se uma nova visão da relação do médico e paciente, agora como uma relação de prestação de serviços e, por isso, sujeita à responsabilidade civil e criminal por negligência<sup>141</sup>.

Por outro lado, em Portugal<sup>142</sup>, mais tardiamente, a evolução da sociedade com a *desmitificação da bata branca*<sup>143</sup> e, através da Constituição de 1976, acabaram por consagrados valores como acesso à justiça e, mais especificamente, o direito à proteção da saúde<sup>144</sup>. O direito à proteção da saúde ficou previsto no artigo 64º, nº 1, como um direito fundamental, conjugado com os direitos pessoais à vida; à integridade física e à integridade moral e à identidade pessoas

---

*são parte daquilo que leram ou ouviram. Chega a acontecer, e o fenómeno não é raro, que o médico tome conhecimento desta ou daquela «novidade» por intermédio de um dos seus pacientes”. No mesmo sentido, observou SAVATIER, René, op. cit., p. 2: “D’autre part, à cette révolution biologique, s’est jointe une révolution juridique. La responsabilité civile, à laquelle de code ne consacrait que quelques articles, est aujourd’hui la matière la plus vivante de tout le droit civil. L’homme de nos jours ne croit plus devoir subir la fatalité. Quand il lui arrive un préjudice, il assimile volontiers celui-ci à une injustice ; et il en cherche un responsable, tenu, envers lui, d’une dette de réparation. Ce sentiment est devenu si général que les quelques articles du code, touchant la responsabilité, ont donné lieu à une énorme jurisprudence. Sur l’ensemble des procès civils, plus d’un tiers met en jeu des questions de responsabilité”.*

<sup>140</sup> LEITÃO, Luís Menezes, “Estudos do Instituto de Direito do Consumo”, Almedina, Porto, 2002, p. 16, observa a evolução da proteção do consumidor nos EUA: “Nos últimos anos do séc. XIX, no intuito de reagir contra aspectos mais gritantes do liberalismo económico, admitiu-se uma certa tutela indirecta ou reflexa dos consumidores, designadamente através da tutela do público contra fraudes, da salvaguarda da saúde pública e da proibição da concorrência desleal. Os motivos inspiradores dessas intervenções eram, porém, meramente a salvaguarda e defesa da agricultura, comércio e indústria, ou seja das empresas e não dos consumidores, que só eram protegidos reflexamente. Nos primeiros anos do século XX a disciplina dessas actividades é, porém, altamente incrementada nos Estados Unidos, em virtude das polémicas desencadeadas por factores como a ficção realista de UPTON SINCLAIR, e certos escândalos ligados à indústria farmacêutica, os quais estiveram na base da aprovação em 1906 da Meat Inspection Act e da Pure Food and Drug Act, que instituíram um sistema de fiscalização da carne e das substâncias alimentares e farmacêuticas. Só nas décadas de 50 e 60 do século XX é que o problema da tutela jurídica do consumidor começou a ser discutido com acuidade, primeiro nos EUA e depois nos países europeus desenvolvidos”.

<sup>141</sup> MATOS, Filipe de Albuquerque, “Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil e contratual. O caso particular da responsabilidade médica”, in Lex Meicinae, Ano 11, nº 21-22, 2014, p. 12.

<sup>142</sup> BURGOA, Elena, op. cit. p. 5, ao se referir à evolução tardia da responsabilidade médica em Portugal chama a atenção para a antropologia cultural do povo português com os seus *brandos costumes* e *pacifismo* e o seu *excessivo tratamento cortês* para dizer: “Talvez por isso, devemos buscar o entendimento das coisas noutra grande virtude o *excessivo tratamento cortês*, que conduz à *mitificação* ainda mais, dos médicos que estiveram sempre tão próximo do Divino quanto a própria Doença”.

<sup>143</sup> Expressão utilizada por BURGOA, Elena, *ibid.* p. 7.

<sup>144</sup> A respeito do direito à proteção da saúde coloca MONGE, Cláudia, “O direito fundamental à proteção da saúde”, e-Pública, vol. 6, nº 1, Abril, 2019, p.77: “O direito à proteção da saúde é consagrado como direito fundamental, com a tutela forte da Constituição. É uma “garantia forte”, entendendo-se que as garantias fortes são “efectivas, próprias de direitos a que se cola um atributo de fundamentalidade e que, por isso mesmo, como se diz na Constituição, vinculam directamente o Estado e as entidades públicas e de que, conseqüentemente, por definição, os titulares do Poder democrático não dispõem”. Para maior aprofundamento acerca da proteção constitucional do direito à proteção da saúde Cf. CANOTILHO, Gomes J.J e moreira Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 825. Para uma noção sobre a proteção do direito à saúde e a economia cf. RUEFF, Maria do Céu, “Racionalização de bens em saúde: perspectiva jurídico-constitucional” in Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, Almedina, n.º 2, julho-dezembro 2015, pp. 113-128

e ao desenvolvimento da personalidade, artigos 24º, 25º e 26º, respetivamente<sup>145</sup>. Ademais, a ampliação do acesso à informação, aliada a uma maior consciencialização dos cidadãos acerca dos seus direitos, culminou no aumento do número de litígios entre médicos e pacientes, o que ficou mais evidente no fim da década de 90<sup>146</sup>. Nesse sentido, através do reforço dos direitos das pessoas em contexto de saúde, podemos verificar na Lei de Bases da Saúde – Lei nº 48/90 – a preocupação com a pessoa<sup>147</sup>.

Em resumo, no que toca à evolução da responsabilidade civil médica, temos que a medicina, antes vista como uma arte sagrada, foi despindo quase todas as vestes do sagrado responsáveis por lhe garantir a imunidade jurídica. Já não cabia aos deuses o inteiro cuidado dos homens, já não lhes era atribuída a responsabilidade pela doença e as graças pela cura, cabia agora, aos médicos, o pesado ónus de tratar dos corpos, cuja tarefa nunca fora tão dura<sup>148</sup>.

Por fim, conforme destacado, não temos a intenção de abordar o tema das *wrongful life e wrongful birth*, entretanto, em consideração à sua aplicação à teoria da perda de chance, achamos por bem tecer uma breve observação no que diz respeito a essas duas figuras representativas das *wrongful actions*.

---

<sup>145</sup> MONGE, Cláudia, *op. cit.*, p.78 e 80, por sua vez, conceitua a saúde: “A saúde é, por excelência, um domínio em que se torna muito próprio e adequado um apelo à unidade dos direitos fundamentais, desde logo, por estar «paredes meias» com o direito à vida e o direito à integridade vida – se faltar o direito à proteção da saúde, se ele não for conseguido, nas respostas e no equilíbrio entre liberdade, responsabilidade, socialidade, justiça distributiva, estará em causa a própria vida e o direito à integridade física, bens pessoalíssimos, do sujeito individualmente considerado”.

<sup>146</sup> SILVA, José Luís Moreira da, “*Atualização da jurisprudência*”, in *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 311 aponta, após levantamento jurisprudencial do período de 1990 a 2003, factos como o erro médico em intervenção cirúrgica; a demora na assistência a doente; agulha deixada no interior do corpo em operação e o acto médico de amputação de órgão por engano como situações de responsabilidade médica: “*Desta relação fica evidente um aumento dos factos derivados da violação do dever de vigilância e o aparecimento cada vez com maior relevância dos casos de violação da confiança criada nos administrados pela actuação da Administração. Também assumem já alguma expressão os casos de responsabilidade por atrasos na actuação da Administração, incluindo a administração da justiça, e os casos de erro médico, embora estes últimos ainda sem grande sucesso por dificuldade da prova*”.

<sup>147</sup> A respeito da conscientização dos cidadãos acerca dos seus direitos vale destacar MONGE, Cláudia, *op. cit.*, pp. 93-94: “*Em contexto de prestações de saúde são identificadas situações jurídicas ativas e as correspondentes situações jurídicas passivas, a obrigação principal, de tratamento, realização de cuidados e de prestações de saúde que visam proteger a saúde (sejam atividades promotoras da saúde, preventivas da doença ou terapêuticas, de tratamento ou reabilitação), que deve ser cumprida através de um assistência pronta, em tempo útil, com correção e de acordo com as leges artis, para proteção dos direitos fundamentais à vida, à integridade física e à saúde, e outros deveres, como o dever de informação, o dever de obtenção de um consentimento prévio e esclarecido – expressão do direito fundamental à integridade moral, o dever de sigilo – garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada, ...*”.

<sup>148</sup> *cit.*, p. 72 e 104: “A Medicina, com o Risco, eram tarefas que se desempenhavam em silêncio. Mas as coisas mudaram; levou dois mil anos, mas mudaram. E agora, para os médicos, o silêncio...acabou”. Cf. MALEZIEUX, Aurore; DOUALAN, Didier, “*La place de la deontologie comme source du droit medical*” in *Revue juridique de l'Ouest*, N° Spécial 1996, La santé, p. 87 e ss.

No que concerne à *wrongful birth* estamos diante dos progenitores que tentam uma ação contra o médico sob o argumento de que, em razão de uma falha por parte do profissional que faltou a um dos deveres que lhe incumbiam, os pais não se precaveram contra uma gravidez que poderia dar lugar – e deu – ao nascimento de uma criança com graves mal-formações, ou que prosseguiram com uma gravidez que deflagrou nesse mesmo desfecho.

Já no que diz respeito à *wrongful life* estamos diante de ações interpostas pela própria criança que, através dos seus representantes legais, tenta ação contra o médico com pretensão de ter reconhecida uma responsabilidade jurídica pelas suas condições de vida.

Em suma, as referidas ações nada mais são do que o reflexo do avanço da ciência médica, aliada à convicção dos pais de que, em razão da eficiência e cuidado dedicados ao longo do pré-natal, a probabilidade de ter uma criança saudável é quase certa, de modo que não se poupam exigências, e não se contentam com menos do que uma criança perfeita. Logo, cada vez exige-se mais do médico que, diante de uma ciência que permite trazer ao mundo uma criança saudável, o facto dessa pretensão não se realizar por sua culpa, faz com que a responsabilidade médica assuma contornos mais amplos<sup>149</sup>.

Pois bem, ocorre que o aumento do número de ações de responsabilidade médica vem acompanhado de obstáculos à adequação ao regime legal em vigor<sup>150</sup>. É a respeito desses obstáculos que trataremos a seguir.

---

<sup>149</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal” (*wrongful life e wrongful birth*) in Revista do Ministério Público, I32, Outubro/Dezembro, 2012, p. 74-77.

<sup>150</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 41-42, observa com prudência: “Abundam, por isso, as situações de resolução informal das querelas. Crescem, também, os acordos de transacção, que representam uma superação das dificuldades que o doente teria em juízo, e proporcionam uma atenuação do efeito negativo que a luta judicial (independentemente do resultado final da mesma) produziria na reputação do médico. Sublinha-se a utilidade da existência de órgãos especializados no julgamento destas questões e procede-se à sua criação. Consagram-se regimes jurídicos especiais. Tudo sintomas da dificuldade que o direito sente na apreciação destas hipóteses, e sinais reveladores da falência dos regimes tradicionais de responsabilidade civil para responderem adequadamente às questões particulares, por elas, colocadas”. MONGE, Cláudia, *op. cit.*, pp. 95-96, também destaca as dificuldades práticas do regime de responsabilidade civil colocam aos doentes-lesados: “Considerando, já não a Lei de Bases da Saúde, uma vez que foi aprovada, mas o seu desenvolvimento, importa enfatizar duas omissões relevantes, que escolhemos, entre outras possíveis, neste caso, destacar: a não previsão expressa em sede de direitos das pessoas do direito «A receber indemnização pelos danos sofridos, em tempo razoável, nos termos definidos na lei», que o projeto de proposta da Comissão consagrava na alínea 9) do n.º 1 da sua Base VII; e a supressão de Base específica dedicada à “Saúde e deficiência”. Quanto ao direito a receber indemnização, teve a Comissão de Revisão de Lei de Bases da Saúde presente que a centralidade da pessoa também se realizaria pela tutela efetiva do direito à proteção da saúde e pela tutela efetiva da compensação dos danos sofridos em contexto de saúde e o cenário atual e presente das dificuldades práticas que o regime, ou melhor os diferentes regimes, em matéria de responsabilidade civil oferecem aos pacientes. Assim, se entendeu, entre os deveres estatais, o dever de legislar no sentido de garantir o direito à indemnização pelo dano injusto causado e de promover meios expeditos e de resolução de litígios em contexto de saúde e de ressarcimento do dano anónimo (alínea a) do n.º 1 da Base LVI), «em face da constatação de que o regime jurídico de responsabilidade civil

### 2.3. DISTRIBUIÇÃO DO ÓNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E JUSTIFICATIVAS PARA UMA INTERVENÇÃO *PRO DOMNATO* DOENTE-LESADO – RAZÃO DE ORDEM

De início, destacamos que para além do objetivo de ressarcimento pelos danos patrimoniais e não patrimoniais suportados pelo lesado, a responsabilidade civil médica, comporta, também, uma dimensão sancionatória e fomentadora da diligência médica<sup>151</sup>. Nesse sentido, como pressuposto para a responsabilidade médica, temos como imprescindível o cometimento de uma falta médica que consista na violação culposa das regras da arte médica, isto é, das *leges artis*<sup>152</sup>.

A partir de então, incumbe ao lesado trazer ao processo os factos sobre os quais está fundada a sua pretensão, ao passo que o médico, por sua vez, poderá negar a veracidade daqueles factos ou, ainda, fazer prova de que a sua conduta não foi ilícita; não foi culposa ou, por fim, que não há nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano, tendo como argumento o facto de terceiro; a conduta do próprio lesado; o caso fortuito ou a força maior<sup>153</sup>.

Contudo, caso o juiz, após a atividade probatória, a entender insuficiente ou contraditória e permanecer na dúvida sobre os factos, deverá recorrer a uma decisão que esteja

---

*extracontratual do Estado e demais entidades públicas protege os lesados em situações de anormal funcionamento do serviço de um estabelecimento, mas não protege as situações de dano anónimo quando estão em causa mais do que um estabelecimento hospitalar, e da constatação da necessidade prática de mecanismos que promovam o ressarcimento, efetivo, eficaz e em tempo útil para a realização da justiça, do dano em matéria de prestação de cuidados de saúde*”. Mais a frente conclui MONGE, Cláudia, *ibid.*, p. 97: “Na afirmação da necessidade de intervenção legislativa e ações concretas, estão presentes, designadamente, as situações ajuizadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) como violação do direito à vida, nos termos do artigo 2.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), na vertente processual e de violação do direito de acesso a um processo equitativo, atento o disposto no artigo 6.º da CEDH. Veja-se que a «demora na tramitação nos processos internos (de natureza disciplinar, administrativa e criminal) considerada excessiva» foi tida como violação da obrigação processual prevista no artigo 2.º em matéria de cuidados de saúde que exige que os procedimentos estejam conclusos num prazo razoável no caso *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, de 19.12.2017, do TEDH, e que se considerou que a “investigação célere em casos de negligência médica em contexto hospitalar é igualmente relevante para a salvaguarda dos demais utentes dos serviços de saúde». As questões de responsabilidade civil e a necessidade de outros mecanismos para garantia do direito a um processo equitativo consagrado no artigo 6.º da CEDH e a obediência a prazos razoáveis demandam intervenção”.

<sup>151</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 71.

<sup>152</sup> A respeito das *leges artis*, observa NUNES, Manuel Rosário, “O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos”, Almedina, 2005, p. 76: “O juízo de probabilidade sobre o processo normal de produção dos resultados tem em conta a relativa certeza imposta pela *lex artis* médica de que certos resultados não se produziram”.

<sup>153</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 84.

em conformidade com as normas de distribuição do ónus da prova<sup>154</sup>. Posto isto, a regra do artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil Português, define qual das partes deverá suportar o risco probatório. Assim, de acordo com essa regra, cabe ao autor a prova dos factos constitutivos do seu direito, enquanto, ao réu, cumpre provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor<sup>155</sup>. Portanto, em atenção aos princípios da igualdade das partes e, do *due process of law*, a princípio, aludida regra não pode ser alterada pelo juiz<sup>156</sup>.

Em resumo, cumpre ao doente-lesado fazer prova dos pressupostos da responsabilidade civil, havendo, contudo, exceções que valem destacar. Quando da responsabilidade extra-obrigacional, em situação de periculosidade pelo manuseio de instrumentos de uso arriscado, aplica-se a presunção do artigo 493.º, n.º 2<sup>157</sup> ou, ainda, no caso de responsabilidade contratual cuja presunção de culpa está prevista no n.º 1 do artigo 799.º<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, “*As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*”, in, Lex-Edições Jurídicas, 1995, p. 215-216, a respeito da importância das regras sobre a distribuição do ónus da prova: “*A importância das regras sobre o ónus da prova objectivo decorre da circunstância de a situação de dúvida insanável sobre a realidade dos factos não isentar o tribunal do dever do proferimento da decisão (art. 8º, nº 1, CC; art. 3º, nº 2, EMJ). Assim, atendendo a esse dever de administração da justiça mesmo numa hipótese de non liquet, há que determinar o conteúdo da decisão nesse caso: essa é a função das regras relativas ao ónus da prova objectivo. Estas regras não permitem solucionar as situações de non liquet, ou seja, não resolvem a dúvida do tribunal, mas definem a decisão do tribunal apesar da dúvida insanável sobre a realidade do facto. Elas são, por isso, regras de decisão, com o seguinte enunciado: perante a dúvida irreduzível sobre a realidade do facto que é o pressuposto da aplicação de uma norma jurídica, o tribunal decide como se tivesse provado o facto contrário*”.

<sup>155</sup> Ensina ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “*Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas*”, Vol. III, Separata de estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, p. 234 que, diferentemente do que sucede em processo penal, no qual vigora o princípio *in dubio pro reo*, a distribuição dos encargos probatórios na jurisdição cível, faz sempre correr por conta de uma das partes, em regra o autor, o risco da improcedência dos factos que lhe cabe demonstrar. A intervenção de presunções faz transferir para o réu, esse ónus, o que constitui um corresponsivo materialmente justificado de incumprimento do dever legal. Assim, a imputação de um determinado facto ilícito opera, a miude, através de juízos de mera probabilidade sobre o nexo causal, cuja certeza da causalidade jurídica da conduta é excluída. Exemplo disso são as omissões, em que apenas se pode afirmar que o comportamento faltoso teria provavelmente impedido, segundo o curso normal das coisas, a eclosão do evento.

<sup>156</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 85-86. Do mesmo modo, para TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *op. cit.*, p. 217: “*A repartição do ónus da prova condiciona a actividade probatória da parte, pois que, em coadunação com o ónus de alegação, incumbe à parte o ónus da prova relativamente aos factos cuja subsunção a uma norma jurídica lhe propicia uma situação favorável*”. O autor alerta, ainda, para o facto de que a distribuição do ónus será diferente caso uma das partes seja beneficiária de uma presunção legal.

<sup>157</sup> Acerca da presunção do artigo 493.º, n.º 2, alerta RAPOSO, Vera Lúcia, “*Do ato médico ao problema jurídico – Breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*”, Almedina, 2013, pp. 107-108: “*A presunção plasmada no art. 493º/2CC não abarca todos os domínios da atividade médica, mas apenas aqueles que tratam de procedimentos particularmente arriscados face ao comum dos atos médicos*”. E oferece-nos como exemplo: “*Referimo-nos à realização de tratamentos médicos com raios X e ondas curtas, à utilização de aparelhos de ressonância magnética, de hemodiálise, de incubadoras, de bisturis elétricos, de aparelhos para tratamento com radiação ou para tratamento dentário com broca*”.

<sup>158</sup> Destaca RAPOSO, Vera Lúcia, *ibid.*, p. 100 que, o que se presume, em qualquer caso, é a culpa do cumprimento defeituoso, mas não o cumprimento defeituoso por ele mesmo, isto é, a ilicitude. Na percepção de PEREIRA, Rui

Nesses casos, caberá ao médico e, não ao doente-lesado, provar que não agiu com culpa, caso contrário cairá sobre ele a responsabilidade pelo dano<sup>159</sup>.

De facto, com o avanço do estado da ciência e da técnica a distinção básica entre os riscos tecnicamente domináveis e os não-domináveis permitiu que se falasse num sistema de “via dupla” da responsabilidade, ou até de “via tripla” coexistindo entre responsabilidade pelo dolo, responsabilidade por negligencia e responsabilidade pelo risco<sup>160</sup>.

Assim temos de ter em conta a importância económica dos processos de canalização social dos danos que, através da imposição de seguros obrigatórios privados e sistemas públicos de segurança social, teve como resultado a rede de distribuição dos prejuízos entre lesante e lesado pela combinação de duas vertentes de respostas jurídicas aos perigos contemporâneos. Se por uma via valoriza-se a imputação negligente pela multiplicação de deveres de cuidado no controlo das fontes de perigo, sendo essa uma das mais eficazes barreiras à contenção dos respetivos riscos típicos domináveis, em consonância com a demanda por soluções rápidas no que diz respeito às ofensas de bens jurídicos através de omissões e ofensas mediatas, caracteristicamente negligentes. Por outra, na esfera dos riscos não domináveis, mas permitidos, porque inerentes às atividades os danos que daí sobrevenham foram atribuídos ao lesante, independentemente de culpa, acompanhados em regra da imposição de seguros obrigatórios. Nesse sentido, no sistema da responsabilidade civil, a correlação de forças é fortemente favorável ao princípio da culpa uma vez que é fundamental aos processos de imputação de danos<sup>161</sup>.

Em conclusão, o maior encargo probatório, em regra, é suportado pelo doente-lesado, a parte leiga e, justamente por isso, a que precisa recorrer à atividade dos peritos que, apesar de onerosa, nem sempre é conclusiva e, por isso, insatisfatória. Sem deixarmos de mencionar a dificuldade de acesso ao registo médico para, no fim, concluir que a atividade probatória, assim distribuída, nada mais é do que barreira intransponível para o lesado e um meio protetor para o médico<sup>162</sup>. O médico, portanto, em situação mais confortável, beneficia-se de uma verdadeira

---

Soares, *op. cit.*, p. 1186: “E, mesmo nos casos típicos de pretensões em que a violação do dever é considerada necessária para o resultado, a prova da causalidade factual implica muitas vezes estabelecer, quer os factos sobre o passado actual, quer a especulação do que teria ocorrido no passado num mundo hipotético em que (inter alia) a violação não teria ocorrido”.

<sup>159</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 86-87.

<sup>160</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “*Responsabilidade Civil por Violação nos Deveres no Tráfego...*”, p. 443.

<sup>161</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *op. cit.*, pp. 443-445.

<sup>162</sup> Acerca da consequência benéfica em favor do médico, aponta CATTANEO, Giovanni, “*La Responsabilità del Professionista*”, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore, 1958, p. 72: “*La relazione ministeriale indica la ratio della*

irresponsabilidade prática profissional já que, em razão das citadas regras de distribuição do encargo probatório, vislumbramos uma verdadeira pré-determinação sistemática de insucesso da demanda em desfavor do doente<sup>163</sup>.

Por outras palavras, o facto da ciência médica estar estreitamente ligada ao desenvolvimento tecnológico faz com que no suceder de um dano, cujo desenvolvimento dos processos causais da atividade médica seja desconhecido e, havendo apenas uma aparência razoável de que aludido dano tenha origem no serviço médico defeituoso, o lesado – desprovido tanto de conhecimentos que o permitam afirmar que o dano que sofreu teve como causa uma atividade profissional precária, como de meios materiais que provem a relação de causalidade, – acabe por ficar numa situação desprotegida<sup>164</sup>.

Temos, assim, que a relação médico-paciente é naturalmente desequilibrada. Aludido desajuste é tão antigo quanto a arte da medicina, de modo que, em que pese as mudanças da ciência médica – o desenvolvimento do pensamento científico-racional, bem como da sociedade, melhor conhecedora dos seus direitos e garantias fundamentais –, a balança jamais

---

*disposizione nella necessità di trovare un punto d'equilibrio tra due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di rappresaglie in caso d'insuccesso, e quella di non indulgere verso non ponderate decisioni e riprovevoli inerzie del professionista. Il punto d'equilibrio starebbe appunto nell'applicazione delle regole normandi sulla responsabilità, salva solo l'eccezione dell'art. 2236 cod. Civ. L'affermazione è quanto mai discutibile, poiché alleviando la responsabilità del prestatore d'opera, piuttosto che trovare un punto d'equilibrio tra gli interessi delle due parti, si favorisce invece il professionista e si sacrifica in qualche misura l'interesse del cliente, che è spesso un interesse di grande valore. Il professionista infatti è già protetto contro ingiusti attacchi dal fatto di non rispondere dell'insuccesso, se non quando sia provata la sua colpa. È poi protetto dalla stessa difficoltà di provare la colpa e il nesso causale tra colpa ed evento dannoso: anche la sola incertezza su uno di questi fatti gioca infatti a suo favore, poiché l'onere della prova incombe sul cliente. D'altra parte, il cliente affida al professionista spesso i suoi interessi personali più preziosi, la cui tutela andrebbe, se mai, piuttosto rafforzata che attenuata. Tutte queste ragioni inducono a dubitare seriamente della reale esistenza delle esigenze cui fa riferimento la relazione. È d'altronde anche dubbio che tali presunte esigenze abbiano effettivamente trovato la loro attuazione nell'art. 2236 c.c".*

<sup>163</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 87-88. Também nesse sentido CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia, “L’inversione dell’onere della prova nel diritto civile” in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno XLVI, n. 3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Settembre 1992, p. 775: “Nella varietà dei casi riscontrabili, il meccanismo di base appare sempre il medesimo: ove dovesse valere puramente e semplicemente la regola di giudizio, troppo spesso si determinerebbe un sacrificio eccessivo nei riguardi di uno dei contrapposti interessi (quello ritenuto, in generale, più debole o maggiormente bisognoso di sostegno); e la gravosità della prova da fornire potrebbe essere tale da tradursi, talvolta, nella sostanziale privazione della tutela processuale – per il portatore dello stesso”. *cf.* também SAVATIER, René, “La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)” in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 28 n.º 3, Juillet-Septembre 1976, p. 496.

<sup>164</sup> NUNES, Manuel Rosário, *op. cit.*, p. 75. Aponta ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas”, pp. 234-235: “A causalidade meramente provável constitui, assim, um traço congénito dos processos de imputação negligente, enquanto comparação entre o comportamento devido e o discrepante comportamento verificado, pois deste último só se pode dizer que foi “causa” de uma lesão e do consequente dano, por confronto com o comportamento devido, imposto em atenção à sua idoneidade para os evitar. Contudo, de um facto nunca acontecido – o cumprimento ou o exacto cumprimento do dever – dificilmente se pode assegurar, sem qualquer margem de dúvida, que teria impedido um facto que aconteceu”.

esteja equilibrada. Não é de difícil compreensão o facto de que o paciente, em regra leigo na matéria, por mais informado e conhecedor de seus direitos que seja, jamais estará em pé de igualdade para com o médico no que diz respeito ao conhecimento científico<sup>165</sup>.

Assim, tendo em vista o carácter especializado dos serviços médicos e o abismo em questão de conhecimentos técnico-científicos entre as partes, a relação assimétrica, estabelecida entre médico e paciente, dificilmente poderá ser superada. Ora, o desequilíbrio na relação entre doente e médico é patente: o primeiro, em situação de fragilidade física e/ou emocional em razão da patologia, enquanto que, o segundo, na posição de detentor do poder de cura, é aquele que pode oferecer proteção e tratamento<sup>166</sup>.

Assim sendo, a assimetria verificada na relação médico-paciente<sup>167</sup> refletir-se-á, também, no plano probatório. Ademais, precisamos ter em mente que o encargo colocado sobre os ombros do lesado, para além de lhe demandar um enorme esforço para ultrapassar os

---

<sup>165</sup> SAVATIER, René, *op. cit.*, p. 7, comenta a desigualdade na relação médico-doente para dizer que o médico deve tratar o doente como um igual não no plano técnico, mas no plano humano, como forma de respeitar a sua liberdade mesmo nos casos nos quais as circunstâncias anulam essa liberdade, devendo o médico respeitar o doente como um ser igual a si, em todos os seus atributos da dignidade humana.

<sup>166</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 165-166. Coloca SAVATIER, René, “*Traité de la responsabilité civile en droit français. Tomo II (Conséquences de la responsabilité ; responsabilités professionnelles et spotives)*”, Paris, 1939, p. 394: “*D’une part, en effet, le malade est par définition un faible, incapable de se protéger complètement lui-même, et qui d’adresse précisément au médecin pour cette protection. D’autre part, la nature de la prestation médicale est telle que le malade, être humain, se me tout entier, dans un grand nombre de cas, à la merci du médecin*”. E continua: “*L’art médical, et surtout chirurgical, est d’ailleurs, par nature, l’exercice d’un pouvoir exceptionnel, dès lors qu’il porte atteinte à l’intégrité du corps humain*”. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Guilherme, *op. cit.*, p. 102: “*O médico é o pai e o doente é um incapaz; é um enfermo, um infirmus, um ente sem firmeza de julgamento e de vontade. O paciente não decidia nada; obedecia ao médico, com a convicção de que este procuraria, segundo o seu critério técnico, o seu bem*”.

<sup>167</sup> CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia, *op. cit.*, p. 776, observam que a relação envolve uma dupla debilidade, subjetiva e objetiva: “*Ecco allora – relativamente alla/e componente/i della fattispecie cui la difficoltà di prova fa capo – che l’accennata fragilità viene colmata, dal legislatore, attraverso uno spostamento più o meno marcato dell’onere della prova (ed è inutile rilevare come il puntello giudiziale finisca, anche qui, per riverberarsi direttamente sul terreno sostanziale; una volta che attraverso l’inversione risultino accresciuti, per quella certa posizione, i margini di effettività della tutela, saranno inevitabili i riflessi in ordine – poniamo – alle condizioni di commerciabilità dell’interesse o di transigibilità dello stesso). Quanto poi alle caratteristiche delle fattispecie che interessano, due sono i gruppi da mettere in evidenza: a) Debolezza soggettiva: in alcuni casi, lo squilibrio che si registra tra le parti del rapporto dipende dal ruolo economico/sociale che ciascuna delle due si trova, rispettivamente, a ricoprire. Potrà trattarsi, ad esempio, del lavoratore subordinato nell’ambito del rapporto di lavoro; del consumatore nel sistema di produzione di massa; dei figli e del coniuge (non provvisto di adeguate risorse economiche) per quanto riguarda l’ambito familiare. b) Debolezza oggettiva: in altre ipotesi, non sono tanto fattori (economici e sociali) di tipo strutturale/stabilizzato a determinare la vulnerabilità della parte. Quest’ultima deriva, piuttosto, da momenti interni (e peculiari) al rapporto via via preso in considerazione*”. FARIA, Rita Lynce de, “*A inversão do ónus da prova no direito civil português*”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 71-72, ao tratar dos casos de inversão do ónus da prova, também destaca essa dupla debilidade: “*Noutros casos pretende-se, sem qualquer ordem de considerações diretamente relacionadas com a dificuldade de prova, tutelar a parte débil da relação jurídica. E isto pode suceder quer porque existe uma debilidade subjetiva de uma das partes que depende económica ou socialmente da outra, quer porque existe uma debilidade objetiva de umas das partes em virtude da relação jurídica em que se encontra integrada*”.

obstáculos de não possuir conhecimentos técnicos e a dificuldade de acesso à prova, também encontra desafios na “colaboração” dos peritos devido à chamada “conspiração do silêncio”<sup>168</sup>, isto é, a falta de colaboração desses profissionais por motivo de solidariedade profissional.

Diante disso, podemos concluir que o encargo probatório se mostra tão cansativo quanto dispendioso em tempo e recursos financeiros, tudo isso, dentro de um cenário de fragilidade física e emocional do lesado<sup>169</sup>. Logo, se considerarmos a natureza técnica do ato gerador da responsabilidade, bem como a ignorância do lesado<sup>170</sup> – principalmente a prova do incumprimento dos deveres objetivos de cuidado, da culpa e do nexo de causalidade –, parece-nos patente a enorme dificuldade enfrentada pelo mesmo na produção de prova dos elementos constitutivos do seu direito o que explica, o resultado das ações de responsabilidade civil médica ser, na sua maior parte, improcedente<sup>171</sup>.

Nesse sentido, em atenção à dificuldade da prova nas ações de responsabilidade médica, reconhecemos que os tribunais, ao buscar igualar as armas no processo, acabam por admitir instrumentos para amenizar aludidas dificuldades. É assim o recurso às presunções legais de culpa; presunções judiciais para valoração da prova, ou levantamento do sigilo

---

<sup>168</sup> A respeito da “*confraternité*” entre os profissionais médicos cf. PENNEAU, Jean, “*La réforme...*”, p. 53 e PENNEAU, Jean, “*La Responsabilité du Médecin*”, Dalloz, 3<sup>a</sup> édition, 2004, p. 85, oportunidade na qual o autor critica a perícia médica cuja tarefa, mais parece ser resultado de temíveis golpes e armadilhas perigosas, o que explicaria a dificuldade em fornecer conclusões claras e precisas, tendo como consequência, a perda da credibilidade em razão de uma lamentável solidariedade profissional. Cf., ainda, estudo de COSTA, Affonso, “*Os peritos no processo criminal: legislação portuguesa, crítica, reformas*”, Coimbra, 1895.

<sup>169</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 167, coloca: “*Haverá de qualquer forma uma tendência para os médicos insuflarem o âmbito da iatrogenia, ie, o conjunto de todas as consequências lesivas derivadas dos riscos que o acto médico praticado envolve e que, portanto, não podem ser atribuídas a culpa do médico*”.

<sup>170</sup> A respeito da ignorância do lesado, observa FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, “*Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica – reflexões em torno do direito alemão*” in *Estudos de direito das obrigações e discursos acadêmicos*, 1<sup>a</sup> edição, Universidade do Porto, 2009, p. 206: “*Como pode o paciente fazer face às inúmeras dificuldades que lhe são postas por um processo que se desenrola quase sempre, ou pelo menos muitas vezes, sem a sua presença e para cuja apreciação, à mingua de conhecimentos técnicos, só lhe fica ainda as mais das vezes o simples conhecimento de um resultado*”. No mesmo sentido, CENDON, Paolo; Ziviz, Patrizia, *op. cit.*, p. 776.

<sup>171</sup> Nesse sentido, coloca PENNEAU: “*Au terme de ce bilan, force est de constater que de nombreux problèmes restent en suspens et que de nombreuses difficultés subsistent, et la situation actuelle n’est satisfaisante ni pour les patients, ni pour les médecins. Les patients se heurtent à des difficultés de preuve : l’accès au dossier médical est loin d’être aisé, l’expertise est coûteuse, ses conclusions souvent trop équivoques. Il leur est souvent difficile de situer l’origine du dommage au sein des structures d’exercice collectif des équipes. Enfin, dans un contexte où le principe est la responsabilité pour faute, les victimes d’une intolérance, d’une réceptivité particulière sont laissées sans indemnisation à moins de donner à la faute une signification qui la vide de sa substance*”. PENNEAU, Jean, *op. cit.*, p. 538-539. No mesmo sentido, no que toca as dificuldades a nível de ónus da prova, PEREIRA, André Gonçalo Dias, “*Direitos...*”, p. 678, aponta para a diferença das ações de responsabilidade civil médica para com as demais ações de responsabilidade: “*O Autor tem falta de conhecimentos técnicos, falta de testemunhas e necessita de recorrer a peritos. O desnível de informação é muito grande e a prova pericial revela-se difícil de obter. Não há outro processo de responsabilidade onde tal aconteça*”.

profissional na prova testemunhal, por exemplo<sup>172</sup>. Entretanto, aludidos instrumentos só fazem amenizar as dificuldades, já que não são capazes de solucionar o problema de modo efetivo, conforme melhor explicaremos no próximo tópico<sup>173</sup>. A doutrina aponta, ainda, para outros instrumentos que seriam de grande valia, como a criação de secções especializadas nos tribunais civis para análise das matérias relacionadas com a responsabilidade médica, ou uma mudança de paradigma através da criação de um outro modelo de reparação de danos e de responsabilidade civil, por exemplo<sup>174</sup>. Fica notório, portanto, diante do desequilíbrio verificado na relação médico-paciente, uma primeira razão para justificar uma intervenção que favoreça o doente-lesado.

Em continuidade, temos de asseverar que a situação do doente-lesado, já em posição de inferioridade, pode ainda ser agravada a depender da posição adotada pelo médico em termos de estratégia processual. Isto deve-se ao facto de que, de acordo com a distribuição do ónus da prova, cabe ao lesado o risco probatório. Nesse compasso, caso o médico venha a adotar uma postura passiva, isto é, apenas de negação, sem contribuir para a reconstrução dos factos, basta a invocação, pelo médico, de fatores outros – que não o ato que lhe é imputado – que poderiam

---

<sup>172</sup> Assim, ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *op. cit.*, pp. 236: “*A inevitabilidade dos fenómenos de causalidade meramente provável tem vindo, de resto, a ser crescentemente reconhecida, à medida que os processos de responsabilidade civil se vão alargando a novas áreas problemáticas. Um grupo de situações que se reconduz ao chamado “dano da perda de chance” – objecto recente de especiais atenções – também compreende condutas activas, como erros evitáveis de diagnóstico, seguidos de terapias desapropriadas que, a não terem acontecido, poderiam ter obstado ao desfecho lesivo. Em casos como este, o juízo de responsabilidade apenas se pode firmar no raciocínio que, aceitando a criação ou o incremento do risco de verificação do resultado ilícito por violação provada das *leges artis*, seguido da sua efectiva eclosão, impute o evento à conduta, sempre que o agente não consiga elidir o nexo causal entre ambos*”.

<sup>173</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 169, destaca, ainda, a crescente preocupação com o favorecimento do lesado em outras áreas, como a responsabilidade objetiva para proteção das vítimas dos acidentes de viação ou de trabalho, por exemplo, ou a proteção da parte contratual mais fraca, como o regime para as cláusulas contratuais gerais, para os contratos celebrados à distância, para atividade publicitária e outros diplomas de proteção dos consumidores. Cf. artigos 503.º e seguintes do Código Civil Português; artigos 281.º e seguintes do Código do Trabalho; Decretos Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro; DL n.º 143/2001 de 26 de Abril e DL n.º 330/90, de 23 de Outubro. Faria, Rita Lynce de, *op. cit.*, p. 72, também destaca essa preocupação: “*Colocada a questão em termos mais concretos, verifica-se que é a existência de um estado de debilidade subjetiva que justifica princípios como o do favor laboratoris que pode conduzir, em certos casos, à inversão do ónus da prova em benefício do trabalhador (v.g. artigo 12.º, n.º 1 e 25.º, n.º 5, da Lei do Contrato de Trabalho). O mesmo sucede quando a inversão do ónus da prova se produz, por exemplo, em benefício do investidor na bolsa, em prejuízo do emittente ou intermediário redator do prospeto [v. artigo 149.º, n.º 1, alínea a), do Código do Mercado dos Valores Mobiliários]. Por seu turno, a existência de um estado de debilidade objetiva pode conduzir à proteção do lesado numa ação de responsabilidade civil, parte objetivamente mais débil nesta relação jurídica. Ou à proteção do consumidor contra a publicidade enganosa nos termos do já referido n.º 2 do artigo 10.º do Código da Publicidade*”.

<sup>174</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *op. cit.*, pp. 24-25 e 709. Cf. também FRAGATA, José; MARTINS, Luís, “*O erro em Medicina. Perspectiva do Individuo, da organização e da sociedade*”, Coimbra, Almedina, 2004; FRAGATA, José, “*Risco Clínico: Complexidade e Performance*”, Coimbra, Almedina, 2006.

ser responsáveis pelo dano, para destruir o nexo causal entre o ato lesivo e o dano e, nesse caso, a ação ser julgada improcedente<sup>175</sup>.

Ora, não nos parece razoável que seja o doente a carregar o risco da atividade probatória num cenário em que o médico, com o seu comportamento infeliz e altamente criticável, faz aumentar a dificuldade de aferição do nexo de causalidade. Ademais, o ato do profissional, ao lado de outros fatores é, potencialmente, responsável pelo dano e, sendo o médico o portador da ficha clínica, dos resultados de exames, das informações relevantes relacionadas ao caso, bem como de todo o conhecimento técnico, seria-lhe muito mais simples assumir o encargo probatório<sup>176</sup>, o que faz com que a distribuição do ónus da prova, nos moldes tradicionais, se mostre injustificada<sup>177</sup>.

*Ad argumentandum tantum* temos de frisar que diante da natureza dos bens fundamentais violados – vida, saúde, integridade física e moral –, dignos de proteção constitucional, a ineficácia da defesa e preservação desses direitos fundamentais constitui um imperativo de ordem pública<sup>178</sup> e devem, portanto, prevalecer sobre convenções privadas. No

---

<sup>175</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 170.

<sup>176</sup> NUNES, Manuel Rosário, *op. cit.*, pp. 65-66, destaca que o médico estaria em posição mais confortável para assumir o encargo probatório: “Entendemos que não caberá ao paciente demonstrar a negligência do médico ou do hospital no qual lhe amputaram a perna por equívoco, ou no qual lhe extirparam um órgão distinto daquele que deveriam, ou na hipótese da criança que faleceu durante uma intervenção «corrente», que a compressa ou o bisturi ficaram alojados no abdómen por esquecimento, ou que a septicemia se deveu a infusão de microrganismos pelo manuseio de forma inadequada da técnica asséptica”. Para concluir: “É que o demandado tem uma posição de vantagem perante o paciente e que se traduz, desde logo, no domínio dos conhecimentos técnicos adequados, podendo aceder sem grandes dificuldades ao historial clínico, aos exames, de proporcionar ao Tribunal a prova pericial imprescindível à demonstração de que não houve culpa na produção do dano, ou que, no que respeita ao nexo de causalidade, houve uma situação de caso fortuito excludente da relação de causalidade entre a conduta censurável e o dano”.

<sup>177</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 171. Sobre a distribuição “injusta” do ónus da prova observa FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, “Novamente a questão...”, p. 209: “Mas o que se pode dizer é que as considerações tomadas para base nesse âmbito acabaram por ter outra coloração e reconduziram-se a outro tipo de fundamentações, ou de se entender (e agora já no plano da responsabilidade médica) que o médico autor ou agente de um erro grosseiro de tratamento ou intervenção cirúrgica o que determinava com uma tal conduta era uma situação que obliterava ou escondia o curso que teria havido se tivesse procedido com as leis ou regras da arte, ou que de todo o modo isso o tinha feito ou tornado mais perto das coisas, ou mesmo que dessa forma se lhe abrisse uma zona de domínio ou de poder, e, nessas condições ou por isso, que ficasse mais calhado ou melhor colocado que o paciente para ser onerado com o risco da prova”.

