

O ERRO DE DIAGNÓSTICO E A CHANCE PERDIDA:

**A RESPONSABILIDADE MÉDICA NA ERA DA TECNOLOGIA E
DOS CORTES ORÇAMENTAIS**

Por: Diana Antão Seabra (nº 2009006167)

Orientador: Professor Doutor André Gonçalo Dias Pereira

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Àquela Coimbra cantada e aos amigos que lá fiz.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a instituição que meritoriamente se define como «uma escola plural, uma Casa de Cultura, uma Casa de Liberdade, onde investigam, ensinam e estudam cidadãos livres, onde se respeita e pratica a “liberdade de aprender e ensinar” que a Constituição da República a todos garante».

A todos os que compõem o IPO de Coimbra Francisco Gentil, pela sua competência e gentileza.

Ao meu avô Feliciano por me ter ensinado a ser livre; à minha avó Fernanda por me ter permitido herdar-lhe a rebeldia e a coragem; ao meu avô Manuel, por ser o meu maior apoiante e me ter ensinado o valor do trabalho.

Aos meus pais, à minha irmã e ao meu namorado por serem o meu porto seguro e me lembrarem constantemente do meu valor.

Por último, um não menos importante agradecimento ao meu Orientador, Doutor André Dias Pereira, pela sua incansável disponibilidade, paciência e inesgotável compreensão.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CC	-	CÓDIGO CIVIL
CCI	-	CÓDIGO CIVIL ITALIANO
CDOM	-	CÓDIGO DEONTOLÓGICO DA ORDEM DOS MÉDICOS
ECG	-	ELETROCARDIOGRAMA
EEG	-	ELETROENCEFALOGRAFIA
MCDS	-	MEIOS COMPLEMENTARES DE DIAGNÓSTICO
PROC.	-	PROCESSO
Rx	-	RAIO-X
STA	-	SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
STJ	-	SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TCAN	-	TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO DO NORTE
TRP	-	TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO
TRL	-	TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

“Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos.
As leis não bastam. Os lírios não nascem
da lei. Meu nome é tumulto, e escreve-se na pedra.”

Carlos Drummond de Andrade

ÍNDICE

UMAS BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	8
CAPÍTULO I - ENQUADRAMENTO LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM PORTUGAL	
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: OS REGIMES DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL.....	10
2. DA OBRIGAÇÃO DE MEIOS À OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.....	16
CAPÍTULO II - O ERRO DE DIAGNÓSTICO E O DIAGNÓSTICO DO ERRO	
1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL:	
1.1. Do Erro médico e de outros conceitos limítrofes.....	19
1.2. A categorização do erro.....	25
2. DA RESPONSABILIDADE PELO ERRO	26
2.1. Do Erro de Diagnóstico em particular.....	29
CAPÍTULO III - DA PERDA DE CHANCE NA MEDICINA	
1. A “ <i>PERTE DE CHANCE</i> ”	
1.1 Pequena Resenha Histórica	33
1.2. A Natureza Polissémica da Palavra Chance.....	34
2. A CHANCE JURIDICAMENTE RELEVANTE: CARACTERIZAÇÃO.....	35
2.1. Neutralidade e Aleatoriedade.....	40
2.2. Autonomia e Atualidade.....	41
2.3. Seriedade.....	42
3. A CHANCE PERDIDA: O DANO EM CAUSA	
3.1. Dano Autónomo (intermédio).....	45
3.2. Dano Presente.....	46
3.3. Dano Emergente.....	46
3.4. Dano Certo.....	47

4. O <i>QUANTUM</i> INDEMNIZATÓRIO.....	47
---	----

CAPÍTULO IV - COMO JULGAR UM CASO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO: O RECURSO À PERDA DE CHANCE

1. O ACOLHIMENTO JURISPRUDÊNCIAL DA FIGURA - AS PARTICULARIDADES DA SENTENÇA PROFERIDA NO PROCESSO N.º 1573/10.5TJLSB, DA 1.ª SECÇÃO CÍVEL DA INSTÂNCIA CENTRAL DO TRIBUNAL DA COMARCA DE LISBOA, DE 23 DE JULHO DE 2015, TRANSITADA EM JULGADO EM 12 DE OUTUBRO DE 2015.....	50
---	----

2. OS CORTES ORÇAMENTAIS NA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE - O <i>QUID</i> E O <i>QUANTUM</i> DO RACIONAMENTO E DA RACIONALIZAÇÃO NA SAÚDE.....	56
---	----

CONCLUSÃO: A SUPERAÇÃO DO “TUDO OU NADA” NA BALANÇA DOS PRÓS E DOS CONTRAS.....	61
--	-----------

BIBLIOGRAFIA.....	65
--------------------------	-----------

JURISPRUDÊNCIA	70
-----------------------------	-----------

UMAS BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O campo de atuação de um jurista não se cinge apenas a aspetos jurídicos, porquanto o Direito não se cinge, também ele, da realidade e de outras áreas do saber. Impõe-se-lhe a sensibilidade para apreender os problemas que assolam a comunidade e para os quais o Direito ainda não propõe soluções ou, propondo-as, se apresentam de difícil aplicação e pouca viabilidade.

Uma vez que a obrigação assumida pelo profissional de saúde é, no âmbito da responsabilidade contratual, em regra, uma obrigação de meios, e não de resultado, o erro de diagnóstico configura-se, dentro da responsabilidade médica, um dos temas de mais complexa análise. Se, por um lado, e *prima facie*, não nos permitimos admitir a conversão total numa obrigação de resultado, por outro lado, as inovações tecnológicas poderão facilitar uma aproximação.

Para cumprir as suas obrigações, o médico recorre a procedimentos médicos e cirúrgicos cada vez mais ousados e a tecnologias mais complexas que vão elevando as expectativas em torno dos resultados¹, e os insucessos, não sendo assim tão raros², vão fazendo as manchetes dos jornais, sujeitando-se a um grande escrutínio público.

Sensíveis à complexidade e ao risco indissociáveis da prática da atividade médica e perante as dificuldades probatórias com que se debatem os lesados nas ações de responsabilidade (civil) médica, os Tribunais abstêm-se muitas vezes de condenar médicos e hospitais pelos seus comportamentos lesivos, frustando-se, na maioria das vezes, as aspirações ressarcitórias dos pacientes. Actualmente, os Tribunais já não se deparam tantas vezes com o desaparecimento de elementos essenciais para a prova (ECG, EEG, Rx, ecografias, análises, etc), como acontecia antes de os processos clínicos serem feitos em registo informático. Mas nem por isso estamos longe de controvérsias. A complexidade de

¹ Ademais “não é (...) menos verdadeiro, afirmar-se que a Medicina dispõe cada vez mais de tecnologias complexas, cada vez mais susceptíveis de causar danos e danos cada vez mais graves.” em ANTUNES, JOÃO LOBO, “O Erro em Medicina”, in *Acta Médica Portuguesa - Ética médica*, 1963, nº6, pág. 43.

² Estima-se que nos EUA morrem mais pessoas por ano em resultado de erros médicos, do que de acidentes de viação (43458), cancro da mama (42297) ou SIDA (16516) - “at least 44,000 Americans die each year as a result of medical errors (...) [but] the number may be as high as 98,000”; “more people die in a given year as a result of medical errors than from motor vehicle accidents (43, 458), breast cancer (42, 297), or AIDS (16, 516)” vide Institute of Medicine - Committee on Quality of Health Care in America, *To err is human: building a safer health system*, National Academy Press Washington, DC. 1999, pág. 18. Disponível em <http://www.csen.com/err.pdf>.

conceitos e conhecimentos de imprescindível mobilização para interpretar esses exames, bem como a necessidade de identificar a conduta exigível àquele profissional de saúde, não só evidenciam a dificuldade na produção de prova como polarizam a polémica para as posições, por vezes contraditórias e até antagónicas, entre diferentes peritos da mesma especialidade, numa espécie de espírito corporativista de “proteção da classe”³.

Pelo exposto, esta investigação almeja analisar a possibilidade de aplicação do conceito de perda de chance no campo da responsabilidade médica, focando-se *maxime* no conceito de erro médico - e, em especial, o de erro de diagnóstico - e excursando brevemente por conceitos limítrofes.

Ademais, será propósito desta investigação compreender e determinar o papel que a inovação tecnológica e os cortes orçamentais podem desempenhar no âmbito da responsabilidade médica, *maxime*, na determinação da culpa.

Para o efeito, procuraremos analisar o tratamento que a doutrina e a jurisprudência nacionais tendem a dar aos casos de erro de diagnóstico, apresentando, posteriormente, linhas orientadoras que se nos afigurem capazes de pautar uma boa prática médica e pontos referenciais para uma correta atividade jurisprudencial neste domínio.

³ Sobre a independência do médico perito veja-se o art.º 119.º do CDOM: “O médico encarregado de funções periciais deve assumir uma atitude de total independência em face da entidade que o tiver mandatado e das pessoas que tiver de examinar; recusando-se a examinar quaisquer pessoas com quem tenha relações susceptíveis de influir na liberdade dos seus juízos, designadamente as mencionadas nos números 1 e 2 do art. 120.º”

CAPÍTULO I - ENQUADRAMENTO LEGAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA EM PORTUGAL

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: OS REGIMES DA RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Um hospital, independentemente de ser público ou privado, “*é um estabelecimento aberto ao público vocacionado para a prestação de serviços médicos e afins, incluindo, consultas, meios auxiliares de diagnóstico, cirurgias, internamentos, aplicação de tratamentos, no âmbito de diferentes áreas da Medicina, e dirigidos à melhoria do bem-estar ou do estado de saúde dos clientes*”.⁴

No contrato de prestação de serviços médicos existe uma obrigação contratual principal por parte do médico - a obrigação de tratamento, *rectius*, a prestação de cuidados de saúde - que se pode desdobrar em diversas prestações, nomeadamente de diagnóstico - terreno particularmente fértil para o erro médico.

Tratando-se de uma unidade de saúde privada encontra-se sujeita ao regime jurídico que determina o funcionamento das unidades privadas de serviços de saúde (artigo 10.º do DL 279/2009, de 6 de outubro), obrigando-se a afixar nas suas instalações, em local bem visível, para os utentes e visitantes, a identificação dos serviços prestados e a licença.

Entende-se que este anúncio se trata de uma proposta ao público (art. 230.º/3 do CC), dirigida a um círculo indeterminado de pessoas e que, ao recorrer ao hospital, o paciente aceita irrevogavelmente a proposta contratual, formando-se, assim, o contrato de prestação de serviço médico, um contrato socialmente típico, oneroso, em que, “predominando as notas da prestação de serviço, se adicionaram elementos da locação (espaço destinado ao internamento) e da compra e venda (medicamentos e outros consumíveis).”⁵

⁴ Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015, Transitada em julgado em 12 de outubro de 2015, pág. 18. Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligen_ciamedica_perdachance.pdf.

