

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. CAUSALIDADE FUNDAMENTADORA E CAUSALIDADE PREENCHEDORA DA RESPONSABILIDADE. IMPUTAÇÃO OBJETIVA

MAFALDA MIRANDA BARBOSA *

Resumo: A causalidade é um dos tópicos mais problemáticos do direito delitual. Nas páginas que se seguem, depois de concluir que as tradicionais doutrinas causais não se mostram aptas a fundamentar e limitar a indemnização, propomos uma nova perspetiva para lidar com o problema.

Palavras-chave: Responsabilidade, responsabilidade médica, causalidade

Abstract: Causation is a problematic topic of tort law. In this paper, after concluding that traditional causation doctrines are not able to fund and limit indemnity, we propose a different approach to deal with the topic.

Keywords: liability; medical malpractice; causation

* Univ Coimbra · University of Coimbra Institute for Legal Research · FDUC ·
Professora Associada · mcnm@fd.uc.pt
CIENCIA VITAE: <https://www.cienciavitae.pt/C313-72CA-DFB7>

I. Formulação do problema

O nexu de causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, tem suscitado, ao longo dos tempos, muitas dificuldades e não menos controvérsias. As tradicionais doutrinas da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada, na verdade, não se mostram aptas a resolver (e a resolver de modo normativamente justo e materialmente adequado) todos os problemas que a este nível se colocam. Não se estranha, por isso, que recentemente tenham surgido propostas doutrinárias no sentido de substituir uma visão causal por uma visão imputacional do requisito, única, aliás, consentânea com o sentido do direito que, metodologicamente, somos chamados a assumir. A responsabilidade médica tem sido, a este ensejo, um importante tubo de ensaio. A incerteza que acompanha o *iter* conducente à lesão, quando em causa esteja a atuação de um médico, transforma-a num campo fértil para o efeito. Nas páginas que se seguem, procuraremos sublinhar quer as inconcludências das perspetivas tradicionais, quer as linhas de entendimento da nova perspetiva que se desenha. Para tanto, orientar-nos-emos por um caso concreto, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça: a riqueza dogmática que o mesmo encerra justifica a nossa opção dialógica.

II. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de novembro de 2017¹

O caso relatado pelo Acórdão do STJ de 2 de novembro de 2017 conta-se em poucas palavras. A instaurou uma ação contra a Clínica X e contra B, pedindo a sua condenação solidária no pagamento de uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais. Para tanto, alegou que tinha sido submetida, em 10 de outubro de 2008, a uma cirurgia de extração de um dente do siso incluso, da qual resultaram dores, limitações, incapacidade para o trabalho, para o treino físico e para a progressão na carreira militar, causadas por lesões resultantes da falta de cuidado do segundo réu, C, na realização da referida extração, cuja

¹ Proc. nº 23592/11.4T2SNT.L1.S1, relatora: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