<sup>178</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, “Teoria Geral do Direito Civil”, 4ª edição, Coimbra Editora, 2012, p. 557-558, define a ordem pública: “Parece dever entender-se por esta noção o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, “Da boa fé no direito civil”, 4ª reimpressão, Almedina, 2011, pp. 1223-1224, aponta para a diferença entre a boa-fé e a ordem pública: “Esta noção de boa-fé, que tem vindo a ganhar corpo ao longo deste estudo, poderia levar à sua confusão com a ordem pública. Não é assim, a ordem pública abrange numerosas regras expressas que não correspondem à boa-fé. esta, por seu turno, implica, com predominância, regulações supletivas, estranhas, por definição, ao *ius cogens* integrante da ordem pública. Têm

mais, temos de atentar para o facto de que a dificuldade prática na efetivação de tais bens não signifique uma exclusão efetiva da responsabilidade profissional. Além disso, no que concerne à previsão do n.º 2 do artigo 800º, do Código Civil Português, em que pese a natureza dos bens em tutela, observamos a existência de cláusulas limitativas e exoneratórias da responsabilidade dos médicos, seja por atos próprios ou de terceiros auxiliares<sup>179</sup>.

Temos, portanto, com vista a cumprir as finalidades que o instituto da responsabilidade civil persegue, outro argumento a favor da atenuação ou eliminação das dificuldades postas ao lesado nas ações de responsabilidade médica.

Em conclusão, ante a tudo que foi exposto, resta claro que a distribuição do ónus da prova, da forma como é feita, resulta em prejuízo para o lesado e benefício para o médico, situação que o doente, dificilmente, consegue superar. Portanto, dentro de um contexto de

---

*funções diferentes e manifestações diversas: a primeira visa a reprodução do sistema e impõe actuações; a segunda, a sua preservação, proibindo, apenas. O conteúdo materialmente heterogéneo da ordem pública possibilita-lhe abarcar regras sediadas na boa fé: isso sucede quando estas assumam uma relevância que imponha a sua inderrogabilidade, interna ou, até, internacional. Também aqui a diferença é compatível com zonas de sobreposição, mantendo embora perspectivas próprias”.*

<sup>179</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 171-172. A esse respeito MONTEIRO, António Pinto, “Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil”, Coimbra, 1985, pp. 309-310, acredita que a previsão do número 3º do artigo 504º do Código Civil Português destina-se à proteção não só da pessoa transportada, mas da pessoa *tout court*, pelo que são nulas as convenções exoneratórias relacionadas a danos pessoais, independente das sua fonte e natureza, tal como intervenções cirúrgicas e atos médicos em geral. Logo: “Pela mesma razão se devem considerar interditas quaisquer cláusulas destinadas a limitar ou a excluir uma eventual responsabilidade emergente da actividade médica («lato sensu»). São deveres de ordem pública aqueles a que, em regra, o médico está adstrito – tanto relativamente aos cuidados que lhe são exigíveis, como à actualização dos seus conhecimentos e à aplicação dos meios técnicos auxiliares de acordo com a evolução registrada pela ciência médica, maxime tratando-se de um especialista –, não podendo antecipadamente isentar-se da responsabilidade em que incorrerá, emergente, v.g., de deficientes juízos de diagnóstico, da prescrição de tratamento errado ou inadequado, ou de qualquer descuido ou atitude negligente em intervenções cirúrgicas”. E conclui: “O que o médico não pode é, por via de cláusulas exoneratórias, excluir ou limitar a responsabilidade em que, sem essas cláusulas incorreria, por se acharem reunidos os pressupostos que o constituiriam na obrigação de indemnizar o doente, designadamente por qualquer culpa sua ou dos seus auxiliares. Estão em causa valores – como a vida, saúde, integridade humana –, cujo respeito e proteção decorre de princípios fundamentais de ordem pública, não podendo o médico beneficiar de qualquer cláusula exoneratória hipoteticamente aceite pelo doente”. Compartilham do mesmo entendimento FIGUEIREDO DIAS E SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, Janeiro de 1984, p. 52: “A doutrina é unânime em salientar que a generalidade dos deveres cuja violação, de forma típica, envolve responsabilidade médica, são impostos por normas de ordem pública, pelo que pouco espaço fica para a válida estipulação de cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade. Parece-nos igualmente claro que a chamada culpa de organização, com algum relevo neste domínio, não poderá ser contratualmente excluída”. Também ALMEIDA, J. C. Moitinho, “A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, Separata da Revista Scientia Iuridica, tomo XXI, n.º. 116-117, Braga, Maio-Agosto de 1972, p. 23: “A explicação deve ir buscar-se antes na necessidade social de protecção das vítimas de lesões que afectem bens essenciais à sua vida. Daí que nunca se tenha admitido a exclusão da responsabilidade por actos lesivos da vida ou integridade física da pessoa humana. Eis a razão por que se admite geralmente não ter qualquer valor a cláusula que exclui a responsabilidade do médico”.

proteção da parte processual mais fraca e efetivação dos direitos, temos a razão de ordem para uma intervenção *pro domnato* doente-lesado.

## 2.4. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

### 2.4.1. PRESUNÇÕES JUDICIAIS; PROVA PRIMA FACIE, OU DE PRIMEIRA APARÊNCIA; “*RES IPSA LOQUITUR*”; TEORIA DO RISCO AUMENTADO; INVERSÃO DO N.º 2, DO ARTIGO 344º, DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS E *EVIDENTIAL DAMAGE DOCTRINE*

Tendo em conta a distribuição do ónus da prova nos processos de responsabilidade civil médica dentro moldes tradicionais, verificamos a dificuldade, quase intransponível, suportada pelo lesado para cumprir com essa tarefa. Assim, iremos agora expor alguns artifícios apontados pela doutrina como possíveis soluções para o problema.

Frisamos que, aludidas soluções, embora sejam resultado da elaboração da doutrina e jurisprudência com o intuito de resolver o problema da prova nas ações de responsabilidade médica conservam, entretanto, a preocupação em preservar o tradicionalismo do sistema de responsabilidade civil. Estamos a falar de um conjunto de soluções a nível processual que introduzem alterações fáticas nas regras gerais de distribuição do ónus da prova – seja ao proporcionar uma facilitação da tarefa probatória do autor, ou a inversão do ónus da prova –, tudo com vista a dar por cumprida a ideia de uma eficaz distribuição do ónus probatório e, por conseguinte, de promoção da verdade objetiva e satisfação de imperativos de justiça<sup>180</sup>.

Desta feita, a primeira gama de soluções não altera a regra de distribuição do ónus da prova, apenas tem como escopo facilitar o cumprimento desse encargo, portanto, através de um processo lógico presuntivo que tem como base a matéria factual colocada à disposição do juiz, dá-se como provado o fato constitutivo do direito. Nesse diapasão, é imprescindível uma atividade probatória capaz de propiciar a aquisição judicial dos elementos fáticos suficientes, isto é, indícios plurais, concorrentes e graves da verificação do facto controvertido que sejam hábeis a justificar as presunções *hominis* ou judiciais<sup>181</sup>. Assim, no que concerne à relação

<sup>180</sup> PEDRO, Rute, op. cit., pp. 327-328.

<sup>181</sup> REIS, Alberto dos, “*Código de Processo Civil anotado*”, volume III, 3ª edição, p. 246, comenta que as presunções judiciais não estão assentes em averiguações ou investigações concretas, mas são fruto de um juízo de mera probabilidade ou conjectura baseadas na experiência e sucessos normais da vida.

material, estar-se-ia a proteger a parte que se encontra em situação de dificuldade probatória, ou em posição de inferioridade relativa<sup>182</sup>.

Por outra via, a segunda gama de soluções, promove verdadeira inversão do encargo probatório<sup>183</sup> para dar como provado um elemento fático que favorece ao autor, cabendo, nesse caso, à contraparte a demonstração de facto contrário àquele dado como assente para ilidir a presunção<sup>184</sup>.

Devemos observar, por conseguinte, que as soluções que acabamos de apontar estão inseridas dentro de uma orientação emergente no panorama atual: a adequação da disciplina da lide à especificidade da matéria em discussão para regular a atividade processual. Desta feita, quanto à estruturação da relação processual, são levados em consideração parâmetros como a relação obrigacional complexa e o princípio da boa-fé por parte dos vários intervenientes do processo, independente da posição processual que ocupem, para a descoberta da realidade fática em análise e a consolidação de padrões de solidariedade na fase probatória. Nesse aspeto, exigir-se-á uma maior cooperação daquele que se encontra em posição de fornecer ajuda mais qualificada, ou seja, a acentuação do dever de cooperação justifica-se em razão da natureza complexa e especializada da atividade em causa, como é o caso da responsabilidade profissional<sup>185</sup>. Ora, tendo em vista os conhecimentos técnicos, é notório que o profissional está

---

<sup>182</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *op. cit.*, p. 682, comenta situações de facilitação da prova por presunções judiciais ou prova por primeira aparência: “*Perante a ocorrência destes factos, caberá ao médico – para eximir-se da culpa e para afastar o nexo de causalidade – provar que a causa do dano esteve fora da sua esfera de ação, que não é responsável pelo nexo causal gerador do dano. Ou seja, cabe-lhe silenciar a eloquência dos fatos, apresentando uma explicação razoável para os danos sofridos pelo autor, expurgada de qualquer intervenção negligente da sua parte. A facilitação da prova através da prova à primeira aparência, prova prima facie, tem sido muito importante na prova da culpa e na prova do nexo de causalidade*”.

<sup>183</sup> FARIA, Rita Lynce de, “*A inversão do ónus da prova no direito civil português*”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 69-70, observa que as situações de inversão do ónus da prova possuem duas grandes ordens de razões, senão: “*Em primeiro lugar, razões de natureza particular, através das quais se pretende alcançar uma proteção para certas situações subjetivas merecedoras de tutela. Em segundo lugar, razões de natureza pública, na medida em que se vise alcançar essencialmente, uma mais eficaz prossecução da justiça através de um melhor desempenho da função judicial. Veja-se em que termos o legislador procurou alcançar esses objetivos. Começando pelos objetivos de natureza privada, verifica-se que a razão mais evidente que fundamentou a maior parte das situações de inversão do ónus da prova é uma razão de ordem prática: a natural dificuldade ou quase impossibilidade para uma das partes (exatamente aquela parte à qual deveria caber o ónus da prova de acordo com as regras gerais de repartição) de efetuar a prova de determinado facto, sendo por seu lado esta prova relativamente fácil de realizar para a outra parte no processo. É, em suma, a inexigibilidade da realização da prova que justifica alguns casos de inversão*”.

<sup>184</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 328-329.

<sup>185</sup> Nesse sentido PEREIRA, André Gonçalo Dias, *op. cit.*, p. 678: “*Consequentemente, a doutrina e jurisprudência de vários países têm vindo a desenvolver especificidades na repartição do ónus da prova com vista a tornar mais justo o processo de responsabilidade civil em matérias médicas, falando-se de uma “igualdade de armas como expressão do Estado de Direito e do princípio geral da igualdade” (Waffengleichheit als Ausfluss der rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitsstatus)*”, na doutrina germânica”.

em posição mais confortável para a descoberta da verdade objetiva e, sendo ele parte da relação processual *sub iudice*, é-lhe possível trazer ao processo os elementos necessários para sanar a situação controvertida<sup>186</sup>.

Ademais, frisamos, ainda, que a inversão do ónus da prova visa adequar o regime de repartição do ónus da prova ao cenário em causa – responsabilidade civil, tutela do consumidor ou do trabalhador, por exemplo<sup>187</sup>, representa, assim, um instrumento ágil para a tutela de direitos subjetivos. Nesse sentido, os Tribunais, com vista a corrigir as consequências de uma aplicação pura das regras de repartição do encargo probatório, fazem uso da inversão do ónus da prova e das citadas presunções. Logo, são levadas em consideração as esferas de risco das partes e a facilidade da prova para fazer cair, sobre aquela cujos factos controversos apresentem uma maior conexão, o encargo probatório<sup>188</sup>. Desta forma, cumprir-se-ia com o objetivo de tutela da parte que se encontra em situação de inferioridade, corrigindo-se os desequilíbrios dessas relações sociais<sup>189</sup>.

Assim sendo, a orientação emergente visa conferir maior adequação do direito processual à natureza especial da responsabilidade profissional e, para nós, mais especificamente, a responsabilidade do médico. Assim, o objetivo é amenizar a dificuldade objetiva da atividade probatória<sup>190</sup> que, como vimos, é desfavorável ao lesado, bem como impor uma sanção ao lesante que, através da sua atitude desvaliosa, potencializou essas dificuldades<sup>191</sup>.

No entanto, precisamos ser francos, os artifícios dos quais estamos a falar, utilizados para “manipular” as regras tradicionais de distribuição do ónus da prova, baseiam-se em

---

<sup>186</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 329- 331.

<sup>187</sup> Cf. CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia, *op. cit.*, p. 763.

<sup>188</sup> Nos dizeres de CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia, *ibid.*, p. 796: “*Per tutta una serie di casi ci si può domandare – infine – se non avrebbe senso (per il legislatore o per lo studioso) immaginare di fondere le inversioni dell’onere della prova sotto l’egida di un solo precetto: muovendo eventualmente verso un insieme di disposizioni di vasto respiro, al limite verso una formulazione sintetica. Magari verso una clausola unitaria. Puntare, ad esempio, su cifre del tipo «debolezza accentuata = minimo di prova necessaria»? o, piuttosto, su equazioni o proporzioni del genere «maggior rango dell’interesse = minor carico probatorio»? si tratterebbe, forse, di prescrizioni dal tenore eccessivamente ampio; però anche tutt’altro che prive di utilità quali strumenti per controllare – oltre lo schermo delle parole che possono impiegarsi in letteratura (o dei silenzi serbati nel seno delle motivazioni) – il modo in cui gli oneri della prova vengono distribuiti, effettivamente, dai nostri giudici”.*

<sup>189</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 331-334.

<sup>190</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, “*Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*” in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, p. 140, a respeito da criação de fatores de facilitação da atividade probatória em prol do lesado, coloca: “*A criação de factores que favoreçam uma igualdade relativa entre duas partes que, à partida, se encontram em manifesta desigualdade (uma é um leigo em matéria médica, a outra é um especialista) é uma necessidade motiva não só por razões processuais, mas também por inequívocos critérios de justiça*”.

<sup>191</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 335-336.

conceitos voláteis como “indícios”, “presunções”, “aparência” e “verossimilhança”. Concordamos que os motivos pelos quais os Tribunais recorrem a esses artifícios são louváveis, entretanto, no que diz respeito à promoção da certeza<sup>192</sup> que o direito deve servir, perdem muito de seu valor<sup>193</sup>.

Tendo em conta essas considerações iniciais, apontamos, como primeira técnica de facilitação probatória, a prova por presunções judiciais, remédio presente no Direito Português previsto no artigo 351º do Código Civil, cujo intuito é permitir que se extraia de um facto conhecido um facto que é desconhecido. Nesse cenário, dentro da responsabilidade civil do médico, com recurso às presunções judiciais do tipo *hominis* ou naturais, é possível inferir, a partir das regras de experiência comum ou regras técnicas, a probabilidade entre um facto e uma causa<sup>194</sup>. Por assim ser, desde que o comportamento e o dano se reconduzam à espécie de causa e facto ali relacionados, temos a comprovação do nexo de causalidade entre o comportamento do médico e o dano ao lesado. Para ilidir tal presunção, o médico deve fazer prova de que não há qualquer nexo de causalidade entre o dano e um erro de diagnóstico ou tratamento da sua parte. Destacamos ainda, nesse contexto, a importância do n.º 1 do artigo 655.º do Código de Processo Civil, que prevê o princípio da livre apreciação da prova<sup>195</sup>.

Cumpre-nos observar que, em Itália, desde que dentro de um controle de coerência e congruência, cuja valoração é complexa, o recurso a essa técnica opera de forma a conferir valor à experiência comum e à normalidade na tomada de decisões pelo juiz. Assim considerado, vislumbramos no ordenamento italiano, mecanismo semelhante ao das presunções judiciais, para o qual o que se mostra evidente prescinde de demonstração – *id quoad plerumque accidit*. Portanto, estando a alegação do autor de acordo com o curso regular dos acontecimentos,

---

<sup>192</sup> Nesse sentido, PATTI, Salvatore, “*Probatio e praesumptio: attualità di un’antica contrapposizione*” in *Rivista di Diritto Civile*, Ano XLVII, n.4 julho-agosto, 2001, p. 480, chama a atenção para o facto de que a presunção é uma das atividades do pensamento humano que, por sua vez, anda de mãos dadas com a imaginação, a crença e o saber, logo, expressão da atividade interna do intérprete, impossível de se descrever como um procedimento que conduz, ou pode conduzir, uma ideia inicial à certeza do conhecimento. Assim, o processo pode ser reconstruído passo a passo, a depender da riqueza de conhecimento individual do intérprete e dos elementos de incerteza presentes.

<sup>193</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 336.

<sup>194</sup> TARUFFO, Michele, “*Funzione della prova: la funzione dimostrativa*” in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, Anno LI, n. 3, Settembre, 1997, p. 565, explica que a decisão sobre os factos pode ser o resultado de um raciocínio que se baseia em evidências e atua de acordo com cânones racionais e regras de inferência logicamente válidas. Ora, a decisão sobre os factos sempre implica num exercício de escolha de uma narrativa dentre todas as narrativas possíveis, ou pelo menos uma dentre aquelas que foram propostas ao juiz ou que ele próprio pode configurar. Não se trata de um raciocínio dedutivo qualquer, que deduz certas verdades de premissas gerais, mas de escolher a melhor narrativa possível entre as que parecem adequadas ao caso particular.

<sup>195</sup> COSTA, Patrícia, *op. cit.*, pp. 89-90.

dispensa-se a prova dos factos cabendo, àquele que arguiu um desvio no curso padrão da normalidade, provar a verificação de factos atípicos<sup>196</sup>.

Destacamos que, a partir de 1978, em razão da natureza do serviço médico, a *Corte di Cassazione* consolidou o entendimento que a medida de prova que se exige ao doente-lesado depende do objeto factual da mesma. Explicamos: quando se trata de uma intervenção simples cujo resultado seria positivo, dentro do curso normal dos acontecimentos, presumir-se-á, portanto, que o contrário, isto é, o insucesso da terapêutica, se deve a uma atuação culposa do médico que deixa em evidência a eficiência causal desse comportamento para o dano, cabendo ao profissional, por fim, fazer prova contrária a essa presunção<sup>197</sup>.

Como segunda técnica de facilitação probatória temos a prova *prima facie*, ou de primeira aparência que, semelhante à presunção judicial que, a partir de elementos dotados de uma força de convencimento menor do que o exigido da prova direta de um facto, admite como provado um facto controvertido ao conferir-lhe um valor cognoscitivo semelhante ao da prova direta por haver uma aparência *prima facie* de veracidade. Por outras palavras, o aludido raciocínio, a partir da tipicidade apresentada pela factualidade provada, baseia-se na probabilidade<sup>198</sup> de verificação de um evento, bem como na exigência de um menor “grau” de prova, para considerar verdadeiro o decurso factual colocado pelo lesado<sup>199</sup>. O lesante, por outro lado, terá de fazer prova da verificação de factos outros que tornem inverosímil o raciocínio

---

<sup>196</sup> A respeito das presunções, observa PATTI, Salvatore, *op. cit.*, p. 480, que se trata de uma passagem lógica de uma facto para outro facto, do particular para outro particular, contudo, para se alcançar o segundo particular, é necessário primeiro voltar indutivamente para a regra geral, e em seguida descer dedutivamente para o facto que é ignorado e representa o propósito final da transação.

<sup>197</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 338-341. Nesses termos discorre PATTI, Salvatore, *op. cit.*, pp. 485-486: “*Per spiegare il fondamento delle presunzioni legali vengono richiamati criteri di esperienza, verosimiglianza e probabilità. In effetti, in alcune ipotesi, le presunzioni relative corrispondono alla ricostruzione dei fatti maggiormente adere all’id quod plerumque accit. In base al criterio della preponderanza di probabilità viene spiegata, ad esempio, la presunzione secondo cui ao possesso corrisponde la proprietà (art. 1141, comma 1º, c.c.). non risponde invece ad un calcolo di probabilità la presunzione di commorienza, giustificabile, piuttosto, alla luce della tradizionale preferenza dell’ordinamento giuridico per il mantenimento dello status quo. Il altre ipotesi le presunzioni legali relative tendono semplicemente a facilitare l’accertamento dei fatti assegnando l’onere della prova al soggetto che si trova nella posizione migliore per soddisfarlo. In altri casi, infine, e si tratta di una tecnica frequentemente utilizzata nelle direttive europee, la previsione di presunzioni relative, soprattutto quando sono limitate le possibili prove contrarie, serve a tutelare la parte debole del rapporto, o comunque quella che incontra le maggiori difficoltà di prova*”.

<sup>198</sup> PATTI, Salvatore, *ibid.*, p. 480, chama a atenção para a relação entre presunção e probabilidade para dizer que a presunção apenas permite uma abordagem da verdade e, sendo imprescindível o recurso às regras da experiência, nesse primeiro momento, o conceito de presunção está, portanto, ligado ao de probabilidade, já que as regras da experiência referem-se ao que normalmente acontece.

<sup>199</sup> Nesse sentido coloca RANGEL, Rui Manuel de Freitas, “*Ónus da Prova no Processo Civil*”, Almedina, 3ª edição, 2006, p. 256: “*Concordamos com Castro Mendes quando enuncia que a prova prima facie não é de aceitar no direito português, como figura do direito probatório, mas antes, como figura de técnica probatória em prova livre*”.

lógico-conclusivo apresentado. Percebemos, portanto, que estamos diante de uma técnica de facilitação assente ao nível de valoração livre da prova<sup>200</sup>.

Na Alemanha, a técnica apresentada designada como *Anscheinbeweis* teve origem na jurisprudência sendo, posteriormente, desenvolvida pela doutrina e, empregue no âmbito da responsabilidade civil, para apreciação do nexo de causalidade<sup>201</sup>. Assim, através de uma ideia de verosimilhança – *wahrscheinlichkeit* – e valoração livre da prova – *Beweiswürdigung* –, parte-se do resultado verificado para ter como assente o curso normal típico dos acontecimentos<sup>202</sup>.

Temos ainda, como terceira técnica de facilitação probatória, a regra da “*Res ipsa Loquitur*” que, assim como as técnicas já apresentadas, parte de evidências circunstanciais do caso concreto e conhecimentos da experiência para extrair uma inferência sobre a ocorrência da factualidade<sup>203</sup>. Aplicada nos países de *Comon Law*, serve a situações nas quais, a partir dos factos analisados e dos resultados danosos produzidos, a culpa e o nexo de causalidade aparecem *in re ipsa*, ou seja, os acontecimentos falam por si mesmos. Assim, quando os factos são considerados expressivos e convincentes<sup>204</sup>, portanto, o dano só pode ser explicado pela

---

<sup>200</sup> COSTA, Patrícia, *op. cit.*, p. 90. BARBOSA, Mafalda Miranda, “O ónus da prova da causalidade e a tentativa de compreensão do problema à luz de uma perspectiva imputacional – breves considerações”, *Revista de Direito Civil*, Ano III, I, Almedina, 2018, pp. 119-120, dirige crítica acerca das presunções *prima facie* no sentido de serem muito frágeis: “Por seu turno, as presunções *prima facie* mostram-se muito frágeis, bastando – como ensina a doutrina e a jurisprudência que a *secunda* – a invocação de um curso causal alternativo – a despeito da irrelevância que a causalidade virtual possa conhecer para afirmar ou afastar a responsabilidade – para as afastar e obrigar o lesado a provar o curso causal conducente ao dano. Curiosamente, o afastamento da prova de aparência parece apontar no sentido da exclusividade de uma ideia de condicionalidade, que é o que se faz é arrear a inversão do ónus probatório pelo simples inculcar da possibilidade de um encadeamento causal alternativo do que é comum. Dito de outro modo, parece ser esta – e não a causalidade (dita adequada, para a maioria da doutrina) – a ser problematizada e a ter de ser comprovada pelo lesado”.

<sup>201</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *op. cit.*, pp. 679-680, destaca o posicionamento da jurisprudência alemã: “Assim, em função das circunstâncias do caso, aquele que tem melhores condições técnicas, profissionais ou fácticas para produzir a prova fica onerado com o dever de produzir prova. O Tribunal Constitucional alemão, na Decisão de 25/7/1979, que a aplicação do direito probatório nas ações de responsabilidade médica deveria ter em conta os interesses contraditórios, a atividade de risco da medicina e a situação de dificuldade processual do paciente. Os institutos processuais com vista a criar uma igualdade de armas no processo são os seguintes: (1) a prova *prima facie* (*Beweis der ersten Anscheins*); (2) a facilitação da inversão do ónus da prova; (3) o montante dos danos pode ser calculado pelo tribunal, em casos excepcionais, através da livre convicção; quanto a este expediente, o art. 566º. N.º 3 admite a indemnização pela equidade quando for muito difícil calcular o montante dos danos”.

<sup>202</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 341-343. Nesse sentir, aponta SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade por conselhos...”, p. 297: “Um erro mais ligeiro ou uma culpa menor poderão dar origem a uma presunção simples; um incumprimento grosseiro do dever de documentação, que dificulte ou impeça o esclarecimento do desenrolar dos acontecimentos, provoca um aligeiramento das exigências de prova que pode ir até uma verdadeira inversão. Uma inversão é também aceite no caso de violação de um dever profissional”.

<sup>203</sup> COSTA, Patrícia, *op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>204</sup> GOMES RODRIGUES, Álvaro da Cunha, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos” in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume XIV, Tomo 3, 2000, p.

prática anterior de um ato censurável. Para tanto, é necessária a incidência de três condições: “*the defendant must be in control of the thing which caused the injury to the plaintiff*”; “*the accident must be of such a nature that it would not have occurred in the ordinary course of events without negligence*”; e “*there must be no explanation for the accident*”. Isto é, a razão de ser da responsabilização do agente é fundada no facto do lesante exercer algum domínio sobre o curso dos acontecimentos, e por assim ser, em circunstâncias normais, aquele dano não ocorreria, de modo que não se vislumbra outra explicação para o evento danoso, senão a prática de um ato censurável pelo médico<sup>205</sup>.

Em França, por sua vez, através de presunções “*graves, précises et concordantes*” previstas no artigo 1382º do *Code Civil*, constrói-se a ideia de *faute virtuelle* e *causalité virtuelle* para presumir que se possa retirar, do ato censurável do médico, a causa juridicamente relevante do resultado nefasto verificado<sup>206</sup>.

Por fim, a teoria do risco aumentado consiste na consideração do comportamento do lesante como criador de um risco de desencadeamento do dano e, por esse motivo, constitui critério justificador para a diminuição da rigorosidade quanto à análise do nível de probabilidades necessárias para dar como provada a causalidade. Destacamos que, no que concerne à teoria geral da causalidade, a teoria do risco tem, como diferencial para com a técnica presuntiva de facilitação da prova, o facto de adotar uma correção ou modulação pontual da conceção geral de causalidade, diminuindo-a em relação ao nível normalmente exigido de probabilidade<sup>207</sup>.

---

220, comenta: “*Nos estados Unidos, dadas as consideráveis dificuldades de prova, tem-se vindo a seguir, com frequência, a teoria da «res ipsa loquitur» («a coisa fala por só própria»), segundo a qual perante a morte do doente ou do agravamento das lesões, surge uma presunção de negligência médica, desonerando o paciente da prova. Fala-se no «direito de evidência circunstancial» cujos requisitos são os seguintes: a) Inexistência de prova sobre como e porquê ocorreu o dano; b) Presunção de que não teria ocorrido se não tivesse havido acção ou omissão culposa do médico; c) Tal presunção recai sobre o médico que pessoalmente trata o paciente; d) O dano deverá ter ocorrido em circunstâncias que não façam presumir a culpa do paciente (isto é, que este o tenha provocado culposa ou dolosamente)*”.

<sup>205</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 344-347.

<sup>206</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, pp. 347-348. MAZEAUD, Denis, “*Responsabilité civile. Responsabilité du fait des produits*” in *Recueil Dalloz*, 2004, n.º 19, pp. 1344-1345. Para maiores informações acerca da decisão cf. SERINET, Yvesmarie e MISLAWSKI, Roger, “*Vaccination contre l’hépatite B: les conditions de la responsabilité du fait des produits défectueux*”, *Dalloz*, 2004, n.º 13, pp. 898-902, a respeito de decisão tomada pela *Cour de Versailles* acerca da responsabilidade pelo facto dos produtos observa: “*Aussi, était-il assez hasardeux d’ériger ce doute scientifique persistant en présomption juridique de causalité. D’autre part, la mise en jeu de la responsabilité du fait d’un produit défectueux suppose que, outre la preuve d’un préjudice, soit démontrée celle du défaut du produit, étant entendu que le dommage peut certes procéder du produit, mais pas nécessairement de sa défectuosité. Dès lors, en présumant l’existence d’un défaut de la simple constatation du préjudice, la cour de Versailles avait procédé par ellipse et s’exposait à la censure*”.

<sup>207</sup> COSTA, Patrícia, *op. cit.*, p. 91.

Assim, ao considerar a conduta do agente como fonte de perigo para terceiros e, vindo esse perigo a verificar-se pela concretização daquela conduta, o agente deve responder pelo dano, salvo se provar que o dano não se consumou por aquela fonte de perigo. Logo, em que pese não se poder afirmar com certeza que aquele perigo foi responsável pelo dano, considera-se que aquela fonte de perigo fez aumentar as possibilidades de verificação do dano. A teoria, desenvolvida no Reino Unido, funda-se na exigência de um dever “*a statutory duty*”, cuja violação, ainda que não se possa afirmar com certeza ser a responsável pela ocorrência de um dano, mas que, por outro lado, o cumprimento daquele dever poderia evitar o resultado lesivo, justifica a inversão do ónus da prova e, passa a esfera do lesante, a obrigação de provar que não existiu nexos causal entre os dois factos. A prova do nexos causal faz-se, portanto, a partir da prova de um ato censurável, ilícito e culposo que gerou riscos, bem como da prova de verificação de um dano cujas características são compatíveis com as que o ato censurável é capaz de gerar<sup>208</sup>.

Em resumo, perante as situações mais complexas de apuração do nexos de causalidade, através de conceitos como “*policy or justice*”, “*gerenchten Interessenbwagung*” e equidade, a demonstração, pelo lesado, de incumprimento de um dever por parte do lesante, cuja consequência é a criação ou elevação de um risco e, posteriormente, a sua efetivação, reúne os requisitos suficientes para o cumprimento do ónus processual que lhe incumbe, sendo dispensado, portanto, da prova da concreta eficiência causal entre a inobservância do dever e o dano. O risco da atividade probatória passa a correr por conta do lesante<sup>209</sup>. É o preço que paga o médico por não ter agido conforme as *leges artis*<sup>210</sup>.

Na Alemanha, em situações de *grobe Behandlungsfehle* – erro grosseiro – praticado em desconformidade com as regras das artes médicas, os tribunais entendem por bem adotar uma prática menos rigorosa no que tange aos princípios do ónus da prova. Nesse sentido, observam se o doente, dada as condições do caso concreto, encontra-se com possibilidades de satisfazer o encargo probatório e, caso contrário, adota-se o entendimento de que seria mais justo caber ao médico o ónus da prova de que o dano suportado pelo lesado. O profissional deve

---

<sup>208</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 352-357.

<sup>209</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *op. cit.*, p. 689, comenta: “*Não devemos confundir uma “alteração radical das regras do ónus da prova”, com uma adaptação das mesmas às exigências de justiça material e processual nas ações de responsabilidade médica. Assim, os contributos da doutrina e da jurisprudência vão no sentido de compreender que há situações em que a prova é inexigível ao Autor da ação e que, pelo contrário, o Réu, o médico tem todas as condições para provar que não violou as *leges artis* ou que não houve causalidade. Por isso, uma correta e justa distribuição do ónus probatório é uma demanda urgente de um Estado de Direito em que a reparação dos danos injustos causados aos pacientes seja atendida*”.

<sup>210</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 358-359.

fazer prova de que o dano não se deve a um tratamento deficiente por ele ministrado, mas de reações incontroláveis do organismo do doente<sup>211</sup>. Também nos Estados Unidos da América, a demonstração de elevação do risco de produção de dano – “*most probably caused harm*” – mostra-se suficiente para a prova do nexo de causalidade.

Por último, vale ainda destacar que em França, para além da teoria da perda de chance, também é admitida pelos tribunais a criação culposa de um risco para justificar a inversão do ónus da prova em favor do lesado<sup>212</sup>.

Nesse sentido, podemos observar dos mecanismos de inversão do ónus da prova que os mesmos apresentam, em compatibilidade com a teoria da perda de chance, a intenção de simplificar a posição processual do lesado. Ademais, o raciocínio empregado num ou noutro assemelham-se por tomarem como base os mesmos parâmetros. Ora, se na teoria da perda de chance consideramos o desaparecimento das chances e a verificação de um resultado positivo, nos mecanismos de inversão do ónus da prova, por sua vez, temos em conta o aumento do número de chances de produção de um resultado negativo. Observamos, entretanto, que as teorias de inversão do ónus da prova situam-se, ainda, num sistema de tudo ou nada, de modo a proporcionar ao lesado a reparação total dos danos ou nenhuma reparação, enquanto que a teoria da perda de chance, por outro lado, resulta na reparação exata do dano suportado pelo lesado<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *op. cit.*, p. 685-686. Cf. também FARIA, “*Novamente a questão...*”, *op. cit.*, pp. 201-295, comenta caos de negligência grosseira ou os erros grosseiros e a inversão do ónus da prova da causalidade pelo Supremo Tribunal Federal alemão.

<sup>212</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 359-362. Cf. JOURDAIN, Patrice, *Sur la perte d'une chance*, RTD Civ, 1992, p. 2 ; GENEVIÈVE, Viney ; JOURDAIN, Patrice, *op. cit.* p. 202 ; MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde , “*Aspectos particulares da responsabilidade médica*” in Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1991, p. 150 e ss ; FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *op. cit.*, p. 139 e MÉMETEAU, Gérard *op. cit.*, p. 149.

<sup>213</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 364. Comenta BARBOSA, Mafalda, *op. cit.* p. 120: “*Já as verdadeiras presunções de causalidade revelam-se mais fortes. Simplesmente, ao admitirem a contraprova, a sua força fica ainda dependente do sustentáculo que para elas se encontre. Assentes na probabilidade de surgimento do dano, ainda que com raiz normativa, as presunções de que se parte surgem fragilizadas, designadamente naquelas hipóteses em que não têm direto apoio legal, mas resultam de uma adequada interpretação sistemática proposta pelo julgador. O que parece estar em causa não é, então, unicamente a repartição do encargo probatório, mas a admissibilidade de o dado ficar assente em termos probabilísticos. Dito de outro modo, é o grau de certeza que se questiona, a sugerir que o que aqui vai pensado não é a ideia de imputação, mas de pura causação. Neste plano adjetivo, a exigência de produção de prova relativamente a cada um dos pressupostos delituais e a sua localização no quadro do tratamento da matéria de facto conduzem à busca da causalidade, quando questionada na ótica probatória, como mecanismo capaz de garantir a correspondência com o real. Donde, a inversão do encargo entroncava, as mais das vezes, na probabilidade ou nas regaras da experiência. Com isto, o que se questiona é qual o grau de probabilidade bastante para gerar o convencimento do julgador e, nessa senda, fora das hipóteses de presunções previstas pelo legislador, os expedientes encontrados para operar a inversão anunciada poderiam mostrar-se claudicantes*”.

Falta-nos, portanto, apontar a inversão do ónus probatório que se depreende do n.º 2, do artigo 344º, do Código Civil Português. Nessa situação, quando a parte contrária, de alguma forma, culposamente, tornar a prova ao onerado impossível, caber-lhe-á o ónus da prova. Assim, é necessário um comportamento culposo pela parte não onerada com o ónus da prova e, por consequência, o facto da produção da prova correspondente se tornar impossível. Observamos que não é da dificuldade ou da mera falta de preparo técnico da parte onerada que resulta a inversão<sup>214</sup>, mas do comportamento culposo da parte contrária que destrói documentos imprescindíveis para comprovar o facto constitutivo do direito do autor, por exemplo. No caso da responsabilidade médica, o profissional médico que destrói dolosamente a ficha clínica do doente e, por essa razão, torna impossível a prova dos factos necessários à construção do *iter* de todo o tratamento médico desenvolvido. Assim, caberia, portanto, ao médico, a prova de que agiu adequadamente<sup>215</sup>.

Vale destacar que a doutrina portuguesa questiona<sup>216</sup>, ainda, a possibilidade de aplicação extensiva dessa regra aos casos em que a impossibilidade ou dificuldade de prova dos

---

<sup>214</sup> A respeito da inversão do ónus probatório do n.º 2 do artigo 344º coloca TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *op. cit.*, pp. 140-141: “No direito português, não é possível alterar ou inverter a repartição legal do ónus da prova com o fundamento na falta de preparação técnica da parte onerada ou na especial dificuldade dessa prova para essa parte (excepto se essa dificuldade tiver sido causada pela contraparte, artº 344º, nº 2, do Código Civil), mas é possível compensar – se assim se pode dizer – o formalismo da repartição legal do ónus da prova imposta pelo artº 342º do Código Civil através da liberdade de apreciação da prova realizada pela parte, pois que, como se estabelece no artº 655º, nº 1, do Código de Processo Civil, a apreciação da prova depende da convicção que o tribunal formar sobre a actividade probatória desenvolvida pela parte. Quer dizer, assiste ao tribunal a faculdade de considerar, na própria avaliação da prova, as naturais dificuldades da sua realização e de, nessas circunstâncias, julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para a prova de facto. Convém acentuar, no entanto, que uma eventual diminuição no grau de exigência da prova produzida pelo paciente só é justificável na exacta medida em que tal seja necessário para criar uma situação de igualdade entre as partes da acção”.

<sup>215</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 364-367.

<sup>216</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 367-368. No mesmo sentido, cf. DECLERE, Frederic Descorps, “La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à la faute du médecin”, in Recueil Dalloz, Ano 181, n.º 11, 2005, p. 743. A esse respeito devemos apontar alguma controvérsia dentre a doutrina portuguesa. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *op. cit.*, p. 193, defende a aplicação extensiva da regra para situações de “mera negligência” sob o argumento de que “[...] é preciso atendermos a que a inversão do ónus da prova, como sanção, ocorre e é determinada por razões que se prendem mais com a verificação de uma situação objectiva qual seja a de impossibilidade de a contraparte ver-se privada de usar certo meio de prova para demonstrar o facto por si alegado, do que como uma sanção para a conduta negligente da parte. A conduta do causador é pouco relevante para efeitos de inversão do ónus da prova. O que é determinante é o resultado decorrente da impossibilidade gerada”. RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *op. cit.*, pp. 197-198, aponta ainda que, para operar a inversão do ónus da prova do n.º 2º do artigo 344º do CC, há de ocorrer, em razão do comportamento da contraparte, uma impossibilidade de prova por parte do onerado, não sendo suficiente a mera dificuldade, sendo imprescindível que o meio probatório inviabilizado fosse o único possível para alcançar a prova. Nas palavras da autora: “Na verdade, se a prova do fato for feita através de diversos meios de prova em conjunto deixamos de estar no domínio da impossibilidade, passando para a mera dificuldade, o que não pode ter-se como relevante para efeitos de operar a inversão do ónus da prova, segundo a regra ditada pelo art. 344.º n.º 2 do CC. A impossibilidade deve aferir-se

atos médicos se der por conta de omissões negligentes quando do desenvolvimento da atividade médica. Isto é, se seria viável aplicar tal preceito para desenvolver uma via que favoreça o lesado com a inversão do ónus da prova quanto à causalidade, nos casos de erro grosseiro capazes de, em termos abstratos, ter gerado o dano<sup>217</sup>.

Por último, temos de destacar a *evidential damage doctrine*. Ora bem, a teoria em causa visa promover a autonomização do dano probatório para viabilizar a indemnização. Isto é, partindo do pressuposto de que o agente, através do seu comportamento, deu causa a uma complexidade probatória irreduzível, o dano probatório deve ser autonomizado. Ou seja, sendo o lesante responsável pela indeterminação factual do caso, deve lhe ser imputada essa incerteza fáctica, assim, passa-se a impor uma responsabilidade pela própria incerteza. Nesse sentido, são variados os tipos de casos aos quais a teoria se aplica: a) quando o agente não é identificável; b) quando o lesado não é identificável; c) quando a conduta ilícita pode ou não ter causado o dano; d) quando o dano foi causado por vários agentes separadamente e não se sabe a quota

---

*pela importância e relevância do meio probatório inviabilizado para provar o facto, que é, em si mesmo, decisivo e relevante (o facto principal). Não faz sentido penalizar a parte que não estava onerada com a inversão do ónus da prova se o meio por esta inviabilizado não for de importância decisiva para o apuramento do facto principal. A impossibilidade de recurso a um meio de prova (dos diversos meios de prova em conjunto) pode não ser importante para efeitos de tornar a prova impossível, considerando a possibilidade de recorrer aos restantes. Assim sendo, depende de que meio probatório se trata e qual o facto que se pretende provar. Esse meio de prova tem que ser determinante e de uma superior relevância para a formação da convicção do juiz e para a descoberta da verdade material. E tem de ser o único possível para se atingir esse desiderato, caso contrário, não tem razão de ser o que acima se disse". FARIA, Rita Lynce de, op. cit., p. 58, discorda dessa posição. Argumenta que a solução extraída por RANGEL é excessiva, tendo em vista que a situação de a prova apenas seja alcançada através de diversos meios de prova conjuntamente e, na impossibilidade de um deles, a prova pode vir a tornar-se impossível em que pese ainda poder-se recorrer aos demais meios de prova. Destacamos, ainda, a previsão de multa como sanção para a falta de cooperação da contraparte na descoberta da verdade e a livre apreciação da prova pelo juiz. Aludida previsão, do n.º 2 do artigo 417.º, pode, a princípio, parecer incoerente no que toca a inversão do ónus da prova prevista no n.º 2 do artigo 344.º, entretanto, FARIA, Rita Lynce de, *ibid.*, p. 60, esclarece que diante da interpretação conjugada dos dois dispositivos, tira-se a conclusão de que “«o tribunal apreciará livremente o valor da recusa pra efeitos probatórios», estamos perante a situação em que é a parte onerada com a prova daquele facto que se recusa a prestar a colaboração requerida pelo juiz. Nesta situação, nunca poderia verificar-se uma inversão do ónus da prova. Já quando se trate da parte não onerada com a prova do facto que se recusa a colaborar na descoberta da verdade, deverá entender-se que é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil, ou seja, passa a ser a parte que não colaborou a ficar onerada com a prova do respetivo facto”.*

<sup>217</sup> Destacamos, ainda, a observação feita por PEDRO, Rute, op. cit., pp. 370-373 para a solução prevista no n.º 3 do artigo 566º do Código de Processo Civil. Aludido dispositivo é direcionado aos casos de dúvida na apuração do quantum de indemnização, entretanto, se pudermos pensar em adaptar tal regra à situação em que a própria existência de danos seja insuscetível de averiguação poderemos, ainda que como recurso de última *ratio*, através de recurso à analogia considerar essa solução. Assim, bastaria ao lesado alegar e provar um facto que no seu interior contenha um normal ou presumido significado de dano para o tribunal considerar esse dano e atribuir-lhe um valor equitativamente. Logo, o médico que, culposamente, sem motivo justificado, descumpra as regras das *leges artis*, causa, em princípio, danos ao lesado. O significado danoso estaria contido no próprio ato desvalioso. Aplicar-se-ia, ainda, em contributo, o artigo 514º, do Código de Processo Civil, que dispensa a alegação e prova de factos notórios. Em resumo, para além da avaliação do montante da indemnização, à luz do n.º 3 do artigo 566º, teríamos um mecanismo que sustenta o funcionamento da teoria no ordenamento jurídico português.

parte de cada um deles; e) quando o dano foi causado por ato ilícito e culposo do agente e também por uma causa alheia, de modo que não seja possível quantificar a contribuição de cada um dos eventos para o dano<sup>218</sup>.

