

A PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA — UMA BREVE VISÃO PANORÂMICA NO FIM DA SEGUNDA DÉCADA DO SÉCULO XXI

RUTE TEIXEIRA PEDRO*

Resumo: Neste trabalho reflete-se sobre a aplicação da noção da perda de chance no âmbito dos casos em que se discute a responsabilidade civil médica. Nesta área, a reconstrução “ex post” facto do enquadramento causal dos factos coloca desafios difíceis de ultrapassar, na medida em que a ciência médica não oferece, frequentemente, a certeza que a operação jurídica de apuramento do nexos causal demanda, à luz do juízo em concreto da “conditio sine qua non”. Consequentemente, a autonomização das chances de cura e de sobrevivência para efeitos ressarcitório é uma perspectiva que deve ser considerada, como analisaremos neste trabalho, tendo em conta a evolução dos últimos anos.

Palavras-chave: Responsabilidade Médica; Perda de Chance; Dano; Nexos causal

* Faculdade de Direito da Universidade do Porto, CIGE — Centro de Investigação Jurídico-Económica da FDUP

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-1505-535X> · Email: rpedro@direito.up.pt

Abstract: This paper focus on the application of the notion of loss of chance to medical civil liability cases. Within this field, the *ex post facto* reconstruction of the causal chain of facts is a challenging mission, as the available medical knowledge does not offer the certainty legal reasoning demands namely to asses the “*conditio sine qua non*” requirement. As a consequence, the autonomous entitlement of surviving chances or healing chances for compensations purposes is a different perspective that is analyzed in this work, taking into account the evolution that has taken place in the recent past.

Keywords: Medical Liability, Loss of chance; Damage; Causal Link

I. Observações Introdutórias

Tendo-me sido dada a oportunidade de visitar a figura da perda de chance numa obra que se destina a homenagear o Doutor Sinde Monteiro, não poderia perder essa chance. É um tema que tenho vindo a acompanhar desde que, no início do século XXI, me deparei com ele e sobre o qual iniciei uma investigação no âmbito dos meus trabalhos de Mestrado. Volto, agora, mais uma vez, a ele, volvidas quase duas décadas sobre esse momento inicial.

À época em que iniciei o estudo, ainda não se encontravam muitas referências na Doutrina Portuguesa a esta figura que nasceu do labor jurisprudencial em outros ordenamentos jurídicos. Os trabalhos do Doutor Sinde Monteiro constituíram, a esse propósito, portanto, uma exceção. No seu profundo e incontornável estudo “Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações”, encontrei, observações muito importantes para o estudo que então iniciava. Na modalidade de ilicitude traduzida na violação de uma disposição legal de proteção, e considerando a questão do ónus da prova, o Doutor Sinde Monteiro reportava-se à figura da perda de chance, destacando a proximidade que a aplicação da “*perte d’une chance de guérison ou de survie*” feita pela jurisprudência francesa apresentava com a doutrina da atribuição da responsabilidade segundo o grau de elevação do risco¹.

¹ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 291 e ss, em especial pp. 297 e ss.

Colhi, aí, pois, ensinamentos preciosos que iluminaram o percurso de investigação e reflexão que então iniciei e que se vem prolongando até aos dias de hoje.

Com o intuito de dar o meu contributo para a merecida homenagem ao Doutor Sinde Monteiro, volto, agora, de novo à figura da perda de chance para, desta vez, em diálogo com a obra do homenageado, dar uma visão panorâmica da admissibilidade da ressarcibilidade dessa espécie de dano, entre nós, no momento em que escrevo.

II. O reconhecimento da ressarcibilidade do dano da perda de chance no âmbito da responsabilidade Civil médica

A noção da perda de chance, que já se encontrava presente em arestos relativos a outras matérias desde o fim do século XIX², foi acolhida e o seu ressarcimento admitido, pela jurisprudência francesa, no âmbito da responsabilidade civil do médico, como perda de chance de cura ou de sobrevivência (“*perte d’une chance de guérison ou de survie*”), em meados da década de 1960³.

² Sobre este ponto, veja-se o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Colecção do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra n.º 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 192 e ss.

³ Como afirmava já na década de 80 do século passado, J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações* cit., p. 298. A aceitação em França, pela Doutrina e pela Jurisprudência, manteve-se de forma persistente, verificando-se um crescente alargamento das situações em que se aceita o ressarcimento do dano da perda de chance, desde logo no âmbito da prestação de cuidados de saúde. Para além das situações a que nos referiremos na secção IV deste trabalho e que respeitam a perda de oportunidades de autodeterminação do doente (e que, como *infra* referiremos, nos parecem representar uma indevida aplicação da figura), chamamos à colação o Acórdão da *Cour de Cassation* (1.ª secção) de 26 setembro de 2018 (n.º 17-20.143), em que este Tribunal aceitou o reconhecimento do direito de uma parturiente a receber uma indemnização por parte da entidade detentora da clínica em que ocorreu o parto e que, tendo perdido o correspondente “*dossier médical*”, lhe fez perder, culposamente a “*chance de pouvoir réclamer aux professionnels de santé (obstétricien et/ou sage femme) la réparation de son préjudice corporel*” decorrente das incontinências anais e urinárias de que passou a padecer. O Acórdão está

Constituiu mais uma manifestação, na área da prestação de cuidados de saúde, do fenómeno, detetado no mesmo período, que se caracterizou pelo “enorme desenvolvimento das responsabilidades profissionais”⁴ e que se apelidou como um movimento de “democratização da responsabilidade profissional”⁵. Foi também uma reação, ocorrida no plano jurisprudencial, à constatação de que, à luz do modo de distribuição do ónus da prova mais comum e que, entre nós, se encontra vertido no art. 342.º do Código Civil⁶, o encargo probatório que recai sobre o doente lesado, quando peticiona uma indemnização, por um ato (sob a forma de ação ou omissão) de um médico, é um encargo muito pesado e que, em certos casos, pode mesmo revelar-se excessivo.

Na verdade, como consequência da posição particular (de superioridade) em que o médico (“*Die Konsequenz der ärztlichen Überlegenheiten*”) se encontra como profissional especialista perante o doente, há um desequilíbrio (“*Ungleichgewicht*”) que pode fazer perigar até a igualdade de armas processual

disponível in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037473934/>. Sublinhando a originalidade do caso vertente em que a perda de chance serviu para ultrapassar a dificuldade de afirmação donexo causalidade entre a “*faute d’organisation*” da clínica e a falta de reparação do dano sofrido pelo doente como consequência de um ato médico, ver PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, janeiro-março de 2019, p. 119 e ss.