possibilidade de ocorrência não lhe havia sido comunicada. Os réus contestaram, alegando que a autora foi informada sobre o diagnóstico e procedimentos adequados ao caso e sobre os potenciais riscos da extração, a qual foi realizada segundo as *leges artis*. Mais referem que algumas das sequelas invocadas não podem resultar do tipo de intervenção em questão. O Tribunal de 1ª instância julgou a ação improcedente, considerando que as lesões sofridas não são uma seqüela do ato cirúrgico, antes decorrendo dos riscos próprios da ciência médica. Em sede de recurso, o Tribunal da Relação de Lisboa concedeu provimento parcial à apelação, condenando os réus ao pagamento de uma indemnização. Para tanto, sustentou que, apesar de estar provado que os procedimentos cirúrgicos foram realizados de acordo com as *leges artis*, a autora foi “atingida na sua integridade física, sofrendo sequelas que não haviam sido contratadas, para cuja ocorrência não havia consentimento e de cuja possibilidade (...) não havia sido informada”, quando a seriedade das consequências e a taxa de frequência com que podem ocorrer impunham que em relação a elas tivesse sido cumprido um dever de esclarecimento, que foi violado. Considerou, portanto, que havia violação de um dos deveres contratuais: o dever de prestar informação a fim de obter do paciente o consentimento informado, “dever esse que também é imposto por lei e protege os direitos absolutos da integridade físico-psíquica e da liberdade de vontade”. Os réus recorrem, então, para o Supremo Tribunal de Justiça, alegando que entre a não prestação de informação sobre os riscos inerentes à cirurgia e os danos que a autora sofreu, provocados por circunstâncias anormais ou anómalas, não se verifica um nexo de causalidade adequada. Confrontado com a questão, o STJ entendeu que, de facto, o réu médico estava obrigado, por lei e pelo contrato, a informar a autora do risco de lesão do nervo lingual e das implicações de um eventual, e que tal dever foi violado. A lesão veio efetivamente a verificar-se. O coletivo de juízes sublinhou, ainda, que a cirurgia não foi realizada em situação de urgência, tendo sido agendada com tempo suficiente para a autora ponderar as vantagens e os riscos da extração. Posto isto, embora não se possa afirmar que, naturalisticamente, a falta de informação tenha provocado a lesão do nervo lingual direito e demais danos, e mesmo não se tendo demonstrado que, se conhecesse o risco que a intervenção implicava, a autora não teria consentido na sua realização, o STJ entende que é possível responsabilizar os autores. Repare-se que, de acordo com o entendimento do coletivo de juízes, se se tivesse conseguido provar que, munida da informação completa, a autora não se tinha submetido à intervenção,

poder-se-ia ter estabelecido uma “cadeia naturalística de causas”, podendo-se afirmar a causalidade. Não se tendo conseguido realizar tal prova, o STJ entendeu que a perspectiva jurídica que se afigura correta é “a de determinar se deve ser ressarcido o concreto dano consistente na perda da oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências; perda de oportunidade que, em si mesma, é um dano causado pela falta de informação devida, em abstrato suscetível de ser indemnizado, e cuja proteção tem como sustentação material o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade (...). No seu conteúdo inclui-se, nomeadamente, o poder do titular de decidir em que agressões à sua integridade física consente, assim afastando a ilicitude das intervenções consentidas (...)”. Mais continua o acórdão, referindo que, “nesta perspectiva, está ostensivamente demonstrado o concreto nexo de causalidade naturalístico (...); e preenchido o requisito da causalidade adequada (...)”. O Supremo Tribunal de Justiça autonomiza, a este propósito, o dano da perda de oportunidade para efeitos indemnizatórios.

O acórdão de 2 de novembro de 2017, do STJ, evidencia de forma clara as dificuldades que as doutrinas tradicionais da causalidade — assentes numa relação de causa-efeito — enfrentam, quando lidam com casos que se desviam da linearidade clássica. Na verdade, independentemente da prova (ou da falta dela) do comportamento alternativo da vítima caso possuísse toda a informação necessária, o que se mostra com a hipótese *sub iudice* é que a sequência causal naturalística que se pretende estabelecer falha. Dito de outro modo, como podemos concluir que é normal e adequado que de uma omissão de esclarecimento resulte uma lesão (grave) na integridade física que é uma decorrência natural da situação clínica do paciente? Tal só é viável se assumirmos que o comportamento humano é determinístico e, portanto, típico perante estímulos da mesma natureza, o que é contrariado pela própria realidade. À mesma conclusão se pode, aliás, chegar pela consideração do famoso *caso do rim*, decidido pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) em 30 de Junho de 1987². Em virtude de um erro médico, uma criança tem necessidade de receber um novo rim através de um transplante, tendo a sua mãe atuado como doadora do órgão. Mais tarde questiona-se se, a par da indemnização devida