⁵ *ibidem*, pág. 19.

Clarifique-se, ainda, que o hospital é responsável pelos atos praticados pelos médicos, enfermeiros e auxiliares, que contrata para conseguir prestar esse serviço (*vide* art. 800.º/ 1 do CC).

Uma vez que faticamente não conseguimos afirmar a existência de um verdadeiro encontro - ou concurso - de vontades nas intervenções e atos médicos realizados em hospitais públicos⁶, não será possível subsumi-las no conceito de contrato, nem, conseqüentemente, submetê-las ao regime de responsabilidade contratual, pelo que ser-lhe-á aplicado o regime de responsabilidade extracontratual. Segundo o mesmo, impende sobre o médico “*uma obrigação geral de prudência e de diligência, empregando a sua ciência para a obtenção da cura do doente, mas sem assegurar que esse resultado se produza, esperando-se apenas que assuma um comportamento, particularmente, diligente, que possibilite o correcto diagnóstico, permitindo, com isso, a adopção da terapia mais idónea, mas ficando exonerado de responsabilidade se o cumprimento requerer uma diligência maior, e liberando-se com a impossibilidade objectiva ou subjectiva que lhe não sejam imputáveis.*”⁷

Face à dualidade de soluções apresentadas em matéria de responsabilidade civil por acto médico, uma vez que o lugar onde o profissional de saúde desempenha as suas funções que conduziram à ocorrência do erro médico, determina a aplicação dos regimes da responsabilidade civil contratual ou o da responsabilidade civil extracontratual, consoante o erro tenha ocorrido num estabelecimento de saúde privado ou público, respetivamente, torna-se mister mobilizar para o nosso estudo - e ainda que sinteticamente - algumas considerações sobre as duas soluções apresentadas.

Tendo presente essa dicotomia, PAULA RIBEIRO DE FARIA sustenta que a “responsabilidade médica parece encontrar-se hoje perante uma verdadeira encruzilhada”.

⁶ Nesse sentido, PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pág. 746.

⁷ Acórdão do STJ, de 24/05/2011, proc. 1347/04.2TBPNF.P1.S1 (HELDER ROQUE), Disponível em http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/faed516e0417e4228025_789d002c417d?OpenDocument.

Veja-se ainda o art.º 31 do CDOM: “*O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano.*”

Por um lado, constata que “*no que toca à responsabilidade civil individual, clássica, fundada na culpa, sente-se necessidade de encontrar formas mais coerentes e adequadas de enquadramento da responsabilidade por erro, que permitam resolver, desde logo, os tradicionais conflitos existentes entre responsabilidade civil contratual e extracontratual emergentes do mesmo facto*” e que, por outro, se tem vindo a assistir a um alargamento da responsabilidade, “ao permitir afirmar a culpa mesmo onde o dano não se mostra previsível e evitável, deixando associar a censura do médico à dimensão e à imponderabilidade do risco corrido a exigir a adopção de particulares cautelas”.⁸

Em virtude desta divisão, pode acontecer que dois casos de responsabilidade médica, em tudo iguais, obtenham respostas diferentes do Direito porque os factos geradores de responsabilidade ocorreram, num caso, num estabelecimento de saúde público e, noutro, num estabelecimento de saúde privado.

Em 2012, MAFALDA MIRANDA BARBOSA⁹ via publicado um estudo de sua autoria em que procedia a uma análise de vários acórdãos e procurava deslindar os “fundamentos do declínio das pretensões ressarcitórias que chegam ao conhecimento dos nossos juízes”.

Concluía a autora que uma das principais razões desse declínio era a falta de verificação de um dos pressupostos da responsabilidade civil, causada por uma incapacidade, por parte dos autores, em produzir prova relativamente a esse pressuposto, já que existe uma dificuldade acrescida e reconhecida em alcançar a verdade material nos casos de responsabilidade médica, especialmente no que diz respeito à prova da culpa e e do nexo de causalidade.

Em especial, a autora realça que o “manto de silêncio da parte dos profissionais” impede que se venha a saber, de forma exata, o que realmente aconteceu, o que leva a que, não raras vezes, que se conclua pela falta de culpa do médico¹⁰, pois não se consegue aferir

⁸ RIBEIRO DE FARIA, PAULA, “Os Novos Desafios da Responsabilidade Médica - entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento do dano”, in *Direito da Medicina - Eventos Adversos, Responsabilidade, Risco*, Maria do Céu Rueff (coordenação), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2013, pp. 70-71.

⁹ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 38, abril/junho de 2012, pp. 14-27.

¹⁰ Cientes destas dificuldades e desafiando à adoção de um modelo *no-fault* de ressarcimento do dano corporal médico ou iatrogénico, vide CASCÃO, RUI M., “1972: Para Além da Culpa no Ressarcimento do Dano Médico”, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, pp. 717 e ss.

a discordância ou consonância da conduta do lesante com a daquele “médico medianamente prudente, sensato e capaz” (o *reasonable doctor* do direito anglo-saxónico) tendencialmente consonante com as regras da arte médica¹¹.

Outra *diabolica probatio* é a relativa ao nexo de causalidade, já que a especificidade de cada organismo não permite que os casos de responsabilidade médica e, mais especificamente, os relativos a erros médicos, possam ser abordados e, eventualmente, julgados com a relativa simplicidade de um vulgar caso de responsabilidade civil. Por um lado, há demasiadas variáveis a considerar que implicam a mobilização de conhecimentos que o jurista não tem e que muitas vezes não se desvelam de apreciação conclusiva na medicina e, por outro, essas dúvidas adensam-se perante a eventual existência de “multicausalidade” ou “multicondicionalidade”, levando o “jurista a debater-se com problemas onde a certeza não pode ser postergada”.

Segundo a autora, esta é, aliás, a realidade que fundamenta a criação de mecanismos orientados para a desoneração do lesado daquela árdua tarefa de provar algo através da mobilização de conhecimentos técnico-científicos que o paciente não possui.¹²

Em matéria de responsabilidade civil contratual o paciente, enquanto autor da acção, tem o ónus da prova da factualidade integrante da conduta médica ilícita (acção ou

¹¹ Sobre as *leges artis medicinae*, diremos apenas, *brevitatis causa*, que se entende como “um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais. (...) Regras de índole não exclusivamente técnico-científica, mas também deontológicas ou de ética profissional”. *vide* RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2007, pág. 54.

Sobre a obrigatoriedade de actualização científica do médico veja-se o art.º 9º do CDOM: “O médico deve cuidar da permanente actualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (*leges artis*).”

¹² Dificuldade é, aliás, reconhecida pela jurisprudência, nomeadamente no Acórdão do STJ, de 15/10/2015, proc. 08B1800 (Rodrigues dos Santos): “V - Perante a dificuldade natural da prova de um facto por parte do paciente, o mais que pode acontecer é fazer-se uso da máxima *iis quae difficillioris sunt probationis, levioris probationes admittuntur* (para maiores dificuldades na prova, menos exigência na sua aceitação)”. Disponível em http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e802_5765400595623?OpenDocument&Highlight=0_perda.de.chance

Também na doutrina, VAZ SERRA, reconhece essa dificuldade, pelo que, relativamente a erros grosseiros ou negligência grosseira, sustenta uma inversão do ónus de prova do nexo de causalidade em desfavor do médico, já que “como foi ele quem culposamente deu lugar a uma situação tão embaraçosa, afigura-se dever ser ele o onerado com [essa] (...) prova”. Precisamente porque a culpa “torna menos digna de tutela a posição do médico que a do lesado”. *vide* SERRA, VAZ, “Provas: Direito Probatório Material”, in *Boletim do Ministério da Justiça* n.º 110, pág. 166. Também RIBEIRO DE FARIA, considera ser mais injusto que se negue responsabilidade de um médico, por dificuldades probatórias, quando este violou (com culpa) regras elementares de cuidado, do que se conclua pela sua responsabilização por danos que não foram causados por

omissão), mas, relativamente à culpa, terá a sua tarefa facilitada, na medida em que, neste domínio, beneficia da inversão do ónus da prova da culpa - uma presunção ilídível, é certo -, consagrado entre nós, no art.º 799.º/1¹³ do CC. Porém, como recorda HENRIQUES GASPAR, o referido artigo “apenas diz que o defeituoso cumprimento se presume proceder de culpa do médico (devedor), mas pressuposto desta presunção é o próprio defeito do cumprimento que tem, naturalmente, de ser provado por quem o invoca – o doente-credor. E a prova deste defeito será, no domínio da responsabilidade médica, seguramente, a mais difícil de obter”¹⁴.

Não existe, contudo, igual presunção no âmbito da responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana¹⁵, pelo que não será de estranhar, portanto, que haja mais facilidade em encontrar condenações no domínio contratual. Ainda assim, não se desconhece alguma resistência de uma parte da doutrina e jurisprudência relativamente à aplicação da presunção nos casos de erro médico, argumentando que, sendo a prestação devida pelo médico uma obrigação de meios, não se deveria permitir a inversão do ónus em desfavor do profissional de saúde.

Também não parece ter acolhimento a aplicação da presunção de culpa, prevista no art.º 493.º/2 do CC, aplicável aos danos causados pelo lesante, “no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados” e que obriga à reparação dos mesmos, “excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”. Restringe-se, deste modo, a

ele, mas que, operando uma inversão do ónus de prova (em seu desfavor), se presume terem sido. *vide* RIBEIRO DE FARIA, JORGE L. A., “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, pág. 181. E, ainda, DIAS PEREIRA, que, no seguimento da explicitação de alguns exemplos do Supremo Tribunal Alemão, parece empatizar - ainda que com algumas reservas - com a tese de RIBEIRO DE FARIA, *maxime* com a constatação de uma maior facilidade que o médico tem de provar que o erro grosseiro era ou não causalmente adequado a produzir o dano, uma vez que é ele que “manuseia as provas da sua própria atuação, desde os registos a elementos materiais da sua intervenção” e que estará “na sua disponibilidade, conservar os destruir provas que eventualmente o possam culpabilizar.” *vide* PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2015, pp. 786-787.

¹³ Segundo o mesmo artigo, “incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua”.

¹⁴ GASPAR, A. SILVA HENRIQUES, “A Responsabilidade Civil do Médico”, *in Coletânea de Jurisprudência*, ano III, 1978, Tomo I, pág. 345.

¹⁵ A matéria é aliás regulada pelo art.º 487.º, n.ºs 1 e 2 do CC, que, no âmbito da responsabilidade extracontratual, atribui ao lesado a prova de que o médico, autor da lesão, não actuou com a diligência que um médico nas suas condições e com as suas habilitações teria actuado.

aplicação de preceito “no que à responsabilidade médica concerne, aos casos em que, por força dos instrumentos ou técnicas utilizadas, se incrementa exponencialmente o nível de perigo”¹⁶.