⁴ J. SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra : [s.n.], 1983, p. 26. O Autor aponta o “progressivo esbatimento dos privilégios ou imunidades (de direito ou de facto)” como fenómeno característico do século XX também em *Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações*, cit., p. 166.

⁵ CHRISTIAN VON BAR, *apud* FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 332, Janeiro de 1984, p. 21.

⁶ Advertimos, de imediato, que todas as normas que, neste trabalho, sejam citadas sem referência do diploma a que pertencem são normas do Código Civil Português, na versão vigente no momento presente.

(“*die prozessuale Waffengleichheit*”) entre as partes⁷, o que não pode ser ignorado pelo Direito⁸, como se foi reconhecendo transversalmente. Ora, segundo as já referidas regras da distribuição do ónus probatório cabe, em princípio, ao doente provar todos os factos constitutivos do direito à indemnização que reclama, o que faz com que ele se encontre numa situação de grave necessidade de prova (“*in grosse Beweisnot*”)⁹.

Constatou-se, aliás, que, em alguns litígios sob apreciação dos Tribunais, a prova carreada para o processo permitia dar por demonstrada a prática, pelo médico, de um ato ilícito e culposo e a concretização do resultado final desvantajoso (a morte, a consumação de uma incapacidade) que a intervenção do médico procurava evitar, ficando também provado que aquele ato tinha privado o doente das chances (todas ou algumas) que ele tinha de escapar àquele resultado desvantajoso. Ora, o problema com que os Tribunais se deparavam na administração da justiça nestes casos, era o de que, apesar de o ato eventualmente fundante de responsabilidade ser idóneo para a produção do dano final (a morte, a consumação da incapacidade) — apesar, portanto, de se poder afirmar a sua adequação para a produção de danos da espécie daqueles que se produziram —, não se conseguia dar por assente, com o grau de certeza demandado, que aquele ato tinha sido, em concreto, condição necessária para a produção daque-

⁷ O desequilíbrio referido, com reflexos na igualdade de armas que deve processualmente ser promovida, explica-se por várias razões (“*Die notwendige Waffengleichheit ist im Arzthaftungsprozess aus verschiedenen Gründen schwer herzustellen*”): seja pela dificuldade de reconstrução do encadeamento factual (“*Rekonstruktion des tatsächlichen Geschehens*”), por parte do doente que se encontra muitas vezes sem perfeita percepção do que lhe acontece até por força do seu estado de saúde ou por efeito de substâncias sedantes e, por vezes, com anestesia geral (“*bei Vollnarkose*”); seja pela falta de conhecimentos da área (“*Wissen der Spezialisten*”); seja ainda pela dificuldade de afirmação donexo causal entre o erro médico e as consequências sofridas pelo doente (“*ist selbst bei einem nachgewiesenen Arztfehler die Kausalität zwischen dem Fehler und dem Erfolg in vielen Fällen unklar*”). Assim JOHANNES HAGER, J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 E-I, 824, 825 (Un-erlaubte Handlungen 1 — Teilband 2)*, Berlim, Sellier — de Gruyter, 2009, p. 457.

⁸ Acompanhamos em texto afirmações de JOHANNES HAGER, J. von Staudingers, cit., p. 410.

⁹ JOHANNES HAGER, J. von Staudingers, cit., p. 459.

le dano. Ora, entendendo-se que a afirmação da condicionalidade é uma exigência da afirmação do nexu causal, à luz do disposto nos arts.º 562.º e 563.º¹⁰, e falhando a sua demonstração, a decisão a adotar pelo Tribunal teria que ser no sentido de denegar a pretensão ressarcitória do paciente¹¹.

A título meramente exemplificativo, sublinha-se que esse era, pois, o resultado a que estavam votados os pedidos relativos ao atraso ilícito e culposo no diagnóstico de uma doença de que o doente viesse a falecer, sem que se pudesse afirmar que tal desfecho não ocorreria na hipótese de o diagnóstico ter sido corretamente feito no momento em que o deveria ter sido. E era assim, apesar de ficar demonstrado que o ato ilícito e culposo do profissional havia diminuído as possibilidades de o doente ter escapado àquele resultado final.

Falamos de situações como a que foi julgada pela sentença da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015¹². Nesse caso, em extrema síntese, deu-se como provada a omissão ilícita e culposa de diagnóstico de uma pneumonia num primeiro momento em que a doente se havia deslocado a uma instituição hospitalar privada, com dificuldades respiratórias e um grave mal-estar generalizado sem que fosse realizado qualquer exame complementar de diagnóstico, como ficou assente que deveria ter ocorrido. Ficou também provado que, algumas horas mais tarde, quando a doente retorna ao mesmo estabelecimento, perante o agravamento do seu estado de saúde, depois de realizados vários exames, é-lhe detetada uma infeção generalizada

¹⁰ Sobre o nexu causal, *vide* J. SINDE MONTEIRO, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano II, 2005, pp. 379 e ss.

¹¹ A prova do nexu causal é a maior dificuldade colocada ao doente lesado, revelando-se a “autêntica pedra de toque da responsabilidade médica”, como afirma RIBEIRO DE FARIA, “Da prova na responsabilidade civil médica — Reflexões em torno do direito alemão”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, p. 124.

¹² Trata-se de uma sentença proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, pela então Juíza (hoje Desembargadora) Dr.ª Hígina Castelo e transitada em julgado em 12 de Outubro de 2015. A sentença encontra-se disponível, na internet, no endereço http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf.

(sepsis ou septicemia), diagnosticando-se-lhe uma pneumonia. A doente morre 16 dias depois, por choque séptico devido a essa pneumonia. Os dados fornecidos pela ciência médica e carreados, naquele caso, para o processo permitiam concluir que numa sépsis grave diagnosticada, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80% na primeira hora; de cerca de 40% decorridas 3 horas e de 20% passadas 12 horas. No entanto, não ficou provado que, se o diagnóstico inicial fosse correto, a doente teria sobrevivido. Assim, o nexo de condicionalidade entre a omissão ilícita e culposa e esse resultado final falhava, pelo que a pretensão compensatória pela perda da vida não podia proceder. Poderá, no entanto, a perda das chances de sobrevivência que, em juízo, ficou demonstrada, ser considerada para efeitos ressarcitórios?