² O caso surge no *Juristenzeitung* de 1988, 150

ao lesado direto, a progenitora pode ou não vir a ser ressarcida pelos danos suportados, entrando em cena, uma vez mais, a problemática do estabelecimento do nexos de causalidade. Entendeu-se, então, que esse nexos existe entre a remoção do rim do autor do processo, relativamente ao qual não se pode duvidar da responsabilidade, e a doação de um substituto pela mãe. Mais se considerou se tal ato voluntário e meritório era uma probabilidade a ter em conta no momento da operação cirúrgica da qual resultou, incorretamente, a remoção do único rim funcional do menor. Ou seja, e continuando a acompanhar a fundamentação aduzida, não se quebra o nexos de causalidade pela voluntariedade do comportamento materno, até porque a sua atitude foi induzida pela situação de perigo, pela qual o réu era responsável. Mas, verdadeiramente, não se pode estabelecer aqui uma relação causa-efeito em termos naturalísticos. E, em rigor, a causalidade adequada assenta, ainda, nesse critério naturalístico. De facto, não é pensável que de um erro médico no corpo de um paciente resulte um dano na saúde ou na integridade física de outro sujeito. Logo, se quisermos fazer intermediar o juízo probabilístico com a consideração do comportamento da mãe, teremos de partir do pressuposto que o comportamento humano é sempre orientado no mesmo sentido a partir de um dado estímulo, contrariando a ideia de não determinabilidade que caracteriza o agir humano. A causalidade adequada não nos serve num caso como este. Como não serve no caso decidido em 2017 pelo STJ. E são exatamente as dificuldades que aqui se denotam que justificam a mobilização da figura do dano da perda de chance ou perda de oportunidade. Este não surge, neste contexto, como um dano autónomo, contra aquele que foi o entendimento do coletivo de juízes, mas como uma forma de contornar dificuldades em matéria de causalidade. Até porque o problema não está só na probabilidade (ou não probabilidade) de um comportamento daquele tipo gerar uma lesão daquele género, mas ainda na prova da *conditio sine qua non*.

III. As teorias tradicionais em matéria de causalidade: crítica

Ao contrário daquele que foi o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, não está em causa a lesão da oportunidade ou da chance como um bem jurídico em si mesmo, mas a lesão de direitos de personalidade da vítima. A chamada à colação da nova categoria de danos serve um propósito exclusivo: contornar as dificuldades em matéria causal.

Haveremos, por isso, de assumir comprometidamente o problema da causalidade.

Para tanto, importa começar por olhar para as teorias tradicionais³, criticando-as.

1. *A conditio sine qua non*

No que respeita à *conditio sine qua non*, teremos de concluir que, ao fazer apelo a uma lógica determinística, o critério quadra mal com a intencionalidade jurídica. Parte de uma visão determinística do mundo, que não é sequer aceite no campo das ciências exatas, esquecendo que, ao nível jurídico, o direito não pode ser determinado pelo ser, na medida em que se traduz num *dever-ser*. Por outro lado, deixa-nos sem resposta em todos os casos em que o dano tem origem no comportamento da vítima. Ao mesmo tempo, conduz a uma extensão desmedida da responsabilidade⁴. Na verdade, o imbricamento em cadeia de acontecimentos

³ Omitimos, propositadamente, a teoria do escopo da norma violada. Para uma crítica a esta perspetiva, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, 2013, cap. II.

⁴ Nesse sentido, cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização”, 22-23; Pereira COELHO, “O nexa de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 189 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, Almedina, Coimbra, 2001, 884-885; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12^a edição, Almedina, Coimbra, 2009, 761-762; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999, 390 s. e *Direito das Obrigações*, 1^o vol., AAFDL, Lisboa, 1975/1976, 569 e 573; Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2^o, 2005, 379; Carneiro da FRADA, *Direito Civil. Responsabilidade civil, O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 101; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, 547 e *Direito das Obrigações*, I, AAFDUL, Lisboa, 2001, 334; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2003, 498; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, 404 s.; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volume I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 655; Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, 35; Raniero BORDON, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006, 45; G. VALCAVI, “Intorno al rappor-

opera-se com uma tal voracidade na realidade prática que torna impraticável um critério assente na pura conexão causal⁵. Do mesmo passo, mas sem contradição, restringe, noutras situações, a responsabilidade, impedindo uma decisão justa. Pense-se no âmbito de relevância dos casos em abstrato assimiláveis pela intencionalidade problemática dos conceitos de causalidade cumulativa e alternativa.