Em resumo, das situações aqui apresentadas, vislumbramos dois tipos de ação. No primeiro caso, há possibilidade do *evidential damage* ser o resultado do mesmo ato ilícito que causou ou pode ter causado o dano direto; e no segundo caso, pode ser produto de um ato ilícito diferente que pode não ser concomitante. Ou seja, se em algumas situações o dano probatório é equivalente ao montante do dano direto e, nesse caso, o lesado deve ser compensado na totalidade, em outras, não se pode afirmar com certeza o que o lesado obteria caso o comportamento do lesante não tivesse existido, logo, o dano probatório é menor do que o dano direto e, assim sendo, o dano direto deve ser multiplicado pela probabilidade de o lesante ser o causador daquele dano<sup>219</sup>.

Pois bem, com vista a solucionar o problema da prova do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil médica temos, por conseguinte, a questão de saber se a teoria dos *evidential damages* pode ser transportada para o ordenamento jurídico português. Ora, se por um lado a *evidential damage doctrine* traz uma contribuição positiva, cuja vantagem é permitir a aplicação a variadas situações e não só aos casos tipicamente associados à teoria da perda de chance, pelo outro, não nos parece que essa solução seja preferível. Vejamos, tendo em conta que, ao passo que as críticas dirigidas à teoria da perda de chance dão-se por esta proceder com uma reformulação do conceito de dano, o mesmo se pode dizer da teoria dos *evidential damages* no que tange à criação do dano probatório. Ademais, nesse caso, comparado ao dano da perda de chance, o *evidential damage* situa-se ainda mais longe da norma tuteladora do direito subjetivo ou do interesse legalmente protegido do lesado. Destacamos, ainda, que a teoria da perda de chance é utilizada pela própria teoria dos *evidential damages* já que a essência desta teoria se encontra na redução das chances em obter reparação pelo dano suportado<sup>220</sup>.

Em conclusão, buscamos aqui demonstrar que as soluções oferecidas, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, são meras facilitadoras da atividade probatória do lesado, entretanto, não resolvem o problema em si. Portanto, trataremos, a seguir, da teoria da perda de

---

<sup>218</sup> COSTA, Patrícia, *op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>219</sup> BARBOSA, Mafalda Miranda, “O ónus da prova da causalidade e a tentativa de compreensão do problema à luz de uma perspectiva imputacional – breves considerações”, *Revista de Direito Civil*, Ano III, I, Almedina, 2018, p. 114.

<sup>220</sup> COSTA, Patrícia, *op. cit.*, pp. 96-97.

chance na responsabilidade civil do médico como teoria mais adequada para a proteção do lesado.

#### 2.4.2. O ACTIVISMO JUDICIAL

A fim de esclarecermos as principais questões relativas à distribuição do ónus da prova no que diz respeito ao âmbito deste estudo, cumprimos discorrer, ainda que brevemente, sobre a amplitude dos poderes inquisitórios do juiz, de modo que em sede probatória, não podemos deixar de referir a importância do activismo judicial nesse contexto.

De facto, os poderes do juiz, no que diz respeito à sua iniciativa e o seu papel na aquisição de prova, é questão a ser discutida nos diversos ordenamentos jurídicos uma vez que a iniciativa probatória apesar de referida em lei pode não estar absolutamente fixada, o que abre espaço para discussão na doutrina e jurisprudência num contexto de reflexão acerca do estudo dos poderes do juiz e da conformidade legal sobre a ótica processualista, nomeadamente a propósito da aquisição probatória e da repartição do ónus da prova no direito processual civil.

Partindo da antinomia entre o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitório e a superação do monopólio das partes ou o monopólio do juiz, há que se falar no activismo, uma vez que com maior aceitação do facto de que o juiz cível assume poderes de natureza investigatória, consolida-se o entendimento de que o caminho não pode ser o de atribuir o exclusivo da atividade probatória às partes, mas também não o entrave à iniciativa instrutória do juiz<sup>221</sup>.

No direito português, as partes devem colaborar na descoberta da verdade, já não prospera a figura do juiz-árbitro, uma vez ultrapassada a ideia de aquisição probatória limitada às partes, e sob a perspectiva de um dever de cooperação, pode haver lugar, no caso de recusa de uma das partes, à aplicação de multa sem prejuízo dos meios coercitivos aplicáveis, segundo o artigo n.º 2 do artigo 417º do CPC<sup>222</sup>.

Ora, devemos ressaltar que o direito português em muito evoluiu em termos dos poderes atribuídos ao juiz em sede de aquisição probatória. No que diz respeito à reforma de 1926 restou diferenciado dois momentos processuais, diferenciando a iniciativa de instrução das partes e a instrução do juiz, tendo lugar este último quando as partes os tivessem requerido

---

<sup>221</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, “*O Activismo Judicial e o Processo Civil*”, in Estudos Comemorativos dos 30 Anos de Cooperação Entre a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondelane, Lisboa, 2021, pp. 620-621.

<sup>222</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid*, p. 621.

se não bastassem no sentido de assegurar o exato conhecimento dos factos necessários para a boa decisão da causa. Assim, apos a reforma, o princípio do inquisitório teve lugar, tendo o artigo 264º do PCP estatuído o poder de iniciativa e de impulso processual às partes, no n.º 3 determinou que o juiz tem o poder de realizar ou ordenar officiosamente as diligencias que considerem necessárias para o apuramento da verdade quanto aos factos que lhe é lícito conhecer, passando o juiz a atuar em concorrência ou concomitância com a atividade probatória das partes<sup>223</sup>.

Posteriormente na reforma de 1995-1996 podemos destacar os números 2 e 3 do artigo 264º onde foram aumentados os poderes do juiz quanto a matéria de facto, podendo investigar officiosamente os factos instrumentais, o que para alguma doutrina significou um claro activismo judicial<sup>224</sup>.

Contudo, a reforma de 2013 apresenta alterações ainda mais relevantes, numa clara rutura entre o princípio do inquisitório e a gestão processual. Enquanto o artigo 411º acolhe o anterior n.º 3 do artigo 265º, por outro lado o artigo 6º em sede de gestão processual faz acrescer à redação a adoção de mecanismos de agilização processual. Sendo assim, a expressão do artigo 411º incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo officiosamente, todas as diligencias necessárias ao apuramento da verdade, dá aso a alguma interpretação, pelo que se pode questionar se se trata de uma mera faculdade ou um poder/dever do juiz, tese com a qual concordamos. Acreditamos que, para além do reforço pela palavra “ainda que officiosamente” o verbo incumbir não deixa dúvidas de que se trata de uma “obrigação”, não fosse isso o legislador estaria a incumbir o juiz de uma faculdade, o que, data vénia, não faz nenhum sentido<sup>225</sup>.

Destacamos ainda, a indagação da doutrina sobre as verificações não judiciais qualificadas e a prova por declarações de parte, sendo a primeira apta a admitir a atuação officiosa do juiz, pelo que a inspeção judicial, de acordo com o artigo 490º do CPC, é de acordo com a conveniência do juiz, já quanto às declarações de parte, o n.º 1 do artigo 466º, dado que requeridas pelo próprio depoente e não por terceiros, não é tão simples, entretanto, o n.º 2 do

---

<sup>223</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid*, p. 622.

<sup>224</sup> Cf. VARELA Antunes, “*Manual de Processo Civil*”, 2ª Edição, Coimbra, 1985, p.475; SOUSA, Miguel Teixeira de, “*Estudos Sobre O Novo Processo Civil*”, Lisboa, 1996, pp. 59 e segs; SOUSA, Miguel Teixeira de, “*Estudos Sobre O Novo Processo Civil*”, Lisboa, 1997, p. 322 e segs.

<sup>225</sup>RAMOS, José Luis Bonifácio, *op.cit*, pp. 622-623, destaca: “*Por nossa parte, concordando com essa fundamentação, em detrimento da mera faculdade, entendemos que, após 2013, a actividade do juiz, ao agir officiosamente, só faz sentido se evitar a discricionariade*”.

artigo 417º remete para a sessão anterior, nomeadamente à confissão e ao depoimento de parte onde se afigura possível a determinação probatória oficiosa<sup>226</sup>.

Por fim, resta evidente que diante da amplitude de poderes investigatórios do juiz sejam levantadas reservas, ponderações e críticas, quanto a uma possível deriva autoritária, perda de independência ou, ainda mais grave, a falta de isenção por parte do julgador motivado pela crescente manifestação do activismo judicial em sede de aquisição probatória<sup>227</sup>.

Assim sendo, a doutrina divide-se entre os garantistas, aqueles que alertam aos perigos do activismo judicial e criticam o aumento dos poderes do juiz, e aqueles que negam a tais receios, por não acreditarem na perda de imparcialidade do julgador, os negacionistas. Em síntese, para os garantistas, as garantias processuais estariam em causa em razão da *atuação ex officio* do juiz, para essa corrente, o julgador deve atuar dentro do quadro legal vigente, mas nunca para além dele, de modo a preservar a neutralidade, isenção e independência. Isto porque ao atuar *ex officio* o juiz estaria a ultrapassar a previsão normativa, nomeadamente, no processo civil ao ordenar diligências probatórias<sup>228</sup>.

Ainda que em sede de proteção da parte mais débil, a intervenção do julgador nos moldes referidos comprometeria a sua imparcialidade psicológica. Para essa corrente doutrinária, o facto do juiz promover a instrução é contrário à possibilidade de decidir sobre o mérito da causa em seguida, uma vez que a isenção do julgador estaria comprometida, de modo a ameaçar a própria Justiça. O juiz que acumula a possibilidade de produzir numerosas provas oficiosamente, logo, tem o poder da iniciativa probatória e terá, como consequência, o comprometimento da sua imparcialidade<sup>229</sup>.

Sucede, portanto, que para a doutrina garantista, o facto de o juiz assumir uma postura dinâmica em busca de provas significaria o sério comprometimento da imparcialidade do julgador que, em atenção às garantias processuais deveria, em caso de dúvida ou considerar que as provas são insuficientes, deve aplicar as regras de distribuição do ónus da prova e julgar em conformidade<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid*, p. 624.

<sup>227</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid*, pp. 624-625.

<sup>228</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid*, pp. 626-627

<sup>229</sup> Cf. FAZZALARI, Elio, “*La Imparzialità del Giudice*” in *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. 27, 1972, pp. 99 e segs; MONTESANO, Luigi, “*Le Prove Disponibili d’Ufficio e l’Imparzialità del Giudice Civile*” in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 32, 1978, pp. 194 e segs; CIPRIANI, Franco, “*Autoritarismo e Garantismo nel Processo Civile*” in *Rivista di Diritto Processuale*, ano 49, nº 1, 1994, pp. 24-25 e CIPRIANI, Franco, “*I Problemi del Processo di Cognizioni tra Passato e Presente*” in *Rivista di Diritto Civile*, ano 49, nº 1, 2003, pp. 40 e segs.

<sup>230</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *op.cit*, pp. 630.

Ora, é por essa razão que não podemos concordar com a doutrina garantista. As regras de repartição do ónus da prova, não são eficazes em todos os casos, nomeadamente, no que diz respeito ao objeto deste estudo, aos casos de responsabilidade civil médica. Logo, a distribuição tradicional do ónus da prova, não resulta em um processo equilibrado e justo para o lesado. É por esse motivo que as medidas em prol do doente lesado interessam, o desequilíbrio precisa de ser levado em conta pelo julgador quando considerar que as provas são insuficientes ou estiver em dúvida sobre os factos. Aplicar as regras tradicionais de distribuição do ónus e fechar os olhos ao evidente desequilíbrio na vida real que se reflete no processo, não pode ser a melhor solução.

Por fim, temos de referir que quanto ao CPC Português especificamente, os artigos 264º a 266º preveem os poderes de instrução (mandar proceder às diligências e actos necessários para a descoberta da verdade); poder de disciplina (recusar o que for impertinente ou meramente dilatatório) e poder de impulsão (ordenar o que for necessário para o seguimento do processo). Há que se falar, ainda, no artigo 554º que estabelece o dever de cooperação para averiguação da verdade que, sob a perspetiva garantista revelaria uma finalidade publicista do processo. Ademais, o artigo 555º ao conferir ao julgador o poder de requisitar, officiosamente, informações, pareceres técnicos, documentos, plantas, fotografias, desenhos ou objetos considerados necessários ao estabelecimento da verdade, e ainda o 646º ao conferir a possibilidade de inquirir testemunhas não oferecidas pelas partes são considerados como traços de autoritarismo e reforço dos poderes do juiz, como um reforço da inquisitorialidade evidente na reforma de 1995-1996. Em suma, o juiz, para os garantistas deve ser aquele sujeito à parte, que não pode alterar ou atuar sobre a produção da prova dos factos, em resumo, um estranho ao objeto do processo<sup>231</sup>.

Por outra via, em sentido oposto caminham os negacionistas cujo entendimento, ao considerar-se como uma terceira via entre os garantistas e o ativismo judicial, ao mesmo tempo em que avaliam os argumentos da tese garantista, contrariam os fundamentos estruturantes do ativismo judicial, de modo a assumir um posicionamento distintivo e intermédio em meio às duas orientações antagónicas entre si. Para os seus defensores, o ativismo judicial não comporta contornos preocupantes, de modo que mais útil e proficiente seria dirigir o debate para outros tópicos, como a promoção de reformas e modelos, com vista a contribuir para uma

---

<sup>231</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid*, p. 630. Cf. MENDONÇA, Luis Correia de, “O Pensamento de Franco Cipriano sobre a Justiça Civil”, in Revista do CEJ, nº2, 2005, pp. 65-125. MENDONÇA, Luis Correia de, “Virus Autoritário e Processo Civil”, in Julgar nº1, 2007, pp. 67-98.

justiça rápida e eficaz e a morosidade da justiça, ao invés de direcionar o foco a uma controvérsia de natureza ideológica<sup>232</sup>.

Como argumento pro gestão processual do juiz, os negacionistas enfatizam, com o intuito de sustentar a deriva activista, chamam a atenção para a vertente privatista da tutela do direito subjetivo, nomeadamente, a atividade probatória *ex officio* apresenta vantagens e inconvenientes, visto os poderes de aquisição probatória do juiz jamais poderem ser discricionários ou ilimitados<sup>233</sup>.

Assim, os negacionistas interpretam como infundamentados os receios e alarmistas às ponderações que tomam como ameaçadas as garantias das partes pelo acréscimo de poderes instrutórios ao julgador. Observam que a ideia de que só um juiz passivo e inerte seria imparcial não pode prosperar, sublinhando que a busca pela verdade e o esclarecimento dos factos, pelo contrário, significa a imparcialidade do julgador pelo que o juiz que se contenta com a prova trazida pelas partes, em qualquer hipótese, sem exceções não seria imparcial, mas condizente e limitado, e por consequente inerte<sup>234</sup>.

Temos de chamar a atenção para o facto de a instrução probatória em favor das partes ou do juiz não é absoluto em nenhum ordenamento processual, a realização da prova por iniciativa do juiz como forma de esclarecer factos relevantes não suprime a função da parte, mas é inerente à função do julgador, a determinação *ex officio* da declaração de um determinado sujeito não usurpa o direito da parte de propor a audição de outras testemunhas<sup>235</sup>.

Quanto à manifestação de autoritarismo, há ainda alguma doutrina que descorde que o CPC Português que os poderes instrutórios do juiz no CPC Português qualifiquem-se como uma manifestação de autoritarismo, não passando de um comportamento ativo na procura da verdade, numa tentativa de esclarecimento dos factos através da adoção de uma posição ativa na procura de uma solução adequada para o processo. Em resumo, uma vez respeitadas as garantias das partes, a princípio não haveria problema ou antinomia para os fins do processo, como seria o caso de um modelo de cariz autoritário diferente de um juiz parcial teríamos um

---

<sup>232</sup> VERDE, Giovanni, “*Le Ideologie del Processo in un Recente Saggio*” in *Rivista di Diritto Processuale*, Ano 62, nº3, 2002, pp. 676-687.

<sup>233</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *op.cit.*, p. 632. Cf. RICCI, Edoardo, “*Il Principio Dispositivo Come Probleme di Diritto Vigente*”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1965, pp. 380-389.

RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid.*, p. 633. Cf. TARUFFO, Michele, “*Il Diritto Alla Prova Nel Processo Civile*” in *Rivista di Diritto Processuale*, Vol I, Ano 39, 1984, pp. 74-120.

<sup>235</sup> Cf. MOREIRA, José Barbosa, “*O Neoprivatismo no Processo Civil*”, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano V, nº 7, 2005, pp. 13-29.

juiz participante, no lugar de um juiz inquisidor, um inquiridor, e principalmente ao invés de julgar com autoritarismo, o faria com autoridade<sup>236</sup>.

Cumpre-nos ainda expor outra vertente ativista, tendo em vista o fortalecimento do princípio da cooperação, ganhou força a ideia de promoção de uma comunidade de trabalho, entre os sujeitos processuais, com o objetivo de contribuir para o bom andamento do processo. O dever de cooperação, elevado a princípio processual, o princípio da cooperação anunciado no n.º 1 do artigo 266º após a revisão de 1995-96 impõe às partes o dever de cooperarem entre si a fim de obterem uma justa composição do litígio. Em complemento, o n.º 2 busca concretizar o dever ao determinar esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que sejam pertinentes, pelo que enuncia o dever de esclarecimento ou consulta e o dever de prevenção ou de informação. Fala-se ainda num modelo cooperativo no qual o princípio do contraditório deve ser redimensionado, de modo que o juiz promova um diálogo processual, num cenário onde o princípio do dispositivo e do inquisitório dão lugar à equidade, paridade em diálogo e equilíbrio entre os sujeitos processuais, manifestados sobre uma cláusula geral, dotada de eficácia direta<sup>237</sup>.

Sucede que, temos de ter em conta o facto de que a teoria também é alvo de críticas, como o esforço sobre-humano que cairia sobre o juiz da primeira instância, além de um risco serio de subversão da função judicial, uma vez tem como base um tipo ideal de sujeito processual que parte de uma cooperação que impõe uma inversão do paradigma do processo, enquanto confronto entre privados, numa expropriação desses direitos, em favor de uma ideia publica de justiça, ao desprezar os interesses individuais das partes. Em resumo, adverte-se para um irrealismo da comunidade de trabalho num sentido de autoritarismo e dirigismo que pode ter como consequência o perigo real de a relação jurídica cair no abismo<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid.*, pp. 635-636. Cf. JORGE, Nuno Lemos, “Os Poderes Instrutórios do Juiz: Alguns Problemas”, in *Julgar*, nº3, 2007, pp. 61-84.

<sup>237</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid.*, pp. 637-639. Cf. FREITAS, José Lebre, “Introdução ao Processo Civil: Conceito e Princípios Gerais à Luz do Novo Código”, 4ª Edição, Coimbra, 2017, p. 192. SOUSA, Miguel Teixeira de, “Estudos Sobre o Novo Processo Civil”, 2ª Edição, Lisboa, 1997, p. 62; SOUSA, Miguel Teixeira de, “Apreciação de Alguns Aspectos da Revisão do Processo Civil: Projecto” in *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 2, 1995, p. 362; DIDIER, Fredie, “Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português”, Coimbra, 2010, p. 46.

<sup>238</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid.*, p. 639. Cf. VARELA, Antunes, “A Reforma do Processo Civil Português” in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 129, pp. 259 e segs; SILVA, Paula Costa e, “Acto e Processo”, Coimbra, 2003, pp. 111-2; SILVA, Paula Costa e, “A Litigancia de Má Fé”, Coimbra, 2008, p. 410; GOUVEIA, Mariana França, “Regime Processual Experimental Anotado”, Coimbra, 2006, p. 103; GOUVEIA, Mariana França, “Os Poderes do Juiz na Acção Declarativa: Em Defesa de Um Processo Civil ao Serviço do Cidadão” in *Julgar*, nº1, 2007, p. 56; MENDONÇA, Luis Correia de, “Virus Autoritário e Processo Civil”, in *Julgar* nº1, 2007, p. 90 e segs; MENDONÇA, Luis Correia de, “80 Anos de Autoritarismo: Uma Leitura Política do Processo Civil Português”, in *Processo Civil e Ideologia*, Valencia, 2006, pp. 432 e segs.

Pois bem, a reforma de 2013 manteve o teor do artigo 266º, atual artigo 7º do CPC para a satisfação dos apoiantes do principio da cooperação, todavia, as criticas persistem, de modo que são suscitadas o perigo de uma maior arbitrariedade judicial, de modo a promover a celeridade que permitira ou não evitaria uma decisão à pressa, pelo que o reforço dos poderes inquisitórios do julgador e a imposição de novos ónus processuais às partes ameaçaria gravemente as garantias do processo equitativo com risco de transformar-se em paternalismo intrusivo ao convidar as partes a prestar esclarecimentos ou à pratica de atos, de modo a comprometer a imparcialidade do juiz. Ademais, rejeita-se a ideia de clausula geral em nome de uma ideia comunitária e subjetiva que poderia desvirtuar seriamente a natureza da ação processual cível<sup>239</sup>.

Por fim, alerta-se ainda para as regras sobre a litigância de má fé, pelo que o artigo 542º qualifica como litigante de má fé, aquele que age com dolo e negligencia grave, ao passo que no caso da cooperação, apenas a omissão grave seria ilícita, deixando claro mais uma dificuldade que urge considerar<sup>240</sup>.

Nesse contexto, cumpre-nos observar, ainda, a teoria da dinamização do ónus da prova, que atribui ao juiz a possibilidade de corrigir os excessos provocados pela aplicação dos critérios tradicionais da repartição do ónus da prova, em situações-limite cujo o ónus probatório adequar-se-ia ao caso concreto decididas casuisticamente pelo juiz, ao pretender corrigir o fracasso ou graves deficiências da atividade probatória, em busca do equilíbrio e igualdade entre as partes, no que toca ao encargo probatório de cada uma.

Achamos por bem citar o exemplo de uma decisão de 1978 no âmbito de um tribunal argentino sobre uma ação de responsabilidade civil medica, no qual o tribunal apreciou o encargo probatório das partes em atenção a circunstâncias especificas ao caso concreto ao invés de adotar a tradicional rigidez do regime legal. Nesses casos, os encargos probatórios seriam diferenciados com vista a corrigir a desigualdade entre as partes em situações de prova extremamente difícil, por exemplo, no caso de prova de factos antigos, ou ocorridos em ambiente fechado ou de acesso restrito. Alertamos que não se trata de desconsiderar o ónus probatório, mas de corrigi-lo parcialmente de modo a eliminar esforços probatórios desarrazoados, ainda que isso signifique aligeiramentos probatórios em favor de uma parte e

---

<sup>239</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *op. cit.*, p. 640.

<sup>240</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid.*, p. 641.

em prejuízo da parte contrária que se encontra em condições mais favoráveis de prova um facto controverso<sup>241</sup>.

Assim, a doutrina dinâmica não se resume a um conjunto de regras jurídicas de atribuição do ónus da prova, mas numa medida de valoração, que a partir do material probatório recolhido está em condições de decidir aquele que se encontra em melhor posição para carrear para o processo as provas mais relevantes para o objeto da causa, pelo que a doutrina se recusa a distribuir o encargo probatório num primeiro instante, mas observa a distribuição do *onus probandi* de acordo com um critério alternativo ou especial que não se encaixa no quadro da repartição estática fixada em lei mas resulta dos poderes de iniciativa do juiz no caso concreto<sup>242</sup>.

Em Portugal, temos de referir um entendimento de alguma doutrina sobre a consagração dinâmica do ónus da prova através dos princípios processuais da cooperação, celeridade e economia processual. Nesse aspeto, o n.º 1 do artigo 344º que dispõe sobre as presunções legais e os casos de dispensa ou liberação do ónus da prova estaria em desconformidade com a teoria dinâmica uma vez que o critério legal de repartição em virtude da lacuna no artigo 342º do código civil a propósito do desequilíbrio das capacidades probatórias das partes resultaria do aprofundamento do princípio de adequação formal previsto no artigo 365º que corresponde ao atual 547º do CPC<sup>243</sup>.

Por outro lado, temos também de referir a tese de aplicação da teoria de distribuição dinâmica sem norma que o permita deve ser recusada, ou se possível o deve ser no âmbito da distribuição do ónus da prova, mas não no da apreciação da mesma, que se aplicaria pela distribuição desse ónus através de uma cláusula de facilidade que tenha em conta critérios como a proximidade ou o controle dos factos, o conhecimento técnico, o exercício de uma atividade profissional ou o acesso aos meios de prova<sup>244</sup>.

Noutra perspetiva, a distribuição dinâmica sofre críticas, nomeadamente quanto à violação do princípio do contraditório, em situações em que o juiz altere as regras do encargo probatório apenas no momento da decisão final, configurando verdadeira decisão-surpresa que

---

<sup>241</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid.*, pp. 641-643. Cf. PEYRANO, Jorge, “*La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas y la Máquina de Impedir en Materia Jurídica*” in *Cargas Probatorias Dinámicas*, Coordenação Jorge Peyrano e Inês White, Buenos Aires, 2008, pp. 75-98; PEYRANO, Jorge, “*La Prueba Difícil*” in *Civil Procedure Review*, vol 2, n.º 1, 2011, pp. 87 e segs; PEYRANO, Jorge e CHIAPPINI, Julio, “*Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*” in *El Derecho*, n.º107, 1984, p. 1005-14.

<sup>242</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *op. cit.*, pp. 643-644.

<sup>243</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid.*, p. 647.

<sup>244</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid.*, pp. 647-648.

limitaria a garantia fundamental de defesa da parte. Realça-se a insegurança e incerteza na aceitação da referida dinâmica quando da repartição do ónus da prova, já que configurariam verdadeiros poderes do encargo probatório que podem determinar o conteúdo da sentença de mérito, dado que em caso de dúvida o juiz decide de acordo com regras legais. Por fim, também é observada a hipótese de haver situações nas quais a uma parte que se encontrasse em melhores condições de fazer a prova lhe seria imposta uma prova duplamente diabólica de modo que o critério não seria eficiente nem adequado<sup>245</sup>.

Ora, nesse sentido, podemos dizer que a teoria dinâmica se aproxima do activismo judicial ou configura uma vertente do activismo, de modo a repensar o encargo probatório sob outra perspectiva que funciona como uma resposta à excessiva rigidez das normas de repartição do encargo probatório. A jurisprudência portuguesa, em face da teoria da distribuição dinâmica manifestou-se, em uma decisão do STJ sobre um exame de colonoscopia em que foi colocada a questão de saber se estar-se-ia perante caso de responsabilidade de natureza contratual ou extra-contratual, acabou por decidir que a determinação do ónus da prova no caso concreto não significava a adoção da teoria dinâmica, mas uma repartição do ónus da prova de acordo com o n.º 2 do artigo 344 do CC<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, *ibid.*, p. 651.

<sup>246</sup> RAMOS, José Luis Bonifácio, “*Questões Actuais de Direito Probatório*”, AAFDL, 2020, pp. 174-175.

### 3. O DANO DA PERDA DE CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA

Conforme observamos, as soluções tradicionais para superação da dificuldade enfrentada pelo lesado na área da responsabilidade médica não nos parecem suficientes para resolver o desequilíbrio natural da relação médico-doente que se reflete no plano probatório. Assim sendo, e já familiarizados com a teoria da perda de chance, é questão de verificarmos a sua aplicação prática, porém, antes de o fazê-lo, insta-nos tratar de alguns pontos objeto de possível indagação.

#### 3.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DA *CONDITIO SINE QUA NON*, TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA, JUÍZO DE CONDICIONALIDADE, TEORIA DO ESCOPO DA NORMA E TEORIA DO RISCO

Em primeiro, importa-nos tecer alguns comentários acerca da teoria da *conditio sine qua non*, a teoria da causalidade adequada e o juízo de condicionalidade, a teoria do escopo da norma e a teoria do risco, tendo em vista a relevância destas noções para a responsabilidade civil.

*A priori*, a partir de uma visão, que julgamos desatenta, a teoria da perda de chance, no que concerne à responsabilidade civil do médico, acabaria por operar verdadeira alteração das regras de aferição do nexos de causalidade<sup>247</sup> já que, no que concerne à causalidade, estaríamos a adotar um critério de indemnização baseado num juízo de probabilidade, diferente do tradicional critério de certeza comumente aceite<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> GOMES, Júlio, *op. cit.*, p. 312, aponta: “Os problemas mais delicados que a construção da perda de chance suscita, são contudo os que se referem à interferência entre dano, causalidade e até ilicitude, sob a forma da relevância do dever de agir por parte do agente. Precisamente por isso HELGE GROBERICHTER destacou, recentemente, que a temática da perda de chance se insere, tanto na questão da relevância da causalidade alternativa para o cálculo do dano, como na fronteira entre imputação e medida do dano”.

<sup>248</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 397: “Trata-se, aliás, de um domínio especialmente tenso para a teoria clássica da responsabilidade civil, ao pôr em crise entendimentos consolidados quer no plano da causalidade, quer no da própria configuração do dano, à luz do critério da diferença. Por um lado, é outro campo onde a ideia da *conditio nem se quer* se assume como ponto de partida do juízo atributivo da responsabilidade, pois não é possível afirmar que a supressão conjectural da conduta determinaria a não eclosão do resultado proibido, o que valoriza, de novo, a teoria do risco como critério decisivo de imputação; por exemplo, a incerteza da causalidade impede que a reparação de eventuais danos patrimoniais se baseie na comparação entre a situação patrimonial actual do lesado e a que se verificaria no caso de não ter sido cometido o facto ilícito, dado não ser absolutamente seguro que esta última não fosse exactamente igual à efectiva situação patrimonial actual”.

De facto, apesar da causalidade revelar-se como a correlação entre o facto ilícito e o dano, antes disso, há que se verificar a existência de um nexos prévio de natureza causal entre a conduta e o resultado proibido, de acordo com o n.º 1 do artigo 483 do CPC. Isso significa que antes de partir para a análise do nexos causal, cumpre indagar se o evento é objetivamente imputável ao comportamento, trata-se de indagar sobre a “causalidade que fundamenta a responsabilidade”<sup>249</sup>. Logo, em caso de tal indagação ter resposta positiva, terá lugar a questão de saber se existe nexos entre o facto ilícito e o dano para que se possa determinar quais prejuízos são cabíveis de indemnização e, portanto, a “causalidade que determina ou preenche a responsabilidade”<sup>250</sup>.

Sucedo que, a delimitação acima exposta, em casos de responsabilidade civil médica, conforme iremos aprofundar mais adiante, serve de suporte para as teses que restringem a responsabilidade do lesante ao dano final e limitam as ações de responsabilidade civil médica. Imaginemos que o lesante cometa um acto ilícito sem que, contudo, nenhum prejuízo seja averiguado, ou que o dano, em que pese o acto ilícito, teve lugar em razão do comportamento do lesante, ou de força maior. Nesse caso, a causalidade fundamentadora da responsabilidade resolve o juízo sobre o nexos de causalidade.

Assim, afirmada a causalidade fundamentadora, passa-se à análise da causalidade que termina ou preenche essa responsabilidade. Neste momento, o julgador terá de analisar quais os prejuízos a que o lesante terá que responder, de modo a delimitar os termos da responsabilidade, isto é, o objeto sobre o qual vai incidir a apreciação da culpa, se resulta da violação do direito subjetivo ou da lei de proteção, não sendo condição o conhecimento prévio do agente dos efeitos danosos, mas tão simplesmente a mera relação causal<sup>251</sup>.

Ao observar a evolução do tema em Portugal, em princípio considera-se que o nexos causal poderia ocorrer entre o sujeito e o ato lesivo, entre o ato ou a culpa e o dano inicial, ou ainda entre o dano inicial e o dano final. Posteriormente, se indagou se seria necessário decidir se o dano foi causado por um ato que poderia ter sido previsto e evitado pelo agente, nas circunstâncias do caso concreto, o que leva a crer que a investigação da causalidade confundia-se com o do próprio facto danoso<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> Segundo ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “*Responsabilidade Civil por Violação...*”, p. 758: “*Dentro da (já) clássica ordenação tripartida da estrutura do delito, que distingue entre tipo (objetivo e subjetivo), ilicitude e culpa, a causalidade constitutiva insere-se no tipo objetivo, enquanto nexos de ligação entre a conduta e o resultado lesivo*”.

<sup>250</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 757-758.

<sup>251</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 758.

<sup>252</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 759.

De seguida, distinguiu-se entre a imputação do facto violador do direito de outrem e o nexo de causalidade entre o facto e o dano, quando, contudo, o nexo era considerado como um problema de causalidade, ao passo que a imputação do facto violador consistia na análise da culpa. Ainda podemos citar a investigação sobre o prejuízo indemnizável, nomeadamente na questão de saber se o prejuízo é ou não ressarcível e a extensão do dano reparável, situações que se verificavam nos ordenamentos jurídicos inglês e francês<sup>253</sup>.

Ademais, levantou-se, ainda, dúvidas sobre o problema não ser de causalidade entre facto e prejuízo, mas de licitude<sup>254</sup> ou da dificuldade em estabelecer a conexão jurídica entre a conduta e a lesão, pelo que a distinção entre a função que se prossegue com a ilicitude e a que se visa com o próprio princípio da causalidade, não seria de fácil perceção<sup>255</sup>.

Interessa, no plano da causalidade, observar quais os requisitos para a responsabilização daquele que causou um dano através da valoração de um conceito de causa que desempenhou um papel fulcral para este dano, pelo que as avaliações normativas definirão do mesmo modo que a causação através de um acto positivo, as omissões que pelo não impedimento de um resultado, igualmente deram causa a um dano<sup>256</sup>.

Assim, passaremos à exposição das teorias da causalidade. Como primeira teoria, temos de falar da teoria das equivalências das condições, ou *conditio sine qua non*, pelo que a causa do dano será considerada o facto sem o qual não se teria verificado o resultado lesivo. Devemos referir que a principal crítica à teoria dirige-se ao alargamento excessivo da responsabilidade, como por exemplo, no caso de intervenções dolosas de terceiros que interrompam o nexo causal ou o excluam, como na causalidade cumulativa ou alternativa em que a expressão intelectual de qualquer conduta não impede a realização do evento lesivo, de modo que nenhum dos autores pode ser considerado o lesante responsável, ou na causalidade virtual quando a desconsideração da conduta não interfere na verificação do resultado<sup>257</sup>.

No mesmo sentido, também a tese da última condição ou da causa próxima merece crítica, pelo que a ação não tem de produzir diretamente o dano, mas a última condição tem fundamento numa condição antecedente que assumiu uma função decisiva no processo causal

---

<sup>253</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 759-760.

<sup>254</sup> De acordo com ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “*Responsabilidade Civil por Violação ...*”, p. 760: “*Na segunda metade dos anos setenta, MENEZES CORDEIRO afirmava que o problema não era de causalidade entre facto e prejuízo mas de licitude – ilicitude da conduta, recentrando o nexo causal como elemento da conduta sujeito a juízo de licitude e, mais recentemente, distingue dois planos no domínio da causalidade: um, enquanto pressuposto de responsabilidade, outro, como bitola de indemnização*”.

<sup>255</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 760.

<sup>256</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 761.

<sup>257</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 762.

ou no caso da condição eficiente ou mais eficaz, resume-se ao fruto do puro arbítrio judicial, num cenário de várias condições, todas necessárias<sup>258</sup>.

Ora, ante a teoria da *conditio sine qua non*, a conduta do agente precisa ser condição necessária para o dano produzido<sup>259</sup>, entretanto, a afirmação do nexos causal através da teoria da perda de chance quer dizer que seria suficiente um juízo de adequação em abstrato para dar como provada a causalidade<sup>260</sup>, ou seja, o liame entre a conduta e o dano restaria evidenciado pela simples constatação de probabilidades de que tenha sido aquela conduta a responsável pelo resultado<sup>261</sup>.

Em resumo, nesse prisma, ao observarmos um facto ilícito e culposos que, potencialmente, pode ser o facto gerador do dano verificado, assumimos que aquele facto é o responsável pelo dano, ainda que não tenhamos certeza da sua indispensabilidade para a concretização do dano<sup>262</sup>. *Mutatis mutandis*, estaríamos a aplicar a máxima *post hoc, ergo propter hoc* no plano da causalidade, cuja responsabilidade, estaria colocada sobre alicerces de incerteza<sup>263</sup>.

Desta feita, mesmo que sobrevenham dúvidas insanáveis quanto ao nexos de causalidade, seria possível afirmar a responsabilidade civil, entretanto, as dúvidas seriam levadas em consideração quando da determinação do *quantum* indemnizatório. Logo, quanto

---

<sup>258</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 763.

<sup>259</sup> Assim, FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, “Direito das obrigações”, vol. I, Coimbra, 1990, p. 501: “Na delimitação da noção de causa, numa perspectiva jurídica, parte-se de uma premissa: o facto que se pretende como causa de um dano tem que ser, no caso concreto condição “sine qua non” desse dano. A causa adequada é, pois, uma condição necessária. É este o contributo da lógica. Mas, para além disso, uma condição só é juridicamente causa de um dano quando foi adequada para a produção desse dano (é a teoria da causalidade adequada, excogitada e esmiuçada sobretudo a partir de TRAGUER e de RUMELIN)”. No mesmo sentido COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida, “Direito das Obrigações”, 12.ª edição, Almedina, 2009, p. 605-606: “Não há que ressarcir todos e quaisquer danos que sobrevenham ao facto ilícito, mas tão-só os que ele tenha na realidade ocasionado, os que possam considerar-se pelo mesmo produzidos (art. 563.º). O nexos de causalidade entre o facto e o dano desempenha, conseqüentemente, a dupla função de pressuposto da responsabilidade civil e de medida da obrigação de indemnizar. [...] Concluir-se-á que, muitas vezes, a determinação do nexos de causal entre o facto e o dano se mostra expedita. Todavia, não raro, ela se analisa também numa operação mais ou menos complexa. Daí que se ponha a questão dos critérios a utilizar no aferimento da suficiente ligação causal do dano ao facto, quer dizer, na definição dos prejuízos reparáveis”.

<sup>260</sup> Comenta GOMES, Júlio, *op. cit.*, p. 316: “Qualquer que seja a hipótese, o recurso à perda de chance traduz a incerteza do juiz. Mas esta incerteza ora incide sobre o nexos de causalidade, ora sobre a extensão do dano. Cada uma destas situações suscita muito próprias: o recurso à perda de chance dissimula uma responsabilidade parcial por causalidade possível? E é compatível com a exigência de certeza do dano?”

<sup>261</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 398.

<sup>262</sup> Conforme tivemos oportunidade de expor no capítulo I, RUELLAN, Caroline, *op. cit.*, pp. 730-747, tece severas críticas à teoria da perda de chance. Entretanto, podemos perceber que as notadas críticas devem ser dirigidas à falsa teoria da perda de chance somente, noção a qual nós não nos apoiamos. Destacamos, por isso, que a autora reconhece, no entanto, que no domínio do Direito Médico a teoria constitui o sinal do carácter inadaptado dos princípios tradicionais da responsabilidade civil a uma relação em que predomina a incerteza.

<sup>263</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 398.

maiores forem as dúvidas, menor será o valor da indemnização e vice-versa. Porquanto, diferentemente dos meios tradicionais que conduziriam a soluções radicais, prefere-se “*une sentence mitigée*”<sup>264</sup>.

Não podemos concordar com essa tese. Conforme descrevemos até então, a teoria da perda de chance tem por base um dano autônomo, distinto do dano final e, por isso, ao estabelecer o nexo causal, não estar-se-ia a substituir um critério de certeza por um outro critério mitigado, pelo contrário, é questão de perceber que o dano a ser ressarcido não é o dano morte ou invalidez, mas o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência. Concordamos que não é viável afirmar sem sombra de dúvidas que o comportamento médico é responsável pelo dano, entretanto, é plenamente possível afirmar que o comportamento do profissional fez diminuir, ou até mesmo erradicar, as chances que o doente tinha de curar-se ou de sobreviver aquela patologia. Contrário fosse, em flagrante contrariedade com a teoria da equivalência de condições, obrigar-se-ia o profissional médico a ressarcir dano que não se pode afirmar ter sido causado por ele<sup>265</sup>. Não é o que defendemos.

Por isso, o que sucede na teoria da perda de chance significa nada mais que uma substituição no objeto da atividade probatória levada a cabo pelo lesado. Facilita-se o cumprimento do risco probatório e proporciona-se mais chances de sucesso da pretensão ressarcitória. Nesse compasso, o direito comporta uma solução que, ao mesmo tempo em que permite uma justa composição dos interesses contrapostos, continua a respeitar o quadro tradicional da responsabilidade civil<sup>266</sup>.

Por outras palavras, queremos dizer que a noção da perda de chance significa especificamente uma alteração da consequência lesiva considerada, isto é, não está em causa a

---

<sup>264</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 399.