E, igual cautela merecerá a aplicação do regime de responsabilidade pelo risco, previsto no art.º 11º da Lei n.º 67/2007, que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas, já que os Tribunais Administrativos têm vindo a considerar que - à semelhança das considerações que tecemos acerca do art.º 493º/2 do CC - a sua aplicação reservar-se-á aos “danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos”, permanecendo, por isso, a mesma dificuldade de qualificação da atividade médica como especialmente perigosa.¹⁷

Acrescente-se, ainda, que o artigo 9.º/1 da referida lei determinou como ilícitas não só as ações ou omissões que “violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares” como estendeu a ilicitude aos comportamentos que “infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado”, e dos quais “resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”.

A lei prevê, ainda, no seu art.º 7.º, a responsabilidade (extracontratual) por funcionamento anormal de serviço ou por culpa do serviço, uma responsabilidade que não depende da imputação dos danos ocorridos ao “comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado”, e que abrange os casos em que não seja “possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço”, consubstanciado nas situações em que, “atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”. Deste modo, parece permitir-se, por exemplo, que os danos resultantes de defeitos na organização das estruturas de saúde,

¹⁶ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, pp. 23-24.

¹⁷ Alertando para o *risco tecnológico* com que convivemos, ANDRÉ G. DIAS PEREIRA propõe que se alargue o âmbito da responsabilidade pelo risco, já que a mesma pode revestir-se de alguma relevância e utilidade em determinados casos, como se reveste, por exemplo, naqueles relacionados com a exposição de pacientes a radiações ou de transfusões com sangue contaminado. *vide* PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2015, pp. 809-810.

na manutenção e funcionamento de equipamentos sejam geradores de responsabilidade direta da Administração e sejam, portanto, indemnizáveis.¹⁸

Pelo exposto, PAULA RIBEIRO DE FARIA considera que a consagração da responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço “*representa já, em alguma medida, a transição para uma lógica colectiva de responsabilidade, ao fazer responder o hospital, e o Estado, por factos, ou omissões, relativamente aos quais não é justo que seja o doente a sofrer as consequências, sendo certo que eles se deixam associar a uma divergência entre o cuidado prestado e aquele que deveria ter tido lugar, e que é possível proceder a um juízo de censura dos serviços por não terem mantido o padrão exigível dessa prestação*”.¹⁹

2. DA OBRIGAÇÃO DE MEIOS À OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Afirmada a relação contratual de prestação de serviço médico (ou clínico) com vista à melhoria do estado de saúde da paciente, conclui-se pela aplicação do regime de responsabilidade contratual e exige-se, por esse motivo, que fique demonstrado o incumprimento (ou, no caso da responsabilidade médica, com maior frequência, o cumprimento defeituoso) de obrigações decorrentes do contrato, o que implica a qualificação da prestação do médico como obrigação de meios ou de resultado.²⁰

Numa obrigação de meios, como nos ensina ALMEIDA COSTA, o resultado não está *in obligatione*, “*o devedor apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza. Daí que o devedor fique exonerado na hipótese de o cumprimento*

¹⁸ *ibidem*, *op. cit.* pág. 809, nota 1951.

¹⁹ RIBEIRO DE FARIA, PAULA, *op. cit.*, pp. 77-78.

²⁰ Refira-se, contudo, que não se desconhece a posição que discorda desta distinção, propugnada, por exemplo, por FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, *in Direito da saúde e bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 111-112; e, no mesmo sentido MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “Responsabilidade Civil Por Acto Ou Omissão do Médico”, *in Estudos De Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina vol. II, pp. 475-480.

*requerer uma diligência maior do que a prometida, e tanto que a impossibilidade objectiva como a subjectiva não imputáveis ao devedor o liberem (arts. 790.º e 791.º [CC]).”*²¹

Numa obrigação de resultado, pelo contrário, “o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil (...) [e] só a impossibilidade objectiva e não culposa da prestação exonera o devedor (art. 790.º [CC])”. Essa vinculação pode surgir tanto da própria lei (v.g. a obrigação de respeitar o segredo profissional e a de socorrer uma pessoa em perigo) como por acordo das partes, em conformidade com o art. 405.º CC (se ficar preestabelecido o recurso a meios determinados ou se o médico se comprometer com um resultado específico).²² DIAS PEREIRA autonomiza uma terceira categoria relativa a obrigações intrinsecamente de resultado, referindo-se a título de exemplo, à realização de exames ou intervenções simples, como a exames de imagiologia, posição, aliás, que a própria jurisprudência vem sustentando.²³

Em regra, a conduta do médico não está vinculada a um resultado, na medida em que a sua obrigação não consiste, como sabemos, na cura da doença, tratando-se antes de uma obrigação de meios, de “fazer o que (...) estiver ao seu alcance, dentro dos meios e conhecimentos especiais de que (...) [dispõe], no sentido dessa cura ou, pelo menos, no sentido da melhoria do estado de saúde”.²⁴ Qualificar-se-á, assim, porquanto se reconhece que a atividade médica comporta sempre um risco, uma incerteza, *rectius*, uma álea

²¹ COSTA, MÁRIO J. DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 1039. No mesmo sentido, MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO *Cláusula penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, pág. 266.

²² COSTA, MÁRIO J. DE ALMEIDA, *op. cit.*, pág. 1039. Acrescentando o recurso a critérios suplementares, como a natureza incerta/aleatória ou certa/segura do resultado esperado, na qualificação (em concreto) das obrigações como de meios ou de resultado, respectivamente, *vide* PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2015, pág. 709.

²³ PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2015, pp. 717-718. Sobre os exames de imagiologia, *vide* Acórdão do TRP, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1 (FILIPE CAROÇO), de 01/03/2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument>. *vide*, ainda, sobre exames laboratoriais, Acórdão do STJ de 03/04/2008, proc. 08A183 (FONSECA RAMOS), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument>

²⁴ Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23/07/2015, transitada em julgado em 12/10/2015, pág. 19. Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligen_ciamedica_perdachance.pdf. No mesmo sentido, PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2015, pág. 715.

inalienáveis em virtude da “incapacidade [por parte do médico] de controlar completamente os processos causais, as reações fisiológicas específicas do paciente”.²⁵

Desta forma, a prova do incumprimento deverá fazer-se no sentido de evidenciar falhas na execução dos atos adequados à produção do resultado, não se bastando com a constatação da inexistência do resultado desejável. Na aferição do incumprimento (ou cumprimento defeituoso), haverá sempre que ter em conta que ao especialista se exigem mais conhecimentos do respetivo domínio do que ao de clínica geral e que ao médico de uma aldeia não são exigíveis os apurados conhecimentos e técnicas dos médicos que exercem nos grandes centros hospitalares das cidades, com meios de diagnóstico sofisticados e com equipas multidisciplinares.

Independentemente dessa classificação, caberá ao paciente “a prova dos factos constitutivos do direito alegado” (cfr. art.º 342.º/1 CC) e que podem consubstanciar um incumprimento *tout court*, por falta da prestação devida, ou um cumprimento defeituoso, que abrange os “vícios, defeitos ou irregularidades da prestação efectuada”, isto é, “abrange, não só as deficiências da *prestação principal* ou de qualquer dever secundário de prestação, como também a violação dos *deveres acessórios de conduta*”.²⁶ Por outro lado, caberá ao demandado a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito, assim como a prova de que o incumprimento não decorre de culpa sua (cfr. arts. 342.º/2 e 799.º/1 do CC).²⁷

²⁵ PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2015, pp. 708-709.

²⁶ VARELA, J. M. ANTUNES, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 126-130.

²⁷ Neste mesmo sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA: “A presunção de culpa do devedor inadimplente estende-se ao cumprimento defeituoso (art.º 799º, n.º 1). Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objetiva) entre os atos praticados e a *leges artis*, bem como o nexo de causalidade entre o defeito e o dano. Feita esta prova, o médico (ou a clínica) só se exonera de responsabilidade, se provar que a desconformidade não é devida a culpa sua”; em FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, *op. cit.*, pág. 117.

CAPÍTULO II - O ERRO DE DIAGNÓSTICO E O DIAGNÓSTICO DO ERRO

1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL:

1.1. Do Erro médico e de outros conceitos limítrofes

A problemática do erro médico tem convidado médicos e juristas, de todo o mundo, ao amplo tratamento do tema. Importará, por isso, excursar brevemente por algumas obras, a fim de se proceder a uma aproximação aos conceitos essenciais à compreensão da temática em análise.

Na óptica de EBERHARD SCHMIDT²⁸, penalista da Universidade de Leipzig e também médico, todo o erro, cometido por um médico durante a assistência a um doente, devia ser considerado como um “erro profissional”.

JAMES REASON afirma que a consideração da intenção é fundamental na compreensão do erro. E será assim porque, segundo o autor, o erro pode consubstanciar-se em dois tipos de falhas: o agente tencionava (*rectius*, tinha a intenção de) realizar determinada ação de acordo com um plano previamente elaborado e não a executa dessa forma (*error of execution*); ou o agente elabora um plano inadequado à consecução do objetivo que tencionava alcançar (*error of planning*)²⁹.

Esta problemática foi também alvo de tratamento na doutrina brasileira, nomeadamente pelo autor NOVAH MORAES³⁰ que procede à distinção entre o erro propriamente dito e o acidente, e entre este último e a complicação.

O **acidente** reportar-se-ia à “ocorrência desagradável não esperada mas previsível, como as intercorrências que acontecem, tanto no processo diagnóstico, como no terapêutico, como são, por exemplo, os acidentes radiológicos, anestésicos e cirúrgicos”.

²⁸ SCHMIDT, EBERHARD, *apud* RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, in *DataVenia - Revista Jurídica Digital*, Ano 1, N.º 01, Julho-Dezembro de 2012, pág. 8. Disponível em http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao01/datavenia01_p005-026.pdf.

²⁹ REASON, JAMES *apud* Institute of Medicine - Committee on Quality of Health Care in America, *op. cit.*, pág. 54. No mesmo sentido, ALAN MERRY e MCCALL SMITH: “*an error is an unintentional failure in the formulation of a plan by which it is intended to achieve a goal, or an unintentional departure of a sequence of mental or physical activities from the sequence planned, except when such departures due to a chance intervention*” vide MERRY, ALAN e MCCALL, A. SMITH, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pág.74.

³⁰ MORAES, IRANY NOVAH, *Erro Médico e a Justiça*, Editora Revista dos Tribunais, S.Paulo, 2005, pág. 493 e ss.

Por sua vez, a **complicação** consubstancia-se no “aparecimento de uma nova condição mórbida no decorrer de uma doença, devida ou não à mesma causa”, como é o caso do paciente arteriosclerótico, que tendo sido tratado de uma gangrena, falece de enfarte do miocárdio, no dia da alta hospitalar. O internamento, só por si, pode causar complicações provocadas pela posição de decúbito dorsal prolongada.