A aceitação da reparação do dano de perda de chances de sobrevivência foi precisamente uma das respostas¹³ que se desenvolveu, no plano jurisprudencial, para o problema da dificuldade de demonstração do nexo de condicionalidade detetado em constelações fácticas como a que se acaba de expor. Constatando-se a necessidade de uma intervenção *pro damnato*¹⁴, essa resposta foi acolhida e desenvolvida nas últimas décadas, em especial¹⁵,

¹³ Não é a única. Ao lado da solução dita substancial que é a do reconhecimento do dano da perda de chance, apareceram mecanismos que foram apelidados de mecanismos processuais, a que nos referimos *infra* na nota 39. Apesar do funcionamento ser distinto e a natureza também, as distâncias não são assim tão grandes quanto aos objetivos e à base comum em que radicam. Assim, se percebe quando JOHANNES HAGER, referindo-se aos mecanismos de facilitação da prova em caso de erro grosseiro (“*Beweiserleichterungen aufgrund schwerer Fehler*”), afirma que para o seu funcionamento releva não uma informação dada pela “estatística, mas antes as chances de desenvolvimento no concreto paciente” (“*Es kommt nicht auf Statistiken, sondern auf die Chancen des Verlaufs beim konkreten Patienten an*”. J. von Staudingers, cit., p. 468.

¹⁴ Pelas razões expostas *supra* em texto e na nota 7 e a que, mais desenvolvidamente nos referimos, no nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, pp. 165 e ss.

¹⁵ Para além dos ordenamentos que são citados em texto, pode citar-se também o da Holanda como outro ordenamento no contexto europeu que reconhece a ressarcibilidade da perda de chance. Nesse sentido, veja-se o estudo que permite comparar o sentido da decisão judicial que seria adotada, em 16 jurisdições europeias diferentes, em caso de atraso culposo no diagnóstico de uma doença oncológica que determinou a redução das chances de sobrevivência do paciente de 70 para 30, VVAA, *Causation in European Tort Law*, Marta Infantino e Eleni Zervogianni (edi-

em França¹⁶, em Itália¹⁷ e em Espanha¹⁸.

E do estudo que vimos fazendo da figura, acompanhamos o entendimento do Doutor Sinde Monteiro quando afirmou, logo na década

tores), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 558 e ss.

¹⁶ Veja-se a Decisão da *Cour de Cassation* (1.ª secção), de 22 de março de 2012 (n.º 11-10935), que cassou e anulou a decisão da *Cour d'Appel* de Riom, por nela não ter sido considerada a reparabilidade do dano da “*perte de chances de guérison*”, no caso da “*perte de chance d'éviter la récidive de la pathologie*” do paciente. Na verdade, apesar de ter dado por assente “*le caractère fautif de l'absence de contention après traitement*”, por parte do profissional, e que essa omissão (ilícita e culposa) implicava “*nécessairement que la convention aurait pu, si elle avait été mise en place, avoir une influence favorable sur l'évolution de la pathologie*”, a *Cour d'Appel* de Riom não considerou aquela espécie de danos. Segundo a *Cour de Cassation* a *Cour d'Appel* não extraiu as consequências jurídicas das afirmações feitas (“*n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations*”). O Acórdão pode ser consultado <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000025565880>.

¹⁷ Aceite pela jurisprudência italiana no fim da década de 80 no âmbito do direito do trabalho, foi acolhida no âmbito da responsabilidade médico-sanitária, como “*danno da perdita di chance di guarigione o sopravvivenza*” em 2004, com a Decisão da *Corte di Cassazione* (secção III) de 4 de março de 2004, n.º 4400, in *Foro Italiano*, vol. 127, N.º 5 (maio de 2004), pp. 1403 e ss. Veja-se MARCO ROSSETTI, *Il danno alla salute*, 2.ª ed., Wolters Kluwer, 2017, pp. 1227 e ss e LUDOVICO BERTI, *Il nesso di causalità in responsabilità civile. Nozione, onere di allegazione e onere della prova*, Giuffrè Editore, 2013, pp. 189 e ss. Considere-se a decisão da *Corte di Cassazione*, (secção III) de 18 de setembro de 2008, n.º 23846, in *Foro Italiano*, vol. 132, n.º 6 (junho de 2009), pp. 1813 e ss.

¹⁸ Também em Espanha se deu a aceitação da figura da “*perda de oportunidade*” de cura ou sobrevivência, tendo-se dado o seu acolhimento, pela primeira vez, pelo Supremo Tribunal Espanhol através da decisão de 10 de outubro de 1998 (STS 5788/1998), relativa a uma situação em que por um indevido (ilícito e culposo) acondicionamento de uma mão que havia sido amputada se perderam as chances de a mesma ser transplantada com sucesso. A decisão encontra-se disponível <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>, sendo encontrada através do ID Cendoj 28079110011998101738. Sobre esta decisão e a evolução em Espanha, veja-se MIGUEL MARTÍN-CASALS, “Proportional Liability in Spain: a bridge too far?”, in *Uncertain Causation in Tort Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 59. Por decisão de 3 de dezembro de 2012 (STS 8508/2012), o Supremo Tribunal Espanhol tornava claro o entendimento que dava por assente da aceitação da perda de chance como “*respuesta indemnizatoria*”. Desta decisão está acessível no endereço *supra* referido, sendo encontrada através do ID Cendoj 28079130042012100816.

de 80 do século passado, a aceitação, entre nós, da ressarcibilidade do dano da perda de chance¹⁹, respeitados que sejam os requisitos de que deve depender a sua aplicação e a que, sucintamente nos referiremos, na próxima secção.

Uma vez afirmada a ressarcibilidade do dano da perda de chance, a indemnização que seja concedida obedece ao princípio da indemnização integral²⁰: repara-se, pois, totalmente o dano que se está a reparar e que é o dano da perda de chance. O juiz deve é “ter em conta tanto a existência como o grau de álea que afecta a realização da chance *perdue*”, na fixação do *quantum* reparatório, como destacava Sinde Monteiro²¹.