<sup>265</sup> Nesse sentido, SARGOS, Pierre, “Comentário aos arrestos n.º 1407 (*Affaire Meurice c/ Cortet*) e n. 1405 (*Rocq c/ Chasseriau*) Decisões da Cour de Cassation”, 1.ª Ch civ., de 8 de Julho de 1997, in J.C.P., ed. G, 1997, n.º 41, Jurisprudência 22921, p. 436: “16. – *Comme on le sait, en droit commun de la responsabilité contractuelle, il est nécessaire de démontrer que la faute du praticien – qui est la condition sine qua non de la mise en jeu de sa responsabilité – a bien été la cause certaine et directe de l’entier dommage subi par la victime (la réparation des responsabilités entre les divers intervenants fautifs à un acte médical étant seconde)*. 17. – *Or, en matière médical, il est de nombreux cas où le lien de causalité entre la faute et le dommage n’est pas certain. Ainsi, par exemple, un médecin a administré des soins avec un retard fautif, mais il ne peut être établi que ces soins, administrés à temp, eussent guéri le malade. Par contre on ne peut exclure qu’ils auraient pu apporter la guérison. On est donc en présence d’une situation particulière où il y a bien faute mais où l’incertitude sur le lien de causalité direct et certain entre cette faute et le préjudice se double d’une certitude sur le fait qu’il est impossible d’exclure que sans la faute le dommage ne se serait pas produit. Un double risque d’iniquité existe donc : soit on s’en tient à un concept strict du lien de causalité et en ce cas le médecin, bien qu’il ait commis une faute, sera toujours exonéré. Soit on met en avant le second aspect en ce cas le patient sera toujours indemnisé pour le tout bien que la faute du médecin n’ait pas causé tout son dommage*”.

<sup>266</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, pp. 400-401.

cura ou a morte, mas a possibilidade de cura ou de sobrevivência e assim sendo, não há diferenças a nível do pressuposto denexo causal entre o facto e o dano. Onexo causal continua a ser imprescindível para a afirmação da responsabilidade, entretanto, o conteúdo do dano sofre uma alteração que permite que isso ocorra<sup>267</sup>.

Em resumo, é questão de olhar para os acontecimentos de um ponto de vista distinto. Pois bem, o requisito do nexo causal não é prescindido, o lesado ainda tem de o cumprir, portanto, cumpre ao doente demonstrar que tinha certas possibilidades de alcançar o resultado pretendido e que, o comportamento desvalioso do médico, cuja responsabilidade está em causa, foi o responsável pelo desaparecimento de algumas dessas possibilidades, ou até mesmo, de todas elas. Assim, no que se refere ao desaparecimento desse número de possibilidades ou chances, a conduta do médico terá sido, sem dúvida, *conditio sine qua non*<sup>268</sup>.

Portanto, conforme aqui ficou esclarecido, resta preenchido o requisito do nexode causalidade, entretanto, não podemos ignorar o facto de que, numa visão mais conservadora sobre o tema, a figura em apreço pode ser considerada um artifício que golpeia as normas vigentes. Contudo, não podemos esquecer e, por isso, destacamos: a figura da perda de chance tem como objetivo corrigir uma disfunção da teoria tradicional da causalidade jurídica em situações às quais essa se mostra “imperfeita” na prática, como é o caso da responsabilidade civil médica<sup>269</sup>.

O que queremos ressaltar é que, na área da responsabilidade médica, a aplicação pura da teoria da causalidade jurídica, nos termos tradicionais, conduz ao fenómeno do indeferimento sistemático das pretensões dos lesados, uma vez que a noção de causa, no plano jurídico, mostra-se em desarmonia com o plano médico. Em termos práticos, numa ação de responsabilidade médica, o direito impõe sobre a ciência médica uma tarefa tão dura quanto a

---

<sup>267</sup> SARGOS, Pierre, *op. cit.*, p. 436, comenta: “*Il ne s’agit plus pour la victime de prouver que la faute établie du praticien est bien la cause certaine et directe du dommage du patient, mais seulement d’établir que cette faute l’a privé d’une chance de guérir, d’éviter des séquelles ou de mourir. Le lien de causalité, qui doit bien entendu toujours être certain et direct, se situe entre la faute et la perte de chance. Dès lors qu’une chance existait bien, il peut y avoir réparation ; par contre si aucun élément ne permet d’étayer l’existence d’une telle chance, il ne peut y avoir réparation. On citera, à cet égard, une définition de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui peut être transposée, mutatis mutandis, au domaine médical : « L’élément de préjudice constitué par la perte d’une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu’est constatée la disparition, par l’effet du délit, de la probabilité d’un événement favorable encore que, pas définition, la réalisation d’une chance ne soit jamais certaine ».* Cette conception n’est donc en définitive pas en contradiction avec la théorie classique de la causalité car elle a sa logique propre qui repose, comme on l’a dit, sur une modification de l’objet de la preuve que doit apporter la victime”.

<sup>268</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 401.

<sup>269</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, pp. 402-403.

que coloca sobre os ombros do lesado<sup>270</sup>. O que sucede nada mais é do que exigir, de especialistas cujos conhecimentos das ciências são juízos relativos, afirmações certas sobre o juízo de condicionalidade entre um facto e um dano. Assim, em muitas situações em que, apesar de se verificar a existência de grandes probabilidades de um dano ter sido provocado pelo comportamento desvalioso do médico, as pretensões são levadas a cabo e denegadas. Nesse prisma, não podemos dizer que essa solução corresponde ao imperativo de justiça perseguido pelo Direito<sup>271</sup>.

Portanto, uma vez que os juízes, diante de matérias específicas, como é o caso das matérias médicas, têm o dever de apreciar as hipóteses fáticas de acordo com os seus cânones e valores, os fundamentos da justiça são confrontados pelas técnicas e os saberes exteriores com vista à sua soberania dentro da definição do que é justo<sup>272</sup>. O que resta claro nessas situações é que, em face da incerteza que ronda a área médica, quando o direito se depara com questões que concernem à responsabilidade do profissional médico possui duas alternativas: a) na primeira delas, o direito reconhece a debilidade dos seus quadros de raciocínio tradicional ao mesmo tempo que busca meios para adequá-lo aquela realidade sem, no entanto, se afastar dos seus valores orientadores; b) na segunda, o direito fecha os olhos e fornece respostas que, ainda que insuficientes, apresentam-se como acertadas no que se refere ao quadro tradicional da responsabilidade civil, tudo com vista a cumprir as formalidades existentes<sup>273</sup>.

Pois bem, dentro desse cenário, é chegado o momento de destacar a mais valia da teoria da perda de chance. Assim, ao passo que o direito persiga o caminho da primeira via, a teoria

---

<sup>270</sup> A respeito da certeza do nexo de causalidade, observam SERINET, Yves-Marie e MISLAWSKI, Roger, *op. cit.*, p. 899, que a verdade científica – ela mesma relativa – difere da verdade judicial. O juiz, especialmente no campo dos produtos de saúde, no qual a demonstração do nexo causal envolve a desigualdade técnica e financeira no controle das provas, muitas vezes se satisfaz com a simples plausibilidade do nexo causal. Logo, a jurisprudência, guiada pelo desejo de socorrer as vítimas, conduziu progressivamente a eliminação dessa dificuldade pelo jogo de presunções e a admissão benevolente da prova por eliminação, ora, se o método for perfeitamente reconhecido, o seu alcance deve ser bem medido.

<sup>271</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 403-404.

<sup>272</sup> Nesse sentido comenta DUMOULIN: “*Vue par le droit comme une pure technique, un outil inerte, l’expertise est en réalité une procédure active, interactive et réactive, dont l’émergence dans le champ judiciaire n’est ni anodine ni inoffensive. La Justice entre dans un rapport d’interrelation avec un corps et une logique profanes. Il en résulte une transformation de l’économie du système décisionnel, les savoirs agissant comme ressource mais aussi comme contrainte, susceptible de structurer voire de déterminer le jugement, au moins dans un certain nombre de litiges. Les efforts législatifs, réglementaires, doctrinaux pour maintenir le droit dans une position dominante ne parviennent pas à enrayer cette évolution des manières de juger et des fondements de la décision. Le pouvoir du magistrat se heurte au pouvoir de l’expert, avec lequel il lui faut nécessairement composer, tant pour améliorer la qualité du service rendu par la Justice que pour légitimer, aux yeux des justiciables, l’action judiciaire*”. DUMOULIN, Laurence, “*L’expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte*”, *Droit et Société, Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, n.º 44/45, L.G.D.J, 2000, p. 222.

<sup>273</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 404-405.

da perda de chance é capaz de mostrar a sua adequação como elemento adaptador do sistema. Através da noção de probabilidade, é possível aclimatar o direito com noções de incerteza e probabilidade provenientes do universo científico<sup>274</sup>. Devemos destacar, no entanto, que a preocupação em adequar o direito às noções de incerteza e probabilidade estende-se para além da figura da perda de chance, manifestando-se, por outra via, na introdução de um princípio progressista<sup>275</sup>, o princípio da precaução<sup>276</sup>.

Assim sendo, antes de avançarmos, cumpre-nos esclarecer do que se trata o princípio da precaução, bem como a sua relevância no que toca à noção da perda de chance. O princípio em tela, por sua vez, aponta para casos em que, ante aos conhecimentos científicos conquistados, possa haver sérios temores a “efeitos potencialmente perigosos”, isto é, os progressos da ciência também podem revelar perigos, portanto, seria necessário a adoção de medidas capazes de impedir a concretização desses perigos. Significa que, quando nos referimos a conhecimentos científicos, temos de ter em mente a existência de uma assente ameaça na avaliação preliminar, já que originária de um saber científico provisório<sup>277</sup>. Logo, de acordo com um princípio de proporcionalidade, tendo em conta riscos que revelam a

---

<sup>274</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 405.

<sup>275</sup> BAGHESTANI-PERREY, Laurence, “*Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science*”, in *Recueil Dalloz de Doctrine de Jurisprudence et de Législation*, 1999, p. 457, afirma que a introdução do o princípio da precaução no direito positivo significa «*la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique*». Alias, o princípio da precaução implica a tomada de precauções mesmo contra o incerto sendo, a simples probabilidade de existência de um risco, capaz de impor, dentro de uma certa ótica, a prudência. Traduz-se na «*l'heuristique de la peur*» cujos perigos potenciais de determinados avanços científicos para os quais o princípio da precaução surge como uma superproteção, cujo objetivo é uma redução máxima do risco.

<sup>276</sup> Na mesma linha, aponta FAVRET, Jean-Marc, “*Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel*”, *Recueil Le Dalloz, Hebdomadaire 177<sup>e</sup> année – 1<sup>er</sup> cahier (rouge) – 6 décembre 2001, N<sup>o</sup> 43/7052<sup>e</sup>*, p. 3462, que o princípio da precaução destina-se a limitar riscos ainda hipotéticos ou potenciais, numa tentativa de proibir os juízes de invocarem a incerteza para justificar a inação em situações de tomada de decisão num universo incerto.

<sup>277</sup> Nesse sentido coloca BAGHESTANI-PERREY, Laurence, *op. cit.*, p. 457: “*Il n'est plus nécessaire de savoir pour agir. Telle est la philosophie profonde qui anime le principe de précaution et qui repose sur la quête d'un idéal de sécurité toujours mieux garantie. La notion de précaution vient nourrir le concept de sécurité d'une dimension supplémentaire. Face aux progrès de la science moderne qui ne cesse de laisser redouter les effets de son propre développement, un tel concept ne peut plus se contenter d'une logique d'action fondée sur la seule prévention. N'intervenir que lorsque la connaissance scientifique d'un risque est établie est insatisfaisant. Les drames de l'hormone de croissance contaminée, de la transfusion sanguine, l'affaire de la vache folle ou encore de l'amiante en témoignent. Attendre comme le suppose une politique de prévention que le risque soit identifié pour se prémunir conduit à une certaine lenteur qui peut produire le pire. Il convient, dès lors, d'agir plus précocement, en amont des mesures préventives. C'est précisément l'objet de la logique de précaution qui, en réaction contre les limites démontrées du modèle préventif, vient l'enrichir d'une nouvelle dimension, ouvrant ainsi la voie à une « superprévention ». En effet, à l'inverse de la logique de prévention qui suppose que le risque soit établi pour prendre les mesures de protection adéquates, la logique de précaution vise à agir avant même qu'un tel risque ne soit connu*”.

“probabilidade de um determinado prejuízo”, são adotadas medidas cuja finalidade consiste em evitar que o aludido prejuízo se concretize em dano efetivo<sup>278</sup>.

As vantagens em se considerar o princípio da precaução revelam-se, portanto, na tomada em conta, pelo direito, da incerteza da ciência, bem como a relevância de uma lógica de prevenção dentro do sistema de responsabilidade civil<sup>279</sup>. Desse modo, pretende-se uma redução dos riscos de danos a um nível mínimo, tendo em vista que se passa a atuar para além das fronteiras da prevenção contra riscos conhecidos. A partir desta ótica, está em causa, também, a proteção contra a mera probabilidade de existência de um risco<sup>280</sup>. Em conclusão, o princípio da precaução opera como uma ferramenta para gerir os riscos virtuais, ou seja, ainda que não seja possível estabelecer um nexo causal, prega pela responsabilidade daqueles que deram origem ao risco<sup>281</sup> provável de dano<sup>282</sup>.

Ante ao que foi exposto, podemos, tão logo, visualizar certa afinidade do princípio da precaução para com a figura da perda de chance<sup>283</sup>. Vejamos: em primeiro, podemos perceber

---

<sup>278</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 406.

<sup>279</sup> Destaca BAGHESTANI-PERREY, Laurence, *op. cit.*, p. 461, que a introdução do princípio da precaução no direito da responsabilidade faz com que prevaleça o fundamento da culpa sobre a noção de risco, o que, simultaneamente, alarga o seu âmbito de aplicação. Chama a atenção que até então, a responsabilidade por culpa – a culpa do art. 1382 c. civ, e interpretada pela jurisprudência – somente era definida em razão de um saber já existente, pois não se podia ser responsável por aquilo que não se sabia. Assim, a ideia de precaução vem perturbar essa lógica clássica da responsabilidade pela culpa fundada sobre o risco. Com o princípio da precaução, a culpa pode existir mesmo na incerteza, o que tem por consequência inevitável uma possível limitação das iniciativas científicas e técnicas.

<sup>280</sup> SENDIN, José de Sousa Cunhal, “*Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos – Da reparação do dano através de restauração natural*”, Coimbra, 1998, p. 231, observa o princípio da precaução: “*Um segundo vector, já dotado de conteúdo valorativo, que poderá influenciar decisivamente o modelo de decisão em causa é o princípio da precaução, da cautela ou da rejeição do perigo (Gefahrenabwehrprinzip). Um dos aspectos significativos das sociedades actuais é que geram riscos que não podem ser limitados no tempo ou no espaço e não são calculáveis ou contabilizáveis. Assiste-se, pois, actualmente à transição de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco (BECK), o que resulta, essencialmente, do desmoronamento de sistema estáveis de segurança e de compensação de danos baseados na calculabilidade do risco. Passa-se, assim, para um paradigma de incerteza. Na verdade, o conceito de risco (identificável) pressupõe a possibilidade de conhecer o sistema e ser capaz de quantificar e prever os factores implicados. Já a ideia de incerteza está associada ao conhecimento de alguns parâmetros do sistema, mas com impossibilidade de conhecimento quantitativo dos factores determinantes*”.

<sup>281</sup> BAGHESTANI-PERREY, Laurence, *op. cit.*, p. 461, aponta para o facto de que simples probabilidade da existência de um risco deve dar ensejo, sob pena de sanção, a um aumento na vigilância. Esta exigência, contida no princípio da precaução, é condição de isenção de responsabilidade e conduz, tanto a um sobredimensionamento das medidas de cautela, como à comprovação da não periculosidade de um novo produto ou de uma atividade. Em conclusão, o princípio da precaução, portanto, leva a uma inversão do ônus da prova.

<sup>282</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 406-407.

<sup>283</sup> A meio caminho entre a noção maximalista e a minimalista do princípio da precaução, chamamos atenção para uma leitura intermediária cujas implicações tocam na tomada da decisão pelo juiz que conta com a possibilidade de repartir o ónus da prova em função da verosimilhança das alegações e da capacidade que cada parte dispõe para produzir as provas, em semelhança do que ocorre na figura da perda de chance. Nesse sentido, FAVRET, Jean-Marc, *op. cit.*, p. 3463: “*A mi-chemin entre les conceptions «maximaliste» et «minimaliste», il est possible de privilégier une autre lecture du principe de précaution et de ses implications: celle qui subordonne la mise en ouvre du*

a presença, em ambas as figuras, de um componente de incerteza que se opõe a um considerável componente de plausibilidade científica. Em segundo, podemos observar que, assim como a figura da perda de chance, o princípio da precaução, ainda que tenha em conta a tarefa de não desencorajar atividades de grande utilidade promotoras da evolução e do progresso<sup>284</sup> – como é o caso da medicina –, visa promover uma eficaz tutela dos potenciais lesados<sup>285</sup>.

*Mutatis mutandis*, a semelhança entre as figuras revela-se na tarefa de impedir que uma incerteza científica sirva de óbice ao intuito de proteção, isto é, visa não permitir que, dentro de um contexto de probabilidade, uma tutela ressarcitória seja denegada, simples e puramente, com base na subsistência de uma margem de dúvida<sup>286</sup>. Nesse sentido, a figura da perda de chance nada mais faz do que transportar a incerteza, inerente à atividade médica – antes colocada sobre o encadeamento causal – para a valoração dos danos, mais especificamente, ao *quantum debeatur*<sup>287</sup>, conforme veremos a seguir<sup>288</sup>.

---

*principe «à l'énoncé d'une hypothèse de risque scientifiquement crédible, qui soit admise comme plausible par une partie significative de la communauté scientifique au moment où la décision est prise». Cette position intermédiaire conduit à « laisser au juge la possibilité de répartir la charge de la preuve en fonction de la vraisemblance et des moyens dont chacune des parties dispose pour apporter cette preuve » et « permet de tenir compte non seulement des coûts économiques appréciés avec souplesse, mais également d'autres facteurs (sociaux, culturels, éthiques...) » dans l'établissement du bilan coût/avantages". CENDON, Paolo, "Circostanze incerte e responsabilità civile", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LIII, N.º 4, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Dicembre, 1999, p. 1307, também aponta para a possibilidade do juiz em beneficiar a parte lesada desincumbindo-a do ónus da prova: "Di qui la possibilità, per il legislatore, di sgravare in partenza il danneggiato da ogni impegno a provare quale sia stato il contributo causale e il grado di colpa di ciascun corresponsabile".*

<sup>284</sup> A esse respeito BAGHESTANI-PERREY, Laurence, *op. cit.*, p. 461, explica que para impedir uma paralisia das atividades potencialmente portadoras de um risco pelo princípio da precaução, é preciso uma delimitação anterior dos limiares acima dos quais e aplica o princípio. Logo, é conveniente definir claramente o princípio da precaução, definindo as condições de aplicação, isto é, uma análise circunstanciada dos casos em que é suscetível de ser aplicado, tendo o juiz um papel essencial nessa análise.

<sup>284</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 458.

<sup>285</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 408.

<sup>286</sup> Coloca FAVRET, Jean-Marc, *op. cit.*, p. 3469: "Illustration des relations entre le droit et les sciences, le principe de précaution est une norme-guide pour l'action en univers incertain, un outil de gestion des risques virtuels, qui appelle des mesures (interdictions, refus de mise sur le marché, retraits, suspensions, restrictions d'utilisation, obligations d'étiquetage, etc.) à la fois provisoires (dans l'attente de certitudes scientifiques), proportionnées aux risques redoutés et économiquement acceptables compte tenu desdits risques. Comme le notent P. Kourilsky et G. Viney en conclusion de leur rapport, il est entre les mains de législateur, de l'autorité réglementaire et du juge «que peuvent (...) en faire la meilleure ou la pire des choses : la meilleure, s'ils parviennent à mettre en place des mesures améliorant réellement la sécurité des citoyens, tout en évitant l'écueil d'une démission générale devant toute prise de risque ; la pire s'ils le transforment en un carcan excluant toute souplesse et décourageant les initiatives nécessaires à l'innovation et au progrès".

<sup>287</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 408.

<sup>288</sup> Comenta CENDON, Paolo, *op. cit.*, p. 1311: "Non c'è gran differenza, come si vede, rispetto ai nodi dell'incertezza nella responsabilità civile. Il filo conduttore mediante cui possono venir cucite, fra loro, le varie storie sin qui analizzate è anzi lo stesso nei due casi. Soltanto perché non è possibile sapere qual è la verità non è detto si debba parlare di sconfitta. L'importante è che esista comunque un bene (non troppo disomogeneo rispetto

Cumpra-nos, ainda, tratar das críticas que se dirigem ao uso das estatísticas pela teoria da perda de chance o que, supostamente, levaria à adoção de uma “causalidade aleatória”. Ora, o facto dos dados estatísticos terem como base características generalizadas e tendências regulares não faz com que o juiz, ao apreciar um caso de responsabilidade civil médica, se distancie do real estado do doente e do concreto comportamento do médico para lidar com categorias abstratas, ignorando as particularidades do caso concreto<sup>289</sup>. Não é dessa forma que opera a noção da perda de chance.

Sabemos que as estatísticas, em que pese muito úteis, são fórmulas simplificadoras e redutoras e, por isso, podem escapar características do caso concreto que fogem à regra. Entretanto, a figura da perda de chance não parte da aplicação impensada e acrítica dos dados estatísticos, pelo contrário, o ato de empregar as estatísticas ao caso concreto pressupõe um movimento inverso ao que subjaz ao tratamento estatístico<sup>290</sup>. Na teoria da perda de chance as estatísticas são valoradas com o objetivo de particularização, logo, há que se desvendar os fatores que identificam ou, por outro lado, apontam as diferenças entre a norma revelada pela estatística e o caso concreto<sup>291</sup>.

Desta feita, ao transportar essa lógica para o caso da responsabilidade médica observamos que, caberá ao doente, o ónus de demonstrar que detinha a chance que a estatística revela e, ao médico, por sua vez, cabe o encargo de provar que o caso concreto se distancia da chance estatística apontada pelo doente. O nexos de causalidade, a ser apurado, depende da destruição de uma entidade particular afeta ao concreto lesado e não a uma entidade de existência aleatória. Portanto, não há que se falar em causalidade aleatória ou virtual, mas numa causalidade firme relacionada à comprovação da perda de uma entidade aleatória cuja existência

---

*a quello di partenza, non tale da sollevare problemi di liceità) attraverso il quale possa compensarsi il male per i misteri sopravvissuti. Il fine ultimo è che vi sia comunque un modello capace di «tenere insieme» le cose. La verità – la sua ricerca – è una soltanto fra le variabili da armonizzare; tutto sta a valutare la bontà degli obiettivi su cui vano investite, via via, le risorse che assicura la rinuncia a un accanimento investigativo. Il diritto non è diverso dalle discipline (astronomia, fisica, biologia, etc.) che vedono nell'incertezza una compagna di lavoro e, al tempo stesso, una ragion d'essere della loro esistenza. Il giurista non è diverso dallo spettatore di un film il quale, al di là di ogni enigma irrisolto, ha essenzialmente bisogno che la storia funzioni”.*

<sup>289</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 409-410.

<sup>290</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 411.

<sup>291</sup> PENNEAU, Jean, “*Droit Médicale*”, in Recueil Dalloz, 2004, n.º 9, p. 601, observa que a dificuldade consiste em avaliar as chances perdidas e, por via de consequência, o dano indemnizável, pela avaliação que toma como base de cálculo o valor que teria o efeito resultante da morte ou da invalidez, ao qual se aplica o coeficiente de probabilidade de sobrevivência. Todavia, a incerteza reside na dificuldade de determinar individualmente este coeficiente: o coeficiente que resulta das estatísticas não determina, obviamente, de modo algum, as possibilidades de evolução de um determinado paciente. Assim, numa passagem do abstrato estatístico para o concreto vivido, resulta, evidentemente, um certo arbítrio na apreciação do juiz; a que se pode responder que é próprio de qualquer avaliação de chance perdida.

é certa. Por fim, o que estamos a tentar esclarecer é que, o facto de subsistir uma margem de incerteza, não é um atributo restrito à noção da perda de chance, mas omnipresente na operação de estabelecimento do nexos causal de forma geral. Daí, as ideias de probabilidade e verossimilhança estarem presentes na responsabilidade civil, inclusive no teste da equivalência de condições<sup>292</sup>.

Por fim, queremos ainda ressaltar que, não está em causa, na teoria da perda de chance, como afirma alguma doutrina, uma suposta sobreposição entre causalidade e culpa. Ao contrário do que o notado raciocínio prega, a atribuição de relevância à perda de chance de cura ou sobrevivência não decorre de qualquer ato culposo do médico. Não há uma sobreposição entre culpa e nexos causal, cujo resultado, seria a presunção de causalidade entre a conduta reprovável e o dano. Se assim fosse, sempre que em ações de responsabilidade médica ficasse provado um ato negligente daquele profissional, cairia sobre o mesmo uma obrigação de indemnizar os danos derivados da perda de chance ou, na mesma ótica, pelo aumento de um risco<sup>293</sup>.

Ora, sabemos que por mais desvaliosa que possa ser uma conduta, este facto, por si só, não é suficiente para dar causa a uma obrigação de indemnizar. Faz-se necessário, por isso, que a conduta reprovável esteja casualmente ligada à consequência lesiva verificada. Entretanto, o grau de censura do comportamento médico poderá ser relevante nos casos em que a afirmação do nexos causal se mostre difícil e que, ao mesmo tempo, seja altamente plausível que aquela conduta seja responsável pelo dano, conferindo, portanto, consistência às chances do lesado. Nesse sentido, ao analisar os casos de responsabilidade em “*funzione del tipo di illecito commesso*”, podemos vislumbrar, no ordenamento jurídico italiano<sup>294</sup>, os desdobramentos da relevância do grau de censura no comportamento do agente para a afirmação do nexos causal. No ordenamento jurídico francês<sup>295</sup>, paralelamente, através da noção de justiça moral, quanto à existência de nexos causal entre o comportamento do médico e o dano ao lesado, são

---

<sup>292</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 412-413.

<sup>293</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, pp. 413-415.

<sup>294</sup> Segundo ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, “*La sorte del Paziente: La responsabilità del medico per L'errore diagnostico*”, no ordenamento italiano, a necessidade de responsabilização efetiva dos médicos pela contribuição culposa resta consubstanciada no agravamento de um risco à saúde ou vida do paciente, logo, cumpre ao lesado demonstrar a culpa e a possibilidade causal consistente, de modo que ao médico resta a prova de caso fortuito, força maior ou da efetiva origem causal do dano para se eximir da responsabilidade.

<sup>295</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 416-417.

consideradas relevantes a gravidade da falta cometida e a intensidade da culpa para o convencimento do julgador<sup>296</sup>.

No que diz respeito a teoria da adequação, temos que através de critérios normativos e regras da experiência, seria possível estabelecer consequências típicas, normais e previsíveis do facto ilícito. Por isso, com base na teoria de *conditio*, traduz-se num melhoramento da mesma, entretanto, não serve para explicar a causalidade cumulativa e os processos causais hipotéticos, já que a eliminação intelectual do facto lícito não elimina a subsistência do elemento lesivo<sup>297</sup>.

Embora se defenda uma dupla averiguação da adequação, isto é, primeiro em abstrato e depois no caso concreto, significa dizer que o resultado tem de configurar uma consequência adequada em abstrato, mas também, no caso concreto em que foi efetivamente produzido. De facto, apesar da tese ser relevante carece da competência de precisar o grau de probabilidade necessária para afirmar a existência de adequação. Ressaltamos que, enquanto critério normativo de imputação, é natural que deixe certa margem de discricionariedade na avaliação do juiz, de modo que, no processo de imputação jurídica é possível haver lesões que apesar de causadas de forma “adequada” não são imputáveis ou ainda se discute se lesões produzidas de forma “desadequada” poderiam ser imputadas<sup>298</sup>.

No que toca ao ordenamento jurídico português, à luz da teoria da causalidade adequada, cumpre-nos analisar o critério utilizado para aferir o nexos causal. Pois bem, em primeiro, é questão de saber se a responsabilidade está ou não fundada sobre um facto ilícito do agente. Se a resposta for positiva, parte-se da ideia de agravação da responsabilidade do agente, cuja conduta é alvo de reprovação, para uma mais justa composição dos interesses em conflito. Ou seja, através desse critério mais amplo é possível imputar ao agente uma maior gama de danos do que a sua conduta constituiu condição. Assim, tendo o facto ilícito atuado como condição de determinado dano, é compreensível a inversão do sentido natural dos acontecimentos para que o prejuízo recaia sobre aquele que, agindo ilicitamente, criou

---

<sup>296</sup> SAVATIER, René, “*Traité...*”, p. 397, comenta acerca da prudência do julgador ao analisar o nexos causal: “*Dans l’appréciation de cette technique, la Cour de cassation invite les tribunaux à une sage réserve. Tout d’abord, leur rôle n’est pas de trancher des questions d’ordre scientifique. Ils ne peuvent donc imputer à faute à un médecin l’acte qui n’est, scientifiquement, que discutable. C’est une des idées qu’on exprime en exigeant une faute caractérisée, ou suivant une autre expression de la Cour de cassation, une méconnaissance certaine des devoirs médicaux. Mais là ne se borne pas la réserve actuelle de la Cour suprême. Celle-ci exige, non seulement la certitude de la faute médicale, mais une certaine gravité de cette faute. [...] L’ensemble de la jurisprudence traduit ces réalités. Quelques décisions ont exigé, pour fonder la responsabilité technique du médecin, une faute lourde ; mais, dans leur langue, ce mot désigne seulement une faute d’une certaine gravité*”.

<sup>297</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 766, afirma que em áreas mais recentes de responsabilidade, nas quais operam critérios de mera probabilidade e não juízos de certeza como nos casos da perda de chance ou ofensas ambientais.

<sup>298</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 764-768.

condições para o dano<sup>299</sup>. Logo, num sentido unidirecional, confere-se valor ao julgamento subjetivo da conduta do agente para fins de determinação do *quantum* de reparação em relação à medida dos danos. Lembramos, contudo, que esse momento pressupõe a afirmação anterior de um juízo de condicionalidade<sup>300</sup>.

Quanto à teoria da perda de chance, por seu turno, observamos também necessária a afirmação dos pressupostos da obrigação de indemnizar, sendo o comportamento do agente *conditio sine qua non* para a destruição das chances que existiam. Ora, a teoria da perda de chance, na sua formulação como um dano autônomo transfere, portanto, os olhares para a deteção da *ratio* que motivou a norma em questão, atenta-se, portanto, para a proteção dos bens violados, engloba, assim, outras entidades também merecedoras de tutela jurídica, como é o caso das chances<sup>301</sup>.

Por último, queremos dar voz à indagação que se coloca em torno da teoria da perda de chance no que diz respeito aos planos da causalidade e do dano. Conforme defendemos no primeiro capítulo, o dano da perda de chance deve ser admitido como um dano autônomo, logo, ao situarmos a doutrina no plano do dano rejeitamos, contudo, a sua aplicação no plano da causalidade<sup>302</sup>.

Antes de aprofundarmos na discussão sobre a posição da noção da perda de chance num ou noutro plano, consideramos relevante o questionamento acerca da possibilidade em separar verdadeiramente esses dois planos. Nesse sentido, na medida em que na responsabilidade delitual, se faz necessária a presença da ilicitude e do dano para provar a causalidade e vice-versa, poderíamos concluir que os três são conceitos normativos interconexos e, por essa simples razão, o reconhecimento, pelos tribunais, de graus variáveis de

---

<sup>299</sup> VARELA, Antunes, “*Das obrigações em Geral*”, Vol I, 4ª reimpressão da 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 894.

<sup>300</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 418-419.

<sup>301</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 420.

<sup>302</sup> Júlio GOMES, Júlio, *op. cit.*, p. 317, critica a separação entre o plano do dano e o plano da causalidade, para ele: “*Resta saber, contudo, se é mesmo possível separar, como fazem a maior parte dos autores, os planos da causalidade e do dano, para admitir a bondade do dano da perda de chance neste último, rejeitando embora a invocação da doutrina no plano da causalidade. Já KOZIOL fez notar que é altamente duvidoso que com a expressão “perda de chance” se queiram incluir dois mundos distintos: a questão da causalidade não se situa num mundo diferente daquele em que se coloca o dano. Tem sempre que se verificar se um evento suscetível de acarretar responsabilidade conduziu a um resultado negativo que é significativo em termos de indemnização e de reparação do dano. A questão da causalidade coloca-se sempre em conexão com um determinado dano e, por isso, a problemática do dano, nem tão pouco da questão da ilicitude*”.

causalidade, bem como a existência de diversas visões da causalidade sobre o mesmo problema, são perfeitamente razoáveis<sup>303</sup>.

Assim sendo, é questão de saber qual a posição da teoria da perda de chance no que diz respeito à teoria da causalidade. Conforme alertamos, a teoria sofreu duras críticas por aqueles que a entendem como uma rutura “camuflada” para com a conceção clássica de causalidade, que introduziria no sistema atual, de forma dissimulada, um reconhecimento da causalidade probabilística<sup>304305</sup>. Insistimos, novamente, que tais conjeturas não podem prosperar.

*Ad argumentandum tantum*, com todo o respeito que merecem, as críticas que se dirigem à teoria da perda de chance não tem razão de ser por não a percebem em sua verdadeira ordem. Não podemos concordar que, com vista a justificar a reparação da perda de chance e, tendo em conta a complexidade do real, seria necessária uma conceção da causalidade que reconhecesse, na produção dos fenómenos, a combinação da lei causal com a lei aleatória<sup>306</sup>.

Nesse sentido, para se falar em causa do dano, abandonar-se-ia, a contrário senso do que pregam as teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada, a exigência da uma *conditio sine qua non*, uma vez que tal critério somente se aplica a causas de fenómenos já realizados, ou seja, a eventos passados, ao passo que, nos casos de perda de chance, está-se a falar de acontecimentos não vividos, cujo prognóstico é desconhecido e aleatório. Ademais, a perda de chance reporta-se a situações em que o agente deixou de fazer algo ou não agiu

---

<sup>303</sup> VON BAR, Christian “*The Common European Law od Torts*”, Vol. Two, Damage and Damages, Liability for ans without Personal Misconduct, Causality, and Defenses, Oxford University Press, 2000, pp. 437-461, através de uma comparação com a teoria gravitacional que considera a gravidade como a atração mútua entre dois corpos, a intensidade dessa força gravitacional será relativamente proporcional à massa dos dois corpos, entretanto, essa massa só pode ser medida quando comparada à força gravitacional, o mesmo ocorre com relação a ilicitude, o dano e a causalidade, logo, na responsabilidade delitual, o conceito de causalidade, seria semelhante a teoria gravitacional. Isso para concluir que não há uma medida certa quanto às condições que o nexo de causalidade precisa apresentar.

<sup>304</sup> PEREIRA, Rui Soares, *op. cit.*, pp. 1189 – 1197.

<sup>305</sup> Comenta GOMES, Júlio, *op. cit.*, p. 322: “*A aceitação do dano da perda de chance não representa uma alteração no sistema de responsabilidade civil vigente, mas constitui antes uma ruptura significativa com a noção de causalidade, comumente aceite. É certo que a teoria da causalidade adequada também tem em conta a probabilidade ou verossimilhança, quando selecciona entre as várias condições sine qua non aquela ou aquelas que vai considerar aquequada(s). no entanto, a probabilidade é tratada como um meio de aceder a uma certeza (embora relativa) que se tem por indispensável, quanto à existência de um nexo de causalidade. Já na teoria da perda de chance “a presença de factores aleatórios importantes não permite ultrapassar a distância que separa a probabilidade da certeza: não é possível dizer que, sema culpa do médico, o doente teria ou não sobrevivido e, portanto, não de pode afirmar que esta culpa tenha sido uma condição sine qua non da sua morte nem a fortiori a sua causa adequada”.*

<sup>306</sup> GOMES, Júlio, *ibid.*, p. 318.

conforme o esperado, sendo, portanto, um comportamento negativo que será avaliado como possível causa<sup>307</sup>.

Ora, o que está em causa é o facto de que a teoria da perda de chance não se distancia da exigência da *conditio sine qua non*, contudo, estabelece-a em relação à chance perdida, a chance de cura ou sobrevivência e não ao dano final – morte ou invalidez – para o qual resta comprovado que a conduta do médico foi condição necessária para o dano. Não se pode afirmar que o comportamento reprovável do médico causou a morte do doente, mas podemos dizer, com certeza, que o mesmo foi responsável pela diminuição dessas chances e que cumpre, portanto, o requisito da *conditio sine qua non*. Por outras palavras, não se trata de exigir a *conditio sine qua non* entre o ato do médico e o dano final morte, mas perceber antes disto, que o ato médico é causa adequada à perda de chances de cura ou sobrevivência.

De seguida, temos a teoria do escopo da norma, para a qual a delimitação da responsabilidade depende do fim de proteção da norma. De forma geral, a tese em questão suscita quais deveres contratuais ou legais foram levados em conta aquando da confeção da norma e através de interpretação perseguir esses valores a fim de delimitar a responsabilidade pelos prejuízos que lhe foram causados, numa análise orientada pela concreta finalidade contratual ou normativa em questão.

Desta feita, do mesmo modo que a teoria da adequação, ao aderir à tese da *conditio*, a tese do escopo da norma acaba por ser incapaz de responder aos cursos causais cumulativos e hipotéticos em alguns casos, como o da responsabilidade ambiental, por exemplo, cujas lesões e danos resultam de juízos de mera probabilidade que se baseia na aptidão abstrata de determinados factos para produzir determinadas lesões (artigo 5º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de julho). Por último, ressaltamos que a teoria recusa uma fórmula geral que determina o nexos de imputação do evento ou conduta, pelo que a imputação se dá pelo sentido e função de cada norma de responsabilidade no caso concreto que precisa de uma correlação com os resultados verificados de modo que a sorte da tese fica totalmente dependente do que se consiga extrair da respetiva conformação. Observamos, contudo, a relevância da teoria, uma vez que há que se investigar em que medida a interpretação teleológica das normas constitutivas da responsabilidade contribuem para a determinação do nexos entre a conduta e o resultado lesivo<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> GOMES, Júlio, *ibid.*, p. 318. Cf. também BORE, Jacques, “*L’indemnisation pour les chances perdues - une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable.*” JCP, 1974, I, 2620.

<sup>308</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 768-773.

Posteriormente, temos a teoria do risco que, conforme a causalidade adequada já evidenciara, a imputação da responsabilidade deve-se limitar as condutas que derivam de um perigo idôneo de produção do resultado lesivo. Tendo como enunciado fundamental, o facto que para o resultado ser imputado a ação deve ter criado ou incrementado um risco proibido para o bem jurídico em causa e, ainda, esse risco tem de concretizar-se no resultado ilícito efetivamente verificado, pelo que se exige uma conexão material entre o risco criado ou aumentado e a materialização do evento lesivo.

Para nós, importa destacar a aplicação da teoria do risco no cenário dos delitos negligentes visto que a responsabilização do lesante passa pelo obstáculo de se imputar um resultado, que pode ser fruto de uma ação ou omissão, mas, contudo, não quis causar, seja direta ou indiretamente de forma a exigir um critério material que a legitime. Ocorre que, no caso dos delitos dolosos a ação passa por uma premeditação do resultado causal, logo, o desvalor jurídico da conduta resulta do seu próprio conteúdo, ao passo que nas condutas negligentes o desvalor da conduta somente pode resultar da discrepância com o comportamento devido. Ora, aquele que não tem intenção de agredir bem jurídicos alheios, deve atentar-se às regras de conduta aplicáveis ao caso concreto, de modo a respeitar o patamar de risco permitido, sobretudo no exercício de atividades socialmente valorizadas. Importa destacar o exercício da medicina dentro dos parâmetros da *leges artis*, uma vez que as regras de cuidado situam-se no limiar do risco autorizado<sup>309</sup>.

Lado outro, quanto às presunções delituais de culpa, a tese do risco elevado, revela o entendimento de que o acontecimento de uma lesão, que se traduz na concretização do perigo previsto pela norma justificou, portanto, a imposição de um determinado dever de conduta. Presume-se que tal lesão resultou do incumprimento culposo daquele dever, em outras palavras, a produção do evento lesivo resulta do descumprimento do referido dever cuja norma tinha como objetivo prevenir.

Chamamos a atenção, para o facto que estamos diante de um juízo de probabilidade material entre a concretização do risco criado ou incrementado e a violação do dever.

---

<sup>309</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 773-776. Nas palavras de ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 776: “Segundo estes critérios normativos, legitimados seja por ensinamentos da experiência, seja por conhecimentos científicos ou certificações técnicas, a probabilidade de ainda assim se verificarem lesões de bens jurídicos é desvalorizável à luz da ponderação de interesses subjacente, sob pena de se postergarem valores fundamentais atinentes à defesa e promoção da liberdade e desenvolvimento individuais e o progresso coletivo. Em suma, o respeito pelo dever objetivo de cuidado, mais do que servir para não causar eventos lesivos, é, em regra, instrumento suficiente para os impedir; logo, a sua inobservância ou defeituoso cumprimento desencadeiam tipicamente um perigo não autorizado de produção do resultado que se quis precisamente evitar com a sua imposição, o qual, a precipitar-se numa lesão efetiva, será imputável ao infrator, contanto que não tenham intervindo fatalidades intermédias que, pela sua proficiência causal autónoma, determinassem por si o evento lesivo”.

Ressaltamos que a contribuição para a aceitação de fenômenos de causalidade meramente provável uma vez que nos casos de responsabilidade por omissão jamais se pode dizer com inteira certeza que na hipótese do acto omitido nunca ter acontecido a lesão seria evitada, pelo que somente se pode demonstrar que a conduta não praticada, ou seja, a omissão era capaz de evitar a lesão. Acrescentamos ainda que também nos casos de lesões danosas resultantes do cumprimento deficiente dos deveres de cuidado, fala-se na probabilidade normativa de que o exato cumprimento daqueles deveres serem capazes de obstar o resultado lesivo sem que se possa afirmar o nexos de segurança causal<sup>310</sup>.

Em resumo, a teoria do risco parece adequar-se ao juízo de imputação de danos num contexto mais moderno, no qual a exigência da certeza causal cede face a juízos de probabilidade seria entre a causalidade entre o facto ilícito e o resultado danoso. Assim, é questão de saber se na responsabilidade médica a tese do risco criado oferece solução para os casos mais sensíveis. Debruçar-nos-emos sobre o tema mais adiante.

Nesse sentido, passamos a aplicação dos critérios de imputação objetiva ao direito positivo português. No que toca ao artigo 563º do código civil de 1966, falava-se na tentativa em adotar a teoria da adequação para o plano das soluções legais, tendo, entretanto, consagrado a tese da equivalência das condições. Isso porque da interpretação objetiva do artigo 563º não parece ter sido acolhida a tese da adequação, mas limitado o nexos causal ao critério da *conditio*. Isso significa que o lesado só seria indemnizado pelos danos que provavelmente não sofreria no caso de facto ilícito não ter acontecido<sup>311</sup>.