2. *Causalidade adequada*

Já no que respeita à doutrina da causalidade adequada, mesmo numa visão normativa de adequação, as inconcludências a que a teoria aporta o jurista não são de pequena monta⁶. Assim, colocam-se desde logo problemas ao nível da descrição dos *relatas*, isto é, dos termos a relacionar. Na verdade, se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa”, a resposta será, em princípio, negativa. Mas se se perguntar “é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau”, a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta será diferente, de tal modo que se pode concluir que ela já vai contida na indagação. E não será fácil optar por uma descrição dos *relata* em abstrato — porque se perde a necessária relevância do caso concreto — ou em concreto, porque a pormenorização pode, de facto, condicionar uma solução que, *a priori*, não deveria

to di causalità nel torto civile”, *Rivista di diritto civile*, nº5, 1995, 488; W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Torts*, 16th edition, Thomson, Sweet and Maxwell, London, 2002, 212 e 213, adiantando que a *conditio sine qua non*, identificada ao nível da *Common Law* com o *but-for test*, não serve para restringir a responsabilidade, sendo, amiúde, visto como um primeiro filtro no sentido da eliminação das condições irrelevantes.

⁵ Sobre esta crítica em especial, cf., *inter alia*, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 885; Pereira COELHO, “O nexo de causalidade”, 80; Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 67 s.; Luís Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, 359 e n.760.

⁶ Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada.

estar estabelecida. Isto quer dizer, no fundo, que — consoante afirmam certos autores — a adequação é critério de coisa alguma, uma fórmula vazia (*Leeformel*)⁷. Por outro lado, coloca-se o problema de saber qual o ponto de vista que se deve adotar nesta indagação: o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar? Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o sujeito sabia da hemofilia da vítima e por isso desferiu contra ela um golpe. Mas, ao considerarmos esta probabilidade corrigida por índices de subjetividade, não estamos a aproximar-nos da culpa e da previsibilidade, sendo certo que os autores a rejeitam — e bem — para estabelecer o nexo de causalidade? Mas, por outro lado, se o juízo for absolutamente objetivo e formulado *ex post*, não estaremos a condenar-nos a uma resposta de tipo estatístico que quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade e nos afasta de soluções justas, como no exemplo apresentado anteriormente? E, *in fine*, qual o grau de probabilidade que deve ser requerido? A causalidade adequada mostra-se ainda falha noutras situações. Em primeiro lugar, ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir, como no caso que acompanhamos. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas anteriormente patenteados.

IV. A superação da causalidade pela imputação objetiva

Se nenhuma das teorias tradicionalmente pensadas para resolver o problema causal (e pressupostas pelo Supremo Tribunal de Justiça no

⁷ Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade*, 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas “espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético”; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005, 325; Günther BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969, 421-442

caso em apreço) se mostra apta a oferecer uma resposta satisfatória, resta uma questão: como estabelecer a conexão que se impõe entre o comportamento do lesante e o dano?

Estamos em crer que a apurada solução da questão passa por uma mudança de perspectiva. Tal mutação radica em dois pontos fundamentais. Vejamos.

1. *A diferenciação entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade*

Se, tradicionalmente, o nexos de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado, embora os autores acabassem por evidenciar — de forma mais ou menos clara — que este liame era chamado a cumprir uma dupla função: ao mesmo tempo que seria entendido como um pressuposto da responsabilidade, era visto como um problema atinente ao cálculo da indemnização⁸, hoje, fruto da boa influência de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexos de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, de uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido⁹; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais

⁸ Entre nós, abordando unitariamente o problema, Pereira COELHO, “O nexos de causalidade na responsabilidade civil”, 113 a 115. Tradicionalmente o problema da causalidade era tratado ao nível da obrigação de indemnizar. Tal corresponde à estrutura sistemática das diversas codificações e, entre nós, respeita a orientação expendida nos trabalhos preparatórios do diploma mãe em matéria de direito civil — cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexos causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº84, 1959, 5 a 301, 7.

⁹ Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspectiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto.