Apesar da aceitação da figura também em Portugal nas últimas décadas ter crescido²², de haver, hoje²³, uma ampla reflexão doutrinal sobre a

¹⁹ Assim: “nada parece opor-se à sua ressarcibilidade” entre nós. J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, cit., p. 297.

²⁰ Sobre a forma de cálculo, veja-se o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 227 e ss e 321 e ss ou o nosso “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*, Almedina, Vol. II. Profissionais de Saúde e Pacientes. Responsabilidades, João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa (coordenadores), Almedina, 2016, pp. 94 e ss.

²¹ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, cit., p. 298.

²² Veja-se, nesse sentido, PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, *Causalidade, Dano e Prova. A incerteza na Responsabilidade*, Almedina-Colectânea de Jurisprudência, 2016, pp. 139 e ss.

²³ Podem, hoje, chamar-se à colação vários trabalhos em que a figura foi tratada. Sem pretensão de esgotar a enunciação até por razões de economia de trabalho, e para além da obra referida na nota anterior, considerem-se entre outras, JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance”, in *Cadernos de Direito Privado*, número especial 2, dezembro de 2012, pp. 17 e ss, NUNO SANTOS ROCHA, “A «perda de chance» como uma nova espécie de dano”, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015, PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145.º, Março-Abril de 2016, pp. 174 e ss; RUI CARDONA FERREIRA, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, 2013, Vol. IV, pp. 1301 e ss, e, do mesmo Autor, “A perda de chance — análise

mesma e de haver um abundante acolhimento jurisprudencial da reparação do dano da perda de chance noutros domínios²⁴, nomeadamente no da responsabilidade profissional do advogado, a reparação do dano da perda de chance de sobrevivência ou de cura é, entre nós, ainda muito rara. Destaca-se a esse propósito a já referida sentença da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015, que é exemplar na aplicação da noção no âmbito da prestação de cuidados de saúde.

No nosso entendimento, a noção — quando bem aplicada, como o foi no caso na sentença acabada de referir — consubstanciará tão só o reconhecimento, no plano ressarcitório, das chances que, ainda antes da sua perda por ato de terceiro, à luz de um pensamento radicado na dogmática tradicional, já eram mercedoras de tutela jurídica. Falamos, desde logo, de situações — tão comuns no âmbito da atividade médica, como na atividade do advogado — em que o devedor assume uma obrigação de meios. Decisivo parece-nos, pois, atentar-se com detenção nos contornos da figura e, portanto, nos requisitos de cuja reunião depende a reparação do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência. É o que faremos sucintamente na próxima secção.

III. Os “*garde-fous*” a respeitar na ressarcibilidade do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência

Para o título desta secção, tomámos de empréstimo a expressão que o Doutor Sinde Monteiro empregava quando se referia à admissibilidade

comparativa e perspetivas de ordenação sistemática”, in *O direito*, 144.º, 2012, pp. 29 e ss. Considerem-se, também, as observações reflexivas de CARNEIRO DA FRADA, *Responsabilidade Civil — O Método do Caso*, 2.ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 103 a 105, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações* cit., pp. 307 e ss, e PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e interesse contratual positivo*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 1103 e ss.

²⁴ Sobre a aplicação da perda de chance pela nossa jurisprudência, veja-se o nosso “Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência”, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil* (e-book), Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 183 e ss.

da reparação do dano da perda de chance²⁵. O reconhecimento, no plano ressarcitório, da perda de chances por um ato fundante de responsabilidade civil fica, pois, dependente de um conjunto de requisitos que não podem ser postergados e que constituem, portanto, barreiras protetoras (“*garde-fous*”) contra um excesso de responsabilização, com os perigos que a mesma acarreta, desde logo em termos de fomento de uma medicina defensiva que a todos prejudicaria.

Perspetivando a perda de chance como um dano, como nos parece que pode ser perspetivada²⁶, não se nega, no entanto, que a figura serve para responder a uma dificuldade que se encontra no plano da aferição do nexos causal. É, precisamente, a dificuldade que a presença de aleatoriedade na realidade e que a complexidade que o concurso causal — e que, paradoxalmente, o avanço da ciência e da técnica acentuam — geram que impede a afirmação do nexos de condicionalidade²⁷, naquele plano, quanto ao dano traduzido na perda de resultado final. E é, precisamente, por isso, que a ressarcibilidade da perda de chance — como entidade intermédia funcionalizada à consecução do resultado final vantajoso (ou o mesmo é dizer, funcionalizada ao impedimento da concretização do resultado final desvantajoso, ie, a morte, a incapacidade) — é considerada, como defesa de segunda linha²⁸. Trata-se ao fim e ao cabo de acantonar a incerteza adveniente da álea presente — e que é inerente à atividade mé-

²⁵ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, cit., p. 297.

²⁶ Grassa a querela de saber se a perda de chance é um conceito operativo que se reconduz ao dano ou ao nexos casual. Veja-se a esse propósito, com indicações bibliográficas, o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 281 e ss.

²⁷ E que as outras ciências não aplicam. O problema manifesta-se particularmente quanto à recurso a prova científica que é probabilística por natureza (“*is explicitly probabilistic in nature*”). A análise dessas situações permite concluir que “*the relationship between legal and scientific approaches to causation and standards of proof is rife with misunderstandings and contradictions*”, como sublinha Gemma Turton, “Proof of Causation”, in *Evidential Uncertainty in Causation in Negligence*. Oxford: Hart Publishing, 2016, p. 82.