Feita a distinção, faça-se a ressalva que associado a um acidente ou a uma complicação, pode estar um erro de percepção ou cognitivo - como um erro de diagnóstico, de terapêutica ou de profilaxia, causado pela errada interpretação da sintomatologia do paciente, pela leitura errada de dados laboratoriais, imagiológicos ou clínicos (representação deformada ou distorcida da realidade) ou pela ausência de conhecimentos técnico-científicos (ausência de representação da realidade) - ou um erro de execução, como o manejo indevido de instrumentos na realização do acto clínico ou cirúrgico ou troca de produtos farmacológicos no tratamento do paciente.³¹

Entre nós, JOSÉ FRAGATA e LUÍS MARTINS discorrem sobre os conceitos de incidente e acidente, erro médico, lapso, falha, engano, “*near miss*” ou “*close calls*”, evento adverso, danos iatrogénicos e risco clínico.

Os dois primeiros reportam-se a eventos não esperados e não desejados, mas enquanto o **incidente** não implica necessariamente a ocorrência de danos, o **acidente** traduz-se num evento danoso, que compromete totalmente o resultado final intendido. Será exemplo de incidente a abertura de uma cavidade pleural, durante uma cirurgia cardíaca, sem que fosse de todo necessário abrir essa cavidade durante aquela operação, sendo certo, no entanto, que desta acção indesejada não resultarão necessariamente danos, nem ficará comprometido o resultado final. Já se se perfurar o coração, durante a incisão no esterno, poderá, em determinadas circunstâncias, ocorrer uma hemorragia grave, obrigando à entrada intempestiva em circulação extra-corporal, o que não implicará, apenas, um desvio ou uma modificação da operação, como potenciará o comprometimento do resultado final desejado.³²

³¹ RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *op. cit.*, Julho-Dezembro de 2012, pág. 10.

³² FRAGATA, JOSÉ e MARTINS, LUÍS, *O Erro em Medicina - Perspectivas do Indivíduo, da Organização e da Sociedade*, Almedina, Coimbra, reimpressão da edição de Novembro 2004, pp. 311-312.

No mesmo sentido que REASON, JOSÉ FRAGATA e LUÍS MARTINS concetualizam o erro em medicina (**erro médico**) como “*uma falha, não intencional, de realização de uma sequência de actividades físicas ou mentais, previamente planeadas, e que assim falham em atingir o resultado esperado. Sempre que essa falha se não deva à intervenção do acaso*”³³.

No lado oposto destes erros resultantes de acções não intencionais em que, por distração, por má aplicação de regras ou por má deliberação, se falhou o plano, JOSÉ FRAGATA e LUÍS MARTINS alertam-nos para a existência de “*erros que resultam de uma transgressão de regras tidas como recomendáveis ou seguras; estes últimos erros não são desculpáveis, poderiam ser evitados se as regras definidas (estado de arte) tivessem sido seguidas, são portanto violações*”. E «*Podemos assim falar de “erros honestos”, os primeiros, fruto da natureza humana e da nossa característica inseparável que é a de cometermos erros, e os outros, os “erros desonestos” ou violações, que se cometem por imprudência, comportamentos de risco ou desobediências aos preceitos estabelecidos ou boas regras*»³⁴.

Para GERMANO DE SOUSA, erro médico é “a conduta profissional inadequada resultante de utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorretas que se revelam lesivas para a saúde ou vida do doente”³⁵. E, em bom rigor, podemos afirmar que o erro de diagnóstico se encontra abrangido por esta noção, uma vez que o médico deve procurar aplicar a técnica correta para concluir por determinada patologia, observando, naturalmente, todas as regras de cuidado, como constataremos mais adiante.

Segundo este autor, será mister “diferenciar o erro médico culposo do erro resultante de acidente imprevisível, consequência de caso fortuito, incapaz de ser previsto ou evitado”, isto é, daqueles que se subsumem naquela álea incontornável no exercício de uma profissão como aquela a que nos referimos. Estes não assumirão relevância jurídica. Bem assim, no caso de **evento adverso**³⁶, em que o médico empregou, infrutiferamente,

³³ *ibidem*, pp. 312-313.

³⁴ *ibidem*, *loc. cit.*

³⁵ GERMANO DE SOUSA, “Negligência e Erro Médico”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 6/99, novembro/dezembro de 1999, pp. 12-14.

³⁶ FRAGATA, JOSÉ e MARTINS, LUÍS, *op. cit.*, pp. 317-318.

todos os meios disponíveis e adequados. Isto é, o evento adverso (*adverse event*) pode ser entendido como “qualquer ocorrência negativa ocorrida para além da vontade e como consequência do tratamento, mas não da doença que lhe deu origem, causando algum tipo de dano, desde uma simples perturbação do fluxo do trabalho clínico a um dano permanente ou mesmo a morte”, mas, se o médico procedeu segundo as *leges artis*, não se enquadrará na categoria de erro. Tomemos o exemplo enunciado por JOSÉ FRAGATA e LUÍS MARTINS de um doente diabético, que é admitido num hospital para realizar uma cirurgia e, durante o internamento, sofre de uma falta de açúcar no sangue (hipoglicémia), o que provoca, apenas, um breve desmaio. Uma vez que este desmaio ocorreu como resultado da doença de que o paciente padecia, não se enquadrará na categoria de evento adverso. Já o será se, no dia a seguir à cirurgia, lhe é ministrada uma dose três vezes superior à dose adequada e prescrita para o controlo da sua diabetes, deixando o doente num coma causado por uma hipoglicémia grave, já que ocorre na sequência de um acto terapêutico - ou mesmo no caso de omissão.

Volvendo ao elenco conceptual avançado por JOSÉ FRAGATA E LUÍS MARTINS, o **lapso** será equivalente ao *error of execution*, avançado por REASON, na medida em que consubstancia uma execução errada de um plano que estava correctamente delineado e em que se produz um resultado diferente do desejado por causa de uma falta momentânea de atenção. É, segundo os autores, o caso do médico que por um erro de pontuação não prescreve a dose correcta de um determinado medicamento.³⁷

A **falha** apresenta algumas semelhanças com o lapso, uma vez que também ela se configura como um plano mal executado e com um resultado final diferente do desejado, mas difere dele porque, no caso da falha, há a omissão de um passo na execução do plano. Segundo os autores, a falha estará, habitualmente associada a tarefas repetitivas, como a rotulagem para identificação de amostras de sangue.³⁸

O **engano**, ao contrário do que sucede com os lapsos e as falhas, é o resultado de uma execução consonante com um plano inadequado à consecução do objetivo desejado

³⁷ *ibidem*, pp. 314-315.

³⁸ *ibidem*, pág. 315.

(*error of planning*), que fica, assim, por alcançar. Não se exclui a possibilidade de que subjazam ao engano erros por má aplicação de regras e erros por deficiente deliberação.³⁹

Os primeiros referem-se a situações em que, perante um determinado caso clínico, o médico se engana e aplica um regra errada ou, eventualmente, uma regra certa, mas fora do contexto, levando a um resultado não planeado. É exemplo disso o caso do médico que analisa três doentes com os mesmos sintomas, diagnosticando-lhes um síndrome gripal, e que deparado com um quarto doente que apresentava sintomatologia semelhante, e de acordo com os indícios recolhidos de um exame médico muito superficial, conclui erradamente pelo diagnóstico idêntico ao dos pacientes anteriores, ignorando que se trata, afinal, de uma extensa pneumonia que implica a aplicação de uma terapêutica diferente e que seria detetável através de um exame torácico mais apurado e de uma radiografia.

Quando o médico executa, sem sucesso, um plano elaborado de acordo as regras usualmente aplicadas, pode tentar procurar delinear um novo plano com base nos seus conhecimentos, experiência e capacidade de inferir. Falhando esta nova solução, estaremos perante um erro de deliberação. Retomamos exemplo do diagnóstico errado de síndrome gripal: o médico, ao constatar a ausência de melhoras com a terapêutica aplicada, inicia um “*processo deliberativo para chegar a um novo diagnóstico*”, que começa pela consideração daquele que será mais provável, neste caso, uma pneumologia bacteriana. Iniciada a terapêutica há uma semana, e sem apresentar melhorias no seu estado de saúde, mudam-se os antibióticos, mas o médico persiste em ignorar o facto de o paciente ser fumador e ter emagrecido, num curto espaço de tempo, cerca de vinte quilos. Se estes factos fossem devidamente considerados, tornar-se-ia evidente que se tratava de uma pneumopatia refratária por obstrução de um brônquio, causada pela presença de um tumor maligno no pulmão.

Os “*near miss*” ou “*close calls*”⁴⁰ são eventos potencialmente susceptíveis de terminar em acidente que não chegam a materializar-se nesse resultado, porque ou não há “o alinhamento suficiente de falhas, ou porque o sistema, as suas defesas passivas (alarmes, por exemplo) ou activas (pessoas, mecanismos de servo controle) os evitaram”,

³⁹ *ibidem, loc. cit.*

⁴⁰ FRAGATA, JOSÉ e MARTINS, LUÍS, *op. cit.*, pág. 317.

permitindo uma intervenção correctiva atempada. Contudo, e uma vez que manifestam a prevalência de erros e falhas na prática clínica, o registo e a tomada de conhecimento destes eventos acabam por assumir-se tão ou mais relevantes do que os dos acidentes ocorridos, permitindo, deste modo, melhorias nas políticas de gestão de risco clínico e o decréscimo do número de erros.

Os **danos** (ou doenças) **iatrogénicos**(as) são danos causados pelo próprio tratamento, danos inevitáveis num meio hospitalar que se revela cada vez mais complexo com toda a inovação tecnológica, especialização profissional e consequente multiplicação das interações entre doentes e profissionais de saúde e destes com outros colegas.⁴¹

Nas palavras de ANDRÉ DIAS PEREIRA, a medicina é uma atividade que comporta sempre uma dimensão de risco: “O dano iatrogénico sucede com frequência e este é independente de negligência do médico ou da instituição hospitalar.”⁴² Ainda que exemplarmente treinados, os médicos, enfermeiros, técnicos, farmacêuticos, etc., não se encontram à margem do erro e este poderá ou não causar danos no doente.

O Prof. FRAGATA⁴³ apresenta-nos ainda outro conceito limítrofe: o de **risco clínico**, definido-o como “a probabilidade de ocorrência de um qualquer evento adverso”. Refere ainda que, neste âmbito, apenas são ponderados como determinantes do resultado desejado o chamado risco intrínseco à patologia diagnosticada (natureza e estado clínico), o risco incremental (devido às co-morbilidades associadas e à natureza do procedimento médico ou cirúrgico), mas que têm vindo a ser negligenciados “*aspectos fundamentais como a dificuldade técnica devida, por exemplo, à variação anatómica, à performance do operador ou do hospital, bem como factores complexos de interacção incerta e mesmo o acaso*”.