Atualmente, o juízo causal sobre as lesões que resultam da concretização dos perigos criados exige a efetiva colocação em perigo dos bens jurídicos e o próprio resultado lesivo, abstraindo-se das modalidades legais de licitude, e mais atentos à natureza dos perigos preventivos, ultrapassando a discussão sobre as diferenças na matéria causal e a violação de direitos subjetivos e a infração de normas de proteção<sup>312</sup>. No que respeito ao n.º 1 do artigo

---

<sup>310</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 776-777. E conclui ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 777: “*Em suma, as inversões do ónus da prova no seio da causalidade de ofensas a deveres substituem os juízos de certeza causal por juízos de probabilidade – ainda que qualificada pela presumida violação do dever – e representando nessa medida o acolhimento dos parâmetros comuns do sistema móvel, na sua característica oscilação pendular entre grau de perigo e grau de segurança causal: uma causalidade provada basta-se com uma perigosidade reduzida, enquanto a perigosidade elevada se satisfaz com uma causalidade potencial*”.

<sup>311</sup> PEREIRA, Rui Soares, *op. cit.*, pp. 1198 – 1213.

<sup>312</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 782: “*A seu tempo, houve contudo oportunidade de salientar que não existe qualquer obstáculo à legitimidade de criação judicial de perigos abstratos destinados à defesa de bens jurídicos protegidos por direitos subjetivos, uma vez que as previsões legislativas não conseguem obviamente esgotar a infinidade de condutas que gozam de idêntico potencial lesivo, segundo regras da experiência tão firmes como as que fundam as tipificações legais*”.

483º, parece estar em causa a necessária construção deveres no tráfego que descreveriam as condutas devidas identificando-se com as normas de proteção, consideradas as diferenças entre as ordens de conduta genéricas e abstratas parafraseadas nas normas de proteção e os comandos de conduta individuais e concretos sintetizados nos deveres no tráfego.

Assim, pretende-se descobrir se entre o dever no tráfego infringido e o perigo criado ou incrementado e a ofensa sofrida, há uma conexão jurídica relevante, esteja o dever positivado sobre uma norma de proteção ou não. Nesse caso, cabe ao julgador perante o resultado lesivo, cumprir o papel de “legislador sucedâneo” de modo a reconstruir a conduta devida e averiguar a relação entre o resultado e o dever de comportamento infringido. Assim não fosse, estar-se-ia, quanto os deveres de conduta não tipificados, a exigência mais rigorosa para a construção dessa relação do que no caso dos deveres de conduta tipificados, o que não se justifica, e segundo alguma doutrina, abrindo caminho para uma imputação baseada no *versari in re illicita*, que significa a responsabilidade por todos os resultados consequentes quando da violação de um bem jurídico protegido. Ressaltamos, ainda, que no caso da criação dos perigos abstratos a análise do decurso factual entre a relação de perigo e a infração do dever que serviu como base à previsão do perigo abstrato resta facilitada uma vez que a relação de adequação foi antecipadamente delineada pelo legislador<sup>313</sup>.

Em resumo, no que diz respeito à imputação da responsabilidade, temos de dizer que em sede de culpa o principal a saber é aquilo que o agente fez pois é sobre esse ato que recai a sua responsabilidade, ao passo que em sede de causalidade cumpre saber aquilo que aconteceu para imputar ao agente aquilo que ele fez. Ora, nos delitos de lesão há coincidência entre aquilo que se fez e aquilo que aconteceu, por outro lado, nos delitos de perigo a lesão não se limita ao comportamento perigoso, de modo que é importante um critério jurídico que permita imputar o efeito lesivo ao comportamento. Nos perigos abstratos, a ação do agente, ao cometer uma conduta presumidamente perigosa não é suficiente para transição para um estágio de perigo concreto se precipitou numa lesão efetiva, a culpa está na criação do perigo vivo ao passo que a causalidade depende da investigação dos termos em que esse comportamento favoreceu a

---

<sup>313</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 782, observa, ainda, que para a averiguação da causalidade, tem-se de ter em conta o dever violado, pelo que em se tratando de um perigo abstrato, basta que a culpa se refira à violação da norma e não do bem jurídico, isto é, o prejuízo se verifica por contrariar o fim de proteção da norma, ao passo que nos perigos concretos, a violação do bem jurídico precisa estar abrangida pela culpa e o dano em termos de causalidade adequada. Assim: “*Em suma, a prévia seleção dos comportamentos relevantes tornaria definitivos os critérios legislativos, permitindo que se prescindisse de investigar a concreta idoneidade lesiva do facto praticado – sob pena de se contrariar a função de alargamento da responsabilidade reconhecida às normas de perigo abstrato – restando, apenas, apurar, por interpretação teleológica, se o escopo da norma abrangia danos daquele tipo. Logo, a falta de uma concreta adequação da conduta não exoneraria de responsabilidade quem infringisse uma disposição de perigo presumido. Nestes casos, o único critério susceptível de delimitar a responsabilidade seria o fim da norma*”.

realização do prejuízo, caso contrário estar-se-ia a desconsiderar o nexa jurídico entre a conduta e resultado, dando preferência ao perigo criado pela violação da norma e relacionando-o com resultado final, mas desprezando o significado valorativo do curso factual intermédio. A ideia da *conditio* seria suficiente para imputar a responsabilidade ignorando a eficiência causal decisiva dos fatos que catalisaram a produção do resultado e, por consequência, destruíram a causalidade limitada pela violação da norma que precavia o perigo abstrato<sup>314</sup>.

Por fim, da análise na teoria da *conditio* resta destacar a insuficiência da teoria, uma vez que focada na relação abstrata entre a violação da norma e o evento lesivo, desconsidera o decurso factual intermédio e, por consequência, releva a necessidade de um critério jurídico geral que seja capaz de construir o encadeamento factual intercalar, sob pena de os resultados a que se chega em termos de responsabilidade serem inconclusivos<sup>315</sup>.

Temos de destacar a relevância da conexão material de perigo entre a violação do dever e o resultado lesivo. Não basta afirmar que o facto que consubstancia a violação da norma de prevenção sirva como mera condição do evento lesivo, como se traduz dos resultados fornecidos pela teoria da *conditio*. Estamos a falar de um problema geral de determinação do nexa causal, para que haja responsabilidade é necessário que a factualidade intermediária tenha ocorrido no âmbito do perigo criado pela infração do dever de cuidado, mesmo na hipótese de caso fortuito, acto de terceiro ou do próprio lesado, logo é necessário que a violação do dever tenha criado o perigo de verificação dos factos intercalares responsáveis por precipitar o resultado lesivo. Não basta criar o perigo para ter-se responsabilidade sobre o dano final, é preciso sobretudo que o dano final esteja relacionado com o desrespeito do dever, ainda que o prejuízo tenha se dado através de factos intercalares, factualidade intermedia. Nos termos do n.º 1 do artigo 570º, está em causa o contributo causal da conduta do lesado na realização do perigo precavido pela norma infringida. Sobre a culpa, questiona-se se é necessária a censurabilidade da conduta ou se é suficiente a mera causalidade entre o comportamento do lesado e os danos que ele próprio

---

<sup>314</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 793-795, alerta, ainda, para a hipótese de que o comportamento lícito alternativo revelar que a causalidade potencial apresentada pelo perigo abstrato pode vir a ser limitada pelo curso factual autónomo de outro fato cuja eficiência causal seria suficiente para levar o mesmo resultado ainda que o agente tivesse atuado dentro dos limites do risco permitido. Ou seja, ainda que o agente tivesse cumprido o dever de cuidado não seria possível impedir o resultado.

<sup>315</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 796-797: “A adequação “normativa” ou “tipificada” que acima se identificou entre perigos prevenidos, condutas devidas ou proibidas e bens jurídicos protegidos não soluciona o problema da imputação dos resultados às condutas, porque se situa ao nível da racionalidade que inspira a abstração previsiva, criando um inevitável “vazio” de ordem causal que compete aos princípios de imputação objetiva colmatar. Foi justamente por este motivo que a ciência jurídica teve que engendrar critérios gerais de determinação do nexa causal que lhe permitam avaliar os concretos modos como se produziu o resultado, para decidir se afirma ou recusa a conexão de ilicitude abstratamente prefigurada pelo legislador entre perigos precavidos, comportamentos devidos e lesões evitáveis”.

sofreu. De facto, ao conceito de culpa falta o substrato constituído pela ilicitude, contudo, é certo que o legislador pretendeu que o comportamento do lesado fosse ao mínimo evitável à luz dos padrões de cuidado, o que também revela o n.º 2 do artigo 570º quando prevê a exclusão do dever de indemnizar no caso de culpa do lesado. Também citamos o artigo 505º, que permite a exclusão de responsabilidade do lesante para excluir a responsabilidade prevista no artigo 503º, ressalvado o disposto no artigo 570º salvaguardando a autonomia de regimes<sup>316</sup>.

Assim, das teses apresentadas, podemos concluir que tanto na teoria da adequação, como na teoria do risco ou na teoria do escopo da norma os resultados acabam por limitar a esfera de responsabilidade nos casos em que as lesões causalmente adequadas atingem bem jurídicos que não objeto da norma de proteção<sup>317</sup>.

De facto, queremos destacar, ainda, a observação quanto à impossibilidade do legislador em prever todos os deveres de conduta com vista a prever os perigos e estabelecer normas de conduta que os protejam. Ora, a imputação da responsabilidade não pode ser prejudicada pela “falha ou lacuna legislativa” entre os perigos pensados e os perigos determinantes na produção do resultado, já que é impossível ao legislador prever e antecipar todos os perigos, logo, sendo as previsões jurídicas são limitadas, tal incapacidade não pode, todavia, traduzir-se em privilégio para o lesante em detrimento dos lesados, para os quais, caso tivesse sido cumprida a ordem de conduta não haveria prejuízo.

Aqui, temos de chamar a atenção para o facto de que nos casos de perda de chance, de igual modo, não nos parece razoável que, pelo simples facto de a “chance” não ser considerada, para alguma doutrina e jurisprudência, como bem jurídico tutelado, não se possa falar em dano

---

<sup>316</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, pp. 801-807, destaca: “*Em suma, a teoria do escopo de proteção, ao remeter para o sentido e função da norma de responsabilidade infringida, demite-se por si própria de explicar os critérios que presidem à imputação de resultados lesivos, ou seja, a tese, ao dizer-nos que a solução está na norma, não nos diz que solução é essa e quais os princípios que a inspiram. Ora, quando se desvenda o sentido e a função da norma de responsabilidade, descobre-se que a correlação material entre perigos prevenidos, condutas devidas e bens jurídicos protegidos, se baseia na ponderação do binómio adequação/risco: as condutas proibidas são-no pela sua idoneidade de perigo para produzir lesões, assim como as condutas impostas o são pela sua idoneidade de perigo para evitar lesões. Por seu lado, praticada a conduta proibida ou cometida a conduta oposta à devida e verificado o subsequente resultado lesivo, todo o curso factual intermédio tem que ser averiguado para determinar se, primeiro, o perigo vertido no resultado corresponde à realização do perigo tipificado pela norma prevaricada e, segundo, se produziu pelo modo como era suposto suceder. Deste modo, sem embargo da valia de que se reveste a dimensão concernente aos bens jurídicos protegidos (e que, em seguida, se lhe reconhecerá), a teoria do fim de proteção constitui uma fórmula relativamente oca em matéria de determinação do nexo entre a conduta e o resultado lesivo*”.

<sup>317</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 802: “*Trata-se de uma situação de fronteira que denuncia os limites que se opõem à plena produtividade da interpretação teleológica: quando se pergunta “demais” à norma, corre-se o risco de as respostas serem inconclusivas, tanto se afigurando justificável e plausível um certo resultado como a posição contrária*”.

e imputação de responsabilidade pelo prejuízo causado ao lesado pela destruição da chance que nutria antes da conduta desastrosa do lesante<sup>318</sup>.

O que se pretende é deixar claro que, tanto no caso dos deveres no tráfego, como na perda de chance, o que interessa para a culpa é o comportamento devido, quer dizer, o descumprimento desse comportamento para a imputação da responsabilidade, pouco importando a concreta colocação em perigo de pessoas ou bens alheios<sup>319</sup>. No caso da perda de chance, nomeadamente, o que interessa é a conduta do lesante ter interferido na realização dessa chance, pois esse é o dano que se discute, o desvio do comportamento devido que prejudicou o bem em questão – a chance de sobrevivência –, pouco importando, por sua vez, o dano final – morte – por exemplo. Trata-se de afirmar que o comportamento do lesante diminuiu, com certeza, as chances de sobrevivência do doente, independente de saber se é responsável pelo dano morte.

Deste modo, assim como nos casos dos deveres no tráfego, alguns deveres de conduta são previstos e outros não, a causalidade adequada fica desarmada quando são libertados perigos que não foram previstos pelos deveres preventivos, mas que se revelam em efetivos resultados lesivos produzidos de forma “adequada”, nos casos de perda de chance, apesar da chance não ser previamente reconhecida como um bem jurídico digno de proteção, quando prejudicada pela conduta “adequada” do lesante não pode ser ignorada pelo direito. Também no caso da teoria da criação ou incremento do perigo, a falha na identificação dos perigos prevenidos e bem jurídicos protegidos, prejudica o juízo sobre a própria formação de um perigo juridicamente relevante<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Ainda ao estabelecer um paralelo entre os deveres no tráfego e a perda de chance, chamamos à atenção para o apontamento de ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 823: “CHRISTIAN VON BAR rejeita o critério da área de proteção, dando primazia às razões que determinam a constituição de deveres no tráfego independentes, tudo dependendo portanto de estarem ou não preenchidos os quatro pressupostos fundamentais: criação ou acréscimo de perigo, proteção da confiança, domínio do perigo e aproveitamento das correspondentes vantagens. Como a previsibilidade é o limite extremo do domínio (do perigo, subentende-se), serão imputáveis todos os perigos previsíveis. Admitindo que os deveres no tráfego também servem para reprimir o potencial de perigos abstratos, compete então ao juiz averiguar qual o perigo mais distante (abstrato) que ainda possa fundamentar a responsabilidade. Como esse juízo corresponde ao que é formulado igualmente pela adequação, então com a afirmação de um dever no tráfego para conduzir perigos abstratos, está proferida a decisão sobre a adequação. Consequentemente, afirmar um dever no tráfego e negar a imputação de prejuízos porque se revelam inadequados, representa uma contradição. Caso se tenha realizado “o” perigo que gerou o dever no tráfego cuja possibilidade de verificação era evidente e tinha que ser, portanto, evitada, então o dano é indemnizável”. Pois bem, no caso da perda de chance na responsabilidade médica, temos que, se havia a chance de cura ou sobrevivência, por exemplo (desde que preenchidos os requisitos da chance séria e real), e o médico, pela sua conduta desvaliosa diminuiu as chances do lesado de atingir o resultado pretendido, houve a violação da conduta esperada, pois, ainda que não fosse possível afirmar que se o médico tivesse cumprido com as *leges artis* o doente tinha se curado ou sobrevivido, é facto que, pela conduta do lesante, as chances da cura ou sobrevivência foram extintas ou ao menos diminuídas, então o dano é indenizável.

<sup>319</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 826.

<sup>320</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 827.

Em resumo, a imputação objetiva em sede de Direito Civil requer, a fim de estabelecer a causalidade constitutiva da responsabilidade, três elementos a saber: a violação do dever de cuidado; a produção de um resultado lesivo a bens jurídicos e uma conexão material entre eles, ou seja, a violação do dever tem de resultar no perigo que se buscou prevenir, contudo, realizou-se por um ato ilícito do lesante que tem de corresponder ao curso normal das coisas. A adequação objetiva entre os factos tem que se ajustar à cobertura normativa aplicável ao caso<sup>321</sup>.

### 3.2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CHANCE *QUA TALE*

Antes de adentrarmos na questão do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência em específico, cumpre-nos expor a questão da eventual *tergiversação da natureza da obrigação do médico*<sup>322</sup>. Ora bem, se pensarmos que, dentro da responsabilidade civil do médico, na hipótese de uma intervenção do profissional diante de uma patologia, há a possibilidade de responsabilização pelo facto de, com a sua conduta, ter diminuído as chances do doente em obter a cura ou a sobrevivência, fica a questão de saber se estaríamos a transformar a obrigação do médico de obrigação de meios para obrigação de resultado<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 839: “Diz-se, então, que não se deve negar que a lei tenha pretendido dar a maior proteção possível aos direitos subjetivos e bens jurídicos identificados no § 823, I. Não se consegue extrair, nem sequer vagamente, da lei, que a integridade física, a saúde, a propriedade ou outros direitos patrimoniais equiparados devam ser protegidos apenas contanto que prejuízos de um certo género nasçam da sua violação para o prejudicado. Completamente incontestado é o facto de, no caso de uma ofensa corporal ou lesão de saúde, deverem ser indemnizados também os resultantes prejuízos patrimoniais numa relação causal adequada” e continua ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *ibid.*, p. 841: “As disposições de distintos setores sistemáticos abrangidas pela remissão da segunda modalidade de ilicitude consagrada no artigo 483º/1 constituem, essencialmente, regras de segurança que visam precaver os bens jurídicos primaciais, atinentes à defesa da vida, integridade física, propriedade e outros direitos patrimoniais já dotados de tutela legal pela primeira alternativa do artigo 483º/1. Sem incorrer em repetições desnecessárias, cabe de todo o modo recordar que o sentido daquela remissão reside em frisar a valência indemnizatória inerente à violação de regulações que, segundo critérios de competência funcional, superintendem o exercício das mais variadas atividades e profissões que representem fontes de perigo, visando fundamentalmente acautelar a integridade pessoal e patrimonial do tráfego”. Sobre a inadequação e insuficiência da condicionalidade lógica para a causalidade factual temos, PEREIRA, Rui Soares, *op. cit.*, pp. 1213 – 1218.

<sup>322</sup> Expressão usada por PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 420.

<sup>323</sup> Sobre a prestação de conduta ganhar uma natureza de obrigação de resultado, observa FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *op. cit.*, pp. 256; 259-260 e 262-263: “Vale dizer que a violação contratual positiva só pode significar ou importar a inversão do ónus da prova, diz, tanto monta se no momento da culpa se estendendo-se à própria causalidade, se o dever de protecção se amalgama e indistingue do dever de prestação. No fundo, que se o resultado da protecção anda dependente do dever de prestação, isso quer dizer em seu entendimento, e só nesse caso, que a prestação de conduta ganha uma outra natureza e se converse numa obrigação de resultado, com as consequências inerentes. [...] No fundo, entende também que tudo gira em grande medida em torno da distinção

Esse questionamento teria razão de ser na hipótese de ser obrigatório ao médico indemnizar o doente-lesado sempre que não fosse alcançado o resultado pretendido, exceto se provasse que a não verificação do resultado é proveniente de um facto que não lhe fora imputável. Sucede que não é esse o cenário que a teoria da perda de chance de cura ou sobrevivência pretende retratar<sup>324</sup>. É o que explicaremos a seguir.

Começamos por ressaltar que, no que concerne à atividade médica, a transformação da obrigação de meios para obrigação de resultado tem razão de ser em casos específicos, bem estruturados e desenvolvidos pelas ciências médicas e jurídicas, como a cirurgia plástica, por exemplo. No entanto, não é o que aqui pretendemos com o dano da perda de chance.

Destacamos que, para que se estabeleça uma obrigação de indemnizar em virtude da perda de chance de cura ou sobrevivência, não é suficiente uma mera desconformidade entre a situação existente, consubstanciada na morte ou enfermidade, e o resultado pretendido, isto é, cura ou a sobrevivência para o doente. É necessário mais do que isso. Em França, faz-se necessária prova da existência de uma *“faute médicale caractérisée par une erreur, une maladresse, une imprudence ou une négligence”*<sup>325</sup>. Por outro lado, em Itália, a indemnização pela perda de chance depende da demonstração de um incumprimento que consiste no *“mancato impiego della diligenza professionale”* nos moldes do que é exigido pelo artigo 1176º do Código Civil Italiano<sup>326</sup>.

Conhecedores disto, a natureza da obrigação do médico como obrigação de meios parece oportuna num cenário de fragilidade do doente, cuja recuperação revela-se apenas em

---

*entre obrigações de meios e de resultado e da delimitação entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Aqui, neste último termo da dicotomia, será o contexto que dirá se a garantia pelo resultado foi ou não assumida, significando que, se o foi, isso quer dizer que o devedor se responsabiliza pela prestação, assume o risco da prestação, poderá ser onerado com o ónus da prova da causalidade. Mas se, e este aspecto é sumamente importante, se afasta de PRÖLSS quando reclama a delimitação no plano da prova entre a responsabilidade delitual e a contratual, não fica todavia sem dizer que em certos casos a delimitação não é tão nítida assim, e que fica aberto um largo campo para o paralelismo dos deveres de prestação e dos deveres de protecção de base extracontratual. [...] porque para STOLL o que está em causa aqui, mais que um problema de prova, é uma transformação ou conversão de deveres de conduta (Verhaltenspflichten) em limitados deveres de garantia de um resultado (zu begrenzten Erfolgseinstandspflichten)”*.

<sup>324</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 420-421.

<sup>325</sup> Nesse sentido, SAVATIER, René, *op.cit.*, pp. 397-398: *“Plus exactes sont donc les formules qui exigent, à la charge du médecin, une faute caractérisée, ou une méconnaissance certaine de ses devoirs. Par là, malgré l'équivoque de certaines décisions, les tribunaux n'indiquent pas seulement, comme on l'a vu au n° 778, que la faute doit revêtir un degré de certitude suffisant, mais encore, ainsi que l'indique la Cour de cassation, qu'une responsabilité médicale ne résulte pas nécessairement d'une faute, telle que l'imprudence, l'inattention, la maladresse ou de défaut de coup d'œil chirurgical. [...] La faute responsable, sans avoir besoin d'être très grave, exige donc une certaine gravité, que les tribunaux pourront apprécier à l'aide d'experts, cette gravité relative en facilitant précisément la constatation”*.

<sup>326</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 421-422.

possibilidades, expectativas ou chances, mas não há certezas de que tal ocorra. Logo, a atuação do médico será de maneira a perseguir a consumação das esperanças de cura ou sobrevivência que existem, entretanto, não há garantias de que os resultados esperados sejam alcançados. Por outras palavras, o profissional médico procurará melhorar o estado de saúde do doente, para tanto, intervém no curso evolutivo da doença com vista a alterá-lo para um resultado positivo<sup>327</sup>. Por conseguinte, não havendo certeza da eficácia da intervenção, não nos parece adequado qualificar a obrigação do médico como obrigação de resultado<sup>328</sup>.

Entretanto, precisamos dizer que as obrigações do médico vão muito além. Recai sobre o profissional médico a obrigação de não destruir ou diminuir as chances de que dispunha o doente na altura em que se deu o diagnóstico. Não podemos ignorar o facto de que o médico não é garantidor de um resultado positivo (cura ou sobrevivência), contudo, ele o é acerca da obrigação de não prejudicar a situação em que se encontra o doente, de não diminuir ou aniquilar as chances de cura ou sobrevivência que ele detinha<sup>329</sup> e, no que concerne a essa obrigação, diferente da primeira situação – estamos a falar de uma obrigação de resultado<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> Nesse pensar, FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *op. cit.*, p. 262 (nota 108): “*Quanto à responsabilidade médica, Fest. für v. Hippel (1967) 551 e 552, em que ele expressamente se inclina pela inversão do ónus da prova, afirma nomeadamente: “Uma inversão do ónus da prova deve também aceitar-se quando um médico omite a necessária visita ao doente ou quando não leva a cabo o tratamento exigido de acordo com as regras da arte médica, embora duvidoso no seu julgamento pessoal”. E embora STOLL enfileire no pensamento comum de considerar o dever do médico uma obrigação de meios (expressamente, “de Arzt shuldet keinen Hellerfolg”, loc. Cit., pág. 553), não deixa em outro lugar (e este aspecto releva-se de importância para os nossos propósitos) de pisar a mesma linha trilhada também pela jurisprudência do seu país (como sobejamente) sabemos de reclamar a inversão do ónus da prova no âmbito da causalidade no caso de um erro médico grosseiro, como em consequência disso e em consonância, de acabar por ver aí uma obrigação de resultado limitada, e a terminologia é dele (begrenzte Erfolgschuld, Fest. für v. Hippel, pág. 549), claramente demonstrada pelo facto de o médico ser aí responsável (einstehen muss) pelos desenvolvimentos posteriores à sua conduta que conduzam a danos de saúde, ressalvada a prova em contrário que lhe fica em aberto. Isto quer dizer, em suma, que se o médico é responsável directo por tais danos, porque é considerado que os causa, é porque deve um resultado, qual é não a cura, óbvio, mas a protecção ou garantia da integridade do doente (Cfr. STOLL, AcP (176) 156)”.*

<sup>328</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 422-423. PEREIRA, Maria Lurdes; MÚRIAS, Pedro, “*Obrigações de meio, obrigações de resultado e custos da prestação*”, Centenário do nascimento do Professor Dr. Paulo Cunha, Estudos em homenagem, Coordenação de António Menezes Cordeiro, Almedina, Fevereiro, 2012, p. 1005, destaca que numa obrigação de resultado ou de meios, o que importa notar é que há que se empenhar o mesmo esforço e diligência, os mesmos atos necessários e cautelas, pois numa perspectiva *ex ante*, o devido é idêntico, a diferença está apenas no facto de que, se a obrigação for de meios, esses atos devidos *ex ante* são sempre cumprimento da obrigação, ao passo que, se a obrigação for de resultado, esses atos só são incumprimento, se o resultado for conseguido.

<sup>329</sup> A esse respeito, comenta PINA, J. A. Esperança, “*A Responsabilidade dos Médicos*”, 2ª edição revista, ampliada e actualizada, LIDEL, Lisboa, 1998, p. 112: “*O facto de um médico fazer perder uma hipótese de sobrevivência ao seu doente, obriga-o a reparar o prejuízo resultante. Na doença, existem diferentes forças que se opõe e cuja resultante poderá ser o agravamento, a passagem à cronicidade, na pior hipótese a morte e na melhor a cura. Estas forças são aquelas de que o doente dispõe. A intervenção médica pode provar o doente da cura, da força necessária para fazer o combate contra a doença, ou fornecer-lhe armas más ou insuficientes. Quando o médico comete uma falta, o doente foi privado de uma hipótese de sobrevivência ou até de cura”.*

<sup>330</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 423, compara a situação que se passa entre médico e paciente a uma imagem bélica em

Em outros termos, apesar de o médico não poder assumir a posição de garantidor do resultado esperado, não pode, do mesmo modo, amparado na obrigação de meios, esquivar-se ao comprometimento de não enfraquecer a posição do doente de forma a diminuir ou até mesmo extirpar as chances de vencer a doença. Assim sendo se, em virtude do comportamento desvalioso do médico, as chances de cura ou de sobrevivência que experimentava o doente virem a desaparecer, caberá ao profissional demonstrar que aludido desaparecimento não poderia ser evitado e, que a obrigação de proteção que assumiu revelou-se impossível por facto que não lhe pode ser imputado<sup>331</sup>.

Consequentemente, para ser ressarcido pelo dano principal, o lesado teria como obrigação demonstrar que o médico atuou em desconformidade com os padrões quantitativos ou qualitativos de excelência que lhe eram exigidos. Não se prescinde dessa prova, uma vez que, no que diz respeito à obrigação principal restará comprovado o inadimplemento e a sua natureza culposa<sup>332</sup>. Tão logo, também resta provado o incumprimento da obrigação de não destruição das chances de êxito do lesado<sup>333</sup>. Perguntamo-nos, assim, no que traduz notado raciocínio para a afirmação do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência?

Ante ao exposto, podemos concluir que ainda que o doente não logre êxito na comprovação do contributo causal do comportamento médico para com o resultado final, se o mesmo conseguir demonstrar que tal comportamento constitui a causa jurídica da diminuição ou eliminação das chances de evitar o resultado nefasto, poderá responsabilizar o médico. O profissional, pode ilidir sua responsabilidade no caso de revelar em juízo que fatores outros foram capazes de amenizar o desvalor atribuído ao seu comportamento ou de retirar a força causal que lhes é atribuída em relação à destruição das chances. Como conclusão, podemos dizer que o ressarcimento que opera nessa situação não se deve à não verificação do resultado

---

que o doente trava uma batalha com a doença – seu inimigo – cuja ameaça é em prejuízo da saúde ou da vida do doente. Assim, temos como soldado o médico que, com sua experiência em “guerras” presta seu apoio a fim de derrotar o adversário. O militar-médico estuda o adversário, o seu poder de destruição e o contrapõe às armas das quais dispõe o doente, aos seus conhecimentos do saber e da experiência para, então, travar um plano de batalha mais eficiente possível para o combate, contudo, em que pese o armamento utilizado a vitória não é certa. PEREIRA, Maria Lurdes; MÚRIAS, Pedro, *op. cit.*, p. 1000, observa que as obrigações de resultado, poderiam chamar-se obrigações de causação ou obrigações causativas, visto que o devedor tem como obrigação causar certo resultado, sendo este resultado, definidor da prestação. As obrigações de meio, por outro lado, chamar-se-iam com mais clareza obrigações de tentativa ou obrigações de adequação, entretanto, as obrigações de meio também se definem por um resultado, contudo, o devedor não se obriga a causá-lo, mas a tentar causá-lo, ou melhor, a praticar os atos que, numa apreciação *ex ante*, mostrem-se adequados a causá-lo. Chamamos à atenção, para a diferenciação da autora sobre o resultado definidor da prestação que se contrapõe aos resultados exteriores, por vezes chamados fim da prestação, e os resultados subalternos.

<sup>331</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, pp. 423-424.

<sup>332</sup> Cf. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *op. cit.*, p. 83.

<sup>333</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 424.

pretendido ou da obrigação de meios assumida, mas ao incumprimento da obrigação de não destruição das chances de sucesso que existiam, ou seja, as chances de cura ou sobrevivência do doente<sup>334</sup>.

Façamos, portanto, um exercício mental. As chances de insucesso, de caráter aleatório naturalmente acompanham a atividade médica, logo, o doente quando devidamente informado pelo profissional assume os riscos inerentes ao ato médico e posiciona-se em sentido positivo, portanto, nesse ato está o doente a dar o seu consentimento para a atuação do médico que, por sua vez, assume uma obrigação de meios. Sucede que, no caso de serem destruídas as chances de êxito, por culpa do médico ao praticar ato censurável, tal situação não está englobada nos “riscos” que o doente admitiu colocar-se para alcançar o resultado desejado. Ou seja, em que pese devidamente informado dos riscos do tratamento e, conhecedor dos possíveis perigos da intervenção, não é razoável acrescentar a essa gama de ameaças o “risco de destruição de chances pelo comportamento desvalioso do médico” e, por isso, risco não incorporado juridicamente no vínculo obrigacional ali estabelecido<sup>335</sup>.

Estamos diante de dois tipos distintos de chance<sup>336</sup>. No primeiro caso, estamos a falar da álea da atividade médica, das chances de insucesso inerentes à medicina, temos, por conseguinte, uma chance *juridificada*<sup>337</sup>. Por outro lado, quanto ao segundo caso, estamos diante de uma chance que não se encontra no mundo jurídico, entretanto, poderá integrá-lo na hipótese de ser destruída por um comportamento reprovável do médico, o que dá ensejo a responsabilidade pela perda de chance<sup>338</sup>.

Em tradução, o médico está vinculado a uma obrigação de meios, entretanto, há alguns resultados que ele é garantidor, isto é, não diminuir as chances de cura ou sobrevivência do doente por culpa sua, ou ainda, não dar causa a uma alteração em *pejus* ao estado de saúde do

---

<sup>334</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 424.

<sup>335</sup> Consideramos de importe asseverar que, contrário fosse, estaríamos diante do absurdo de prever-se nos formulários médicos destinados ao esclarecimento para a realização de exames, por exemplo, a assunção dos riscos, pelo paciente, no caso do cometimento de erros por parte do médico de modo a permitir a intervenção ou submeter-se ao tratamento.

<sup>336</sup> Sobre a chance em direito médico, coloca SARGOS, Pierre, “*Confirmation et approfondissement du nouveau fondement de la responsabilité civile médicale et de la problématique et méthodologie de la perte de chance*”, Recueil Dalloz, N° 40, 2010, p. 2685: “*La perte de chance en matière médicale, come le relève le Rapport annuel de la Cour de cassation de 2007, p. 268 repose sur la combinaison d’une incertitude et d’une certitude. L’incertitude tient au fait que si la faute n’avait pas été commise il ne peut être certain que la guérison, ou au moins une amélioration de l’état du patient, aurait pu être obtenue. La certitude tient au fait que si la faute n’avait pas été commise, le malade avait une chance de guérison ou d’amélioration et que la faute l’a privé de cette chance*”.

<sup>337</sup> Terminologia utilizada por RUELLAN, Caroline, *op. cit.*, p. 729 e ss.

<sup>338</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 425.

doente<sup>339</sup>. Logo, se o médico cumpre a obrigação de meios que assume, estará a atingir esses resultados. Asseveramos, o médico não é garantidor da melhora do estado de saúde do doente, entretanto, o é com relação ao não retrocesso deste estado por qualquer causa que lhe seja imputável<sup>340</sup>.

Em resumo, entendemos que cumprir com a obrigação de meios é justamente agir de acordo com as *leges artis*, sem imprudência, negligência ou imperícia. O erro médico, ao promover uma alteração em *pejus* da situação do doente, significa, portanto, o incumprimento da obrigação assumida e, justifica, assim, o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência.

Nesse contexto, verificamos uma diferença circunstancial no plano probatório quanto à responsabilidade médica. Vejamos: diante da demonstração de que as chances de cura ou sobrevivência do doente diminuíram devido a um diagnóstico tardio que interferiu na recuperação do lesado, é cabível a aplicação do número 1 do artigo 799.º do Código Civil Português para presumir a culpa do médico no respetivo incumprimento. Assim, caberia ao médico, fazer prova de que não teve culpa no atraso na deteção da doença ou que, houve a quebra do nexo causal entre a sua conduta e a alegada destruição de chances, uma vez que as possibilidades foram destruídas por influência de outros fatores, como a evolução da doença ou as características específicas do doente<sup>341</sup>. Que fique esclarecido: a presunção opera com relação ao incumprimento da obrigação de não destruição de chances e não com relação ao resultado final<sup>342</sup>.

Nesse sentido, haverá reflexos tanto no montante da indemnização quanto no risco probatório imposto ao médico, contudo, importa asseverar que o objetivo precípua aqui é conferir legitimidade à figura da perda de chance sem comprometer excessivamente a

---

<sup>339</sup> Conforme comenta SARGOS, Pierre, “*Obligation de moyens et obligation de résultat du médecin – Bilan de la jurisprudence récente de la Cour de cassation*”, *Médecine & Droit*, nº. 24 – Mai-juin, 1997, p. 2-5, em estudo sobre obrigação de meios e de resultado do médico: “*Mais on doit souligner que l’arrêt du 7 janvier 1997 n’introduit pas une obligation de résultat. Il reste sur le terrain de l’obligation de moyens et repose sur l’idée que le chirurgien – et d’une façon générale tous les praticiens qui sont amenés à pratiquer un acte de perforation du corps humain (piqûre pas exemple) ou d’incision – est tenu à l’exactitude de son geste chirurgical : il ne doit pas léser un organe, un tissu, un os, une artère, une veine, etc., autres que ceux visés par son intervention, ou ceux qu’il est nécessaire de toucher pour réaliser l’opération. Si un tel fait se produit, sa responsabilité est engagée, sauf à ce qu’il prouve une anomalie ou une fragilité particulière de son patient, indécidable par un examen préalable, qui seraient de nature à exclure la qualification de maladresse*”.

<sup>340</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 425.

<sup>341</sup> SARGOS, Pierre, “*Comentário aos arrestos n.º 1407...*”, p. 435, comenta que no caso da culpa do médico ser responsável pelo doente perder a chance de obter um melhoramento no seu estado de saúde ou de escapar de uma doença, o dano é o resultado dessa perda de chance em função da gravidade de seu estado real e de todas as consequências decorrentes. Cabe à vítima especificar o montante em que avalia dos diferentes prejuízos que sofreu, ao passo que ao juiz cabe a apreciação e a fundamentação, por uma apreciação soberana, da fração de prejuízos que correspondem a perda de chance de os evitar se o médico não tivesse cometido aquela falta.

<sup>342</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 425-426.

responsabilidade do médico ao agravá-la desmedidamente. Em conclusão, continua preservada a configuração da obrigação principal do médico como obrigação de meios, contudo, num âmbito mais circunscrito<sup>343</sup>.

### **3.3. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA ACERCA DA PERDA DE CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA**

Tendo por base a exposição acerca do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência, achamos por bem, sem intenções de fazer qualquer análise jurisprudencial profunda, ilustrar como a jurisprudência portuguesa está a enfrentar a matéria nos tempos hodiernos.

Primeiramente, observamos que a jurisprudência portuguesa adota a distinção entre obrigação de meio e obrigação de resultado, entretanto, é quase unânime em não atribuir a presunção de culpa do devedor no âmbito da responsabilidade pelo incumprimento de obrigações de resultado. Isto também se verifica em relação ao afastamento da aplicabilidade dessa presunção na responsabilidade pelo não cumprimento das obrigações de meios<sup>344</sup>.

Assim, quando se trata da responsabilidade contratual, os tribunais portugueses não hesitam em aplicar a presunção de culpa prevista no artigo 799.º, n.º 1 do Código Civil, ainda que expressamente qualificada a obrigação correspondente ao caso como obrigação de meios. No entanto, tal pressuposto não dispensa a prova da falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação, portanto, afasta-se a presunção de ilicitude, a qual carece sempre de demonstração pelo lesado. Em resumo, não basta a prova de não obtenção do resultado previsto, mas a demonstração de que o médico não praticou todos os atos considerados normalmente necessários para a prossecução da finalidade desejada, isto é, as *leges artis*<sup>345</sup>.

No que toca à prova da causalidade, noutros domínios, a jurisprudência admite frequentemente que o julgador faça uso das presunções judiciais sem, no entanto, permitir que tenham o alcance de produzir a inversão do ónus da prova, mas de forma, apenas, a integrar ou completar a factualidade apurada. Logo, as presunções não possuem a capacidade de contrariar

---

<sup>343</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 426.

<sup>344</sup> MATEUS, Nídia Maria Vicente, *op. cit.*, p. 133.

<sup>345</sup> Cf. Acórdão do STJ de 15/10/2009 (proc. n.º 08B1800); STJ de 18/09/2007 (proc. n.º 07A2334); STJ de 22/09/2011 (proc. n.º 674/2001.PL.S1); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/03/2007 (proc. n.º 5177/2006-2), Neto Neves.

ou modificar a matéria de facto provada, ou mesmo, de suprir a falta de prova. Noutro sentido, no apuramento do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade médica, o recurso às presunções judiciais não é tão expressivo<sup>346</sup>.

Sucedem que para o Supremo Tribunal de Justiça, a presunção de culpa pelo incumprimento das *leges artis* parece ter causa em situações que podem ser consideradas verdadeiramente anómalas e chocantes, e por isso, tratados como excepcionais e pontuais, isto é, de acordo com o estado de conhecimento atual da ciência médica, situações relevadoras da prática de um erro grosseiro que consistiria numa flagrante violação da prática médica no momento do diagnóstico ou do tratamento<sup>347</sup>.

Assumimos que os mecanismos das presunções judiciais ou da prova de primeira aparência são os que apresentam maior predominância no direito português, explicando-se esse facto, pela proibição da inversão do ónus da prova fora dos casos previstos no artigo 344.º, n.º 1 do Código Civil, bem como pela consagração legal das presunções judiciais nos artigos 349.º e 351.º do Código Civil, aliado à máxima do princípio da livre apreciação da prova, artigos 607.º, n.ºs 4 e 5 do Código do Processo Civil<sup>348</sup>.

Nesse sentido, no que diz respeito à perda de uma chance, antes de mais, cumpre-nos ventilar breves considerações acerca da emblemática sentença proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015,<sup>349</sup> decisão amplamente noticiada pelos meios de comunicação portugueses por ser considerada “invulgar, se não mesmo inédita”<sup>350</sup>.

Em breve resumo, o Hospital CUF Descobertas em Lisboa intentou ação declarativa de condenação contra os herdeiros da ex-jornalista Tereza Coelho, no valor de 11 mil euros, pelos serviços prestados à doente, serviços estes que não tinham sido pagos.

---

<sup>346</sup> MATEUS, Nídia Maria Vicente, *op. cit.*, pp. 134-135; *Cf.* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/07/2011 (proc. n.º 1952/10.8TBOAZ.T1); Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/04/2007 (proc. n.º 10328/2006-1); STJ de 07/06/2011 (proc. n.º 380/08.0YXLSB.C1S1); STJ de 07/04/2011 (proc. n.º 329/06.4TBAGN.C1S1); STJ de 15/10/2009 (proc. n.º 08B1800); Acórdão do STA de 20/04/2004 (proc. n.º 0982/03).

<sup>347</sup> MATEUS, Nídia Maria Vicente, *op. cit.*, pp. 134-135. Nesse sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *op. cit.*, p. 142. *Cf.* Acórdão do STJ de 22/05/2003 (proc. n.º 03P912); STJ de 15/12/2011 (proc. n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1).

<sup>348</sup> MATEUS, Nídia Maria Vicente, *op. cit.*, p. 143, *Cf.* RAPOSO, Vera Lúcia, *op. cit.*, p. 70.

<sup>349</sup> Sentença proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015. Disponível na internet: [http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo\\_negligenciamedica\\_perdachance.pdf](http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf)

<sup>350</sup> Expressão utilizada em matéria divulgada no jornal Público Comunicação Social S.A em 01 de setembro de 2015. Disponível na internet: <https://www.publico.pt/2015/09/01/sociedade/noticia/hospital-cobra-conta-a-familia-de-doente-e-acaba-condenado-por-negligencia-1706598>

Em que pese reconhecida a dívida no valor alegado pela CUF, restou provado, também, que o Hospital incumpriu, injustificada e culposamente, o contrato de prestação de serviço médico celebrado com a doente tendo em vista que, na oportunidade, a paciente procurou os serviços médicos da instituição, contudo, foi-lhe feito um diagnóstico errado, tendo sido provado que não foram utilizados os devidos conhecimentos e meios auxiliares de diagnóstico capazes de conduzir ao bom diagnóstico e ao tratamento precoce ou, pelo menos, mais atempado da doença. Sucedeu que o diagnóstico erróneo de amigdalite pultácea somente foi corrigido passadas sete horas quando, finalmente, a doente, diagnosticada com pneumonia geradora de hipoxia, veio posteriormente a falecer por choque séptico devido a essa mesma pneumonia.