²⁸ Do que se extraem consequências, como vimos no nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 383 e ss e 388-389.

dica — no bem jurídico lesado: as chances de sobreviver ou de se curar. Ora são precisamente essas chances que densificam a obrigação de meios que, em regra, recai sobre o médico. É o seu aproveitamento que corporiza, portanto, o núcleo do programa deveral²⁹ que nasce da celebração de um contrato de prestação de cuidados de saúde. É também o seu apro-

²⁹ Pensamos também, como já tivemos oportunidade de referir que “Considerando a obrigação que o médico assume de prestar assistência a um determinado paciente, poderemos concluir que o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (*rectius, chances*) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado mediato — a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade. Tal aproveitamento verifica-se mediante a adopção de um comportamento atento, cuidadoso e conforme às *leges artis* — que constitui, em suma, a tradicional obrigação principal (de meios) assumida pelo profissional de saúde”. Assim, “(...) se o médico dissipa as *existentes* possibilidades (*chances*) de sucesso final estará a impedir a satisfação do resultado devido — o resultado imediato (e conseqüentemente, a do mediato). Incumpre, pois, uma obrigação — a de não desperdiçar, por culpa sua, as chances de cura, de sobrevivência, ... — que condiciona, inviabilizando totalmente (se todas as chances se perdem) ou dificultando (se apenas algumas chances desaparecem), o cumprimento da obrigação principal — a de aproveitar essas possibilidades (que poderiam, ou não, vir a concretizar-se na produção do resultado final desejado). Aquela obrigação (a de não delapidar, por sua culpa, o pecúlio de chances de que o doente dispõe) poderá, então, ser qualificada como de resultado, independentemente da natureza desta obrigação de aproveitar aquele pecúlio, transformando a chance em realidade (na cura ou sobrevivência). Aquela obrigação constitui, portanto, o substrato desta — na medida em que traduz a manutenção das condições de cumprimento da segunda — devendo qualificar-se como uma obrigação secundária não autónoma”. *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 118 a 120. Acrescentámos depois que “Apesar de, em virtude da sua natureza instrumental, esta obrigação, em regra, não se emancipar da obrigação principal, pode essa emancipação justificar-se, em certas circunstâncias. Será o caso de a tutela jurídica predisposta para as hipóteses de incumprimento da obrigação principal se revelar infrutífera — o que ocorre, em muitas situações, em que se discute a responsabilidade do médico, devido às dificuldades inerentes à demonstração de todos os requisitos de que depende o reconhecimento de um direito indemnizatório, com base no incumprimento da obrigação principal assumida por aquele profissional. Parece-nos, aliás, que é um raciocínio desta espécie que subjaz ao acolhimento, no âmbito da responsabilidade civil do médico, da figura da perda de chance — que traduzirá, em suma, o reconhecimento da responsabilidade do médico, pelo incumprimento da obrigação instrumental referida.”. Op. cit., pp. 121-122.

veitamento que é visado pela previsão de normas de proteção aplicáveis no âmbito da saúde, podendo ser também considerado como postulado pela proteção delitual (contínua) dos bens pessoais, como sejam, a vida, a saúde e a integridade física.

Ora, em primeira linha, o ressarcimento da perda de chance de cura e sobrevivência pressupõe, portanto, que se demonstre a existência, no caso concreto, de chances que a atuação médica visava aproveitar no sentido de promover a verificação do resultado final (que o médico não garante, em regra, precisamente por causa da aleatoriedade presente). Pressupõe também que se demonstre que há um ato do profissional médico³⁰ que, reunindo os pressupostos exigidos para o efeito (em regra, os requisitos do art. 798.º, no plano obrigacional e os do art. 483.º no plano extra-obrigacional), pode considerar-se fundante da sua responsabilização civil pelo dano da perda de chance.

O primeiro requisito é, portanto, o da demonstração da existência, na situação *sub iudice*, de chances que o ato da pessoa que se equaciona responsabilizar (o profissional) fez perder ao doente. E as chances devem ser reais, sérias e consideráveis. É uma exigência que vemos ser posta pela nossa jurisprudência quando afirma a responsabilização do advogado pela perda de chances processuais³¹. Deve, portanto, também na área médica, quando se equaciona, a responsabilização por esta espécie de danos, aferir-se do grau de probabilidade que, em concreto, atendendo

³⁰ Vimo referindo-se ao médico, mas o raciocínio expendido pode aplicar-se à responsabilidade de outros profissionais de saúde e mesmo à das entidades detentoras de estabelecimentos hospitalares ou de prestação de cuidados de saúde que se sirvam de profissionais da área, como seus auxiliares (art. 800.º) no cumprimento das obrigações assumidas relativas à prestação de cuidados de saúde.

³¹ Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de novembro de 2020 (Processo n.º 13132/18.0T8LSB.C1.S1). No sumário afirma-se que: “no âmbito do denominado dano pela «perda de chance» ou de oportunidade, que ocorre quando uma situação omissiva faz perder a alguém a sorte ou a «chance» de alcançar uma vantagem ou de evitar um prejuízo, que permite a concessão de uma indemnização” é necessário que “fique demonstrado que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis”. Todos os Acórdãos Portugueses referidos neste trabalho estão disponíveis na base de dados que pode ser acedida através do endereço www.dgsi.pt e podem ser encontrados através de pesquisa com base no número de processo.

aos contornos da situação — nomeadamente considerando o momento em que foi praticado o ato ilícito e culposo que provocou a sua perda —, o doente teria de conseguir evitar o resultado desvantajoso. A aferição da existência e consistência das chances de cura ou sobrevivência pressupõe que se faça uma apreciação clínica, com base nos dados fornecidos pela ciência médica, daquele concreto sujeito, com as características particulares que ele apresentava. Trata-se do equivalente ao que, no âmbito da avaliação das chances processuais, constitui o “juízo dentro do julgamento”³², para averiguar se o resultado pretendido era possível e provável de ser alcançado naquela situação particular. Não valerão, portanto, juízos assentes em meros valores estatísticos. Esses dados são relevantes, mas deverá, a partir deles, pessoalizar-se, casuisticamente, a chance que se entende ter perdido³³. Revelar-se-ão, por isso, necessários conhecimentos técnicos e a prova pericial será de grande importância. Não se olvida que o ónus de demonstração da existência da chance (com as características *supra* referidas) e da sua perda recaem sobre o doente³⁴.

Cabe-lhe também a ele, em regra, provar todos os requisitos de que depende o nascimento de uma obrigação de indemnizar³⁵. Valendo, aqui, a regra da responsabilidade subjetiva (art. 483.º, n.º 2), o doente tem o encargo de provar o facto ilícito e culposo do profissional médico, os danos traduzidos na perda da chance (cuja existência, como vimos, também tem o ónus de provar) que se frustrou, e o nexó causal entre aquele ato e estes danos.

³² Sobre esta operação, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de outubro de 2020 (Processo n.º 2036/17.3T8VRL.G1.S1).