⁴¹ *ibidem*, pág. 323.

⁴² PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, “O Consentimento Informado na Experiência Europeia”, intervenção apresentada no *I Congresso Internacional sobre: “Os desafios do Direito face às novas tecnologias”*, pág. 8. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20André%20Pereira%20Ribeirão%20Preto.pdf>.

⁴³ FRAGATA, JOSÉ, *et al.*, *Risco Clínico - Complexidade e Performance*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 41-42.

1.2. A Categorização do Erro

Não menos importante que a análise da taxonomia do erro médico é a categorização do mesmo. Assim, e alicerçando a sua perspectiva na definição técnica que avançámos de dano iatrogénico - i.é, enquanto danos que resultam do próprio tratamento e não da doença -, LEAPE⁴⁴ agrupava os eventos adversos em três grupos: **preveníveis, potencialmente preveníveis e não preveníveis.**

Os primeiros seriam o resultado de um erro; os potencialmente preveníveis, apesar de não permitirem deslindar um erro de actuação que lhes subjaza, podem indiciar um baixo *standard* de cuidados ou de competência técnica; os não preveníveis reportar-se-iam às complicações que, em virtude do estado actual do conhecimento, não poderiam ser previstos ou evitados.⁴⁵

No entanto, podermos esboçar uma categorização diferente se se proceder ao agrupamento dos erros em função da fase do processo em que ocorrem, consolidando-os nas categoria de: **erros de diagnóstico, erros de tratamento, erros preventivos e outros erros.**

Os primeiros reportam-se a falhas na fase de diagnóstico e incluem erros ou atrasos no diagnóstico, falhas na aplicação dos testes indicados, uso de testes desatualizados e falhas na atuação adequada face aos resultados dos testes realizados.

Na fase de tratamento, podemo-nos deparar com erros técnicos na realização de uma operação, procedimento ou teste; erros na administração do tratamento (incluindo preparação para o tratamento na sua realização); erros na dose da medicação ou no seu método de uso; atrasos evitáveis no tratamento ou na resposta à situação que os testes diagnosticaram; e prestação de cuidados não apropriados.

Os erros preventivos consubstanciam falhas na profilaxia, não se providenciando ao utente o tratamento profilático adequado, ou falhas de monitorização ou de *follow-up*, procedendo-se a um monitoramento inadequado ou a um acompanhamento deficitário do tratamento.

⁴⁴ LEAPE, L., "The preventability of medical injury", in Bogner, M. (ed.), *Human Error in Medicine*. Hillsdale, L. Erlbaum Associates, Inc., 1994, pp. 13-25.

⁴⁵ FRAGATA, JOSÉ e MARTINS, LUÍS, *op. cit.*, pág. 61.

A última categoria inclui erros resultantes de falhas na comunicação, falhas no equipamento ou outras falhas no sistema.

2. DA RESPONSABILIDADE PELO ERRO

Se, por um lado, “*errare humanum est*” e, por isso, como referem JOSÉ FRAGATA E LUÍS MARTINS “*o erro está intrinsecamente ligado à natureza humana e não poderá nunca ser abolido, isto é, os erros são inevitáveis.*”, há, contudo, erros que resultam “*de acções não intencionais em que, por distração, por má aplicação de regras tidas ou por má deliberação, se falhou o plano*”⁴⁶.

Para que se afirme a presença de um erro médico, teremos de verificar a existência de um plano de acção, elaborado pelo agente (médico), e a intencionalidade no seu cumprimento, seguido de um desvio da sequência das acções previstas e uma consequente incapacidade de atingir o resultado esperado, provando ainda umnexo de causalidade.

Pelo exposto, evidencia-se que o aspeto essencial do erro médico é a falta de consciência do mesmo, pelo agente, o que, no entanto, não significa a ausência da sua previsibilidade abstrata.

Se o médico não tinha tal consciência, podemos estar no domínio do erro médico, com ou sem violação do dever de cuidado. Havendo essa consciência, não se pode falar de erro⁴⁷, mas, antes, de uma violação deliberada - *rectius*, dolosa - contrária ou indiferente às *leges artis*, em qualquer das modalidades de dolo, com maior frequência, de dolo eventual. Estando presente uma representação mental de que a conduta desencadeada é indevida e prosseguindo-se, ainda assim, na sua realização, estaremos indubitavelmente perante uma violação consciente e não de um erro no sentido estrito do termo. Essa consciência não é sinónimo de uma intencionalidade do médico em actuar contra a saúde ou contra a vida do

⁴⁶ FRAGATA, JOSÉ e MARTINS, LUÍS, *op. cit.*, pág. 313.

⁴⁷ Neste sentido, SÓNIA FIDALGO: “os erros não são cometidos de forma deliberada; eles caracterizam, na sua essência mais pura, a actuação humana e são verdadeiramente inevitáveis, qualquer que seja a actividade exercida pelo homem” *vide* FIDALGO, SÓNIA MARIZA FLORÊNCIO, *Responsabilidade penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa* (dissertação de Mestrado), publicação do Centro de Direito Biomédico/Faculdade de Direito de Coimbra, pela Coimbra Editora, 2008, pág. 28. Por sua vez, também J. FRAGATA / L. MARTINS convergem neste sentido quando, na definição deste conceito, consideram que o erro médico é uma falha não intencional, tal como ALAN MERRY e MCCALL SMITH ao se referirem à *unintentional failure* - *vide supra* subsecção 1.1., do Capítulo II, pp. 19 e ss.

paciente - salvaguardada que fica a possibilidade de o ter feito sem intenção -, mas permite afirmar que o agente, de forma consciente e sem fundamento, se desviou das regras da arte médica.

Sendo uma realidade *ôntico-fenomenológica*, e que, como EBERHARD SCHMIDT ensinava, não encerra qualquer juízo de valor jurídico, tratando-se somente de uma designação técnica para um facto, o erro médico relevará *in re ipsa* no plano da matéria de facto. Segundo o ilustre penalista e médico alemão, tratar-se-ia apenas da constatação de que, num determinado caso particular e sob ponto de vista médico, determinado acto clínico ou cirúrgico não está correcto do ponto de vista técnico.⁴⁸

Como tivemos já oportunidade de constatar, ao erro poderá estar subjacente a *ignorantia* da realidade ou uma representação errada da mesma na consciência do agente (casos em que se classificará como erro intelectual ou de percepção) ou, noutros casos, e apesar da correcta representação da realidade, poderá ser consequência de um acidente ou falha humana no âmbito da execução do acto médico, constituindo, portanto, uma *aberratio ictus* ou erro na execução.

Não desconsiderando os reflexos que o erro médico poderá assumir, tanto no domínio do Direito Penal, como no domínio do Direito Civil com reflexos no campo jurídico-administrativo, jurídico-laboral e no domínio do direito disciplinar, o objeto deste estudo é o tratamento que esta realidade de facto tem merecido no domínio do direito civil, pelo que não nos delongaremos na explicitação do enquadramento que a figura merece nos outros ramos do direito.

No domínio do Direito Civil, que é aquele que ora nos importa mais, apesar das maiores ou menores dificuldades probatórias que enfrente, dada a dicotomia responsabilidade contratual/responsabilidade extracontratual⁴⁹, o erro médico irá relevar, na medida em que derive de uma conduta ilícita (violadora das *leges artis*) e danosa e que tenha sido condição causal do dano sofrido pelo paciente.

⁴⁸ RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *op.cit.*, Julho-Dezembro de 2012, pág. 13.

⁴⁹ *vide supra*, a propósito das diferenças dos regimes, Capítulo I, pp. 10 e ss.

Como já tivemos oportunidade de referir, a culpa é precisamente um dos pressupostos mais difíceis de provar. Em 1978, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, exercendo na altura as funções de Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça⁵⁰, explicitava:

“Em termos gerais, ter agido culposamente significa ter o médico actuado de tal forma que a sua conduta lhe deva pessoalmente ser censurada e reprovada, isto é, poder-se determinar que, perante as circunstâncias concretas de cada caso, o médico obrigado devia e podia ter actuado de modo diferente. Diversamente, a actuação do médico, não seria culposa quando, consideradas as circunstâncias de cada caso, ele não possa ser reprovado ou censurado pelo modo como actuou”.⁵¹

Assim, a observância das *leges artis* exclui, em princípio, o chamado erro médico, mas há um ponto a ter em consideração quando se fala de condutas contrárias às regras da arte médica. É que, perante determinado caso concreto, o médico pode ter-se deparado com uma efetiva necessidade de se afastar do cumprimento das *guide lines*, dos protocolos médicos, dos tratados médicos e da casuística semelhante, para prosseguir com a terapêutica tida por conveniente para aquele caso⁵², ou mesmo de nada fazer, em consonância com o princípio hipocrático de “*primum non nocere*” se a opção pela ação se demonstrar causadora de mais prejuízos do que benefícios para o doente, e este é um juízo que não se pode fazer em abstrato.

Afirma-se, portanto, inequivocamente a necessidade de verificação (em concreto) de que o resultado danoso em causa seja objetivamente imputável à conduta ilícita e que tal conduta seja censurável ao agente a título de dolo ou de negligência para que o erro médico assuma relevância jurídico-civil.

⁵⁰ Actualmente presidente do Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

⁵¹ GASPAR, A. SILVA HENRIQUES, “A Responsabilidade Civil do Médico”, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano III, 1978, Tomo I, pp. 335 e ss.

⁵² vide art.º 35.º do CDOM: “1. O médico deve abster-se de quaisquer actos que não estejam de acordo com as *leges artis*. § 2. Exceptuam-se os actos não reconhecidos pelas *leges artis*, mas sobre os quais se disponha de dados promissores, em situações em que não haja alternativa, desde que com consentimento do doente ou do seu representante legal, no caso daquele o não poder fazer; e ainda os actos que se integram em protocolos de investigação, cumpridas as regras que condicionam a experimentação em e com pessoas humanas.”

Ademais, refira-se que a existência de um eventual formulário em que o paciente preste o seu consentimento⁵³ e que este tenha sido um consentimento informado ou esclarecido (art.º 340.º do CC) quanto aos riscos que os procedimentos comportam, não excluirá a ilicitude de qualquer erro médico censurável, já que esse consentimento é dado com a confiança de que os eventuais MCDs e tratamentos que venham a suceder-lhe sejam realizados de acordo com a diligência e técnica necessárias e, claro, desde que medicamente indicados para o caso. Isto significa que o erro médico culposo, procedente de uma conduta incompatível com a do *reasonable doctor*, não se poderá incluir no âmbito do consentimento prestado pelo paciente, pelo que, verificando-se cumulativamente os outros pressupostos de responsabilidade, o médico poderá ser efetivamente responsabilizado pelos danos decorrentes do seu comportamento ilícito.