(segundo dano) verificado. A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico, onde os autores distinguem a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*¹⁰ e acaba por ser conexa com cisões estabelecidas no quadro

¹⁰ Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também pág. 521, afirmando que o nexo de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lehrbuch*, I, 432; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, 60; Ulrich MAGNUS, “Causation in german tort law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 63; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 299 s.); Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 77 s.; Hennig Löwe, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine — Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl — Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, 106, 115 e 230 s.; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 392 s.; Cees Van DAM, *European Tort Law*, 270 s.; B. WÄNIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, 101 s.; Fritz LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverkehrsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkurs-*

de outros ordenamentos jurídicos. A nitidez da cisão pode esbater-se em face de determinadas formas de desvelação da ilicitude, mas afigura-se tanto mais imprescindível quanto mais vincada seja a predicação daquela ilicitude no resultado¹¹.

recht, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial pág. 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); Ulrich HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, 678; GREGOR CHRISTANDL, „BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) — Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco“, *Persona e Danno*, www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx; Hein Kötz/ Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 59; Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 25-26

¹¹ Entre nós, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo* 640 s., 924 s., nota 1834, 928 s., nota 2605 [a quem devemos importantes referências bibliográficas na matéria]; e, com importância nuclear no modelo de responsabilidade civil que propomos e na conceção de causalidade, Mafalda Miranda BARBOSA, *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*, Princípiã, 2013; Mafalda Miranda BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Princípiã, 2014; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017; Mafalda Miranda BARBOSA, “*Haftungsbegründende kausalität e haftungsausfüllende kausalität* Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, nº10, 2017, 14-36.

No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, 337, *Teoria da confiança*, 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 100; Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, 429-430; Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1929, XII, 441; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, 507; Pitta e CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil. Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*, Almedina, Coimbra, 1999, 50; Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 65 s.; Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade*

A distinção afigura-se particularmente importante em sede de responsabilidade médica. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses de responsabilidade por violação do consentimento informado, de que o acórdão dá conta. A, médico, viola o dever de esclarecimento em relação ao paciente, omitindo os possíveis efeitos de uma cirurgia, recomendada, mas não imprescindível. Poderá ser responsabilizado por que danos? Se em causa estiver a lesão da integridade física do paciente, ainda que não haja violação das *leges artis*, para além da regra que impõe o dever de informação, o problema diz respeito à fundamentação da responsabilidade, podendo-se considerar, de acordo com o modelo que propomos, que o médico chamou a si uma esfera de risco/responsabilidade pela qual terá de responder. Se em causa não estiver qualquer lesão da integridade física, mas o paciente entender que quer ser compensado, por exemplo, pela perda de rendimentos durante o tempo de recuperação de uma cirurgia que não era imprescindível, então a questão diz respeito ao preenchimento da responsabilidade, a convocar outros critérios de resolução, quais sejam os que se ligam à análise do âmbito de proteção que é desenhado pelo conteúdo do direito subjetivo lesado.

2. *A compreensão da causalidade como nexa de imputação*

A responsabilidade deixa, nesta perspetiva, de ser entendida exclusivamente do ponto de vista dogmático, mas ser compreendida do ponto de vista ético-axiológico¹². Esta é uma exigência metodológica: na interpretação que se faça de uma norma ou instituto jurídico, haveremos de a remeter para o caso e para os princípios normativos em que se louva. Ora, o princípio com que nos confrontamos é o princípio da responsabi-

e imputação na responsabilidade civil ambiental, Almedina, Coimbra, 2007, 67, n. 157 [não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela]; Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006, 143, n. 426 [em sentido crítico].

¹² Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

lidade, a chamar à colação a ideia de pessoa livre e responsável, absolutamente diversa do indivíduo dessolidário e solipsista.

A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. Note-se que a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular.

Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da

problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo* e, ainda que na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume esta seja mais ampla que o círculo definido pela culpa, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente, entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo, com o que se exclui a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior.

Num segundo momento, haveremos de operar com esta esfera de risco um cotejo com outras esferas de risco, abrindo-se o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos. Este segundo patamar terá lugar depois de se constatar que o dano-lesão pertence ao núcleo da esfera edificada. Para tanto, é necessário que haja possibilidade do dano e que ele se integre dentro dos eventos que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever. Só depois faz sentido, confrontar a esfera titulada pelo potencial lesante com outras esferas de risco/responsabilidade.

Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos — indiferenciadamente — estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há-de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contu-

do, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos. Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico — mormente o pensamento jurídico transfronteiriço — tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido, bem como outros critérios objetivos de imputação, tais como o *critério da autoridade* ou do *défice informacional*.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda

na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada. Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há-de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro — independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais — torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito — deveres de evitar o resultado — pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso¹³.

3. Consequências do entendimento proposto

As consequências do entendimento proposto são claras. Para além das vantagens na obtenção de uma resposta que se procura que seja normativamente fundada e materialmente justa, elas projetam-se em sede de repartição do ónus da prova (entendendo-se, a partir daqui, que o lesado tem de provar a ocorrência do evento lesivo e o envolvimento do comportamento do lesante na história do surgimento do dano. Mas não mais. Na verdade, ao ser tratada como uma questão imputacional, a causalidade passa a ser compreendida como uma questão normativa,

¹³ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, cap. XVIII.

dependente, portanto, de um juízo do julgador) e em matéria do que anteriormente era entendido por condicionalidade.

Na verdade, para a constatação do envolvimento do evento lesivo na história do surgimento do dano, não temos de recorrer a um qualquer teste assente na condicionalidade, redunde ele na pura *conditio sine qua non*, ou aproxime-nos ele de um *but-for test* ou de um *NESS-test* de que fala a doutrina e jurisprudência anglo-saxónica. Pelo contrário, podemos chegar à conclusão que a ideia de condicionalidade, como juízo prévio à causalidade, é prescindível a este nível. No mais, sempre que se enfrentem problemas atinentes à causalidade cumulativa, designadamente atinentes à causalidade alternativa incerta, podemos concluir que o ordenamento jurídico viabiliza a responsabilização solidária dos diversos sujeitos. É que, embora não seja possível provar em relação aos vários comportamentos a condicionalidade *sine qua non*, eles permitem a edificação de diversas esferas de risco que chamam para si a imputação objetiva e, na presença de mais do que um responsável, aplicam-se, nos termos do artigo 497º CC, as regras da solidariedade¹⁴.

Uma última nota para explicitar que, resolvido o problema imputacional desta forma, a ligação aos danos subsequentes haverá de basear-se, numa lógica de preenchimento da responsabilidade, em critérios diversos. Para tanto, o que se torna fundamental é a análise do conteúdo do próprio direito subjetivo, sem necessidade de considerar a adequação a que outrora abríamos as portas.

V. O regresso ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de novembro de 2017

Conforme constatámos anteriormente, a omissão de informação não se mostra, em si mesma, apta a gerar a lesão. Se perguntarmos “é normal e provável que da omissão de informação deste tipo resulte um dano do tipo de que ocorreu?”, a resposta será negativa. O nexó causal apenas pode ser estabelecido com a intermediação do comportamento da vítima. A questão teria de ser, então, “é normal e provável que da omissão de

¹⁴ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*, cap. X.

informação deste tipo surja um comportamento do tipo do que o lesado assumiu, o qual por sua vez se mostra adequado à produção da lesão?”. Simplesmente, a interposição do elo intermédio de uma cadeia causal naturalística suscita dois tipos de problemas: em primeiro lugar, leva pressuposta a ideia de que o comportamento humano é determinístico podendo captar-se de acordo com sequências probabilísticas; em segundo lugar, ao partir de uma indagação condicional de tipo naturalístico mostra-se irrealista, dado que da omissão (um nada em termos fácticos) não é possível resultar algo. O que se teria de indagar, na verdade, seria se, diante do esclarecimento do médico, o paciente teria adotado um comportamento diverso, encaminhando-nos, afinal, para um juízo de tipo contrafactual que não se distingue, em rigor, de uma ideia de condicionalidade *sine qua non*. E com isto enredamo-nos, afinal, numa questão diabólica, cuja prova seria dificílima de obter.