³³ É um raciocínio semelhante ao que vale para a “*Anscheinbeweis*” na Alemanha: “*Eine Prozentzahl für die Wahrscheinlichkeit lässt sich nicht abstrakt angeben*”. JOHANNES HAGER, *J. von Staudingers*, cit. 463.

³⁴ Nesse sentido, veja-se, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de abril de 2016 (Processo n.º 79/13.5TTVCT.G1.S1).

³⁵ Sobre a aplicação dos pressupostos de responsabilidade civil no âmbito da atividade do profissional médico, veja-se o nosso *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 83 e ss e FILIPE ALBUQUERQUE MATOS, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respetivos pressupostos — Ac. Do TRP de 11.9.2012.”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, julho/setembro de 2013, pp. 48 e ss.

Assim, parece-nos claro que a aceitação da ressarcibilidade da perda de chance no âmbito da prestação de cuidados de saúde, não provoca um fenómeno de *objetivização* da responsabilidade. A perda de chance só é ressarcível se ficar demonstrada a prática de um ato do profissional que mereça o juízo de desvalor traduzido na ilicitude e na culpa. Continua, pois, aqui, a vigorar o princípio do “*casum sentit dominus*” que ainda hoje continua a ser o “princípio fundamental” no âmbito da responsabilidade civil: “em princípio, o dano é suportado por aquele que o sofre e só pode ser exigido de outrem um ressarcimento quando para tal existe um fundamento jurídico”³⁶. E, portanto, esse princípio delimita, negativamente a responsabilidade do profissional médico, não havendo responsabilidade do mesmo sem que se demonstre que o seu ato ilícito foi também culposo. E, ressalvadas, aqui, as situações em que se possa considerar aplicável alguma presunção de culpa³⁷, caberá ao doente provar também esse requisito da responsabilidade civil.

Importa também sublinhar que, apesar de, na sua origem, se associar a uma dificuldade de afirmação do nexos de causalidade, a aplicação da noção da perda de chance não pode importar que se desconsidere nenhum dos vários requisitos de que depende a afirmação da responsabilidade civil, e, portanto, também o do nexos causal³⁸. Também, aqui, portanto, o nexos

³⁶ J. SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, op. cit., p. 12. É o que acontece no ordenamento jurídico alemão. “*Bei allen Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht hat der Patient sein eigenes Lebensschicksal zu tragen*” pelo que, tal como no direito alemão, entre nós, “*Ersatz schuldet dieser [o médico, Arzt] bei einem von ihm oder seinen Hilfspersonen verschuldeten Fehler*”, na síntese de Johannes Hager, J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 E-I, 824, 825 (Unerlaubte Handlungen 1 — Teilband 2), Berlin, Sellier — de Gruyter, 2009, p. 410.

³⁷ Mesmo que a culpa possa ser presumida em alguns casos. Pense-se nas situações em que se aplica o art. 799.º, no âmbito obrigacional, e o art. 493.º, n.º 1 e n.º 2, no domínio delitual. Vide J. SINDE MONTEIRO, “Medical Responsibility in Portugal”, in *Medical Responsibility in Western Europe*, E. Deutsch e H.-L. Schreiber, Springer-Verlag, Berlin, 1985, p. 537.

³⁸ A figura da perda de chance “não pode ser utilizada senão para medir um prejuízo, e já não para apreciar a existência de um nexos de causalidade”, nas palavras de J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*

causal tem que ser demonstrado, e o ónus da sua demonstração recai, em princípio, sobre o doente³⁹.

cit., p. 299. Aqui se revela um dos problemas que conduziu a que na doutrina francesa se distinguisse a doutrina verdadeira da perda de chance (como um dano), da doutrina falsa da perda de chance (como um aligeiramento donexo causal), a que já nos referimos *supra* na nota 26.

³⁹ A perda de chance não serve, portanto, para facilitar a demonstração do nexocausal. Outros mecanismos atuam sobre a tarefa probatória. Assim, na Alemanha, perante o pesado encargo probatório já exposto na secção 1 deste trabalho, foram-se desenvolvendo, a nível jurisprudencial, mecanismos de simplificação da tarefa ao doente (“*Erleichterungen für den Patienten*”). Por um lado, o recurso à prova de primeira aparência (“*Der Anscheinsbeweis*”), assente na verosimilhança (“*die Wahrscheinlichkeit*”) decorrente da tipicidade (“*Typizität*”) do encadeamento causal entre os efeitos danosos e o facto fundador de responsabilidade, no sentido em que “*Nach allgemeiner Lebenserfahrung muss das Schadensereignis eine typische Folge des festgestellten Haftungsgrunds*”, que não altera a repartição do ónus da prova. Por outro lado, o recurso a simplificações probatórias desencadeadas pela prova de um erro grosseiro (“*Beweiserleichterungen aufgrund schwerer Fehler*”) que podem ir até à inversão do ónus probatório (“*Umkehr der Beweislast*”). JOHANNES HAGER, *J. von Staudingers*, cit., pp. 462 e ss. Sobre estes mecanismos veja-se o nosso “A dificuldade de demonstração do nexocausalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico — Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção *pro damnato*”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (ISSN: 1645-829X), 1.º semestre de 2011, n.º 15, Lisboa, CEJ, 2013, pp. 27 e ss. Faz-se notar que FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO pronunciaram-se no sentido de que a prova por presunções devia “ser aceite neste domínio com alguma sobriedade”. “Responsabilidade médica na Europa Ocidental. Considerações de lege ferenda”, in *Scientia iuridica: revista de direito comparado português e brasileiro*, 1951, Tomo XXXIII, 1984, pp. 100 e ss. Sobre as técnicas de facilitação da prova e da inversão do ónus da prova, entre nós, veja-se PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, *Causalidade, Dano e Prova. A incerteza na Responsabilidade*, cit., pp. 176 e ss e Luís Filipe Pires de Sousa, O ónus de prova na responsabilidade civil médica, pp. e ss, in *DataVenía. Revista Jurídica Digital*, Ano 6, n.º 8, Junho de 2018, pp. 5 e ss. Quanto ao direito alemão, veja-se, hoje, a solução introduzida pela *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten* de 20 de fevereiro de 2013 e vertida no § 630h (5) do Código Civil alemão e que é relativa ao ónus probatório em caso de responsabilidade por erro no esclarecimento ou tratamento (“*Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler*”) em que se prevê que “*Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen*

A noção da perda de chance, surgida numa tendência de proteção do lesado, não conduz, portanto, se bem aplicada, ao franqueamento absoluto do caminho para que o doente veja a sua pretensão ressarcitória ser acolhida. A prova que se continua a demandar ao doente para que o dano da perda de chance de cura ou sobrevivência seja reparado é exigente e, em muitos casos, muito difícil de concretizar. No ordenamento jurídico francês em que ela tanto floresceu, constata-se precisamente que “*en pratique, on observe que, pour des questions de preuve, la perte d’une chance est rarement réparée*”⁴⁰.