Sumariamente há, portanto, que concluir que o erro médico que não produz um resultado lesivo ou ponha em perigo grave de lesão a saúde ou a vida do paciente, bem como aquele que, não tendo sido fruto da violação de um dever de cuidado e, não obstante toda a diligência possível do médico, tenha ocorrido, não assumirão uma relevância jurídico-civil, porquanto não se verificam os respetivos pressupostos de responsabilidade civil.

2.1. Do Erro de Diagnóstico em particular

Ciente das dificuldades probatórias em torno do erro médico e referindo-se especificamente às relativas a casos de erro de diagnóstico, CUNHA GONÇALVES discorre sobre o problema no seu “Tratado de Direito Civil”:

“O erro de diagnóstico não é necessariamente culposo; porque a ciência do médico é incerta e conjectural; Há, infelizmente, doenças distintas com síndromas similares; e, assim, não é de estranhar que um médico se equivoque, logo de entrada, sobretudo quando não possui larga experiência e aquela intuição que é o raro dote das celebridades profissionais.

Outras vezes, em certos doentes, por motivos inexplicáveis, a doença adquire grande virulência, em marcha galopante, como na septicémia e na urémia, de sorte que, ou todos os esforços do médico se tornam ineficazes, ou este nem

⁵³ O consentimento pode ser definido como a “aquiescência do titular do direito à prática do acto que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respetivo interesse” *vide* VARELA, J. M. ANTUNES, *op. cit.*, vol. I, pág. 560.

sequer tem vagar para assentar num diagnóstico exacto e empregar adequado tratamento”.⁵⁴

Sustentamos, ainda assim, ser possível descortinar algumas situações de violação de *leges artis*, em sede de realização de diagnóstico, que se consubstanciarão em erros negligentes, nomeadamente: ligeireza na elaboração de um diagnóstico, evidenciada pela inobservância de exames e comprovações disponíveis, cuja realização, em virtude do estado clínico, se impunha para emissão daquela conclusão; a conclusão por um diagnóstico sem se ter procedido a uma observação/examinação do paciente ou sem ter recorrido aos instrumentos e aparatos que o médico pode utilizar na sua atividade e que levariam ao correto diagnóstico; a desconsideração de um sintoma evidente; e a desconsideração ou insuficiente valoração desses mesmos exames no momento da deliberação/conclusão do diagnóstico.⁵⁵

Considerando que “[u]ma falta de cuidado normal ou de atenção é susceptível de produzir um diagnóstico errado, com inevitáveis consequências nos resultados terapêuticos” e que os avanços tecnológicos na área da medicina “tornam muito seguro o diagnóstico médico”, vem-se reconhecendo a necessidade de “um aumento de responsabilidade do médico em interpretar devida, cuidada e atentamente o resultado desses exames, para diagnosticar correctamente a doença e assim responder à confiança em si depositada pelo paciente.”⁵⁶

⁵⁴ GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XII, Coimbra editora, Coimbra, 1937, pág. 754.

⁵⁵ Em sentido idêntico, ANDRÉ DIAS PEREIRA, seguindo fundamentalmente o entendimento de LUÍS SOUSA, em PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2015, pp. 699-700.

⁵⁶ Acórdão do TRL de 15/12/2011, proc. 5485/09.7TVLSB.L1-2, (PEDRO MARTINS), disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a7c49b08125d9f9f802579900043cfc0?OpenDocument>. E sobre um erro de diagnóstico, por médico radiologista, que permitiu o nascimento de uma criança com graves deficiências físicas, impedindo a “a grávida de beneficiar do regime legal de interrupção voluntária da gravidez, violando assim o seu direito à autodeterminação”, o Acórdão do TRP, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1 (FILIPE CAROÇO), de 01/03/2012 ajuizava, e veio a considerar que “*age com culpa o médico radiologista que procede a exames de um feto às 12 e 19 semanas de gestação e elabora os correspondentes relatórios fazendo constar neles que a gravidez tinha evolução favorável e compatível com o tempo gestacional e que o bebé era perfeitamente normal, quando acabou por nascer; às 38 semanas, com síndrome polimalformativa e com patologias que seriam detectáveis por um radiologista normal*”. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument>.

Não menos importante que o próprio erro no diagnóstico é exatamente a terapêutica indicada e que teve por base o diagnóstico errado, já que a mesma poderá não só não curar como mesmo agravar a condição de que padece o paciente.

Ademais, um diagnóstico errado poderá implicar um *follow-up* inadequado se, por exemplo, os sintomas que levaram o médico a concluir pelo diagnóstico (errado) de uma patologia que não inspira grandes cuidados são comuns a uma outra que os implica (v.g., internamento, intervenção cirúrgica urgente, observação por um médico da especialidade, monitorização do paciente).

Salientamos, ainda, que há determinados circunstancialismos que, se não adensam a obrigação do médico, merecem, pelo menos, uma consideração. Não se negará que, nos estabelecimentos de saúde privados – como em qualquer outra empresa privada – o interesse é o lucro. E, por tal motivo, não se deverá estranhar que, em grandes hospitais privados, procurando alcançar o diagnóstico, se lance mão, mais facilmente, de um maior número de MCDs, com as reconhecidas vantagens e desvantagens que isso acarretará tanto para o prestador de serviços de saúde como para o utente.

O mesmo significará que, não impendendo sobre o médico que exerce a sua profissão num sistema privado os mesmos condicionalismos de contenção e racionalização que se impõem no público, não será facilmente justificável (ou desculpável) que esse mesmo médico não faça uso da tecnologia que tem ao seu dispor, podendo indiciar, segundo entendemos, uma falta de zelo e diligência na prestação de diagnóstico, ditando assim o incumprimento contratual, que constitui ilícito civil, sancionado pelo regime dos artigos 798.º e seguintes do Código Civil.

Não estamos, note-se, a apelar àquela busca pelo caminho mais longo por se compaginar com os objetivos de alcançar o maior lucro possível, nem à medicina defensiva, pois, em todo o caso, estaríamos perante má prática médica sempre que se realizassem atos médicos desnecessários. E é aqui que reside o *busilis* da questão, esse conceito – indeterminado – de necessidade; intederminável sem o contributo da própria medicina. É essa dimensão autocompositiva que torna a intervenção do jurista tão difícil como imprescindível.

Tendemos a afirmar que, dispondo dos meios necessários ao diagnóstico, o médico

deverá fazer uso deles, estando, caso contrário, a não cumprir a sua obrigação de conduzir todos os esforços para alcançar o resultado (a sua obrigação de meios).

E, claro está que, no caso de estarmos perante um utente que volta a recorrer a um médico porque não mostra sinais de recuperação ou mesmo porque o seu estado de saúde se agravou, a exigência com que se avaliará o cumprimento da obrigação de zelo, de cuidado e diligência não deverá certamente ser a mesma a que se recorreria num primeiro episódio. E, veja-se, que mesmo o facto de se tratar de médicos diferentes não deve, à partida, excluir a tal diligência reforçada, senão confirmá-la. É que, constatando a ausência de melhorias no estado de saúde do paciente e confiando que os médicos que o examinaram anteriormente se mostraram, também eles, zelosos, evidencia-se a necessidade de equacionar diagnósticos de patologias mais remotas e realizar mais exames complementares.

Talvez possa parecer demasiado drástico para alguns – os mesmos que nos acusariam de apelar à medicina defensiva –, mas, se ainda não tiver sido confirmado qualquer diagnóstico, o que é que deverá impedir que o médico chegue a essa confirmação e ao invés opte por um processo de tentativa e erro – ou adivinhação –, indicando terapêuticas para as suas suposições? De facto, quando olhamos os cuidados de saúde por este prisma, não estranhámos tanto que Portugal seja dos países com maiores consumos de antibióticos, correndo o risco de, num futuro próximo e devido a esse consumo excessivo, deixarmos de poder recorrer a esta arma terapêutica.⁵⁷

⁵⁷ Como, aliás, salienta a Direção-Geral da Saúde: “o seu uso maciço, e frequentemente inadequado, promoveram a emergência e seleção de bactérias resistentes e multirresistentes, existindo evidência de associação, consistente e estatisticamente relevante, entre o nível de consumo de classes específicas de antibióticos e a resistência bacteriana a essas mesmas classes. É crescente, a nível mundial, a resistência aos antimicrobianos, existindo bactérias apenas suscetíveis a poucos antibióticos e, como tal, causadoras de infeções de tratamento extremamente difícil. Assim, o antibiótico, essencial para a realização, em segurança, de muitas intervenções e processos de saúde e determinante do aumento da esperança de vida verificado na segunda metade do século XX, passou a estar ameaçado de perda de eficácia. Há que reduzir a pressão antibiótica, prevenindo todas as infeções evitáveis, não usando antibióticos quando não existe infeção bacteriana e reduzindo a duração da terapêutica ao mínimo indispensável para curar a infeção e evitar a recidiva” - Direção Geral da Saúde (2014), Direção de Serviços de Informação e Análise, “Portugal - Programa de Prevenção e Controlo de Infeções e de Resistência aos Antimicrobianos - 2014”, Lisboa. Disponível em <https://www.dgs.pt/estatisticas-de-saude/estatisticas-de-saude/publicacoes/portugal-controlo-da-infecao-e-resistencia-aos-antimicrobianos-em-numeros-2014-pdf.aspx>

CAPÍTULO III - DA PERDA DE CHANCE NA MEDICINA

1. A “PERTE DE CHANCE”

1.1 Pequena Resenha Histórica⁵⁸

O conceito da *perte de chance* surge pela primeira vez em França, nos finais do séc. XIX, num acórdão tirado pela *Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation* em 17 de Julho de 1889, sendo reafirmado, de forma mais explícita, numa decisão de 1902 e posteriormente apreendido por outros ordenamentos jurídicos.

A sua aplicação nos domínios da responsabilidade civil por acto médico remonta a meados da década de 60 do séc. XX, quando, também na jurisprudência francesa, a *Cour d'Appel* de Grenoble se depara com um caso de falta de diagnóstico atempado de uma fratura já detetada num exame radiofónico anterior, o que levou a um agravamento do estado de saúde do paciente, e decide aplicar o conceito de *perte d'une chance de guérison ou de survie*.

No entanto, apesar da ampla aceitação aparentemente pacífica da doutrina e jurisprudência francesas quanto à proliferação do conceito para vários domínios, e em especial nos da responsabilidade médica, não se tem revelado isenta de críticas a conclusão pela ressarcibilidade de uma *perte d'une chance de guérison ou de survie*, sobretudo a respeito da prova de nexo de causalidade. Pelo contrário, e para além da aceitação inequívoca da convocação da figura em casos de perda de chance de obter uma promoção profissional e de responsabilidade civil dos advogados, a jurisprudência portuguesa mais recente⁵⁹ deixa denotar uma aceitação da proliferação do conceito para o campo da responsabilidade civil dos médicos, mais especificamente na responsabilidade por perda de chance de cura ou sobrevivência.