Esclarecemos que ficou destacado pela Relação que o fator determinante da evolução de uma septicemia é o diagnóstico atempado, logo, quando detetada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, após três horas, a percentagem diminui para 40% e, ao fim de 12 horas, as chances de sobrevivência são de apenas 20%. Assim, acolheu-se a tese de que o comportamento do autor fez a doente perder a chance de sobreviver à doença<sup>351</sup>. Frisamos que a sentença, dita “incomum”, transitou em julgado em 12 de outubro de 2015.

Em seguida, passaremos à análise dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça cujas decisões apreciaram o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência de forma bastante curiosa. No primeiro caso, em que pese ter sido observado que o médico carrega uma obrigação de meios sem que, entretanto, possa causar danos, ainda resta confusão, *data venia*, acerca da relevância da existência de fatores outros que poderiam ser responsáveis pelo dano para além da conduta do médico, o que interfere na perceção da multiplicidade de fatores para a afirmação do nexo de causalidade e o dano da perda de chance de cura e sobrevivência.

---

<sup>351</sup> Sentença proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015: “Devemos concluir que, se aquando da sua 1.ª ida ao hospital na noite de 30 para 31 de dezembro, «EE» tivesse sido internada e objeto de exames complementares de diagnóstico, como radiografia e repetição da medição de oxigénio com outro oxímetro, com enorme probabilidade ter-lhe-ia sido diagnosticada a pneumonia, e teria sido prontamente assistida com oxigénio e medicada de forma adequada, o que lhe teria dado uma maior probabilidade de salvação. Não sabemos se a morte de «EE» não teria sobrevivido caso o Autor-reconvindo tivesse atuado de forma adequada e diligente, tivesse cumprido diligentemente e sem defeitos a sua obrigação de prestar os melhores serviços de diagnóstico e tratamento, que ao seu alcance estavam pelos seus conhecimentos e meios técnicos e humanos. Não podemos, com certeza, saber se «EE» teria sobrevivido se o reconvindo tivesse cumprido integral e diligentemente a sua obrigação. Podemos apenas formular um juízo de probabilidade sobre a sobrevivência. Além disso, sabemos, com certeza, que a defeituosa prestação do Autor-reconvindo retirou a «EE» qualquer possibilidade de sobrevivência. O comportamento do Autor-reconvindo fez perder a «EE» a chance, a oportunidade de sobreviver à doença”..

<sup>351</sup> Expressão utilizada em matéria divulgada no jornal Público Comunicação Social S.A em 01 de setembro de 2015. Disponível na internet: <https://www.publico.pt/2015/09/01/sociedade/noticia/hospital-cobra-conta-a-familia-de-doente-e-acaba-condenado-por-negligencia-1706598>

No segundo caso, por sua vez, em que pese a questão da indemnização pelo dano da perda de chance de cura ou sobrevivência inserir-se dentro de recurso penal, no que se discute uma indemnização civil, podemos vislumbrar a aplicação da teoria da perda de chance e mais especificamente, o acolhimento do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência, com maestria, motivo pelo qual entendemos oportuno e relevante a sua análise. Posto isto, passaremos a análise de cada um dos acórdãos mencionados individualmente.

Em primeiro, trataremos do acórdão proferido no processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, em 28 de janeiro de 2016, pela 2ª secção pelo Supremo Tribunal de Justiça<sup>352</sup>. No caso em tela, o Supremo analisou recurso de revista interposto pelos Réus Hospital e médico CC para, no caso do primeiro negar a revista e, no caso do segundo, concedê-la. Pois bem, em resumo, tratava-se de ação instaurada por AA contra BB Hospital, S.A. e médico CC, em razão de intervenção cirúrgica ortopédica realizada por CC, nas dependências do BB Hospital, cujo resultado, foi uma lesão medular com paralisia num membro inferior e outras sequelas.

A princípio, os réus foram condenados solidariamente a pagar à autora a quantia de €94.752,82. Em recurso para o Tribunal da Relação de Lisboa, a sentença recorrida foi confirmada, sem prejuízo de retificação material para condenar os réus na quantia de €95.022,82, dos quais €65.022,82 por danos patrimoniais e €30.000 por danos não patrimoniais.

O Supremo, em análise ao recurso de revista dos réus, entendeu como provado determinados factos, entre os quais aqui destacamos os que julgamos importantes para a nossa análise: a) AA era portadora de paralisia cerebral que afetava parcialmente a sua capacidade de coordenação motora, porém, era capaz de realizar os atos da vida corrente sem necessidade de recurso à ajuda de terceiros; b) AA, aquando da cirurgia para tratar uma fratura mal consolidada no pé direito, informou ao Réu CC que não pretendia que a intervenção cirúrgica fosse efetuada com anestesia geral, tendo justificado o pedido em razão de nutrir profundo medo de tal procedimento; c) a Interviente, médica anestesista, ante a escolha da paciente, optou pela anestesia dita epidural; d) não houve consulta pré-anestésica; a anestesista prestava serviços habituais ao Réu BB; e) a cirurgia foi realizada sem inconvenientes relevantes, entretanto, após o recobro AA perdeu a sensibilidade da perna esquerda; f) nos dias que se seguiram AA apresentou infeção do “trato urinário” e insuficiência renal; g) após a cirurgia, AA apresentou um deteriorar de função motora com paresia do membro inferior esquerdo; h) AA exercia a profissão de professora de música, funções docentes das quais ficou impedida de continuar em razão da lesão e passou a depender da ajuda de terceiros para atos da vida corrente; i) na

---

<sup>352</sup> Acórdão do STJ de 28-01-2016, processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, (Maria da Graça Trigo)

sequência da intervenção cirúrgica, AA restou com incapacidade geral parcial e permanente de 50%, incompatível com o exercício da sua profissão e, posteriormente, a incapacidade aumentou para 85%.

Ante ao exposto, o Supremo Tribunal entendeu que, primeiro com relação ao Réu BB Hospital, ao abrigo do número 1, artigo 800º do Código Civil, com relação a este réu, os pressupostos da responsabilidade civil seriam aferidos a partir da conduta dos auxiliares de cumprimento da obrigação de prestação de serviço médico, na qual estão incluídos todos os agentes envolvidos, isto é, cirurgião, anestesista, enfermeiros e outros.

Noutra via, em relação ao Réu CC, o devedor da prestação de serviços médico-cirúrgicos, os pressupostos são aferidos a partir da sua conduta pessoal, bem como da dos seus auxiliares, também ao abrigo do mesmo diploma. Entendeu, ainda, que não havia dúvida sobre a ocorrência do dano, restava provar a ilicitude, a culpa e o nexo causal com relação a cada um dos réus, respetivamente.

Em relação ao nexo causal, o Supremo deu razão à Relação ao considerar como provado que a cirurgia foi a causa dos danos<sup>353</sup>. Nesse sentido, entendeu que, o Réu BB Hospital, por ser responsável pela conduta de todos os envolvidos no processo cirúrgico, é responsável pelo dano, desde que verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil. Entretanto, quanto ao Réu CC, em que pese responsável pela sua própria conduta, bem como pela conduta dos seus auxiliares, aludida responsabilidade não se estende a conduta da anestesista. Ora, considerou que, dos factos provados, não ficou clara a relação entre o Réu CC e a Interveniante DD anestesista, portanto, que não se poderia qualificar os atos da anestesista como auxiliares de cumprimento da prestação do serviço de médico. Logo, o Réu CC somente

---

<sup>353</sup> Nesse aspecto achamos que importa colar parte da decisão da Relação no Acórdão do STJ de 28-01-2016, processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, (Maria da Graça Trigo): “Deste modo, está dado como provado que a lesão medular com paralisia da perna esquerda da A. foi causada pelo tratamento cirúrgico. O acórdão recorrido atribui relevância à ministração da anestesia por epidural, sem afirmar que foi ela, especificamente, a causa da lesão. Reafirme-se que o juízo positivo de relação causal no plano fáctico não pode ser reapreciado pelo Supremo. Dá-se como assente que, durante a cirurgia, foi causada a lesão na medula da A., ainda que não esteja dado como provado qual foi a conduta concreta que a causou e, portanto, quem foi o autor da mesma lesão. Mas, por definição, sabe-se que foi um ou mais dos agentes que intervieram na cirurgia”. E mais adiante: “Não oferece dúvidas ser causa adequada da paralisia da A. uma cirurgia com ministração de anestesia epidural. Que seja adequado a causar o dano não se confunde com qualquer exigência de demonstração de que uma cirurgia com anestesia por epidural cause tipicamente estados de paralisia, como alegam os RR. É “normal” que uma cirurgia com anestesia por epidural decorra sem problemas, mas também é “normal” e adequado que, ocorrendo uma lesão medular (com paralisia total do membro inferior esquerdo) durante uma cirurgia ortopédica com anestesia por epidural, tal lesão tenha sido causada por algum dos actos praticados na operação. Possivelmente, pela administração da anestesia, mas o acórdão recorrido não deu como provado (ou não provado) que tivesse sido essa a causa da lesão. E não pode este Tribunal substituir-se às instâncias nesse juízo”.

seria responsável pelo dano se provado que este deu-se devido ao comportamento do próprio ou dos seus auxiliares, mas não pelos atos da anestesista<sup>354</sup>.

No que concerne à ilicitude, o Tribunal considerou que, apesar de no caso *sub judice* a cirurgia ortopédica classificar-se com uma obrigação de meios, o facto de ter sido causada uma lesão na medula da AA revelou a *lesão de direitos absolutos no decurso do cumprimento de uma obrigação contratual de prestação de serviços médicos* e, por esse motivo, ao considerar-se a doutrina dos deveres de proteção; acessórios ou laterais do contrato, houve lesão ao direito de integridade física da autora.

Posto isto, acompanhado da obrigação principal – função curativa da cirurgia – também havia o dever de não afetar qualquer outro bem de AA, por isso, a lesão da medula configurou um incumprimento deste dever, havendo, portanto, ilicitude. Como consequência, o Supremo entendeu por bem aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 799º do Código Civil e presumir a culpa do Réu BB Hospital<sup>355</sup>.

Pois bem, a respeito da decisão do Supremo em absolver o Réu CC temos algumas considerações a fazer. Argumentou-se que não restou provado qual foi o ato diretamente responsável pelo dano em questão ainda que tenha ficado assente que o dano tinha apenas três fatores prováveis: a) os atos do cirurgião; b) os atos dos auxiliares ou c) os atos da anestesista. Nesse contexto, acreditamos que, uma vez que reconhecido que fora a conduta de um dos três intervenientes, ou seja, o médico; seus auxiliares ou a anestesista, responsável pelo dano suportado pelo lesado, entendemos, com o devido respeito, que caberia aqui acolher a tese da

---

<sup>354</sup> Acórdão do STJ de 28-01-2016, processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, (Maria da Graça Trigo): “*O juízo de causalidade de facto feito pelas instâncias, que – reafirma-se mais uma vez – não pode ser sindicado pelo Supremo Tribunal, permite concluir que a lesão medular da A. pode ter emergido da anestesia, ainda que as instâncias não tenham dado como provado (ou não provado) que assim o fosse. O mesmo juízo de causalidade de facto permite concluir que, se não tiver sido a anestesia a causar a lesão, terá forçosamente de ter sido a intervenção do próprio cirurgião ou a conduta de algum dos membros da equipa cirúrgica pelos quais ele é responsável. Em concreto, não se sabe qual foi a causa directa e imediata da lesão medular. Em abstracto, e segundo o curso normal das coisas, é mais provável (art. 563º, do CC) que tenha sido causada pela anestesia com epidural do que por outra conduta, positiva ou negativa, ocorrida durante a intervenção cirúrgica. Em conclusão, não se provando qual a causa directa e imediata da lesão, se ela se deveu ao médico-cirurgião, ou a algum de seus auxiliares, ou se se deveu à anestesista, não pode o R. CC ser responsabilizado*”.

<sup>355</sup> Acórdão do STJ de 28-01-2016, processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, (Maria da Graça Trigo): “*Quanto à aplicação da presunção de culpa à ilicitude por violação de deveres de proteção da integridade física da A., valem aqui as palavras do acórdão de 1 de Outubro de 2015, cit.: “A conclusão a que se chegou quanto ao ónus da prova da culpa, no caso concreto, não significa, nem o desrespeito das regras legais de repartição do ónus da prova, nem a adopção de um método semelhante ao que é defendido pelos defensores e uma ‘repartição dinâmica do ónus da prova’, que no direito português não consente” Significa sim a aplicação de um conjunto de normas definidas para a aplicação de um conjunto de normas definidas para a responsabilidade contratual, justificada pela conexão existente entre a execução do contrato e a afectação da integridade física de A*”.

perda de chance, levantada pelo próprio Réu CC, para promover a condenação de ambos os réus de forma mais coerente.

Ora, não nos parece coeso condenar o Réu BB Hospital pelo dano final, ou seja, a incapacidade permanente de AA e, ao mesmo tempo, absolver o Réu CC pela existência de outros fatores envolvidos, lê-se, os atos dos auxiliares e da anestesista, por não se considerar provado o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano.

Conforme explicaremos nos próximos capítulos, o facto de haver mais de um fator como possível causa para o evento danoso – sem que se conheça a exata medida em que cada um deles interferiu ou contribuiu para o todo – significa o indeferimento da indemnização dentro da lógica do tudo ou nada, enquanto, dentro da teoria da perda de chance, o facto de haver mais de uma possível causa mostra-se relevante apenas para questões de determinação do *quantum* indemnizatório.

Assim, o comportamento do Réu CC, responsável pelos seus próprios atos e dos seus auxiliares, em aplicando-se a teoria da perda de chance, seria razoável e coerente a condenação pela perda de chance na medida proporcional correspondente à possibilidade/chance do comportamento do médico e seus auxiliares terem causado o dano. Conforme dissemos, a decisão que ora analisamos percorreu caminho diferente, optou pela aplicação da regra do tudo ou nada, condenou o Réu Hospital tendo em vista a sua responsabilidade pelos atos de toda a equipa médica envolvida, mas absolveu o Réu CC por não haver certeza de que fora a sua conduta a responsável pelo dano, apesar da existência de chances sérias e reais nesse sentido. Nesse prisma, de modo a perseguir um verdadeiro alcance da proteção do lesado, entendemos que fica evidente a contribuição da teoria da perda de chance para casos como o acima descrito.

Em segundo, temos uma decisão que, a nosso ver, demonstra um avanço na jurisprudência pátria no sentido de correção de um sistema desigual no qual o lesado, onerado com as consequências das dificuldades probatórias causadas justamente pelo próprio facto ilícito, resta na maioria das vezes prejudicado e acaba por não ser ressarcido. Portanto, a aceitação da teoria da perda de chance promove uma distribuição mais igualitária do peso da incerteza entre as partes, tanto quanto ao cumprimento do encargo probatório, quanto em relação ao seu resultado. Desse modo, ao contrário da solução tradicional pelo critério do *tout ou rien*, o lesante responde apenas na proporção em que foi o causador do dano<sup>356</sup>.

---

<sup>356</sup> Acórdão do STJ de 21-03-2018, processo n.º 917/11.7TAGMR.G1.S1, ( Pires da Graça): “*Salienta-se ainda que a aplicação do modelo tradicional do tudo ou nada em casos como os apontados leva a que as finalidades de prevenção e de ressarcimento da responsabilidade civil sejam insatisfatoriamente alcançadas. Na realidade, a finalidade de prevenção será promovida com maior eficácia se os lesados forem compensados pelas suas*

Ademais, vislumbramos nessa decisão a preocupação por uma solução mais equilibrada que se preocupa com o sentimento de comunidade jurídica e repugna as situações em que tradicionalmente o lesante restaria impune.

Dito isto, passamos à breve análise do julgado. Trata-se de acórdão proferido no processo n.º 917/11.7TAGMR.G1.S1, pela 3.ª secção do Supremo Tribunal de Justiça, em 21 de março de 2018. Em que pese tratar-se de julgamento penal, o que nos interessa no caso em apreço é o julgamento acerca do pedido de indemnização cível, para tanto, limitar-nos-emos à análise dos factos que interessam a esse pedido.

A Relação considerou provado que, no dia 29 de agosto de 2010, a doente FF dirigiu-se ao Hospital (SUMC) com sintomas de cansaço e tosse que expetorou com sangue tendo, na oportunidade, sido atendida pela arguida médica AA que, após a realização de radiografia torácica e gasimetria – cujos resultados não foram suficientes para identificar e diagnosticar a situação clínica e estado de FF –, deu alta à doente sem um diagnóstico concreto. No dia seguinte, a 30 de agosto de 2010, FF retorna ao Hospital (SUMC) devido ao agravamento do seu estado de saúde, ocasião em que foi assistida por BB que, ao proceder com a análise dos seus sinais vitais e requisitado análises e electrocardiograma entendeu, entretanto, não ser necessário repetir a radiografia torácica ou a gasimetria tendo, em seguida, encaminhado FF para o seu domicílio.

A seguir, no dia 31 de agosto de 2010, FF com o estado de saúde ainda mais agravado, deu entrada no Hospital (SUMC) já em paragem cardio-respiratória. Posteriormente diagnosticada com trombo-embolismo pulmonar na bifurcação das artérias pulmonares direita e esquerda, acabou por falecer no dia 06 de setembro de 2010, devido a falência multiorgânica em consequência da evolução do trombo-embolismo pulmonar.

Nesse caso, o Tribunal entendeu que durante o atendimento prestado pelo Réu BB não foram observadas as cautelas, os cuidados e diligências exigidas de acordo com as *leges artis*, o que fez agravar o estado de saúde da doente e, por consequência, levou à sua morte.<sup>357</sup>

---

*oportunidades perdidas, suportando o lesante essa compensação. Por outro lado, ao reparar-se a oportunidade perdida, estar-se-á a reparar, e a reparar apenas, o dano efectivamente causado pelo agente, o que poderá não suceder com o modelo do tudo ou nada”.*

<sup>357</sup> Acórdão do STJ de 21-03-2018, processo n.º 917/11.7TAGMR.G1.S1, ( Pires da Graça): “Na situação dos autos, quando no dia 30.08.2010 a doente se dirige à SUMC e a arguida BB, como médica e apesar dos sintomas apresentados pela doente, no atendimento que efectuou no serviço de urgência na qualidade de médica, não observa as cautelas, os cuidados e diligências que, segundo os conhecimentos e experiência médica, lhe era exigido e de que era capaz, tendente nas circunstâncias concretas do caso, a encontrar o diagnóstico correcto e a ministrar o tratamento adequado na tentativa de evitar a produção da morte da infeliz vítima, verifica-se o cumprimento defeituoso. Resultou provado, entre o mais, que perante os sintomas que a vítima apresentava,

Assim sendo, uma vez que a gravidade do quadro inicial consistia numa situação clínica estável não havendo risco de mortalidade, mas que, entretanto, passou a um quadro de instabilidade hemodinâmica de alto risco de mortalidade do dia 29 para o dia 31 de agosto daquele ano, entendeu-se por bem reconhecer o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência da doente. Ficou constatado que, caso a doente tivesse sido devidamente tratada entre os dias 29 a 30 daquele mês, a probabilidade de sucesso do tratamento era muito maior<sup>358</sup>.

Por outras palavras, o que ficou evidenciado no caso em apreço foi que, embora não se pudesse afirmar com certeza que se BB tivesse sido diligente e cumprido com as *leges artis* a morte de FF não teria sobrevivido, era possível estabelecer um juízo de probabilidade sobre ser o comportamento de BB o responsável por retirar a FF as possibilidades de sobrevivência. Por assim dizer, a defeituosa prestação de serviços por parte do Réu BB fez FF perder as chances de sobreviver à doença<sup>359</sup>.

---

*impunha-se, face às mais elementares regras da praxis médica, o estado da ciência médica e protocolos aplicados, a realização de outros exames analíticos, pelo menos, por parte da arguida BB. [...] Mais se demonstrou que para além disso, deveria ter sido solicitada a avaliação da FF por um especialista de medicina interna, uma vez que esta especialidade possui um âmbito interventivo específico, diferente da medicina geral familiar ou, então, que fosse determinado o seu internamento, tendo em vista o acompanhamento da sua evolução clínica e permitir a realização rápida e atempada de tais exames e a avaliação por médico da especialidade, caso a situação se agravasse, como efectivamente aconteceu”.*

<sup>358</sup> Acórdão do STJ de 21-03-2018, processo n.º 917/11.7TAGMR.G1.S1, ( Pires da Graça): “*A embolia pulmonar acarreta uma mortalidade apreciável, sendo esta proporcional à gravidade do quadro inicial, considerando que a condição clínica da doente nos dias 29 e 30 era muito mais estável do que no dia 31 quando chegou em paragem cardio-respiratória, o prognóstico nos dias 29 e 30 era muito melhor. Isto é, não tendo ocorrido monitorização clínica nem tratamento específico para a embolia pulmonar, a doente passou rapidamente de uma situação clínica estável (de não alto risco de mortalidade) para um quadro de instabilidade hemodinâmica de alto risco de mortalidade. Portanto, o prognóstico ou a taxa de sucesso do tratamento da embolia pulmonar no caso de o mesmo ter sido iniciado nos dias 29-30/08 era de uma probabilidade de sucesso muito maior. Isto é, a chance de salvar a vida era muito maior e muito provável enquanto estava numa fase hemodinamicamente estável ou de não alto risco de mortalidade. Devemos concluir que, se aquando da sua 2.ª ida ao hospital, no dia 30.08.2010, FF tivesse sido objecto de exames complementares de diagnóstico e assistida por um médico especialista em medicina interna, com enorme probabilidade ter-lhe-ia sido diagnosticada o TEP, e teria sido prontamente assistida e medicada de forma adequada, o que lhe teria dado uma maior probabilidade de salvação”.*

<sup>359</sup> Acórdão do STJ de 21-03-2018, processo n.º 917/11.7TAGMR.G1.S1, ( Pires da Graça): “*Não sabemos se a morte de FF não teria sobrevivido caso a arguida BB tivesse atuado de forma adequada e diligente, tivesse cumprido diligentemente e sem defeitos a sua obrigação de prestar os melhores serviços de diagnóstico e tratamento, que ao seu alcance estavam pelos seus conhecimentos e meios técnicos e humanos. Não podemos, com certeza, saber se FF teria sobrevivido se aquela tivesse cumprido integral e diligentemente a sua obrigação. Podemos apenas formular um juízo de probabilidade sobre a sobrevivência. Além disso, sabemos, com certeza, que a defeituosa prestação daquela retirou a FF qualquer possibilidade de sobrevivência. O comportamento da arguida/demandada fez perder a FF a chance, a oportunidade de sobreviver à doença. [...] Não é este o momento para analisar a perda de chance de forma geral, nem de tomar posição sobre o tema de modo genérico. Perante o caso que nos ocupa não há dúvida de que a demandada tinha a obrigação de ter agido de outra forma, de ter realizado determinados exames e chamado a intervir um médico especialista em medicina interna que lhe teriam permitido diagnóstico certo e de ter assistido e medicado a paciente em conformidade. O cumprimento adequado*

Nesse sentido, a Relação entendeu que as chances de sobrevivência da doente, no segundo dia de atendimento, numa situação clínica estável, eram de pelo menos 50%, percentagem tomada como base para o cálculo do *quantum* indemnizatório. Importa frisar que o tema do *quantum* indemnizatório será devidamente explorado nos próximos capítulos.

Em conclusão, queremos aqui destacar que o Supremo Tribunal numa decisão acertada concordou com a Relação tendo negado provimento ao recurso<sup>360</sup>. Por fim, o acórdão que acabamos de analisar deixou clara a posição do Supremo em acolher a teoria da perda de chance nos casos de responsabilidade médica.

### **3.4. POSSÍVEL RELAÇÃO ENTRE CASOS MÉDICOS DE COVID-19 E O DANO DA PERDA DE CHANCE DE CURA OU SOBREVIVÊNCIA**

Ainda no que diz respeito ao dano da perda de chance de cura ou sobrevivência, achamos por bem chamar a atenção para uma importante situação que estamos a vivenciar atualmente e que está diretamente relacionada com o desenvolvimento do conhecimento médico-científico.

No final do ano de 2019, o mundo foi apresentado à descoberta de um novo vírus, o SARS-CoV-2, causador da doença Covid-19<sup>361</sup>. Considerado proveniente da China, o vírus foi capaz de, somente naquele país, levar à morte um número arrebatador de pessoas em pouquíssimo tempo. Até que a ciência médica teve êxito em encontrar o motivo por trás das

---

*e diligente da sua prestação teria dado à paciente a possibilidade de sobreviver, ou uma muito maior probabilidade de sobrevivência. A probabilidade de sobrevivência foi coarctada pela conduta da arguida/demandada, gerando para FF um dano concreto: a redução drástica da probabilidade de sobreviver”.*

<sup>360</sup> Acórdão do STJ de 21-03-2018, processo n.º 917/11.7TAGMR.G1.S1, (Pires da Graça): “A doutrina de perda de chance acolhida pelo Acórdão Recorrido ao considerar uma probabilidade de sobrevivência da utente às 19h do dia 30/08/2010 fixada em 50% na fixação do montante de valor indemnizatório de € 294.510,58 (duzentos e noventa e quatro mil quinhentos e dez euros e cinquenta e oito cêntimos, não afronta o entendimento que vem sendo seguido sobre a matéria, nem torna tal quantitativo desproporcional para o Recorrido pois que é legítimo concluir que as duas situações clínicas possíveis e admissíveis nos autos – uma situação clínica estável, e uma situação clínica de instabilidade hemodinâmica de alto risco de mortalidade, implicariam uma probabilidade de sobrevivência de 50%. Tendo em conta a análise fundamentada e pormenorizada descrita na 1ª instância, que se mostra pertinente, na amplitude jurisprudencial e doutrinal, em correlação com a matéria fáctica provada, bem como a fundamentação aduzida na 2ª instância, o recurso não procede”.

<sup>361</sup> Para maiores informações sobre o Covid-19 e evolução da pandemia cf. Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic, *World Health Organization*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>; cf. também Coronavirus global health emergency, *United Nations*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.un.org/coronavirus>; Covid-19, Direção-Geral da Saúde, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://covid19.min-saude.pt/>

incontáveis mortes por pneumonia cujas causas eram ainda desconhecidas, o vírus já tinha tido tempo suficiente para se espalhar pela gigantesca população chinesa. A partir daí, foi questão de tempo até o vírus disseminar-se além-fronteiras de forma devastadora.

Em pouco tempo a Europa tornou-se o epicentro da epidemia, mais especificamente a Itália, onde o número de mortos superou rapidamente o da China. O que sabiam era pouco, mas o que aprenderam foi que a resposta atempada era um fator de extrema importância, tanto quanto ao contágio como ao tratamento. Ao tratar-se de uma doença que ataca os órgãos vitais, como os pulmões, por exemplo, o vírus normalmente acaba por desencadear uma pneumonia cujas chances de cura ou sobrevivência diminuem a cada hora.

Pois bem, em Portugal também ficou claro que a ciência médica pode ver-se absolutamente desprevenida e despreparada para lidar com casos inesperados e complexos como o que vivenciamos. Sem intenções de formular quaisquer teorias a respeito do que se passou nestes tempos difíceis, não podemos deixar de levantar algumas questões.

O facto de não se saber precipuamente o potencial letal do vírus fez aumentar os casos de contaminação pelo covid-19? As equipas médicas que tiveram contacto com as pessoas infetadas foram diligentes o suficiente para evitar a propagação do vírus nas unidades de tratamento?

A imprensa a 11 de março de 2020 noticiou que o Hospital de Santa Maria em Lisboa tinha descoberto que dois doentes internados há mais de uma semana com pneumonia estavam infetados pelo covid-19, tendo sido detetada a infeção por acaso. Os casos só foram descobertos quando o Centro Hospitalar de Lisboa Norte, que reúne os hospitais de Santa Maria e Pulido Valente, deu início à realização de análises para detetar o covid-19 e, por precaução, submeteu ao teste alguns doentes já internados com pneumonia. Na oportunidade, o hospital não sabia avaliar o número de pessoas que haviam tido contacto com os doentes e, por isso, também deveriam ser submetidos a testes. Entre eles, havia outros doentes também internados na unidade, médicos, enfermeiros, outros profissionais de saúde e familiares<sup>362</sup>.

---

<sup>362</sup> A notícia foi primeiramente divulgada pelo Expresso, *cf.* Hospital de Santa Maria descobre Covid-19 em doentes internados, *Expresso*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://expresso.pt/coronavirus/2020-03-11-Hospital-de-Santa-Maria-descobre-Covid-19-em-doentes-internados>; *Cf.* também: Hospital de Santa Maria. Dois internados com pneumonia afinal têm coronavírus, *Dinheiro vivo*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.dinheirovivo.pt/geral/hospital-de-santa-maria-dois-internados-com-pneumonia-afinal-tem-coronavirus/>; Hospital de Santa Maria nega acusações de falta de isolamento de médicos, *Dinheiro vivo*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.dinheirovivo.pt/geral/santa-maria-nao-isola-medicos-em-contacto-com-covid-19-denuncia-federacao/>; Coronavírus: infetados obrigam Santa Maria a fechar três enfermarias, *Sábado*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: [https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/coronavirus-infetados-obrigam-santa-maria-a-fechar-tres-enfermarias?ref=tecnologia\\_ultimas](https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/coronavirus-infetados-obrigam-santa-maria-a-fechar-tres-enfermarias?ref=tecnologia_ultimas)

A descoberta dos casos positivos só se deu após uma mudança na definição de caso suspeito do novo coronavírus pela Direção-Geral de Saúde (DGS) em 09 de março de 2020<sup>363</sup> quando se passou a considerar como possível caso de coronavírus o doente com infeção respiratória grave, que implicava hospitalização cuja origem não fosse identificada<sup>364</sup>. Importa esclarecer que os primeiros casos de covid-19 ocorreram na cidade do Porto, tendo sido confirmados a 02 de março de 2020, oportunidade na qual já se conheciam os sintomas<sup>365</sup>. Portanto, é questão de saber: a definição de caso suspeito pela DGS foi tardia? Poderiam ter sido evitados os contágios dos dois doentes internados no Hospital Santa Maria?

A 26 de março de 2020 temos notícia de outro caso que também nos chama a atenção. Uma idosa, internada no Lar de idosos Azylo de São José, em Braga, começou a ter sintomas de infeção pelo Covid-19 em 16 de março de 2020 – nomeadamente tosse seca e febre. Cumpre destacar que no lar, já tinha sido registado um caso de Covid-19. A doente pediu auxílio aos enfermeiros do lar, contudo, os mesmos optaram por medicá-la com antibiótico e aguardar a evolução do quadro clínico. Entretanto, a idosa não apresentou melhoras, tendo sido transferida no dia 21 de março de 2020 para o Hospital de Braga no qual foi internada no serviço de doenças infecciosas. Por fim, a idosa veio a falecer a 25 de março de 2020, quatro dias depois<sup>366</sup>.

Em entrevista para a SIC Notícias, o neto da doente revelou que esteve em contacto com as enfermeiras do lar e que de início as mesmas garantiram que a situação da avó era estável e que era necessário esperar que os medicamentos fizessem efeito, entretanto, quando da transferência para o hospital a enfermeira responsável alertou que o atraso no internamento da doente poderia ser fatal, situação que se confirmou dias depois. Sem pretensão de firmar qualquer teoria, tendo em vista que muitas informações ainda são desconhecidas, contudo, podemos formular aqui questionamentos relativos à demora em encaminhar a idosa para o hospital, tendo em vista tratar-se de uma pessoa pertencente ao grupo de risco – informação esclarecida pela DGS e amplamente divulgada pela comunicação social. É questão de saber se

---

<sup>363</sup> DGS, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/orientacoes-e-circulares-informativas/orientacao-n-002a2020-de-25012020-atualizada-a-250220201.aspx>

<sup>364</sup> Cf. Infetados obrigam Santa Maria a fechar 3 enfermarias, testar suspeitos e recusar transferências, *Observador*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://observador.pt/especiais/infetados-obrigam-santa-maria-a-fechar-3-enfermarias-testar-suspeitos-e-recusar-transferencias/>

<sup>365</sup> Cf. Portugal confirma dois casos de Covid-19 com ligações a Itália e Espanha, *Diário de Notícias*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.dn.pt/pais/confirmados-dois-primeiros-casos-de-coronavirus-em-portugal-11805920.html>

<sup>366</sup> O caso foi noticiado pela SIC Notícias, cf. Covid-19: Família de idosa que morreu num lar em Braga apresenta queixa, *SIC Notícias*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://sicnoticias.pt/especiais/coronavirus/2020-03-26-Covid-19-Familia-de-idosa-que-morreu-num-lar-em-Braga-apresenta-queixa>

a presença dos sintomas característicos e, sobretudo, o facto de já ter havido um caso registado de Covid-19 naquele mesmo lar revelam violação das *leges artis* e dano pela perda da chance de cura ou sobrevivência da idosa. Queremos dizer, se a idosa tivesse sido imediatamente encaminhada para o hospital aquando da verificação dos sintomas teria sobrevivido? Ou será que o estado clínico, a evolução da doença e as demais condições particulares da doente levariam ao mesmo desfecho independente da conduta dos enfermeiros do lar? Não sabemos. Entretanto, é questão de saber em quanto essas chances de sobrevivência foram diminuídas com o passar dos dias e o atraso no tratamento. Muitas são as questões, poucas são as respostas, contudo, a teoria da perda de chance e o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência parecem-nos possíveis candidatos a esclarecê-las.

#### 4. A DESAFIANTE TAREFA DA DETERMINAÇÃO DO *QUANTUM* REPARATÓRIO DO DANO DA PERDA DE CHANCE

Ultrapassada a discussão acerca da autonomia do dano da perda de chance, chegamos ao estado de avaliação e quantificação desse dano. Ora, ao considerarmos que o dano da perda de chance merece ser ressarcido é questão de saber como será feito o cálculo que levará ao *quantum* de reparação que merece o doente-lesado.

Pois bem, temos aqui uma desafiadora tarefa a ultrapassar: a determinação do *quantum debeatur* pelo dano da perda de chance. Medir o valor económico da chance perdida pode, a princípio, parecer uma tarefa quase impossível, entretanto, aludida dificuldade não pode servir de argumento para a rejeição da figura<sup>367</sup>.

Assim sendo, para chegar a um valor que represente quantitativamente o dano da perda de chance, os juízes devem considerar a álea contida na chance perdida, isto é, deve ser levado em consideração que o valor da chance perdida há de ser necessariamente menor<sup>368</sup> do que o valor que seria normalmente concedido caso tivesse havido a perda efetiva da vantagem esperada<sup>369</sup>.

Nesse sentido, se o dano da perda de chance representa um dano distinto do dano final, a respetiva indemnização deve refletir essa diferença<sup>370</sup>. Assim, o *quantum* reparatório deve refletir a chance perdida, que por sua vez é diferente da vantagem que se procurava<sup>371</sup>.

---

<sup>367</sup> ROCHA, Nuno, *op. cit.*, pp. 64-65, a respeito do cálculo da indemnização pela perda de chance comenta: “*Porém, tais adversidades não nos parecem de todo superiores, por exemplo, às enfrentadas no cálculo de danos não patrimoniais, não servindo assim de argumento decisivo para a rejeição da aplicação desta teoria no nosso sistema jurídico*”.

<sup>368</sup> Observa COSTA, Patrícia, *op. cit.*, p. 103: “*Consequentemente, a indemnização não pode ser nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado caso se verificasse o nexa causal entre o facto e o dano final: a indemnização deve, sim, corresponder ao valor da chance perdida*”.

<sup>369</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 402, exemplifica a questão: “*Foi nesse sentido decisão da Corte de Cassação francesa ao anular a decisão da Corte de Apelação de Rennes. Esta havia concluído que a falha de um cirurgião subtraía apenas as chances de sobreviver da vítima, tendo em vista não haver nexa causal da falha médica com a morte do paciente. Porém, a Corte de Apelação condenou o cirurgião a indenizar o dano advindo da morte do paciente. De acordo com Paul-Julian Doll, comentarista da decisão, a contradição da Corte de Rennes é flagrante: de um lado, condenou o cirurgião pela perda de uma chance de sobreviver, de outro, conferiu indenização para reparar a perda da vantagem esperada, sendo essa a sobrevivência da vítima*”.

<sup>370</sup> COSTA, Patrícia, *op. cit.*, p. 103.

<sup>371</sup> DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida...*, pp. 395-396: “*Antes de mais, é necessário que a «chance perdue» seja real e séria e em segundo lugar, é necessário ter em conta na avaliação dos danos a álea suscetível de comprometer tal «chance». Quanto a este segundo aspecto, deverá, na verdade, ter-se presente, que os juízes devem ter em conta não apenas a existência em si do facto álea mas também o grau (aliás dificilmente quantificável) dessa álea e, em conformidade, fixar o montante da indemnização. Não que seja correcto afirmar-se que a perda de chance deverá apenas dar lugar a uma indemnização parcial. A indemnização de tal dano está*

Desta feita, resta claro que entre o dano da perda de chance e o resultado útil que se pretendia alcançar há uma relação de proximidade que faz com que o segundo interfira na apuração do valor do primeiro de maneira proporcional. Por outras palavras, o *quantum* devido pelo dano da perda de chance corresponderá à probabilidade que havia de ser verificar o resultado esperado<sup>372</sup>. O valor da chance perdida será proporcionalmente correspondente à probabilidade que havia daquela chance vir a acontecer<sup>373</sup>.

Em resumo, tendo em vista que a chance não significa apenas uma vantagem possível cuja destruição revele um dano eventual, mas que se apresenta como uma verdadeira possibilidade real e concreta, há que se efetuar uma distinção entre o resultado que não se verificou e a chance que havia em alcançá-lo, sob pena de se fazer confusão entre conceitos e danos distintos. Logo, a ligação do dano da perda de chance com o resultado útil apenas influencia no *quantum debeatur*, mas não sobre a existência do direito à indemnização<sup>374</sup>.

Dito isto, podemos concluir, em primeiro, que a chance será observada no plano da existência, para, em seguida, passarmos ao plano das probabilidades. Importa destacar que nesse segundo momento, é questão de analisar as possibilidades do doente lesado em obter a vantagem esperada<sup>375</sup>.

Posto isto, o valor do dano da perda de chance será analisado no caso concreto a partir da gravidade do estado real do doente e das consequências para a sua saúde e património, e por consequência, tudo dependerá do nível de consistência da chance que aquele detinha e, no entanto, foi perdida. Trata-se de um cálculo que passa por três operações distintas: a) avaliação do valor económico total de todos os danos sofridos pelo lesado, incluindo danos patrimoniais e não patrimoniais; b) a probabilidade de que o doente tinha de escapar aos danos não fosse o

---

*sujeita à regra geral de uma integral reparação. Só que é facilmente compreensível que a indemnização do dano aleatório tenha de ser necessariamente inferior àquela outra que é devida a um dano já consumado, não «in fieri» mas «in actu»”.*

<sup>372</sup> BERY, Alain, “*Le préjudice réparable : la perte de chance*”, 2013, p. 25, acerca da perda de chance coloca: “*Cette expression a une consonance mathématique. Sans pédantisme, on peut écrire qu’elle relève du calcul des probabilités. Le mot probabilité correspond à un degré de confiance dans la réalisation d’un événement. Si l’événement est certain, la probabilité est proche de l’unité.*”

<sup>373</sup> ROCHA, Nuno, *op. cit.*, p. 66.

<sup>374</sup> GOMES, Júlio, *Em torno do dano da perda de chance – algumas reflexões*, 2008, p. 309: “*A chance é, assim, um elemento actual do património de quem tem a expectativa de um resultado futuro útil, mas incerto. A perda de uma chance seria um dano emergente, um prejuízo patrimonial certo e actual*”. Para uma análise de uma obrigação de indemnizar, cf. PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro, “*Obrigação primária e obrigação de indemnizar*”, Estudos em homenagem ao Professor Dr. Carlos Ferreira de Almeida, Almedina, Janeiro, 2011, pp. 605-636, que trata de questões delicadas sobre a reconfiguração do dano e a teoria da diferença.

<sup>375</sup> MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 405.

erro do médico, traduzindo essas chances num valor percentual<sup>376</sup>; c) a percentagem desse segundo valor – chances – aplicado sobre o primeiro – danos globais – a fim de obter o valor pecuniário do dano da perda de chance<sup>377</sup>.

Pois bem, conforme dissemos, a quantificação do dano de perda de chance na responsabilidade médica é uma tarefa desafiadora, entretanto, também o é da valoração do dano final por ele próprio. Ora, se considerarmos que estamos a falar de bens como integridade física, saúde e vida, não é de se espantar que a quantificação do dano pela morte ou pela invalidez passe por caminhos bastante tortuosos. Nesse contexto, o juiz precisará apoiar-se em dados estatísticos, apurados por peritos, para formar o seu convencimento<sup>378</sup>.

Chamamos a atenção para o facto de que o carácter patrimonial ou não patrimonial do dano da perda de chance, sempre dependerá da natureza do correspondente dano final. Devemos ter em conta que as vantagens perdidas nem sempre são tão simples de se valorarem quanto a perda de um bilhete de lotaria ou o proveito de uma ação judicial, principalmente na responsabilidade civil do médico temos questões extremamente sensíveis como lesões à integridade física e psicológica dos pacientes, que justamente por assim o ser elevam a dificuldade em estabelecer o *quantum debeatur*, uma vez que traduzir em termos práticos os danos de natureza não patrimonial levam sempre a questionamentos acerca da sua dimensão imaterial, por atingirem valores de carácter espiritual ou moral e se traduzirem em sofrimento de dor, desgosto e angústia.

O julgador, portanto, fica incumbido da difícil tarefa de determinar no caso concreto, a ressarcibilidade de um dano que não se traduz ao rigor algébrico restrito à adição de custos, despesas, ou de ganhos, como acontece no cálculo dos danos de natureza patrimonial, mas de

---

<sup>376</sup> Importa frisar observação colocada por COSTA, Patrícia, *op. cit.*, p. 104, a respeito dessa segunda operação: “[ - seguidamente, fixar-se-á o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra traduzido num valor percentual. Saliente-se, porém, que o cálculo da probabilidade não pode ser deixado para momento posterior ao da decisão que aprecia o invocado direito à indemnização, nomeadamente para o incidente de liquidação previsto no art. 661.º, nº 2 do Código de Processo Civil, visto que tal operação é desde logo necessária para apurar se a chance perdida é séria e real”.