Não cremos, portanto, que o dano de perda de chance constitua uma “disrupção” à dogmática tradicional que não ignorou a presença de aléa, nomeadamente quando autonomiza a obrigação de meios, nem que constitua (se bem aplicado, sublinhe-se) um instrumento que importa o abrir desmesurado das comportas que contêm a responsabilidade civil. Não nos parece, portanto, que conduza a um aumento excessivo e injustificado do reconhecimento das pretensões ressarcitórias. Cremos, pelo contrário, que podendo ser ressarcida entre nós, sem beliscar o edifício da responsabilidade civil, será um instrumento que, em alguns casos, permitirá dar a proteção juridicamente devida ao doente, harmonizando, *de iure constituto*, os quadros jurídicos operativos à natureza dos conhecimentos que a ciência médica proporciona (não oferecendo, frequentemente, as certezas que o juízo de condicionalidade pressupõe). Permitirá também recomposição, no plano jurídico, de um desequilíbrio patente, dada a diferente natureza dos dois sujeitos intervenientes — um profissional e outro leigo.

hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre”.

⁴⁰ PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, abril-junho de 2017, p. 403.

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

Nas últimas décadas, a figura da perda de chance tem sido chamada também a resolver litígios em que o que está em causa é a ressarcibilidade de danos decorrentes de uma intervenção ou tratamento médico que não foi antecedido da necessária prestação de consentimento do doente ou que não foi antecedido pela necessária prestação de consentimento que revista todas as características⁴¹ que o mesmo deve revestir, nomeadamente no que respeita ao esclarecimento prévio do doente⁴².

⁴¹ Sobre a característica do esclarecimento, nomeadamente sobre o dever de esclarecimento e o conteúdo de informação a prestar, considere-se, entre nós, ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 349 e ss.

⁴² Nas situações em que a intervenção médica, sem consentimento ou sem consentimento válido e eficaz, é concretizada por um profissional autorizado, em conformidade com as *leges artis*, prosseguindo uma finalidade terapêutica, discutiu-se qual o bem jurídico que deveria ser considerado atingido para efeitos de afirmação de responsabilidade civil e de nascimento de uma obrigação de indemnizar. A questão também se coloca no plano da tutela penal, mas não é a essa perspetiva que nos reportamos aqui, ainda que ela não deva seja ignorada. A problemática surge quanto a saber se, no caso referido, e no plano civilístico, se configuraria uma hipótese de violação do direito à integridade física consubstanciando essa ofensa uma lesão corporal ou se configuraria antes uma hipótese de violação do direito geral de personalidade (art. 70.º) consubstanciando um atentado à liberdade de autodeterminação do doente, o que se repercute no âmbito de danos que podem ser ressarcidos. J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações* cit., pp. 272 e ss. Este Autor, nesse diferendo, ainda que aceite que esteja em causa o “bem jurídico liberdade de determinação” e que essa “seja uma solução plausível *de iure condito*”, não se conforma em definitivo com essa resposta por dela resultar a “exclusão do dano patrimonial do âmbito de protecção material da norma” (*op. cit.*, p. 275). Sublinhando que a de obtenção do consentimento esclarecido do doente se exige não só por motivos éticos, mas também com o intuito de permitir ao doente que ele possa “decidir autorresponsavelmente acerca da sua situação patrimonial”, caso em que os prejuízos patrimoniais devem ser incluídos no âmbito de protecção material, conclui, portanto que “a solução preferível do ponto de vista do direito civil” é a de qualificar a intervenção médica não autorizada como ofensa corporal (*op. cit.*, p. 276). Desenvolvidamente, sobre o direito ao consentimento informado, veja-se ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, cit.,

Tem sido constatada, aliás, a tendência de, não se conseguindo provar o comportamento ilícito e culposo do médico para a produção de um determinado resultado danoso que se associa causalmente à sua atuação, procurar responsabilizar o médico pela falta de prestação de informação quanto à possibilidade de ocorrência de uma situação da espécie da que aconteceu. Esta tendência tem sido, aliás, acompanhada de uma ampliação do âmbito e teor de informações que se entendem dever ser fornecidas ao doente para que ele preste esclarecidamente o seu consentimento⁴³.

Tratou-se de um fenómeno que, à semelhança do que aconteceu com a perda de chance de cura ou sobrevivência ganhou visibilidade em França. Na verdade, a Jurisprudência francesa tem vindo a apreciar e ressarcir, também as chances de o doente não se ter submetido à intervenção médica na hipótese de lhe ter sido fornecida a informação que lhe deveria ter sido facultada. Desde a década de 90 do século passado⁴⁴ que a jurisprudência

pp. 56 e ss (quanto à perspectiva histórica do enquadramento dogmático) e pp. 109 e ss (quanto aos bens jurídicos que através dele são protegidos).

⁴³ Sobre o dever de informação, nomeadamente sobre a necessidade de, em caso de repetição de intervenções, os esclarecimentos deverem ser atualizados considerando “designadamente, que os riscos se podem agravar com a passagem do tempo”, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de março de 2018 (Processo 7053/12.7TBVNG.P1.S1)

⁴⁴ Ainda que tenham existido algumas oscilações na jurisprudência francesa, destacando-se uma tendência encarnada num Acórdão da (1.ª Secção) da *Cour de Cassation* de 3 de junho de 2010 (n.º 09-13.591), segundo a qual a violação do dever de informação por parte do médico causa um “*préjudice d'impréparation*”, no sentido em que, por não ter tido conhecimento do risco que veio depois a produzir-se, não pôde preparar-se para o resultado corporal que se concretizou. Surgiu, entretanto, a problemática de saber em que medida esse dano se relaciona com o dano da perda de chance de recusar a intervenção, entendendo-se que são danos independentes. Assim, o Conselho de Estado em decisão de 10 de outubro de 2012 (n.º 350426) e, subsequentemente, a *Cour de Cassation* (primeira secção) em decisões de 10 de abril de 2013 (n.º 12-14.813) — o Acórdão está disponível *in* <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027304839/> — e de 23 de janeiro de 2014 (n.º 12-22.123) — o Acórdão está disponível *in* <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000028514413/>. Apesar de se afirmar a diferenciação dos danos, não ficou claro se poderiam ser reparados cumulativamente, o que veio a acontecer no Acórdão da *Cour de Cassation* (1.ª secção) de 25 de janeiro de 2017 (n.º 15-27.898) — o Acórdão está disponível *in* <https://www.legifrance.gouv.fr/>

da *Cour de Cassation* francesa admite que a falta ou o déficit de informação prestada priva o paciente de uma “*chance de refuser l’intervention dommageable*”⁴⁵.