⁵⁸ Para mais desenvolvimentos *vide* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 192 e ss.; FERREIRA, RUI CARDONA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e a Perda de Chance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 113 e ss.; e, ainda, ROCHA, NUNO SANTOS, *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 23 e ss.

⁵⁹ *vide*, a propósito, Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015, Transitada em julgado em 12 de outubro de 2015, pp. 20-21. Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf

1.2. A Natureza Polissémica da Palavra Chance

A palavra chance, etimologicamente derivada do vocábulo francês *chance*, encerra, em si mesma, múltiplos significados: possibilidade de algo acontecer (probabilidade), oportunidade dada a alguém,⁶⁰ felicidade ou sorte. Deteremos a nossa atenção nos diversos sentidos consubstanciados no conceito de chance, *maxime* naqueles que se apresentam de necessária apreensão no contexto da responsabilidade civil do médico.

Como nos ensina RUTE TEIXEIRA PEDRO⁶¹, a chance pode significar, por um lado, “um conjunto de elementos aptos à efectivação de um determinado efeito, em regra positivo” (oportunidade) e, por outro, pode referir-se a esse próprio resultado positivo (felicidade) - alcançado através da confirmação daqueles elementos; ao aproveitamento da oportunidade.

É certo que o aproveitamento daquela oportunidade poderá depender, em certa medida, de sorte. Mas, no que concerne a possibilidade/probabilidade de obter algo, ainda que contenha, em algumas situações (oportunidades), um determinado grau de incerteza quanto à sua concretização - a par da sorte -, estamos no domínio do possível e do provável, pelo que, de certo modo, será o grau de probabilidade a determinar a intervenção da sorte, de forma proporcionalmente inversa à probabilidade de verificação do resultado positivo, pois que este parece estar tanto mais tangível quanto mais provável.

Este excuro pela etimologia e semântica não pretende apenas demonstrar a natureza polissémica do conceito de chance, mas sobretudo permitir uma aproximação àquela que se desvela ser a *vexata quaestio*: a frustração de expectativas em torno de uma mera possibilidade de obtenção de um resultado positivo merece tutela jurídica ou, pelo contrário, só o merece a perda do próprio resultado? Podemos já antever que a dificuldade da resposta se prende, precisamente, com aquele sentido de probabilidade que a chance pode assumir; é que teremos de confirmar, no caso concreto, pela “existência” e pela “consistência da possibilidade perdida”⁶².

⁶⁰ "chance", in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2013. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/chance>

⁶¹ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pág. 179.

⁶² *ibidem*, pág. 180.

2. A CHANCE JURIDICAMENTE RELEVANTE: CARACTERIZAÇÃO

O debate doutrinal em torno da perda de chance pode ser agrupado em três posições doutrinárias divergentes.

A primeira conclui pela não ressarcibilidade da perda de chance, não a reconhecendo como um dano, e, uma vez que a indemnização não tem função punitiva, mas meramente ressarcitória, não se estabelecendo o nexo causal com o dano (final) não haverá lugar a indemnização.

Ademais, uma parte da doutrina sustenta que a perda de chance constitui um problema de causalidade, não a considerando um dano autónomo, nem ressarcível *a se*. Prevê, no entanto, a possibilidade de o dano final ser indemnizável, em certa medida, desde que fique demonstrada, no âmbito do nexo de causalidade, uma elevada probabilidade desse dano ter sido adequadamente causado pelo facto ilícito.

Reconhece-se, em terceiro lugar, uma parte da doutrina que - em consonância com a posição que adoptamos - considera a perda de chance um problema do domínio do dano e não do domínio da causalidade, autonomizando o dano da perda de chance como dano intermédio, diferente do dano final, indemnizável desde que verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente a conduta ilícita (ação ou omissão) e culposa e um nexo de causalidade (adequada) entre ela e o dano da perda de chance.

Aliás, a questão da ressarcibilidade tem vindo a ser discutida também na doutrina italiana, *maxime* a ressarcibilidade da perda de chance de um ganho, uma vez que o legislador italiano se refere, no art. 2043º do CCI, à *ingiustizia* do dano, facto que vem acrescentar às usuais dificuldades probatórias dos pressupostos de responsabilidade civil - o dano e o nexo causal - uma outra relativa à própria ilicitude. E esta dificuldade far-se-á sentir ainda mais em Portugal, tendo em conta a redação do art. 483º CC que enuncia o princípio geral no âmbito da responsabilidade por factos ilícitos⁶³. O ressarcimento da expectativa frustrada ficará dependente, entre nós, da perda de chance ser considerada uma

⁶³ Artigo 483.º/1 - “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.” (sublinhado nosso).

violação ilícita do “direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios”⁶⁴.

A solução adiantada pela doutrina italiana vem permitir o ressarcimento das situações em que o agente ofende posições jurídicas subjetivas do lesado ou um interesse deste, ainda que não sob a forma de direito subjetivo, desde que merecedor de tutela jurídica⁶⁵. No entanto, a doutrina divide-se entre aqueles que consideram a perda de chance a lesão de um mero interesse de facto⁶⁶ - e, conseqüentemente, não ressarcível - e os que consideram que ela integra, à data da lesão, o património do lesado, uma vez que possui um valor económico e jurídico⁶⁷ - sendo, portanto, ressarcível.

A equiparação da perda de chance ao leque de situações em que se afirma, pacífica e reconhecidamente, uma lesão ao património, só se mostrará possível se assentar numa perspetiva mais alargada deste último conceito - como nos sugere JÚLIO GOMES⁶⁸ -, mediante a adoção de um critério misto económico e jurídico, i.é., se o considerarmos uma “soma de todos os valores juridicamente protegidos”.

⁶⁴ O português segue, fundamentalmente, o sistema alemão, fazendo depender a ressarcibilidade dos danos de uma conduta ilícita e culposa. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência francesas assentam a sua lógica na presunção de culpa (“*présomption de faute*”), enquanto em Espanha a responsabilidade objectiva ocupa uma posição de destaque na responsabilidade médica hospitalar pública.

O sistema italiano parece, assim, encontrar-se numa posição intermédia ao exigir a presença de um dano injusto.

Para mais desenvolvimentos, *vide*, ANTÓNIO DE SOUSA, ISA, “A Responsabilidade do Estado por Actos Médicos: Entre a *Présomption de Faute* e a “Objectivização” Espanhola – *Breve resenha comparativa: Uma convergência de regimes?*”, disponível em: https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjbuIHH5dLKAhUNhhoKHdJPBW8QFghAMAY&url=http%3A%2F%2Frevistas.ulusofona.pt%2Findex.php%2Frdulp%2Farticle%2Fdownload%2F3250%2F2408&usq=AFOjCNHKhVP5Ob3URoM_rNpt1CLLxMrk-O&sig2=9BfZy93pR5nShvxxtl1qA. E, ainda, PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, “Portuguese Tort Law: a Comparison with the Principles of European Tort Law”, disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/2563/1/European_Principles_Tort_Law_Portugal.pdf.

⁶⁵ ALPA, GUIDO *apud* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 211-212.

⁶⁶ PACCHIONI *apud* ALPA, GUIDO, *La responsabilità civile. Parte generale*, Wolters Kluwer Italia, 2010, pág. 583

⁶⁷ Como enunciado, aliás, na decisão da *Corte de Appello* de Roma, III secção, de 17 de Fevereiro de 1988.

⁶⁸ GOMES, JÚLIO, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, pág. 272.

Este entendimento encontrará, contudo, alguma dificuldade em implantar-se em Portugal, como podemos confirmar através da análise do exemplo prático enunciado por ANTUNES VARELA⁶⁹:

“Suponhamos que a agredida por A é um artista que devia dar nesses dias um recital e que, em consequência da agressão, o recital não se realiza, com sério prejuízo não só para o agredido (B), mas também para o dono da sala de espectáculos e o arrendatário do respectivo bufete. O agredido (B) terá direito a ser indemnizado porque A violou as normas tuteladoras da integridade física das pessoas. Mas já não gozarão do mesmo direito, nem o dono da sala de espectáculos, nem o arrendatário do bufete, porque, embora tenham sido lesados no seu património, não há nenhuma norma que tutele em geral o direito das pessoas ao seu património” (sublinhado nosso).

Apesar das reticências no recurso ao conceito de perda de chance, consideramos que - em consonância com o entendimento de RUTE TEIXEIRA PEDRO⁷⁰ -, não obstante a ausência de uma norma tuteladora do património em geral, a ressarcibilidade do dano da perda de chance não deverá merecer, logo à partida, resposta negativa. Como salienta a autora, atribuir-lhe-emos relevância ressarcitória desde que «a lesão dos interesses dos particulares ligados a esse “dano” corresponda (...) à violação de uma norma legal ou de um vínculo obrigacional pré-constituído, que conceda protecção (directa) àqueles interesses», *rectius*, à “violação de um direito subjectivo (absoluto ou relativo) ou de uma norma de protecção”.

Afirmando que a perda de chance se consubstancia como um problema no domínio da causalidade, MENEZES CORDEIRO debate-se com a ressarcibilidade da mesma, já que, segundo o autor “não é possível condenar alguém a pagar – o que tem, sempre, um sentido expropriativo ou confiscatório – se não se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano”. Ademais, “ao mandar indemnizar pela perda de chance, dispensando, com isso, a prova da causalidade, está-se a proceder a uma (re)distribuição do risco não prevista na lei”⁷¹.

PAULO MOTA PINTO, apesar de considerar “[não existir] entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização por perda de chances”, não exclui a possibilidade de a

⁶⁹ VARELA, J. M. ANTUNES, *op. cit.*, vol. I, pp. 539-540.

⁷⁰ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pág. 214.

⁷¹ CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil - Parte geral - Negócio jurídico*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 288

chance vir a ser protegida (e ressarcida) nos casos em que “*o âmbito de proteção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão – que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo – bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar*”⁷².