<sup>377</sup> ROCHA, Nuno, *op. cit.*, p. 67, oferece-nos exemplo de fácil compreensão: “Imaginemos um caso de responsabilidade civil médica, em que um paciente morreu – sem que se consiga estabelecer o nexu causal entre a conduta negligente do médico e a morte do doente – quando, se a operação tivesse sido efectuada de acordo com a *leges artis*, o paciente detinha «chances» de sobreviver de 70%, Proceder-se-ia em primeiro lugar à avaliação do dano final (morte) que, de acordo com o juiz, no caso seria por exemplo de €50.000; de seguida ao estabelecimento do grau de probabilidade que existia de se evitar o prejuízo, que seria de 70%; e por fim à aplicação deste valor percentual ao valor do dano final, resultando a indemnização em €35.000. ( $0,7 \times 50.000 = 35.000$ ).” Ainda nesse raciocínio destaca DIAS, João António Álvaro, “Dano Corporal. Quadro Epistemológico e aspectos ressarcitórios”, 2001, p. 251: “Como parâmetro de avaliação chega mesmo a sugerir-se «a utilidade económica realizável diminuída de um coeficiente de redução proporcional ao grau de possibilidade de conseguila»”.

<sup>378</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 322-323.

fornecer uma adequada correspondência compensatória ou satisfatória que deve expressar-se numa quantia de dinheiro a atribuir ao lesado, que retratará a importância dos valores de natureza não patrimoniais feridos<sup>379</sup>.

Nos casos das *wrongful birth actions*, por exemplo, as chances perdidas são tipicamente não patrimoniais, independentemente das sequelas patrimoniais a que possam dar lugar. A indemnização deve cobrir as reivindicações dos progenitores, que terão de criar uma criança com malformações congénitas ou doença grave, que leve em consideração o sofrimento e angústia, mas também as despesas extraordinárias de desenvolvimento de um filho com necessidades especiais, como a alimentação, a educação, e cuidados médicos. Ora, os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos devem ser objeto de cálculo para que se possa chegar ao *quantum* da indemnização.

Insta asseverar que o facto de o *quantum* de indemnização ser calculado em função do dano final, pode dar a concluir, de maneira equivocada, que essa reparação, se comparada à que o lesado receberia caso fosse indemnizado pelo dano final, é algum tipo de reparação parcial ao passo que a reparação pelo dano final seria uma reparação integral<sup>380</sup>. Aludida constatação não merece prosperar, se assim fosse, estar-se-ia a contrariar o princípio ressarcitório da responsabilidade civil, ou seja, o princípio da reparação integral. Destacamos que o que ocorre é a reparação integral pela perda das chances perdidas, isto é, o que se está a reparar é o dano da perda de chance, que é autónomo do dano final<sup>381</sup>. O facto do dano da perda de chance ser calculado em função do dano final não retira a sua independência<sup>382</sup>.

Em resumo, o valor da indemnização será aquele resultado das três operações supramencionadas, de modo que o dano a ser reparado é aquele proveniente da perda de chance,

<sup>379</sup> JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, “*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1972 (reimpressão), p. 376.

<sup>380</sup> GENEVIEVE, Viney ; JOURDAIN, Patrice, *op. cit.*, pp. 84-85: “*L’obligation d’effectuer un abattement par rapport à l’indemnisation du dommage non aléatoire explique donc que l’on ait pu parler de réparation partielle, mais en réalité ce qui justifie cette différence c’est que la «perte de chance» constitue un dommage spécifique et autonome par rapport au dommage final.*”

<sup>381</sup> Mémeteau, Gérard, *op. cit.*, pp. 145-146: “*Deux préjudices se distinguent. En premier lieu, le préjudice final, constitué soit par le décès du patient, soit simplement par l’aggravation de son mal. En second lieu, le préjudice intermédiaire constitué par la perte d’une chance de vaincre la maladie. [...] Si le demandeur (malade ou ayant-cause) choisit de se placer sur le terrain de la perte de chances, il n’obtiendra pas la réparation du préjudice final, mais la réparation du seul préjudice invoqué. En ce cas, il bénéficiera d’une indemnisation intégrale. S’il faut poser une équation, on écrira : «réparation totale de la perte de chances = réparation partielle du dommage final»*”.

<sup>382</sup> MARTINS- COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 403. No mesmo sentido ROCHA, Nuno, *op. cit.*, p. 68: “*Quem defende o contrário só pode estar a rejeitar toda a especificidade da noção da «perda de chance». O único nexo causal certo e provado é o que liga o facto ilícito às oportunidades perdidas, e é este o prejuízo que vai ser reparado e como todos os prejuízos, terá de o ser integralmente. Aqueles que afirmam que a indemnização é parcial, ou se enganam no prejuízo, ou só podem rejeitar a existência do dano da «perda de chance»*”.

o dano intermédio, que em que pese avaliado em função do dano final, e por isso ser sempre inferior ao valor da indemnização pelo dano final, não deixa de ser autónomo e, portanto, é reparado integralmente<sup>383</sup>.

Por fim, cumpre ressaltar que, no caso de não ser possível a determinação do grau de probabilidade da chance, o juiz deve, portanto, recorrer à equidade para determinação do *quantum debeat*, conforme ensina o artigo 566º, nº 3 do Código Civil Português<sup>384</sup>. Nesse compasso, no que diz respeito à consideração do grau de probabilidade para determinação da chance, cumpre-nos destacar a importância de que se reveste a equidade enquanto critério de fixação do *quantum* reparatório.

Pois bem, o valor da equidade é regulado pelo artigo 4º, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Civil, cujo rol, limitativo, faz-nos perceber a natureza excepcional do recurso a essa figura. Assim, o tribunal poderá dispor da equidade em três situações específicas, a saber: a) no caso de disposição legal que o permita; b) no caso de haver acordo entre as partes e a relação jurídica não ser do tipo indisponível e c) no caso das partes terem previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória.

Entretanto, destacamos que o Código Civil, em que pese detalhar o valor da equidade, não lhe ofereceu um conceito<sup>385</sup>, contudo, resta clara a ideia de justiça que a equidade visa conferir à decisão judicial<sup>386</sup>. Sucede que, para além da equidade enquanto princípio de justiça,

---

<sup>383</sup> Nas palavras de ROCHA, Nuno, *ibid.*, p. 69: “*O que acontece é que o valor da indemnização das «chances» perdidas será sempre inferior ao valor que se iria obter caso se estivesse a indemnizar pelo dano final, o que é facilmente perceptível por se estar a reparar a possibilidade de um resultado, e não o próprio resultado.*”. Ainda, no mesmo sentido, aponta MEMETEAU, Gérard, *op. cit.*, p. 146: “*La jurisprudence confirme cette impression et distingue avec soin les deux chefs de dommage. Chacun exige une réparation intégrale. La difficulté est, bien entendu, de procéder au calcul du préjudice intermédiaire par rapport au dommage final et de se garder de la tentation du «tout ou rien»*”.

<sup>384</sup> COSTA, Patrícia, *op. cit.*, p. 104.

<sup>385</sup> MONCADA, Cabral de, “*Lições de Direito Civil (parte geral)*”, Coimbra, 1995, pp. 39-40, aponta para a importância em não confundir os conceitos de equidade com os conceitos de direito natural ou o de justiça e moral, vejamos: “*Claro que este conceito não pode significar o mesmo que direito natural. [...] Nem é o mesmo que a ideia de justiça, por ser esta uma ideia demasiado formal; nem o mesmo que a moral, por ser esta igualmente uma norma geral e abstrata. A equidade – conquanto lhe seja inerente um carácter moral e contenha também uma alma de justiça, tendendo a achar, do mesmo modo, um fundamento na região dos conceitos filosóficos – distingue-se, é bom notar, de tudo isso por ser um conceito muito mais simples. A equidade não é mais, com efeito, do que um certo critério de aplicação e correcção do direito nas mãos dos juízes. Pode dizer-se dela aquilo que os romanos diziam do «direito pretório»; isto é, ela é aquilo que os juízes introduzem na aplicação do direito «vel adjuvandi, vel suplendi, vel corrigendi juris civilis gratia»: ajuda, supre e corrige a aplicação das normas abstractas, consoante as circunstâncias de cada caso*”.

<sup>386</sup> Segundo PINTO, Carlos Alberto da Mota, “*Teoria Geral do Direito Civil*”, 4ª edição, Coimbra, 2005, p. 66. Cf. também PEREIRA, Alexandre Dias, “*Da equidade (fragmentos)*”, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 80, 2004, pp. 347-402, o valor atribuído à equidade, pelo Código Civil, reflete uma restrição ao sentido que o pensamento jurídico lhe tem atribuído, qual seja, como princípio de justiça a ser aplicado aos casos concretos, de forma apartada das normas legais aplicáveis.

também interessa saber o seu valor jurídico legal. Assim, a doutrina identifica dois sentidos de equidade, sendo um sentido considerado “forte” e o outro “fraco”. Pois bem, na noção “fraca” de equidade, a figura revelaria um critério de correção na aplicação da lei, logo, teria como objetivo adequar a norma abstrata às particularidades do caso concreto. Por outro lado, a noção “forte”, por sua vez, visa estabelecer um critério de justiça que leve a uma solução mais justa, sem recorrer à lei<sup>387</sup>.

Conforme dissemos, na alínea “a”, do artigo 4º, do Código Civil, está previsto o recurso à equidade quando houver disposição legal que o permita. Assim, o Tribunal poderá fazer uso da equidade em oportunidades diversas, de acordo com as situações em causa. No que diz respeito ao seu uso como critério de quantificação de danos podemos verificar, por exemplo, o recurso à equidade quando da fixação do montante da indemnização em danos causados em estado de necessidade, previsão do n.º 2 do artigo 339º do Código Civil, na hipótese de, para além do autor do dano, outros agentes terem tirado proveito, ou contribuído para o estado de necessidade. Ademais, o artigo 494º, de igual modo, recorre à equidade para estabelecer a indemnização no caso da responsabilidade se fundar na mera culpa, o que permite ao juiz fixar a indemnização em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados. Para tal, leva em consideração o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado, bem como as demais circunstâncias do caso. De outra via, o n.º 4, do artigo 496º, do Código Civil faz referência ao uso da equidade na quantificação dos danos não patrimoniais<sup>388</sup>.

Outros exemplos são a determinação do preço no n.º 1 do artigo 883º, do Código Civil; no caso do mandato oneroso, como forma de medida de retribuição na falta de ajuste entre as partes, segundo n.º 2 do artigo 1158º do Código Civil; ou de forma a promover uma indemnização equitativa no caso de alterações necessárias do preço da empreitada em virtude de consequências alheias ao contrato, previsão do n.º 2º do artigo 1215º do Código Civil.

---

<sup>387</sup> CORDEIRO, António Menezes, “*A decisão segundo a equidade*”, O Direito, volume II, ano 122º, 1990, pp. 266-267; Cf. também CORDEIRO, António Menezes, “*A equidade como fonte de Direito*”, O Direito, volume I, ano 144º, 2012, pp. 16-17 e CORDEIRO, António Menezes, “*Da Boa Fé no Direito Civil*”, reimpressão da 1.ª edição, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 1198-1199.

<sup>388</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, “*O Direito. Introdução e Teoria Geral*”, 13.ª edição, Lisboa, Almedina, 2006, pp. 442-443. A esse respeito colocam LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, “*Código Civil Anotado*”, volume I, 2000, p. 501: “*O montante da indemnização correspondente aos danos não patrimoniais deve ser calculado em qualquer caso (haja dolo ou mera culpa do lesante) segundo critérios de equidade, atendendo ao grau de culpabilidade do responsável, à sua situação económica e às do lesado e do titular da indemnização, às flutuações do valor da moeda, etc. E deve ser proporcionado à gravidade do dano, tomando em conta na sua fixação todas as regras de boa prudência, de bom senso prático, de justa medida das coisas, de criteriosa ponderação das realidades da vida*”. Cf. também RANGEL, Rui Manuel de Freitas, “*A reparação judicial do dano da responsabilidade civil (um olhar sobre a jurisprudência)*”, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 35-39 e 205-210 e LOURENÇO, Paula Meira, “*A função punitiva da responsabilidade civil*”, Coimbra, 2006, pp. 268-297.

Observamos que as situações que acabamos de expor revelam dificuldades na estatuição abstrata da solução a aplicar<sup>389</sup> e, por isso, na fixação do montante a ser definido para o litígio, a lei acaba por estabelecer, com vista a uma decisão justa, a tomada em conta das características do caso concreto<sup>390</sup>. A lei estabelece as circunstâncias a atender em cada situação em específico e define, portanto, as regras a serem seguidas pelo julgador para um juízo de equidade delimitado e orientado ao caso em particular. Tais regras funcionam como balança entre a discricionariedade na apreciação subjetiva do julgador e a certeza e segurança jurídica<sup>391</sup>.

Neste cenário, temos que o recurso à equidade deve ser utilizado pelo Tribunal para a resolução dos litígios, entretanto, os critérios a atender na decisão devem ser observados em atenção ao ordenamento jurídico aplicável<sup>392</sup>. Desta feita, insta asseverar, ainda, que além do cuidado e atenção aos critérios a atender na decisão, o recurso à equidade exige também a preocupação, por parte do julgador, em obter uma interpretação e aplicação uniformes do direito, conforme o artigo 8º do Código Civil.

Frisamos que, embora o ordenamento jurídico português respeite o sistema direito romano-germânico, ao contrário do sistema de *common law* – no qual o precedente é vinculativo – a construção da jurisprudência nos casos de decisões com recurso à equidade é de extrema importância pois, ainda que não possuam força vinculativa para além do caso julgado, a formação de correntes de jurisprudência, em respeito ao princípio da igualdade, tem como escopo evitar decisões que confrontem com uma noção uniforme do direito. No n.º 2, do artigo 8º, do Código Civil, fica claro o valor atribuído, pela lei, aos casos análogos e, por isso, a justificação da decisão judicial que indica os critérios de concretização do juízo de equidade é fundamental para viabilizar a tomada em conta de situações semelhantes. Assim, evita-se uma

---

<sup>389</sup> A álea da atividade médica faz com que o grau de probabilidades das chances seja determinado por aproximação, logo, em virtude dessa circunstância especial a ser considerada na quantificação do dano, destacamos observação de MONCADA, Cabral de., *op. cit.*, p. 40, nesse sentido: “O direito, segundo vimos já, é constituído por normas. Mas estas são demasiado gerais e abstractas. Regulam relações-tipos, segundo uma generalidade média de casos. Pode acontecer que uma norma, em si mesmo justa, venha a tornar-se injusta na sua aplicação material a casos determinados, por virtude das circunstâncias especiais que os acompanham. E então, precisamente nestes casos, a equidade consistirá em suavizar o rigor da norma, adaptando-a às circunstâncias particulares do caso concreto. Pode assim chamar-se à equidade o critério particular da justiça de cada caso. Ela é a porta do chamado *casuismo dos teólogos*. É, como também lhe chamavam os gregos (Aristóteles), a régua lésbica de chumbo que serve para medir as coisas adaptando-se a elas nas suas linhas sinuosas”.

<sup>390</sup> CORDEIRO, António Menezes, “A decisão ...”, p. 270. Cf. também GERALDES, António Santos Abrantes, “*Temas de responsabilidade civil - indenização dos danos reflexos*”, volume II, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 25-26.

<sup>391</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, “A equidade (ou a “justiça com coração”): a propósito da decisão arbitral segundo a equidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, volume I, Janeiro/Março, ano 72º, 2012, p. 132.

<sup>392</sup> CORDEIRO, António Menezes, “*Da boa Fé ...*”, p. 1202.

discricionariedade exacerbada por parte do julgador e confere-se previsibilidade e segurança jurídica às decisões<sup>393</sup>.

Em resumo, o recurso à equidade pressupõe a observação dos pressupostos e limites de atuação do juiz que deve obedecer a critérios normativos que reduzem a margem de discricionariedade daquele julgador, cuja fundamentação das decisões judiciais fortalecem os critérios nelas utilizados, conferindo-lhes valor jurídico<sup>394</sup>.

Em síntese, na figura da perda de chance, em atenção ao artigo 566º, nº 3 do Código Civil, o juiz, ao recorrer à equidade para determinação do *quantum debeatur*, terá em conta a probabilidade de chances que o lesado tinha de alcançar o resultado esperado, o que posteriormente será traduzido num percentual de chances – fruto de estatísticas. E, no que tange à equidade, levará em consideração os casos que mereçam tratamento análogo para fixação da indemnização.

---

<sup>393</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *op. cit.*, pp. 66-69.

<sup>394</sup> De acordo com LARENZ, Karl, “*Metodologia da Ciência do Direito*”, tradução da 6.ª edição por José Lamago, 3ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 410-411: “*Embora nenhum caso singular seja igual a outro em todos os aspectos, muitos casos assemelham-se a outros no que toca a certas características e em determinada medida. Uma vez que é um postulado fundamental de justiça que «casos iguais» devem ser tratados de modo igual, importa, em primeiro lugar, saber que circunstâncias são importantes, e em que medida, para a valoração aqui exigida (em conformidade com o critério geral), pois que só aqueles, e todos aqueles, casos que são iguais em relação a todas as circunstâncias deverão ser julgados de modo idêntico (...)*”.

## 5. ANÁLISE CRÍTICA DA IMPLEMENTAÇÃO DA FIGURA E ASPETOS POSITIVOS QUE JUSTIFICAM A SUA ACEITAÇÃO

Até o momento atual deste estudo estivemos a abordar a figura da perda de chance de modo a demonstrar a sua aplicabilidade e aceitação. Entretanto, é questão de saber quais as principais críticas direcionadas a essa teoria para, em seguida, apontar os aspetos positivos que justificam a sua aceitação.

Conforme já foi exposto, no capítulo número quatro, a determinação do *quantum* de indemnização significa tarefa de certa complexidade. É verdade que o ressarcimento do dano da perda de chance exige a realização de um cálculo que envolve a consideração de três operações matemáticas<sup>395</sup>. Ademais, aludida complexidade ou dificuldade relaciona-se também com a dificuldade de prova do próprio dano da perda de chance<sup>396</sup>. Isto significa que, em primeiro, precisamos provar a existência de chances – e todos os dados estatísticos acerca da patologia que padece o doente – e, em seguida, o desaparecimento destas chances por culpa do comportamento médico.

Sucedem que aludida dificuldade não é exclusiva do dano da perda de chance, mas acomete muitas outras espécies de dano, como os danos não patrimoniais, por exemplo, o que não serve de desculpa para rejeitar o seu ressarcimento<sup>397</sup>. Nesse sentido, observamos a

---

<sup>395</sup> PEDRO, Rute, *op.cit.*, p. 431.

<sup>396</sup> SAVATIER, René, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)*. In: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 28 N°3, Juillet-septembre 1976, p. 502, a respeito da capacidade do juiz em valorar as chances perdidas aponta: “*Si, dans d’autres matières : par exemple, la destruction fautive d’un billet de loterie, ou la perte d’un procès au fond par une faute de procédure d’un avoué, le juge de la responsabilité civile est admis à convertir en dommages-intérêts de chances perdues, c’est parce qu’il a alors les moyens d’évaluer ces chances. En est-il de même en matière de responsabilité médicale, quand il doute de la causalité de la faute. Il faut reconnaître que non !*”.

<sup>397</sup> FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, “*Direito das Obrigações*”, Vol. 1, 2ª edição, Almedina, 2020, pp. 465-468, ao tratar da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, acertadamente observa que se o quantitativo da indemnização para estes danos depende em larga medida do prudente arbítrio do juiz, ainda assim, não é motivo para excluir a indemnização deles (dificuldades similares têm, de resto, lugar quanto aos chamados danos patrimoniais indiretos, ou mesmo quanto ao lucro cessante). Destacamos, ainda, PEREIRA, Maria de Lurdes, “*O que a eficácia externa das obrigações é e o que não é*”, Código Civil / Livro do Cinquentenário, Volume II, coordenação António Menezes Cordeiro, Junho 2019, p. 389, que observa nas situações de denominada violação da titularidade do crédito que, os embaraços terminológicos, a dificuldade em caracterizar estruturalmente o fenómeno de uma eficácia externa restrita dos direitos de crédito e a necessidade de fundamentar um tratamento diferenciado entre os diversos tipos de casos, não podem servir como recusa a uma responsabilização do terceiro perante o credor, cuja solução é uma «exigência valorativa do sistema» ou, por outras palavras, apenas um produto do seu coerente desenvolvimento.

disposição do art. 566º, nº 3 do Código Civil Português, no que recomenda o recurso à equidade para quantificação de danos<sup>398</sup>.

Ademais, quanto à questão da necessidade de determinação de um mínimo de chances perdidas, mais uma vez, chamamos a atenção para o facto de que o nº 1 do art. 496º do Código Civil Português, ao estabelecer que na fixação da indemnização dos danos não patrimoniais deve-se atender aos danos que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito, logo, não obriga a fixação de um valor rígido ou uma quantidade fixa do número de chances<sup>399</sup>. Portanto, conforme explicamos no tópico 1.2 sobre a delimitação da ressarcibilidade da chance na responsabilidade civil do médico, entendemos que basta a observação, no caso concreto, de uma certa quantidade de chances sérias e reais, para falarmos em ressarcimento das chances perdidas<sup>400</sup>.

Em seguida, cabe-nos ressaltar algumas outras críticas postas à noção da perda de chance como instrumento facilitador da posição processual do lesado. Destacamos o facto de que, supostamente, estar-se-ia a alargar a área da responsabilidade civil do médico, tendo em vista que o número de ações de responsabilidade médica tende a aumentar com a adoção dessa nova espécie de dano – o dano da perda de chance. Explicamos: se antes o doente-lesado devia suportar o ónus da prova de nexos causal entre a falha médica e o dano final, caso contrário nenhuma indemnização lhe seria atribuída, isto é, operava a regra tradicional do “tudo ou nada”, por outro lado, com o acolhimento do dano da perda de chance, basta que se prove o nexo causal entre a falha médica e a perda da chance séria e real de atingir o resultado final para que possamos falar em ressarcimento o que, em princípio, parece menos árduo<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 432-433.

<sup>399</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, pp. 434-435.

<sup>400</sup> Consideramos interessante a ponderação de BERY, Alain, *op. cit.*, p. 26: “*La perte de chance n’est théoriquement pas un moyen d’indemniser partiellement ce préjudice final du malade. Mais, dans la réalité, rares sont les décisions qui peuvent s’appuyer sur les éléments précis, de nature scientifique, permettant d’établir que la faute a été la cause d’une perte de chance à hauteur d’un pourcentage déterminé d’échapper à tel ou tel préjudice que le malade risquait de voir se réaliser et que la faute a rendu irrémédiable. Par conséquent, il est usuel que soit pris en compte en fait le préjudice final pour apprécier le montant des dommages et intérêts alloués avec comme correctif un abattement pour tenir compte du fait que la faute n’est pas en relation avec la totalité du préjudice... mais on retombe là dans un certain doute sur l’existence d’une relation de causalité qui est présumée pour les besoins du raisonnement*”.

<sup>401</sup> A esse respeito aponta PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 435: “*Com o acolhimento desta nova espécie de dano poderá, de facto, criar-se um quadro favorável ao aumento da qualidade de acções propostas contra profissionais médicos e do número daquelas que obtêm procedência. A actividade médica apresentará, assim, uma maior “vertente judiciária” e os respectivos profissionais poderão ser submetidos ao risco de descer a uma “arène continuelle de procès*”.

Ocorre que os demais artifícios empregues para simplificar a atividade probatória do doente-lesado conduzem ao mesmo resultado<sup>402</sup>. Ora, as presunções de culpa imputadas ao profissional médico não produzem resultados outros senão promover a ampliação da responsabilidade do notado profissional. Quando empregues, o médico, para escapar à responsabilidade, deve fazer prova liberatória para escusar-se da culpa presumida, caso contrário será condenado<sup>403</sup>.

Nesse sentido, o simples facto de que o número de ações de responsabilidade civil médica sofrerá aumento não nos parece suficiente para comprometer a relevância da teoria da perda de chance<sup>404</sup>. Logo, se houver consistência jurídica da chance nos moldes mencionados, há de proceder-se ao acolhimento das pretensões indemnizatórias sem maiores problemas<sup>405</sup>.

Em conclusão, observamos que o que parece operar aqui, não é especificamente um alargamento da área da responsabilidade civil, mas apenas está a conferir-se aplicabilidade à intenção do legislador no que se refere à responsabilidade civil do médico, tendo em vista que, sem qualquer reforço às armas das quais dispõe o doente-lesado para fazer prova da sua pretensão, o objetivo orientador do legislador ao tratar da matéria não restaria alcançado. Os requisitos para a responsabilidade do médico não se alteram, apenas coloca-se em prática a sua efetividade e eficácia<sup>406</sup>.

---

<sup>402</sup> Cf. capítulo 2, O problema da afirmação do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil médica – possíveis soluções.

<sup>403</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 435.

<sup>404</sup> BURGOA, Elena, *op. cit.*, 1996, p. 22, chama a atenção para o facto de que o aumento do número de ações de responsabilidade civil médica não representar necessariamente um aumento de ações consideradas procedentes: “Assim, apesar de ter havido no dizer de alguns magistrados com quem conversei, um aumento de 50% do número de acções de responsabilidade médica, raras foram as acções consideradas procedentes. E isso deve-se ao facto de as vítimas terem enormes dificuldades práticas em provar o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, o que torna inviável a obtenção da indemnização. Essa prova, também suscita dificuldades aos juízes, pois pressupõe uma apreciação técnico-científica que foge ao seu domínio, porque a prova terá que revestir de natureza pericial (Art. 388 CC) e muitas vezes o lesado não encontra peritos dispostos a pronunciarem-se a seu favor”.

<sup>405</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 437 : “Do que vimos de dizer, e superadas as objeções de fundo que lhe são dirigidas, parece-nos que o reconhecimento da relevância ressarcitória à perda de chance de cura ou de sobrevivência não conduz a resultados excessivos, sempre e na medida em que se encontrem reunidos os requisitos previstos no n.º. I do art. 483.º, norma consagrada do princípio geral da responsabilidade civil, entre nós também acolhidos no art. 798.º, no âmbito contratual”. No mesmo sentido BERY, Alain, *op. cit.*, p. 18: *Les chances sont un potentiel objectivement quantifiable. Le patient a x chances sur cent de survie ; y chances sur cent de guérir d’une infirmité. La faute du médecin les lui fait perdre. La perte de chances, c’est cela”.*

<sup>406</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 437-438. Nesse sentido, PEREIRA, Rui Soares, *op. cit.*, pp. 1194 e 1195: “Contudo, alguns autores defendem que se for configurada como uma espécie de dano (ou estudada pelo prisma do ano), designadamente um dano intermédio, autónomo e individualizado face ao dano final, e não como uma questão de causalidade (ainda que parcial), a “perda de chance” poderá ser qualificada como um prejuízo autonomamente indemnizável sem provocar qualquer « mácula no conceito tradicional de causalidade, dado que a vítima teria sempre que provar que a conduta do lesante terá sido condição necessária para a sua perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de ter conseguido evitar um prejuízo » [...] Seja como for, a admitir-se a possibilidade de

No avançar dessa sistemática, ao considerarmos a maior efetivação das ações de responsabilidade médica, não é de se tomar como surpresa que, por consequência, também se vislumbra um acréscimo nas medidas de precaução adotadas pelos profissionais médicos no que diz respeito aos cuidados com os doentes<sup>407</sup>.

Estamos a falar da prática de excessos de cuidados por parte do médico cujo objetivo único é escapar de possíveis pedidos de indemnização. Imaginemos que determinado doente chegue ao gabinete médico e descreva sinais que fazem o profissional entender que se trata de determinada patologia, entretanto, ao invés de imediatamente adotar medidas para combater a doença e iniciar o tratamento, acha por bem cercar-se de evidências outras de que se trata efetivamente da patologia que suspeita, e que o tratamento adequado é x ou y e, portanto, prescreve mais exames médicos de utilidade duvidosa e, possivelmente de elevada penosidade para o paciente, tudo com vista a proteger-se de uma eventual demanda indemnizatória. O que se revela aqui é um excesso de zelo, mas não em prol do doente. Observamos que a adoção de tais medidas visa a proteção do próprio médico, cujo objetivo é reunir certezas e argumentos para o caso de alguma demanda indemnizatória. Isto sem falar, do ponto de vista económico, nos custos pelos tratamentos excessivos<sup>408</sup>.

Por conseguinte, ainda preocupado com uma futura demanda judicial, o corpo médico passará a assumir uma postura para além de cautelosa, mas de abstenção e diminuição de riscos na adoção de procedimentos e/ou tratamentos que, apesar de úteis e clinicamente recomendados, mostram-se mais arriscados ou com menores chances de sucesso<sup>409</sup>. Em resumo,

---

*fundamentar uma pretensão indemnizatória da teoria da “perda de chance” a solução a adoptar, representando uma continuação da erosão da severidade consolidada no estabelecimento do nexo causal em favor da fundamentação da responsabilidade da criação de riscos e não na produção de danos ou em prol da passagem de uma concepção determinística e monocausal para uma concepção probabilística, estará sempre dependente do grau de previsibilidade de qual teria sido o desfecho da situação em termos de probabilidade, o que leva alguns autores, tendo em conta as dificuldades que tal erosão pode representar, a duvidar que o enquadramento dogmático do problema e a procura de solução dos pressupostos da responsabilidade civil possam ser suficientes.”*

<sup>407</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 438.

<sup>408</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, 2004, pp. 412-413, esclarece o fenómeno da medicina defensiva: “[...] o consentimento informado corre o risco de se transformar num calvário de extensos formulários prevendo todo e qualquer risco, ao invés de ser o momento de diálogo terapêutico que visa, a um tempo, criar um ambiente humano que favorece a própria compliance e que permite o livre desenvolvimento da personalidade do paciente”. E continua: “[...] Se, pelo contrário, formos mais cautelosos ou, se pretendemos caminhar com passos mais seguros, poderemos ir defendendo, uma cultura do respeito pelo novo papel do doente como protagonista da sua “biografia pessoal”, também na determinação dos cuidados de saúde que lhe dizem respeito, sem no entanto criar um clima de kalte Krieg entre médicos e juristas, ou o que seria ainda pior, entre médicos e pacientes!”.

<sup>409</sup> BINET, Jean-René, *Droit Médical*, Montchrestien, 2010, p. 224, tece relevante comentário acerca da escolha de tratamento por parte do médico e as implicações em termo de assunção de riscos: “Comme pour le diagnostic,

estamos a falar da prática da medicina defensiva nas suas duas faces, a medicina defensiva positiva – excesso de procedimentos – e a medicina defensiva negativa – abstenção de práticas com maiores riscos<sup>410</sup>.

A partir desse prisma, podemos observar que a prática da medicina defensiva é o estopim para a quebra da relação de confiança que é suposto haver entre médico e paciente. Afinal, o doente ao procurar cuidados médicos, encontra-se em posição de grande fragilidade, oportunidade na qual confia a esse profissional a sua saúde, a sua vida. O profissional médico, por outro lado, ao exercer a sua função, há de empregar as práticas da boa *leges artis*<sup>411</sup> com o fito de obter a cura ou sobrevivência do doente<sup>412</sup>.

Há que destacar-se que, no que diz respeito às *leges artis*, estamos diante de dever objetivo de cuidado por parte do profissional médico, cujo incumprimento pode dar causa a sanções de índole civil, penal ou contra-ordenacional<sup>413</sup>.

Nesse sentido, se o médico passa a preocupar-se, mesmo que em segundo plano, com o seu próprio interesse egoístico e, por consequência, passa a atuar de maneira a reunir

---

*l'erreur comise dans le choix du traitement ne peut entraîner la mise en jeu de la responsabilité du médecin qu'à la condition d'être fautive. Ce n'est pas toujours le cas, car il peut exister une part de risque dans le choix d'une voie thérapeutique plutôt qu'une autre. Le juge vérifie alors la nouveauté de la thérapie proposée : le médecin a le droit de courir un risque pour tenter d'apporter une solution thérapeutique à son patient. C'est même, pour lui, un devoir d'état. Toutefois, le risque doit être ici raisonnable, proportionné aux bénéfices escomptés. Par conséquent, le juge retient une faute du praticien lorsque le traitement choisi expose le patient à des risques sans justification thérapeutique ou lorsqu'il conduit le médecin à réaliser un acte pour lequel il ne dispose pas de qualification spéciale".*

<sup>410</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 438.

<sup>411</sup> Nesse sentido, importa destacar citação de KORNPROBST apud SAVATIER, René, *La Responsabilité Médicale*, Centre D'Etudes Laennec, P. Lethielleux, 1948, pp. 39-40 : “Comme l'écrit le docteur Rist : «La médecine qui, il y a cent ans encore, n'était guère que conjectures, s'est prodigieusement transformée. Il y a, de plus en plus, dans notre art, des vérités solidement, scientifiquement établies, et que le praticien est coupable de négliger ou d'ignorer. Il ne doit plus se laisser guider par son intuition, mais par des méthodes qui ont fait leurs preuves, et sur lesquelles, les meilleurs, les plus instruits, les plus compétents sont d'accord.»”.

<sup>412</sup> Coloca MONGE, Cláudia, *op. cit.* p. 94, quando trata dos direitos das pessoas em contexto de saúde: “A definição clara desses direitos e deveres favorece a melhoria do exercício dos direitos das pessoas e uma maior segurança no exercício das profissões de saúde e pode, por isso, contribuir para uma adequada relação de confiança entre as pessoas e os profissionais de saúde, quando é consabido que uma relação de prestação de saúde assente na confiança gera cuidados mais seguros e de qualidade, reduz o erro e a incidência de danos em saúde”.

<sup>413</sup> Para um maior aprofundamento sobre os elementos da ilicitude e da culpa, recomendamos *cf.* ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “O cuidado entre a ilicitude e a culpa”, *Revista de Direito Civil*, Ano II, número 4, Almedina, 2017, pp. 843-846: “Enquanto a definição do dever de cuidado para efeitos de ilicitude obedece a um critério estritamente objetivo, aferido pelos interesses de integridade e nessa medida s nortea pela posição do lesado, a avaliação em sede de culpa do seu incumprimento visa salvaguardar a liberdade de acção, orientando-se agora pela posição do lesante. Quem cumpre o cuidado que, em regra, é necessário para evitar lesões de bens jurídicos, não tem que indemnizar os danos causados; privilegia-se, assim, os processos dinâmicos à situação existente, reservando-se um espaço de livre actuação, pois caso se tivesse que responder por qualquer causação de prejuízos, os comportamentos humanos orientar-se-iam sobretudo pela sua prevenção, mais do que pela criação de bens novos”.

argumentos para escapar a uma eventual demanda indemnizatória futura, prejudicada está a relação de confiança que deveria ser a base dessa relação interpessoal entre médico e paciente e, logo, restará desvirtuada a essência da atividade médica<sup>414</sup>.

Ademais, há que falar-se no reflexo da medicina defensiva negativa para o desenvolvimento da ciência médica<sup>415</sup> que, certamente, restaria comprometida pela adoção de uma postura mais preocupada em evitar demandas indemnizatórias futuras do que com o progresso da medicina<sup>416</sup>.

Diante da panorâmica apresentada, não podemos discordar que a prática da medicina defensiva traz consigo prejuízos de roupagem económica para a relação interpessoal entre médico e doente, bem como para o progresso da medicina. Entretanto, a aludida repercussão negativa desses aspetos não pode servir de argumento para a absoluta rejeição da figura da perda de chance quando há também argumentos outros que apontam em sentido contrário.

A aplicação da teoria da perda de chance à área médica não visa senão proporcionar meios ao doente-lesado para defender interesses merecedores de tutela jurídica como, por exemplo, o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência. Também se destaca o facto de que a responsabilidade civil não pode deixar escapar impune aquele autor de um ato ilícito e culposo, o que resultaria na ineficácia do regime da responsabilidade civil do médico<sup>417</sup>.

Pois bem, conhecedores das críticas colocadas acerca da adoção da teoria da perda de chance, é questão de saber os argumentos que defendem a sua aplicação. Primeiramente, como já referimos, o aspeto mais evidente da adoção da teoria apresenta-se na superação da regra do *tout ou rien*. Assim sendo, no que diz respeito aonexo de causalidade, o critério da *conditio sine qua non* consiste na exigência de prova de que o alegado dano não poderia realizar-se não

---

<sup>414</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 439.

<sup>415</sup> SAVATIER, René, *op. cit.*, pp. 51-52, aponta para as complicações provenientes da maior responsabilização do profissional médico: “*Peut-être ne faut-il pas toujours s’en plaindre. Car le médecin est ainsi couvert contre une certaine déformation professionnelle du juge. L’habitude de celui-ci de sanctionner toute faute, et de développer à l’extrême les responsabilités civiles, eût pu devenir dangereuse si elle ne s’était heurtée à cet obstacle de fait. La Court de cassation a beau recommander aux tribunaux la prudence, on sent bien dans certains jugements, cette sorte de tendance systématiquement justicière qui eût maladroitement abouti, si rien ne l’avait entravée, à la destruction de l’initiative médicale, à la paralysie du médecin dans son ministère*”.

<sup>416</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 440: “*Por outro lado, a implementação prática de uma medicina defensiva negativa seria um factor paralisante para a actividade e ciência médicas. O excesso de litigiosidade conduz à recusa de realização das intervenções de maior risco e que, em regra, contendem com meras chances de cura ou sobrevivência. Ora, é imprescindível para o exercício e progresso médicos que certos riscos sejam corridos. Tal corresponde, desde logo, ao interesse do próprio doente, e, em última análise, ao interesse da colectividade em geral*”. A respeito da medicina defensiva cf. PEREIRA, André Gonçalo Dias, “Direitos...”, pp. 76-84.

<sup>417</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 441. Nesse sentido coloca BUGOA, Elena, *op. cit.*, p. 30: “*Penso que a responsabilidade efectiva fortifica a dignidade da classe médica, afastando dela a incompetência. Defender o contrário é tentar consagrar um estatuto de privilégio (causas pessoais e exclusão da responsabilidade) que nem a moral nem o direito justificam num Estado de Direito*”.

fosse a conduta ilícita do agente, sendo este, portanto, condição necessária e indispensável para aquele<sup>418</sup>.

Nesse sentido, ao aplicar a regra da *conditio sine qua non* poderemos obter somente duas respostas: a) a afirmação do nexos causal e a consequente indemnização pela totalidade dos danos; ou b) a negação do nexos causal e o indeferimento de qualquer indemnização. Ocorre que na seara médica dificilmente é possível encontrar uma resposta satisfatória acerca do nexos causal entre a conduta ilícita e culposa do médico e os danos causados ao doente e, portanto, havendo dúvida sobre a existência do nexos de causalidade, se aplicarmos a regra da *conditio sine qua non*, o julgador acaba por negar a existência do nexos causal e indeferir a indemnização<sup>419</sup>.

É de se referir ainda que aludido critério, aliado ao “*but for test*” – critério adotado no sistema anglo-saxónico no qual exige-se uma percentagem que ultrapasse os 50% de que o facto tenha sido causador do dano para a concessão de indemnização – leva a situações nas quais uma pequena diferença entre os 49% e 51% mostra-se crucial para os resultados. Logo, havendo uma probabilidade de 49% não se considera provado o nexos causal e, portanto, a pretensão é indeferida, ao passo que havendo uma probabilidade de 51% a pretensão é deferida por se considerar provado o nexos causal<sup>420</sup>.

---

<sup>418</sup> No que diz respeito à certeza quanto ao nexos de causalidade entre o erro médico e o dano coloca SAVATIER, René, *Traité de Droit Médical*, Librairies Techniques, 1965, p. 301: “*La preuve du lien de causalité unissant, au dommage dont se plaint le malade, la faute qu’il impute au médecin est à la charge du demandeur en responsabilité. Et, toutes les fois qu’il restera, chez le juge, un doute sérieux sur l’existence de cette causalité, il ne pourra mettre à la charge du médecin une responsabilité civile. [...] Il en est ainsi quand il n’est pas établi, au moins par des présomptions sérieuses, que l’absence du médecin auquel le malade reproche de l’avoir abandonné ou de n’avoir pas répondu à son appel eût changé quelque chose à la survenance du mal. [...] Car le principe concerne tout accident dont les causes peuvent être étrangères au fait qu’on reproche au médecin*”.

<sup>419</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 442. BINET, Jean-René, *op. cit.*, pp. 225-226, acerca da *álea thérapeutique*: “*Conformément aux dispositions de l’article L. 1142-1 du Code de la santé publique, la mise en jeu de la responsabilité du médecin en raison d’une erreur de diagnostic, d’un mauvais choix de traitement, du mauvais accomplissement d’un geste technique, ou d’un défaut de surveillance postérieure, nécessite que soit rapportée la preuve d’une faute à la charge du médecin. Tenu d’une obligation de moyens, le praticien ne répond que de ses fautes. Il en résulte que la survenance du dommage est normalement insuffisante pour retenir la responsabilité du médecin. L’absence de preuve d’une faute conduit, en règle générale, à considérer que le dommage est la conséquence malheureuse d’un aléa thérapeutique, « réalisation en dehors de toute faute du praticien, d’un risque accidentel inhérent à l’acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé », dont le médecin n’a pas à répondre*”.

<sup>420</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 442. No mesmo sentido observa DIAS, João Antônio Álvaro, *op. cit.*, p. 253: “*Não se retire daqui que a “perda de chance”, enquanto perda da possibilidade de conseguir um resultado útil, deva por alguma forma equiparar-se à própria perda do resultado útil. Uma coisa é, naturalmente, a abstracta possibilidade (ainda que assente em elementos de suporte que lhe dão consistência) de conseguir resultado favorável e outra bem diversa é a efectiva obtenção (já consumada, transformada de potência em ato) do resultado que tal possibilidade prenunciava. Nem sequer aceitamos que a linha de fronteira entre a abstracta possibilidade de obtenção do que quer que seja (“chance”) e a certeza de “aprisionar” tal designo (o resultado almejado) possa por alguma forma ser matematizada, fixando designadamente o “break-even point” nos 50% de possibilidades, fixação já de per se sobremaneira aleatória*”.

Ora, o que sucede face à aplicação da regra do tudo ou nada é nada mais do que a negação da influência do comportamento médico para o resultado danoso, ainda que tenha havido fatores outros que influenciaram e contribuíram para aquele fim. Estamos diante, nesses casos, de uma situação em que vários fatores podem ter causado aquele dano, entretanto, não sabemos em que exata medida cada um deles interferiu ou contribuiu para o todo<sup>421</sup>. Por conseguinte, ainda que saibamos que determinados fatores são responsáveis pela perda de determinadas chances de alcançar o resultado, tal informação não nos serve de nada diante do critério do *tout ou rien*<sup>422</sup>.