Faz-se refletir, aqui, o âmbito de informação que deve ser prestada e consequentemente a ampliação crescente do objeto do dever respetivo. As chances de evitar a intervenção medem-se em função dos riscos que ela importa e a que se poderia ter escapado. Nesse juízo, considera-se, por exemplo a gravidade que os riscos cuja possibilidade de verificação se omitiu apresentem (comparando nomeadamente a sua gravidade com a de outros riscos de que o doente foi, de facto, informado e que, apesar disso, não levaram a que ele deixasse de prestar o seu consentimento) e a existência ou não de uma alternativa terapêutica (quando ela não exista e o ato seja necessário ao tratamento do paciente, a jurisprudência francesa, concluindo que o doente, devidamente informado, teria consentido na realização do ato médico, e portanto denega a ressarcibilidade da perda de chance)⁴⁶.

Não acompanhamos, no entanto, estes desenvolvimentos. Como já advertíamos no nosso trabalho inicial sobre a matéria⁴⁷, entendemos que a aplicação da figura e a reparação do dano da perda de chance pressupõem a existência de uma aleatoriedade exógena⁴⁸. A incerteza do de-

huri/id/JURITEXT000033943617/—, em que o Tribunal aceitou o sentido de uma decisão em que se admitiu em que “*ces préjudices distincts étaient caractérisés et pouvaient être, l’un et l’autre indemnisés*”. Para críticas a essa decisão, veja-se PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, abril-junho de 2017, p. 405.

⁴⁵ PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, abril-junho de 2017, p. 403.

⁴⁶ PATRICE JOURDAIN, “Responsabilité Civile”, in *Revue trimestrielle de droit civil*, janeiro-março de 2017, 160. O Autor, em comentário a uma decisão do Conselho de Estado francês, critica o entendimento do mesmo na medida em que, na avaliação da perda de uma chance de recusar uma intervenção médica por omissão da informação sobre um risco grave, não valorou a incidência que a frequência de concretização daquele risco (no caso em apreço era, no máximo, de apenas 0,1%) teria na dimensão da chance perdida. *Idem*.

⁴⁷ *A Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, cit., pp. 313 e ss.

⁴⁸ Uma aleatoriedade que impede que se aplique o juízo de condicionalidade ou

senrolar dos acontecimentos tem que ser inerente aos próprios acontecimentos, não podendo, pois assentar na dúvida sobre uma escolha que o próprio lesado teria feito na falta do facto ilícito e culposo daquele de cuja responsabilidade se trata⁴⁹. Como já o dissemos, nestes casos não é uma chance que se perde, é uma “*choice*” que se inviabiliza⁵⁰. Não nos parece, pois, que se deva aplicar a figura, nem, conseqüentemente, que a determinação do *quantum* reparatório se faça nos mesmos termos, com recurso à operação tripartida que a definição do montante indemnizatório por perda de chance pressupõe.

V. Observações Conclusivas

Atendendo à economia deste trabalho, cumpre concluir.

Parece-nos que a análise do funcionamento do edifício da responsabilidade civil no âmbito da responsabilidade civil do médico associado às regras de distribuição de ónus da prova permite diagnosticar uma *patologia* carecida de tratamento jurídico adequado.

Atenta a sintomatologia específica, a aceitação da reparação da perda de chance de cura ou sobrevivência revela-se uma possível terapia em casos circunscritos, quando certos requisitos se encontrem reunidos, como procurámos sintetizar.

o “*but-for test*”. MIQUEL MARTÍN-CASALS, “Proportional Liability in Spain: a bridge too far?”, cit, p. 66.

⁴⁹ Neste sentido, entre outros, na doutrina francesa, MURIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des Obligations, Tome 2. Responsabilité Civile et quasi contracts*, 4.º ed., Presses universitaires de France, 2019, pp. 194 e ss. Na doutrina espanhola, MIQUEL MARTÍN-CASALS, “Proportional Liability in Spain: a bridge too far?”, cit., p. 59 e Jordi Ribot Igualada, “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, *Revista de Derecho Privado*, 2007, Ano 91, VI, pp. 38 e ss.

⁵⁰ Aliás, na doutrina anglo-saxónica desenvolveu-se o conceito de “*informed choice*”, em vez de “*informed consent*”, demarcando-se, assim, um perímetro mais amplo, ao reconhecer-se, também terminologicamente que “a autodeterminação nos cuidados de saúde implica, não só que o paciente consinta ou recuse uma (heteronomamente) determinada intervenção, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidades de tratamento possíveis, no domínio médico, cirúrgico e farmacêutico”. ANDRÉ DIAS PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, p. 74.

Parece-nos, portanto, que podemos concluir, repetindo o que há quase duas décadas escrevemos: “Em síntese, citando o Doutor Sinde Monteiro, a perda de chance constitui uma «orientação defensável» e «há boas razões de justiça material e de equilíbrio jurídico para a defender, embora, no pormenor muita coisa permaneça em aberto.»”⁵¹ Hoje, acrescentamos apenas que, ao longo dos anos que entretanto passaram, a doutrina e a jurisprudência se ocuparam de, refletidamente, densificar os detalhes que então estavam ainda em aberto.

⁵¹ J. SINDE MONTEIRO, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, *in* *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1991, p. 152. O Autor acrescentava ainda em abono da figura que a mesma era “um meio idóneo, de contrabalançar o carácter muito aleatório da prova.”