Ficciona-se, assim, a oportunidade como um bem jurídico em si mesmo e valora-se a sua perda como uma lesão apta a gerar responsabilidade civil. Não nos parece, contudo, que se possa chamar à colação a figura. Se, em geral, são várias as dúvidas que a sua autonomização nos concita, em particular, torna-se inequívoco tratar-se de um expediente facilitador da conexão causal¹⁵. E, em rigor, a adequada compreensão do problema

¹⁵ Entre nós, Rute Teixeira Pedro, olhando para as situações de violação do dever de esclarecimento por parte do médico, com vista ao consentimento informado, sustenta que “o que está em causa não é a perda de chance, mas a frustração do exercício de uma escolha esclarecida”, considerando, por isso, duvidosa a aplicação da figura a estas constelações — cf. *A responsabilidade civil do médico*, 314 e Cf., também, a distinção proposta por PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, Dalloz, Paris, 1992, 34 s (defendendo diferentes soluções consoante o acto médico tenha natureza imprescindível ou não) e, entre nós, acolhida por Sinde Monteiro e Maria Manuel Veloso (*in Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective, Tort and Insurance Law*, vol. I, Springer, Wien, New York, 2001, 173 s., em especial 178 s.). V., ainda, KOZIOL, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 3. Neubearbeitete Auflage, Manz Verlag, Wien, 1997, 278, distinguindo as violações graves e leves do dever de informação por parte do médico.

Também Stéphanie PORCHY, “Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient”, *Recueil Dalloz*, année 1998, 379 s., evidencia que a omissão do clínico nunca pode ser tida como causa do dano corporal. Acresce que persistirá sempre uma incerteza, já que nunca se poderá dizer com absoluta certeza qual

causal torna improcedente a solução, dado que o que está em causa não é a lesão de um bem jurídico forjado *ad hoc*, mas de um direito de personalidade do sujeito, não fazendo sentido que o lesado se veja forçado a uma indemnização diminuída.

Como pode, então, encontrar-se uma solução materialmente adequada e normativamente justa?

Violadas as *leges artis*, no que diz respeito ao dever de esclarecimento, o médico-lesante assume uma esfera de risco/responsabilidade, sendo responsável por todos os danos que se pudessem vir a verificar, isto é, que seriam evitados com o cumprimento do dever. Ou seja, teríamos de indagar qual a finalidade da imposição da obrigação de informação em questão. Se tinha como objetivo garantir que o paciente decidisse livremente acerca da submissão ou não à cirurgia, então isso significa que o clínico irá responder por todos os danos decorrentes dessa mesma intervenção. No segundo patamar de inquirição, podemos dizer que o risco que corria naturalmente pelo lesado é avocado pelo médico, de acordo com um critério de autoridade e de défice informacional. Nessa medida, a esfera de risco do lesado é assimilada pela esfera de responsabilidade do lesante¹⁶.

teria sido a opção do paciente diante das informações completas fornecidas pelo especialista [a este propósito, questiona-se nos Estados Unidos se se deve privilegiar uma posição subjetiva — considera-se que há nexos de causalidade se o doente provar que, se ele tivesse toda a informação, não teria consentido na intervenção; ou uma posição objetiva — que nos manda olhar não para o que aquele doente teria feito, mas para o que um paciente razoável teria ou não permitido. À mesma discussão se assiste na Alemanha a propósito da prova do comportamento lícito alternativo em casos de violação do dever de esclarecimento por parte do médico, ou seja, problematiza-se se o padrão de valoração, que nos indica se o paciente, portador de toda a informação, teria ou não recusado a intervenção, se deve basear na razoabilidade do não consentimento ou nas idiosincrasias daquele doente em concreto. Segundo EISNER — *apud* André Dias PEREIRA, “Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e o nexos de causalidade”, *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau*, p. 28 — exige-se que haja a fundada presunção de que o paciente não teria recusado o tratamento, que a intervenção fosse medicamente indicada no sentido de conduzir a uma melhoria do estado de saúde, e que a recusa do paciente não teria sido irrazoável, embora se olhe para o doente concreto.]