O contributo da teoria da noção da perda de chance para essas situações ocorre de maneira a conferir relevância ao facto de sabermos que determinados fatores foram responsáveis pela perda de um certo número de chances<sup>423</sup>. Assim, com a aplicação da teoria é possível o ressarcimento pelas chances perdidas em situações em que, *à priori*, o doente não seria indemnizado. Ademais, o facto de existir mais de um possível fator concorrente para o dano final não é mais empecilho para o ressarcimento, sendo apenas relevante para a determinação do *quantum* da indemnização<sup>424</sup>.

*Ad argumentandum tantum*, a adoção da teoria da perda de chance traz consigo a oportunidade de escapar aos resultados pouco úteis da aplicação tradicional da responsabilidade civil<sup>425</sup>, isto é, o imenso número de improcedência de ações de responsabilidade civil médica ou, devido à proteção excessiva do lesado, a concessão de indemnização pelo dano final, em que pese o médico ser responsável apenas pela perda de uma chance<sup>426</sup>.

---

<sup>421</sup> Interessa a visão exposta por BINET, Jean-René, *op.cit.*, p. 240, acerca do assunto: “*Dans une telle situation, l'intervention du médecin a contribué à la réalisation du préjudice finalement subi par le patient, mais on ne peut prétendre qu'il en est l'unique cause puisque, dans l'hypothèse où le patient n'aurait pas eu recours à ses services, il aurait néanmoins développé la maladie et aurait donc subi le même préjudice. [...] Dans de telles situations, il n'est pas possible de faire peser sur le seul praticien le poids de l'entier préjudice et la jurisprudence a alors recours à la notion de la perte de chance pour déterminer et indemniser ce qui résulte de la faute médicale*”.

<sup>422</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 443.

<sup>423</sup> BINET, Jean-René, *op.cit.*, p. 241.

<sup>424</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 443, assevera que o facto de haverem outras causas potenciais para o mesmo dano final não elimina, nem o evento lesivo traduzido na perda de chances, nem o encadeamento causal que a ele conduziu.

<sup>425</sup> SAVATIER, René, *op. cit.*, pp. 301-302 explica: “*Cependant, pour sortir de l'incertitude concernant les causes du mal dont se plaint le demandeur, les juges peuvent former leur conviction sur toutes sortes d'indices. Ils tiendront compte, notamment, de la concordance logique de temps et de lieu entre la faute du médecin et l'accident, se refusant, au contraire, à imputer à la faute du médecin un accident trop tardif. Le simple fait qu'un décès ou un accident n'a pas d'explication normale en dehors de la faute reprochée au médecin pourra leur suffire pour mettre à la charge de celui-ci*”.

<sup>426</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 444, destaca que com a perda de chance alcança-se um mais elevado nível de proteção do doente sem se lançar, de antemão, sobre o médico, o libelo de incompetência ou negligência.

Compreendido isto, podemos continuar a expor argumentos outros a favor da teoria da perda de chance. Pois bem, sabemos que numa relação entre médico e doente uma das partes – o médico – detém, obviamente, um maior controlo sobre o rumo dos acontecimentos<sup>427</sup>. É o profissional médico o responsável por determinar os exames necessários, os tratamentos que serão aplicados, toda a direção daquela situação depende do mesmo, enquanto o doente, numa posição de fragilidade e dependência, apenas conta com aquele profissional para recuperar a sua saúde. Logo, não há dúvidas de que estamos diante de uma relação desequilibrada e assimétrica<sup>428</sup>, portanto, aquele que se encontra em posição de superioridade, que conduz o andar dos acontecimentos, naturalmente, há de ser o responsável por alcançar resultados favoráveis e evitar os desfavoráveis<sup>429</sup>.

Nesta sistemática, no caso de haver uma dúvida acerca do sucesso de um tratamento e, por culpa do profissional médico, essa dúvida tornar-se certeza, fazendo desaparecer a álea inicial, temos a concretização do dano que se consubstancia na chance perdida. Assim sendo, a teoria da perda de chance oferece solução para situações de responsabilidade médica nas quais encontramos fatores como a álea da atividade médica e todas as incertezas que rondam as chances de sucesso de cura ou sobrevivência. Trata-se de compreender a posição de fragilidade do doente e a necessidade de uma atuação que o proteja e privilegie<sup>430</sup>.

Por conseguinte, destacamos também o facto de que nos casos de responsabilidade civil médica o problema da prova dos factos de que dependem o direito do lesado são de difícil alcance<sup>431</sup> e, por isso, muitas pretensões são denegadas. Nesta linha, cumpre ressaltar a relevância da teoria da perda de chance para fazer uma melhor distribuição do risco probatório tendo em vista a incerteza quanto à prova do nexo causal<sup>432</sup>.

---

<sup>427</sup> BINET, Jean-René, *op. cit.*, p. 224 : “*Au stade du traitement, la faute du praticien est appréciée différemment. Il ne s’agit plus d’identifier une maladie parfois retorse à se laisser découvrir, mais d’appliquer une démarche pour la combattre. Plusieurs types de fautes peuvent alors être commis selon l’étape thérapeutique à laquelle elles interviennent : choix du traitement, mise en œuvre du traitement, surveillance du patient*”.

<sup>428</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, p. 445.

<sup>429</sup> SAVATIER, René, *La Responsabilité Médicale*, p. 38, acerca das obrigações do médico observa que em termos de diagnóstico, o médico tem deveres a cumprir. Não há dúvidas, que o diagnóstico, muitas vezes, não pode ser feito com certeza, pois os olhos do médico não veem, a sua mão não toca no que se passa no interior do corpo do doente, entretanto, o profissional deve saber interpretar um certo número de sinais clínicos que podem evitar-lhe erros graves e muitas vezes irreparáveis.

<sup>430</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 446-447.

<sup>431</sup> Observa SAVATIER, René, *op. cit.*, p. 50: “*Le malade, au contraire, n’est pas admis par les tribunaux à distinguer, du fait du médecin, le fait des choses dont celui-ci se sert. Et jamais, par suite, son action en responsabilité civile n’aboutira, s’il n’est pas en état de prouver avec certitude une faute personnelle sérieuse du médecin ou de ses préposés. Ne nous faisons pas d’illusion ! Ce barrage de la preuve est général, et sera le plus souvent infranchissable*”.

<sup>432</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 447.

Asseveramos que a diferença da teoria da perda de chance, se comparada aos demais instrumentos que visam equilibrar a distribuição do ónus probatório, está no facto de que a consideração do dano da perda de chance opera de maneira a distribuir igualmente o risco probatório entre o médico e o lesado, ao invés de simplesmente inverter o *onus probandi* a favor do doente-lesado.

Ora, o recurso à inversão do ónus da prova, ao pousar a totalidade do risco da atividade probatória sobre o médico, faz nada mais do que substituir o antigo risco de uma “sub-reparação” pela ameaça de uma “sobre-reparação”. O que ocorre é que diante da prova de atuação culposa inequívoca do médico recai sobre o mesmo mais do que uma intenção compensatória, mas também “punitiva”<sup>433</sup>. Aqui, observamos que tendo sido o profissional, ao cometer o erro médico, o responsável pela demanda levada a tribunal, nada mais justo que caiba a ele suportar os riscos da prova do nexos causal e levar a cabo a prova do efetivo encadeamento causal que o libera da responsabilidade. Sendo o médico o responsável pelo desvio do padrão de comportamento, isto é, incumprimento das *leges artis*, passa a assumir os riscos de uma possível demanda indemnizatória pelos danos atrelados ao aumento das dúvidas que acometem o juiz na apreciação do caso, já que o aumento das dúvidas faz diminuir as chances do lesado em obter o ressarcimento<sup>434</sup>.

Em conclusão, observamos, portanto, que diante dos casos de responsabilidade civil do médico a subsunção simples e pura ao regime tradicional da responsabilidade civil mostra-se demasiado prejudicial ao doente-lesado que, a princípio, deve suportar o ónus da prova do nexos causal numa zona rodeada de incertezas que é a seara médica. Aludido ónus, sem qualquer mecanismo corretor da dificuldade probatória, acaba por resultar na falta de reparação pelos danos sofridos. Assim, a teoria da perda de chance, ao distribuir a cada uma das partes o ónus de provar os factos sobre os quais possuem maior domínio ou proximidade, consegue concretizar a noção de distribuição do ónus da prova. Explica-se: ao doente incumbe apontar as chances que existiam e os danos que sofreu; o médico, por sua vez, cabe demonstrar o

---

<sup>433</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, p. 449, ao citar HAMER comenta: “Segundo David HAMER a distribuição igualitária do risco de desconformidade entre o quantum reparatório e o dano reparável, proporcionada pela perda de chance, ajusta-se bem às perdas de índole patrimonial verificadas no sector jurídico-comercial. Quando está em causa a violação de bens pessoais, designadamente a integridade física e a vida, justificar-se-á, à luz de “good policy grounds” uma distribuição desigual daquele risco, fazendo com que uma maior parcela do mesmo recaia sobre o “deep-pocketed or insured defendant”, que “was art dault”. Até porque “perhaps it is preferable that the deffendant pay too much, rather than that the personal injury plaintiff receive too little”.

<sup>434</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, pp. 450-451, sobre os “evidential damages”: “Ora, é o que acontece quando a prática do ato reprovável, pelo médico, adiciona à lista de riscos causalmente relevantes para o dano produzido, mais um risco, elevando a dificuldade de determinação da causalidade eficiente”.

encadeamento causal dos factos de modo a comprovar que não foram os seus atos os responsáveis pelo desaparecimento das chances do paciente. Ao fim, cumprirá ao juiz a análise da consistência das chances, bem como a relação desses danos com o ato ilícito e culposo do médico<sup>435</sup>.

Por último, também como ponto positivo da adoção da figura da perda de chance, devemos ressaltar o facto de que, necessariamente, trata-se de um instrumento que deve ser ventilado a título de pretensão principal ou subsidiária logo ao início do percurso processual. Portanto, mostra-se vantajoso a ambas as partes, se compararmos com artifícios outros que visam dinamizar a distribuição do ónus da prova, entretanto, não permitem uma definição “*ex ante*” das regras de repartição do ónus probatório. Tomemos como exemplo uma defesa estruturada nos tradicionais moldes de distribuição da atividade probatória que, em razão dos mecanismos judiciais de modificação do ónus da prova, como, por exemplo, a verossimilhança das alegações, tenha de sofrer modificação ao longo do processo<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> PEDRO, Rute, *ibid.*, pp. 451-453. Segundo SAVATIER, René, *op. cit.*, p. 51: “*Ce barrage à la responsabilité civile médical est même d’autant plus infranchissable que les conséquences de la faute sont plus tragiques. [...] Ici éclate l’imperfection de la justice humaine. Car le juge ne peut tirer de conséquence que des faits dont on lui apporte la preuve. Et la somme de ses ignorances dépasse infiniment celle de ses connaissances*”.

<sup>436</sup> PEDRO, Rute, *op. cit.*, pp. 454-455.

## CONCLUSÃO

No fim deste estudo, vemos como oportuno traçar algumas linhas conclusivas. Em sentido cronológico, percebemos, no primeiro capítulo deste trabalho, a relevância da compreensão da figura da perda de chance através da afirmação de um dano autónomo é essencial para a compreensão da figura.

Pretendemos deixar claro, já neste momento inicial, que a noção da perda de chance situa-se no plano do dano e não no plano da causalidade. Dentro de um cenário de incertezas, como o da ciência médica – inexata por natureza –, no que diz respeito à responsabilidade civil médica, a autonomização da chance permite que a exigência de afirmação do nexo de condicionalidade entre a conduta do médico e o prejuízo suportado pelo lesado deixe de ser um problema. Chegamos à conclusão acima pelo raciocínio de que o dano da perda de chance, como entidade autónoma, desassocia o resultado da possibilidade de ele ser obtido, por outras palavras, trata-se de dois tipos de dano: o resultado final e a chance de obtê-lo, cuja aleatoriedade é intrínseca. É nesse compasso que a afirmação da ressarcibilidade da chance como dano autónomo reforça a sua autonomia para com o resultado final.

A partir de então, para que a chance seja merecedora de proteção jurídica, vislumbramos a necessidade de delimitação do dano da perda de chance, ou seja, não se trata de qualquer chance, mas de uma chance séria e real. Há que considerar-se todo um conjunto de pressupostos para o ressarcimento da perda de chance, caso contrário, alargar-se-ia em demasia a tutela reparatória da figura, o que acabaria por desmerecê-la.

Assim sendo, no segundo capítulo, restou claro da evolução da responsabilidade médica que, em razão da comprovada posição de superioridade ocupada pelo profissional, podemos concluir que o desequilíbrio da relação médico-paciente não é um fenómeno novo. Nesse compasso, dentro do regime jurídico vigente, a responsabilidade civil do médico acaba por traduzir-se num apanhado de situações desfavoráveis ao lesado, ou seja, o facto de caber ao interessado o risco probatório, cujo nível de censura atrelado à culpa médica é extremamente alto, combinada à imposição inflexível de afirmação do nexo causal nos moldes tradicionais, os resultados são, inegavelmente, prejudiciais ao lesado e benéficos ao lesante.

Através destas constatações, chegamos à conclusão de que, num contexto de ciência médica, cujo conhecimento é imperfeito e limitado, devemos abandonar a ideia de certeza e substituí-la por um juízo de probabilidade. Dito isto, a noção da perda de chance apresenta-se como meio adequado para a superação das dificuldades da prova pelo lesado e promoção de superação de um paradigma de indeferimento crónico das ações de responsabilidade civil

médica. Por conseguinte, alcançar-se-á um resultado efetivo da função reparatória da responsabilidade civil.

Portanto, podemos observar, na noção de perda de chance, um remédio potencializador para enfrentar o mal da irresponsabilidade do autor de um ato ilícito em razão das dificuldades probatórias enfrentadas pelo lesado. Ora, a teoria da perda de chance caminha no sentido de salvaguarda da posição do lesado, portanto, em consonância com a evolução da responsabilidade civil cuja tendência, como vimos, traduz a preocupação cada vez maior em valorizar esse sujeito. Desta feita, a razão de ser deste estudo faz-nos perceber que em virtude do desequilíbrio da relação médico-paciente, o lesado ocupa posição de inferioridade e, por isso, faz-se necessária a proteção do mesmo enquanto consumidor de um serviço especializado e realizado por um profissional cuja conduta é desvaliosa. Justifica-se, por isso, uma intervenção corretora no sistema vigente, cujas soluções tradicionais de inversão do ónus da prova levam a uma reparação, ainda, sustentada dentro de uma ideia de “tudo ou nada”.

Posto isto, demonstramos, através do deslocamento da tarefa probatória que incumbe ao lesado, que o dano da perda de chance e, mais especificamente, o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência, difere do resultado final, consubstanciado na morte ou na incapacidade. Concluímos, assim, que diante de um comportamento censurável do médico, a proteção da chance *qua tale* passa pela compreensão de que, para a aferir da contribuição causal do ato médico para o resultado final, devemos capturar a interferência desse comportamento no progresso das chances de alcançar o resultado pretendido.

Em outros termos, num olhar mais amplo sobre a obrigação do médico – que, a princípio, é uma obrigação de meios e, por isso, o seu comprometimento está em agir da melhor forma possível com vista a atender as expectativas do doente sem, contudo, comprometer-se a alcançá-las – observamos, também, que o profissional encontra-se obrigado a não piorar a situação do doente, ou seja, a não retirar-lhe as chances de que este dispunha de obter os resultados favoráveis. Assim sendo, ainda que se encontre em posição intermédia para com o resultado final, a obrigação de não destruição de chances – ainda que incertas, pois sob influência da álea da atividade – é por si uma obrigação de resultado, embora fundada numa certeza probabilística.

Dito isto, a aludida certeza probabilística levará em consideração a álea natural da atividade médica para quantificação da chance perdida, portanto, a indemnização será calculada em função da quantidade de chances perdidas. O cálculo é realizado através de um raciocínio que parte da vantagem esperada para aplicar, sobre este montante, a percentagem de probabilidades/chances que o lesado possuía de alcançá-la, não fosse a conduta censurável do

médico. Tal raciocínio faz-nos concluir que, em que pese as dificuldades e complexidade, o cálculo do quantum reparatório pode ser definido, o que não serve de desculpa para o afastamento da figura.

Em resumo, os argumentos que apontamos levam-nos a crer que a teoria da perda de chance apresenta mais vantagens do que desvantagens a considerar. Vejamos, a consideração da chance como uma entidade merecedora de proteção jurídica – diferente do que sucede numa aplicação pura do modelo de tudo ou nada – tem a capacidade de promover o ressarcimento que corresponde, especificamente, ao verdadeiro dano suportado. Logo, o dano da perda de chance promove um distanciamento de noções inflexíveis que levam a resultados de subcompensação ou sobrecompensação.

Por fim, concluímos que a noção da perda de chance fornece resposta a um relevante dilema em termos de responsabilidade civil médica pois, se por um lado, a atividade médica apresenta incertezas que refletem sobre o ato censurável do profissional, concedendo-lhe o benefício da dúvida, por outro, a exigência de tutela dos direitos dos lesados clama por um resultado mais equilibrado. A resposta deve estar a meio termo entre um contexto de impunidade total e uma responsabilização paralisante do profissional. É preciso uma saída que forneça a adequada simplificação processual da posição do lesado sem que seja necessário, entretanto, abdicar das regras gerais da responsabilidade civil.

A distribuição igualitária do ónus probatório alcança-se, portanto, através de uma equilibrada distribuição da álea e do risco da atividade que conviva, harmoniosamente, com o instituto da responsabilidade civil. Assim, a figura da perda de chance atinge, com sucesso, esse objetivo sem violar, entretanto, qualquer regra da responsabilidade civil, pelo que não podemos deixar de concluir que a teoria, como solução equilibrada que é, deve ter lugar no ordenamento jurídico português, desde que respeitados, impreterivelmente, os pressupostos da sua aplicabilidade.

Concluímos que, dessa maneira, podemos inverter o paradigma atual no qual casos mais sensíveis de responsabilidade civil médica acabam sem qualquer indemnização. Cabe a nós, profissionais do direito, oferecer a resposta adequada às situações para as quais, apesar da álea médica, não é aceitável penalizar ainda mais aquele que além de doente-lesado é a maior vítima nos casos de responsabilidade civil médica. Não há dúvida de que o Direito peca ao promover a sistemática condenação da vítima de erro médico à injustiça. O erro é humano, e a medicina não foge a isso. Cabe, então, à ciência do Direito a responsabilidade de oferecer um sistema no qual o lesado disponha de armas suficientes para prová-lo, se assim não for estamos a cometer um erro ainda mais grave e, nesse caso, imperdoável.

**BIBLIOGRAFIA**

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

ALMEIDA, J. C. Moitinho de, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, in Separata da Revista Scientia Iuridica, tomo XXI, n.ºs 116-117, Livraria Cruz – Braga, Maio-Agosto, 1972, pp. 2-31

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Almedina, 2006

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *Causalidade e imputação objectiva na teoria da responsabilidade civil. A sobreposição das concepções normativas*, Vol. III, Separata de estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010

\_\_\_\_\_, *O cuidado entre a ilicitude e a culpa*, Revista de Direito Civil, Ano II, número 4, Almedina, 2017

\_\_\_\_\_, *Responsabilidade Civil por Violação nos Deveres no Tráfego*, Coimbra, Almedina, 2015 (reimpressão, 2019)

BAGHESTANI-PERREY, Laurence, *Le principe de précaution: nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science*, in Recueil Dalloz de Doctrine de Jurisprudence et de Législation, 1999, pp. 457-462

BARBOSA, Mafalda Miranda, *A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade médica: o estado da arte*, Revista de Direito Privado, nº 38, Abril/Junho, 2012

\_\_\_\_\_, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013

\_\_\_\_\_, *O ónus da prova da causalidade e a tentativa de compreensão do problema à luz de uma perspectiva imputacional – breves considerações*, in *Revista de Direito Civil*, Ano III, I, Almedina, 2018

\_\_\_\_\_, *Responsabilidade Civil Extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*, Princípia, 2014

BARBIERI, J-F. *Défaut d'information et responsabilité médicale: les principes de droit privé*, Petites Affiches, 4 janvier 1995, n° 2.

BERY, Alain, *Le préjudice réparable : la perte de chance*, Orthod Fr 2013 ;84 :15-27, EDP Sciences, SFODF, 2013, [Consult. 2019-12-10], Disponível na internet :<https://www.orthodfr.org>. DOI:10.1051/orthodfr/2013041

BINET, Jean-René, *Droit Médical*, Montchrestien, 2010

BORE, Jacques, *L'indemnisation pour les chances perdues - une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP, I, 1974

BOUSSARD, Sabine, *Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière*, RFDA, 2010

BRASILINO, Fábio; CORREIA, Alexandre; GONÇALVES, Fábio, *A (in)aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro e comparado*, RJLB, ano 2, n° 3, 2016, pp. 497-518

BURGOA, Elena, *A cabeça de Jano e a negligência médica. O caso português*, Relatório de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996

CANOTILHO, Gomes J.J e moreira Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007

CAPELA, Maria Teresa, *O utente, o médico e o hospital – o buslilis do regime da responsabilidade civil extracontratual subjetiva por actos médicos lesivos*, in *Revista eletrônica de direito público*, vol. II, n.º 2, Julho 2015, pp. 143-173

CARDONA FERREIRA, Rui, *A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico*, in *Revista de Direito Civil*, Ano II, I, Almedina, 2017

CASTANHEIRA, Gonçalo, *Responsabilidade médica. A propósito de alguns casos do concelho de Coimbra*, in Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano XXV, n.º 27, Dezembro, 2016, pp. 65-80, [Consult. 2019-11-18], Disponível na internet: <http://hdl.handle.net/10316.2/43560>

CASTANHEIRA, Sergio, *Portugal – uma chance perdida*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra, Vol I, Julho, 2013

CATALDO, Andréa; PUTZ, Audrey, *La perte d'une chance... de prouver, Trois conditions pour une responsabilité civile – sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 145 – 194

CATTANEO, Giovanni, *La Responsabilità del Professionista*, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore, 1958

CENDON, Paolo, *Circostanze incerte e responsabilità civile*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LIII, N.º 4, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Dicembre, 1999, pp. 1237-1311

CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno XLVI, n. 3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Settembre 1992, pp. 7757-796

CHABAS, François, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in Responsabilità civile e previdenza, 1996

CORDEIRO, António Menezes, *A decisão segundo a equidade*, O Direito, volume II, ano 122º, 1990

\_\_\_\_\_, *A equidade como fonte de Direito*, O Direito, volume I, ano 144º, 2012

\_\_\_\_\_, *Da Boa Fé no Direito Civil*, reimpressão da 1.º edição, Coimbra, Almedina, 1997

\_\_\_\_\_, *Tratado de Direito Civil*, Tomo VIII, Direito das Obrigações - Gestão de Negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade Civil, Almedina, 2014

COSTA, Affonso, *Os peritos no processo criminal: legislação portuguesa, critica, reformas*, Coimbra, 1895

COSTA, Mário Júlio Brito de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª edição, Almedina, 2009

COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro de, *O Dano da perda de chance e a sua perspetiva no Direito Português*, Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, 2010

DECLERE, Frederic Descorps, *La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à la faute du médecin*, in *Recueil Dalloz*, 2005

DIAS, João Álvaro, *Dano Corporal. Quadro Epistemológico e aspetos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001

\_\_\_\_\_, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 1996

DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade Médica em Portugal*, relatório preparado para a workshop sobre Medical Responsibility in Wester Europe, Coimbra, BMJ, 1983

DUBUISSON, B., *La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa?*, J.T., 2007, pp. 489-497

DUMOULIN, Laurence, *L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte*, in *Droit et Société, Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, n.º 44/45, L.G.D.J, 2000, pp. 199-223

DURANT, I., *A propos de ce lien qui unit la faute au dommage*, *Droit de la responsabilité. Morceaux choisis*, Formation permanente, Liège, Larcier, 2004

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, Vol. 1, 2ª edição, Almedina, 2020

\_\_\_\_\_, *Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica – reflexões em torno do direito alemão*, in *Estudos de direito das obrigações e discursos académicos*, 1ª edição, Universidade do Porto, 2009, pp. 201-295

FARIA, Rita Lynce de, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018

FAVRET, Jean-Marc, *Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel*, in *Recueil Le Dalloz, Hebdomadaire 177<sup>e</sup> année – 1<sup>er</sup> cahier (rouge) – 6 décembre 2001, N° 43/7052<sup>e</sup>*, pp. 3462-3469

FEOLA, Maria, *Nesso di causalità e perdita di “chances” nella responsabilità civile del professionista forense*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano XXII, 2004

FISCHER, David A, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, *Wake Forest Law Review*, vol. 36, 2001: pp. 605-656, [Consult. 2019-10-21], Disponível na internet: <http://scholarship.law.missouri.edu/facpubs>

FRADA, Manuel Carneiro da, *A equidade (ou a “justiça com coração”): a propósito da decisão arbitral segundo a equidade*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, volume I, Janeiro/Março, ano 72º, 2012

FRAGATA, José, *Risco Clínico: Complexidade e Performance*, Coimbra, Almedina, 2006

FRAGATA, José; MARTINS, Luís, *O erro em Medicina. Perspetiva do Indivíduo, da organização e da sociedade*, Coimbra, Almedina, 2004

GENEVIEVE, Viney ; JOURDAIN, Patrice, *Traité de Droit Civil – Les Conditions de la Responsabilité*, 3ª. ed., Paris, 2006

GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas de responsabilidade civil - indenização dos danos reflexos*, volume II, Coimbra, Almedina, 2007

GIANNINI, Gennaro, *Onere della Prova e responsabilità professionale medica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, Ano 1992, Vol. LVII, pp. 17 e ss

GOMES, Júlio, *Em torno do dano da perda de chance – algumas reflexões*, *ARS IVDICANDI*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado, Coimbra, 2008

GUETTIER Christophe, *Perte de chance de survie ou de guérison*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 2007-4, pp. 311-329, [Consult. 2019-01-16], Disponível na internet: [https://www.persee.fr/doc/juro\\_0990-1027\\_2007\\_num\\_20\\_4\\_2935](https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2007_num_20_4_2935)>

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1972 (reimpressão)

JOURDAIN, Patrice, *Sur la perte d'une chance*, *RTD Civ*, 1992

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução da 6.<sup>a</sup> edição por José Lamego, 3.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, Introdução da Constituição das Obrigações, 14.<sup>a</sup> Edição, Almedina, 2017

LENTZ, Jeanne, *Controverses autour de la notion de perte d'une chance envisagée en tant que dommage*, Liège université Library, 2018, [Consult. 2019-11-14], Disponível na internet: <http://hdl.handle.net/2268.2/4986>

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, volume I, 2000

LOURENÇO, Paula Meira, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra, 2006

MALEZIEUX, Aurore; DOUALAN, Didier, *La place de la deontologie comme source du droit medical in Revue juridique de l'Ouest*, N<sup>o</sup> Spécial 1996, La santé, pp. 87 – 102.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico – Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida, Almedina, 2011

MARTINS-COSTA, Judith, *Modelos de direito privado*, 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo, Marcial Pons, 2014

MASSANO, João, *Responsabilidade Médica e a Pandemia COVID-19*, Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados - Conferência on-line sobre o COVID-19, 14 de maio de 2020, Disponível na internet: <https://crlisboa.org/wp/video/a-responsabilidade-medica-e-a-pandemia-covid-19/>

MATEUS, Nídia Maria Vicente, *O ónus da prova na responsabilidade civil médica*, Dissertação de Mestrado em Direito Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014

MATOS, Filipe de Albuquerque, *Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil e contratual. O caso particular da responsabilidade médica*, in *Lex Meicinae*, Ano 11, n<sup>o</sup> 21-22, 2014, pp. 9-34

\_\_\_\_\_, *Traços distintivos e sinais de contacto entre os regimes da responsabilidade civil e contratual. O caso particular da responsabilidade médica*, in *Lex Meicinae*, Ano 12, n<sup>o</sup> 23-24, Janeiro/Dezembro 2015, pp. 25-54

MEMETEAU, Gérard, *Perte de Chance en droit médicale français*, McGill Law Journal, 1986, [Consult. 2019-10-20], Disponível na internet: <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/3164793-memeteau.pdf>

MONCADA, Cabral de., *Lições de Direito Civil (parte geral)*, Coimbra, 1995

MONGE, Cláudia, *O direito fundamental à proteção da saúde, e-Pública*, in Revista Eletrônica de Direito Público, vol. 6, nº 1, Abril, 2019, [Consult. 2019-11-10], ], Disponível na internet: <https://e-publica.pt/volumes/v6n1a06.html>

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 1985

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Aspectos particulares da responsabilidade médica in Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1991

\_\_\_\_\_, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Dissertação de Doutoramento, Universidade de Coimbra, Almedina, 1989

MULLER, Christoph, *La perte d'une chance. Étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, in Revue internationale de droit comparé, Vol. 55 Nº 2, Avril- juin 2003, p. 482-484. [Consult. 2019-11-05], Disponível na internet: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2003\\_num\\_55\\_2\\_5610](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2003_num_55_2_5610)

NUNES, Manuel Rosário, *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*, Almedina, 2005

OLIVEIRA, Guilherme, *O fim da arte silenciosa: o dever de informação dos médicos*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 128º, n.º 3852, 1 de Julho de 1995, pp. 70-72 e 101-104

PARADISO, Massimo, *La Responsabilità medica: dal torto al contratto*, in Rivista di Diritto Civile, Ano XLVII, nº. 3, Maggio-Giugno, 2001, p. 325 e ss

PATTI, Salvatore, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione* in Rivista di Diritto Civile, Ano XLVII, n.4 luglio-agosto, 2001, pp. 475-492

PEDRO, Rute Teixeira, *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 – profissionais de saúde e pacientes – responsabilidades, Almedina, 2016, p.73-96

\_\_\_\_\_, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008

PENNEAU, Jean, *Droit Médicale*, in Recueil Dalloz, 2004, n.º 9, pp. 597-602

\_\_\_\_\_, *La réforme de la Responsabilité Médicale : Responsabilité ou Assurance*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 42, N° 2, Avril-juin, 1990, pp. 525-544

\_\_\_\_\_, *La Responsabilité du Médecin*, Dalloz, 3ª édition, 2004

\_\_\_\_\_, *Les fautes médicales. Responsabilité civile et assurances*, Ed. Juris-Classeur, juillet-août 1999, pp. 9–15, [Consult. 2019-01-26], Disponível na internet: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1990\\_num\\_42\\_2\\_1978](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1978)

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Breves notas sobre a responsabilidade médica em Portugal*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano XVI, n.º 17, Novembro, 2007, pp. 11-22, [Consult. 2019-11-18], Disponível na internet: <http://hdl.handle.net/10316.2/32926>

\_\_\_\_\_, *Da equidade (fragmentos)*, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. 80, 2004

\_\_\_\_\_, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-civilísticas, Coimbra, 2012, [Consult. 2019-12-20], Disponível para consulta em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/Direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>

\_\_\_\_\_, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, 2004

PEREIRA, Maria Lurdes; MÚRIAS, Pedro, *Obrigações de meio, obrigações de resultado e custos da prestação*, Centenário do nascimento do Professor Dr. Paulo Cunha, Estudos em homenagem, Coordenação de António Menezes Cordeiro, Almedina, Fevereiro, 2012, p. 999-1018

\_\_\_\_\_, *Obrigação primária e obrigação de indemnizar*, Estudos em homenagem ao Professor Dr. Carlos Ferreira de Almeida, Almedina, Janeiro, 2011, pp. 605-636

PEREIRA, Maria de Lurdes, *O que a eficácia externa das obrigações é e o que não é*, Código Civil / Livro do Cinquentenário, Volume II, coordenação António Menezes Cordeiro, Junho 2019, pp. 347-389

PEREIRA, Rui Soares, *O nexó de causalidade na responsabilidade delitual – Fundamento e limites do juízo de condicionalidade*, Almedina, 2017

PINA, J. A. Esperança, *A Responsabilidade dos Médicos*, 2ª edição revista, ampliada e actualizada, LIDEL, Lisboa, 1998

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, 2012

QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, 2010

RAMOS, José Luís Bonifácio, *Questões Actuais De Direito Probatório*, AAFDL, 2021

\_\_\_\_\_, *O Activismo Judicial e o Processo Civil in Volume Comemorativo dos 30 Anos de Cooperação entre a Faculdade de Direito de Lisboa e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, Lisboa, 2021, pp. 619-658

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *A reparação judicial do dano da responsabilidade civil (um olhar sobre a jurisprudência)*, 3ª. edição, Coimbra, Almedina, 2006

\_\_\_\_\_, *Ónus da Prova no Processo Civil*, Almedina, 3ª edição, 2006

RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico – Breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, Almedina, 2013

\_\_\_\_\_, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth) in Revista do Ministério Público*, I32, Outubro/Dezembro, 2012, pp. 71-125

REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado*, volume III, 3ª edição, Coimbra, 2012

REZENDE, Joffre Marcondes de, *O ato médico através da história*, in. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*, São Paulo: Editora Unifesp, 2009, pp. 111-119, [Consult.

2019-12-20], Disponível na internet: < [https:// www.books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-12.pdf](https://www.books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-12.pdf)>

ROCHA, Nuno, A «*Perda de Chance*» Como Uma Nova Espécie de Dano, Almedina, Fevereiro, 2014

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Sinopse esquemática da responsabilidade médica em geral (breves anotações)*, in *Lex Medicinæ*, in Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, a.4, n.8, 2007, pp. 85-96

RUEFF, Maria do Céu, *Racionalização de bens em saúde: perspetiva jurídico-constitucional* in Anatomia do Crime, in Revista de Ciências Jurídico-Criminais, Almedina, n.º 2, julho-dezembro 2015, pp. 113-128

RUELLAN, Caroline, *La perte de chance en droit privé*, in Revue de la Recherche juridique. Droit prospectif, 1999-3, N. XXIV – 79

SAVATIER, René, *La Responsabilité Médicale*, Centre D'Etudes Laennec, P. Lethielleux, 1948

\_\_\_\_\_, *La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)*, in Revue internationale de droit comparé, Vol. 28 N°3, Juillet-septembre 1976, pp. 493-510; [Consult. 2019-10-20], Disponível na internet: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1976\\_num\\_28\\_3\\_16716](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1976_num_28_3_16716)

\_\_\_\_\_, *Traité de Droit Médical*, Librairies Techniques, 1965

\_\_\_\_\_, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Tomo II (Conséquences de la responsabilité ; responsabilités professionnelles et spotives), Paris, 1939

\_\_\_\_\_, *Une faute peut-elle engender la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ?*, in Recueil Dalloz Sirey, 1970, 29.e Cahier – Cronique”, pp. 123 e ss.

SARGOS, Pierre, *Comentário aos arrestos n.º1407 (Affaire Meurice c/ Cortet) e n. 1405 (Rocq c/ Chasseriau) Decisões da Cour de Cassation*, 1.e Ch civ., de 8 de Julho de 1997, in J.C.P., ed. G, 1997, n.º 41, Jurisprudência 22921, pp. 435-439

\_\_\_\_\_, *Confirmation et approfondissement du nouveau fondement de la responsabilité civile médicale et de la problématique et méthodologie de la perte de chance*, in Recueil Dalloz, N° 40, 2010, pp. 2682-2685

\_\_\_\_\_, *Obligation de moyens et obligation de résultat du médecin – Bilan de la jurisprudence récente de la Cour de cassation*, in Médecine & Droit, n°. 24 – Mai-juin, 1997, p. 2-5

SENDIN, José de Sousa Cunhal, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos – Da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra, 1998

SERINET, Yves-Marie e MISLAWSKI, Roger, *Vaccination contre l'hépatite B: les conditions de la responsabilité du fait des produits défectueux*, in Dalloz, 2004, n° 13, pp. 898-902

SINTEZ, Cyril, *La perte de chance : une notion en quête d'unité*, Petites affiches, n° 218, 2013, p. 3-6, [Consult. 2019-10-20], Disponível na internet: [https://www.academia.edu/6793832/La\\_perte\\_de\\_chance\\_une\\_notion\\_en\\_qu%C3%AAt\\_e\\_du\\_nit%C3%A9](https://www.academia.edu/6793832/La_perte_de_chance_une_notion_en_qu%C3%AAt_e_du_nit%C3%A9)

SILVA, José Luís Moreira da, *Atualização da jurisprudência*, in Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 307-316

SOUPLET, Isabelle, *La perte de chances dans le droit de la responsabilité médicale*, Lille II, 2002

SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lex-Edições Jurídicas, 1995

TARUFFO, Michele, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa* in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, Anno LI, n. 3, Settembre, 1997, pp. 554-573

TELLER, Marina, *La perte d'une chance de contracter ou de ne pas contracter*, in Revue de Jurisprudence Commerciale, 2013, p. 1-9, [Consult. 2019-10-20], Disponível na internet: <http://droit-et-commerce.org/medias/ConferenceDroitEtCommerce-05042013-5.pdf>

VARELA, Antunes, *Das obrigações em Geral*, Vol I, 4ª reimpressão da 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006

VEATCH, Robert M., *Models for Ethical Medicine in a Revolutionary Age*, in *The Hastings Center Report*, Vol. 2, N.º 3, Jun, 1972

VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice, *Traité de Droit Civil: Les Conditions de La Responsabilité*, 3ª édition. L.G.D.J., 2006

VON BAR, Christian *The Common European Law of Torts*, Vol. Two, Damage and Damages, Liability for acts without Personal Misconduct, Causality, and Defenses, Oxford University Press, 2000

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *La sorte del Paziente: La responsabilità del medico per L'errore diagnostico*, Pádua, CEDAM, 1994

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **PORTUGUESA**

#### **1. Supremo Tribunal de Justiça**

Acórdão do STJ de 15/10/2009, proc. n.º 08B1800

Acórdão do STJ de 18/09/2007, proc. n.º 07A2334

Acórdão do STJ de 22/09/2011, proc. n.º 674/2001.PL.S1

Acórdão do STJ de 28/01/2016, proc. n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1, Maria da Graça Trigo

Acórdão do STJ de 21/03/2018, proc. n.º 917/11.7TAGMR.G1.S1, Pires da Graça

Acórdão do STJ de 07/06/2011, proc. n.º 380/08.0YXLSB.C1S1

Acórdão do STJ de 07/04/2011, proc. n.º 329/06.4TBAGN.C1S1

Acórdão do STJ de 15/10/2009, proc. n.º 08B1800

Acórdão do STJ de 22/05/2003, proc. n.º 03P912

Acórdão do STJ de 15/12/2011, proc. n.º 209/06.3TVPRT.P1.S1

## **2. Supremo Tribunal de Lisboa**

Acórdão do STA de 20/04/2004, proc. n.º 0982/03

## **3. Tribunal da Relação de Lisboa**

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/03/2007, proc. n.º 5177/2006-2, Neto Neves

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/04/2007, proc. n.º 10328/2006-1

## **4. Tribunal da Relação do Porto**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/07/2011, proc. n.º 1952/10.8TBOAZ.T1

## **5. Sentença Cível**

Sentença da 1.ª secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23/07/2015, proc. n.º 1573/10.5TJLSB, Disponível na internet: [http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo\\_negligenciamedica\\_perdacehance.pdf](http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdacehance.pdf)

## **FRANCESA**

Cour d'appel de Grenoble, de 24/10/1961

Cour de Cassation, 14/12/1965

Court de Cassation, 10/03/1969

Cour de Cassation, 17/11/1982, (Civ. 1<sup>re</sup>, JCP 1983.II.20056, note M. Saluden)

Cour de Cassation, 08/01/1985 (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janv. 1985, D. 1986.390, note J.Penneau)

Cour de Cassation, 23/09/2003 (Civ. 1<sup>re</sup>, 23 sept. 2003, JCP 2003, II, 10179, note N. Jonquet, A.C. Maillols, D. Mainguy et E. Terrier)

## **ITALIANA**

Corte di Cassazione, 07/08/1982 (n.º 4437)

Corte di Cassazione, 04/03/2004, *in FI*, Ano CXXIX, Maio 2004, n.º 5, 1407 e ss.

#### **PÁGINAS DA INTERNET**

Coronavirus disease (COVID-19) Pandemic, *World Health Organization*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>

Coronavírus: infetados obrigam Santa Maria a fechar três enfermarias, *Sábado*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: [https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/coronavirus-infetados-obrigam-santa-maria-a-fechar-tres-enfermarias?ref=tecnologia\\_ultimas](https://www.sabado.pt/portugal/detalhe/coronavirus-infetados-obrigam-santa-maria-a-fechar-tres-enfermarias?ref=tecnologia_ultimas)

Coronavirus global health emergency, *United Nations*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.un.org/coronavirus>; Covid-19, Direção-Geral da Saúde, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://covid19.min-saude.pt/>

DGS, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.dgs.pt/directrizes-da-dgs/orientacoes-e-circulares-informativas/orientacao-n-002a2020-de-25012020-atualizada-a-250220201.aspx>

Família de idosa que morreu num lar em Braga apresenta queixa, *SIC Notícias*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://sicnoticias.pt/especiais/coronavirus/2020-03-26-Covid-19-Familia-de-idosa-que-morreu-num-lar-em-Braga-apresenta-queixa>

Infetados obrigam Santa Maria a fechar 3 enfermarias, testar suspeitos e recusar transferências, *Observador*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://observador.pt/especiais/infetados-obrigam-santa-maria-a-fechar-3-enfermarias-testar-suspeitos-e-recusar-transferencias/>

Jornal Público Comunicação Social S.A., [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.publico.pt/2015/09/01/sociedade/noticia/hospital-cobra-conta-a-familia-de-doente-e-acaba-condenado-por-negligencia-1706598>

Hospital de Santa Maria descobre Covid-19 em doentes internados, *Expresso*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://expresso.pt/coronavirus/2020-03-11-Hospital-de-Santa-Maria-descobre-Covid-19-em-doentes-internados>

Hospital de Santa Maria. Dois internados com pneumonia afinal têm coronavírus, *Dinheiro vivo*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.dinheirovivo.pt/geral/hospital-de-santa-maria-dois-internados-com-pneumonia-afinal-tem-coronavirus/>

Hospital de Santa Maria nega acusações de falta de isolamento de médicos, *Dinheiro vivo*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.dinheirovivo.pt/geral/santa-maria-nao-isola-medicos-em-contacto-com-covid-19-denuncia-federacao/>

Portugal confirma dois casos de Covid-19 com ligações a Itália e Espanha, *Diário de Notícias*, 2020, [Consult. em 27-03-2020], Disponível na internet: <https://www.dn.pt/pais/confirmados-dois-primeiros-casos-de-coronavirus-em-portugal-11805920.html>