¹⁶ Em sentido inverso, cf. *Chester v. Afshar* (2004) UKH L 41, (2005) 1 AC 134,

A consideração da lesão do direito à autodeterminação sobre o pró-

in Essential Cases on Natural Causation: 1 (Digest of European Tort Law), Springer-Verlag KG, 2007, 225O caso aí decidido relata-se em breves palavras: A sofria de severas dores nas costas. O médico, neurocirurgião, recomendou a remoção cirúrgica de três discos intravertebrais, mas não informou adequadamente A do pequeno risco — na ordem de 1 ou 2% — de sérios danos neurológicos. A cirurgia teve lugar e o risco materializou-se, passando A a sofrer de uma paralisia permanente parcial. Apesar de não ter sido negligente durante a operação, o médico violou negligentemente o dever de informar o paciente acerca dos riscos que a cirurgia envolvia. Causou, assim, a lesão porque A não teria consentido na operação, tendo antes procurado outros pareceres. O Tribunal considerou que o *but-for test* estaria cumprido, mas não os outros requisitos da causalidade, já que o risco a que A ficou submetido com a violação do dever de informação não era superior àquele a que, de todo o modo, estaria sujeito. Há, no entanto, que ter em conta a diferença entre as diversas situações, designadamente há que ponderar as circunstâncias consoante a cirurgia fosse ou não inevitável. Em comentário à decisão, K. Oliphant diz-nos que “não deve importar saber se num cenário hipotético alternativo os danos teriam ou não ocorrido”, pelo menos do prisma do estabelecimento da responsabilidade. A *House of Lords* terá considerado que o comportamento do médico não incrementou os riscos inerentes ao procedimento cirúrgico. Segundo o autor, o fundamento de tal solução encontrar-se-á numa ideia de escopo do dever violado — o dever do cirurgião era o de informar o paciente dos riscos conhecidos do tratamento e adotar as medidas de cuidado na realização dele, mas não tinha o dever de salvaguardar o lesado de riscos inevitáveis associados ao procedimento que o lesado teria levado a cabo mais tarde.

Repare-se que a solução não colhe unanimidade. Não raras são as tentativas de resolver o problema de modo a arbitrar uma indemnização que atenda à globalidade do dano corporal sofrido. *Vide*, entre nós, novamente, André Dias PEREIRA, *O consentimento informado na relação médico-paciente*, Coimbra, 2004, 73, considerando que o consentimento importa a transferência dos riscos para o lesado titular do direito, no que concerne ao ato médico levado a cabo sem violação das *leges artis*, pelo que, havendo omissão no tocante ao dever de informar, a distribuição daquele operaria de forma diversa, e p. 487, nota 132 (onde foca a questão da perda de chance). Para outras considerações, cf., do autor, “Responsabilidade médica e consentimento informado. O ónus da prova e o nexó de causalidade”, *Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau*.

Stéphanie PORCHY, “Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient”, 384, falando da doutrina da aceitação dos riscos, que não atenderia à causalidade, mas à natureza da *faute*, e teria sido aplicada pelo *Tribunal de Grande Instance de Bordeaux du 3 mars 1965*, e afirmando que a mesma, sendo uma construção habilidosa, acaba por levantar problemas de difícil resolução. Pese embora o consentimento implique a aceitação dos riscos e não a aceitação do dano, fazendo com que o médico

prio corpo só faria sentido se nos posicionássemos do ponto de vista do preenchimento da responsabilidade, isto é, se quiséssemos determinar em que medida certos danos consequenciais poderiam ser reconduzidos à lesão daquele.

Em qualquer dos casos, seria necessário que a intervenção não fosse imprescindível. De outro modo, na perspectiva do preenchimento da responsabilidade, ela falharia, desde logo porque inexistiria violação do direito em concreto; na perspectiva da fundamentação da responsabilidade, deixaria de ser possível considerar que a esfera de risco do lesante absorve a esfera de risco do lesado.

não fique desonerado das suas obrigações técnicas, torna-se muito difícil justificar a proposta, uma vez que “o não respeito por uma obrigação ética implicaria uma alteração na qualificação da obrigação técnica médica”. Não cremos, contudo, que a argumentação da autora proceda, porquanto em causa não esteja nenhuma obrigação ética, mas uma verdadeira obrigação legal, embora com alicerce axiológico inegável.