Indo ao encontro desta posição, CARNEIRO DA FRADA considera que, na responsabilidade contratual, a perda de chance pode ser geradora de responsabilidade, merecendo ressarcimento, quando, de acordo com a vontade das partes, se erigiu «essa “chance” a bem jurídico protegido pelo contrato»; por outro lado, a ressarcibilidade da chance na responsabilidade extracontratual ficaria dependente da «possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da “chance”». ⁷³

RUI CARDONA FERREIRA, por seu turno, prevê a possibilidade de uma reparação parcial do dano (final), na medida em que se possa verificar a elevada probabilidade do mesmo ter sido adequadamente causado pelo facto ilícito, tratando, portanto, a perda de chance como um problema de causalidade e sustentando que, em face do nosso ordenamento, não parece possível considerar-se que a perda de chances configure um dano patrimonial, emergente e autónomo.⁷⁴ Apesar de não ser a posição que adoptamos, não se desconhece a existência de jurisprudência que o suporta e é, aliás, fundamentalmente este o entendimento do conceito que se evidencia, por exemplo, no Acórdão do TCAN, de 11/10/2013, proc. 01119/08.5BECBR (CARLOS LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO):

«III. A perda de oportunidade apresenta-se em situações que podem qualificar-se, tecnicamente, de incerteza, situando-se o seu campo de aplicação entre dois limites, sendo um constituído pela probabilidade causal, nula ou irrelevante, do facto do agente causar o dano, em que não há lugar a qualquer indemnização, e o outro constituído pela alta probabilidade, que se converte em razoável certeza da causalidade, que dá

⁷² PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pág. 1106.

⁷³ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006, pág. 104

⁷⁴ FERREIRA, RUI CARDONA, *op. cit., passim*

lugar à reparação integral do dano final, afirmando-se o nexo causal entre o facto e este dano.

IV. Será, pois, através destes dois limiares que importará, então, distinguir três tipos de hipóteses: a) a perda de oportunidade genérica, imperfeita, simples ou comum, abaixo do limiar de seriedade da “chance”, que não dará direito a qualquer reparação; b) a perda de oportunidade perfeita, igual ou acima do limiar da certeza da causalidade, e que determina a afirmação do nexo causal entre o facto e o dano final; e c) a perda de oportunidade específica, qualificada, situada entre os dois limiares, e que pode dar lugar à atuação da doutrina da “perda de chance”.

V. A doutrina da “perda de chance” ou da perda de oportunidade propugna, em tese geral, a concessão duma indemnização quando fique demonstrado, não o nexo causal entre o facto ilícito e o dano final, mas, simplesmente, que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis, permitindo indemnizar o lesado nos casos em que não se consegue provar/apurar que a perda duma determinada vantagem é consequência segura do facto do agente, mas em que, de qualquer modo, há a constatação de que as probabilidades de que o lesado dispunha de alcançar tal vantagem não eram desprezíveis, antes se qualificando as mesmas como sérias e reais.»

75

Em sentido contrário, têm vindo a ganhar relevância as posições de RUTE TEIXEIRA PEDRO e, no mesmo sentido, a de NUNO SANTOS ROCHA, ambas favoráveis à ressarcibilidade do dano da perda de chance, considerando-o como indemnizável enquanto dano intermédio, autónomo do dano final, na medida em que os demais pressupostos da responsabilidade civil estejam, efetivamente, verificados.

RUTE TEIXEIRA PEDRO, como veremos, condiciona a conclusão pela ressarcibilidade daquele dano à verificação de uma chance neutra, que comporta a possibilidade (séria) de materialização num resultado favorável, sem que dessa oportunidade resulte uma certeza, e em que apesar dessa incerteza, “a pessoa se encontre numa situação de poder vir a alcançar esse resultado, porque reúne um conjunto de condições de que depende a sua verificação”, mostrando-se, portanto, “investida de uma chance real de consecução da finalidade esperada (...) sem que seja concomitantemente provada a presença de qualquer facto impeditivo ou extintivo desses resultados”. Ademais, cabe-lhe a prova de que foi o comportamento

⁷⁵ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/381f05b8db0cc14f80257c0c00388003?OpenDocument>

do lesante que eliminou “de forma definitiva as (ou algumas das) existentes possibilidades de o resultado se vir a produzir”. NUNO SANTOS ROCHA acrescenta ainda a necessidade de se ter verificado o prejuízo final (*rectius*, o dano final) para que possa considerar a chance como perdida, sob pena de, se assim não acontecer, subsumirmos - erradamente, diga-se - situações de mera criação do risco ao conceito de perda de chance.⁷⁶

Esta é, aliás, uma posição que se vem mostrando convergente com alguma jurisprudência⁷⁷, que parece mostrar, cada vez mais, uma aceitação da perda de chance como um dano autónomo, *maxime* nos casos relativos a falhas no âmbito de mandato forense, que se configura, a par da atividade médica - salvas as exceções já apontadas -, como uma obrigação de meios, sem que nada pareça obstar à própria proliferação para o campo da responsabilidade civil por acto médico. Assim sendo, arrazoar-se que procedamos à caracterização do conceito segundo esta posição.

⁷⁶ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.* pp. 198-203 e ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.* pp. 58-60.

⁷⁷ Com efeito, pode ler-se, no Acórdão do STJ de 06/03/2014, proc. 23/05.3TBGRD.C1.S1 (PINTO DE ALMEIDA): “III - É admitida a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade, que pressupõe: a possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, mas de verificação incerta; e um comportamento de terceiro, suscetível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir.” - disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/30465bb4340b9fe580257c9300560670?OpenDocument>. E, bem assim, no Acórdão do STJ de 05/02/2013, proc. 488/09.4TBESP.P1.S1 (HELDER ROQUE): «X - O dano da “perda de chance” que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de chance, que deve ser medida em relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexa causal entre o facto e o dano final. § XI - Para o que importa proceder a uma tarefa de dupla avaliação, isto é, em primeiro lugar, realiza-se a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, após o que, obtidos tais valores, se aplica o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado desta operação a indemnização a atribuir pela perda da chance.» - disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b60fe29b4717edf380257b0a004db434?OpenDocument>. E ainda no Acórdão do STJ de 30/09/2014, proc. 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1 (MÁRIO MENDES), que estende a aplicação do conceito não só aos casos de responsabilidade contratual como também aos de responsabilidade extracontratual: “I - Tanto na responsabilidade contratual como extracontratual é possível a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade naquelas situações em que exista uma possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, ainda que de verificação incerta e um comportamento de terceiro que, por acção ou omissão, elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir.” - disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e19c8b75cdf26d3380257d630046d9d0?OpenDocument>.

2.1. Neutralidade e Aleatoriedade

A chance *a se* não nos permite afirmar a produção de um resultado desejado/favorável ou um indesejado/desfavorável, uma vez que, em abstracto, conseguimos representar mentalmente esses dois tipos de desenlace. É precisamente essa ambiguidade que nos permite enunciar a sua natureza neutral, pois a chance é uma oportunidade de obter um ganho ou evitar um dano, sem que possamos afirmar *a priori* que àquela chance corresponde necessariamente um resultado positivo, *rectius*, não conseguimos descortinar o rumo da sua concretização. Reconhecemos, perante a reunião de um conjunto de fatores favoráveis ao aproveitamento da chance, a possibilidade de se ver frustrada essa expectativa devido a uma multiplicidade de fatores desfavoráveis.

Na análise da figura, deparar-nos-emos sempre - e inarredavelmente -, com duas certezas facilmente descortináveis: a de que havia uma possibilidade de se atingir o resultado desejado e a de que essa oportunidade se perdeu ou se viu diminuída devido à intervenção de um terceiro. Mas se este não interviesse, tomaríamos como certa a produção do resultado favorável?

A aleatoriedade com que decorrem os fatos, não nos permite responder positiva ou automaticamente. É que se, por um lado, podemos afirmar, com certeza, que existia aquela possibilidade - aquela chance -, por outro, não podemos dizer, com a mesma certeza, que, sem a tal intervenção, se alcançaria o resultado final, isto é, “existe sempre uma parcela de incerteza relativa à imperscrutabilidade de qual teria sido o curso dos acontecimentos não fosse o acto eventualmente gerador de responsabilidade”⁷⁸.

2.2. Autonomia e Atualidade

Não obstante tender preferencialmente a um resultado final, a chance não se confunde ou identifica com esse resultado, possui antes uma utilidade autónoma e actual, decifrável se nos apartarmos de uma representação dinâmica - na qual constitui “um elemento intermédio de um encadeamento que está pré-ordenado”⁷⁹ a um aproveitamento

⁷⁸ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 208-209.

⁷⁹ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pág. 210.

daquela oportunidade, *rectius*, ao resultado desejado -, e fizermos uma aproximação estática.

Ademais, apesar da íntima ligação que a chance mantém com o resultado final, e reconhecendo que este existe num futuro projetado, a oportunidade não carecerá de projeções futuras para desvelar a sua existência, dado o seu carácter actual. Assim, no que à chance diz respeito, conseguimos afirmar que, em determinado momento, existe essa possibilidade de alcançar um ganho ou evitar um prejuízo e que a mesma, acrescentemo-lo, é susceptível de avaliação económica.

O que resultará de mais difícil constatação será o leque de situações em que a perda dessa chance merecerá tutela jurídica, *rectius*, deverá ser ressarcida. SAVATIER, refere-se à chance como “*une sorte de propriété antérieure de la victime*”⁸⁰, o que parece significar, nesta perspetiva, que o ressarcimento assenta numa antecipação uma espécie de direito de propriedade sobre a materialização favorável de uma chance.

Mas não há esta propriedade anterior, até porque, se houvesse, encontrar-nos-íamos fora dos domínios da perda de chance, porquanto não estaríamos a avaliar o valor de uma oportunidade possível e incerta, mas antes perante uma situação em que a vantagem futura se apresentava como certa e em que a intervenção do terceiro se apresentava como o único fator apto a desviar esse curso - isto é, o objeto do ressarcimento não seria o dano da perda de chance, mas antes o dano final, *rectius*, o desaparecimento do resultado final certo.

2.3. Seriedade

A seriedade da chance é uma exigência que aparece intimamente ligada a uma das notas caracterizadoras do dano (reparável) da perda de chance: a sua certeza. É que, para considerarmos que existe um dano (certo), i.é., que se perdeu definitivamente a chance de alcançar o resultado desejado, temos que provar que havia a séria possibilidade de o alcançar, sob pena de cairmos nos domínios - irreparáveis - do dano eventual ou hipotético.

A indemnização da perda de chance não se bastará com projeções otimistas do futuro, haverá que provar não só a existência da chance, mas também a séria possibilidade de efetivação/verificação da mesma. E, neste âmbito, deparamo-nos com duas questões

⁸⁰ SAVATIER *apud* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pág. 211.

absolutamente incontornáveis: como provar a existência da chance? Como concluir pela seriedade do aproveitamento dessa chance?

Quando nos referimos a aferições de produção de determinado resultado, *rectius*, à possibilidade ou à chance de ocorrência de determinado facto, estamos a referir-nos, sinonimamente, ao conceito matemático de probabilidade. E mobilizamo-lo para os domínios do jurídico porque - além de ser claramente indissociável a esta matéria - a matemática e, mais especificamente, a probabilidade integram uma linguagem amplamente aceite, fiável e apreensível.⁸¹

Perante a reunião de um conjunto de fatores (positivos e negativos), conducentes a vários resultados diferentes (favoráveis e desfavoráveis), permitir-nos-á afirmar qual será, por exemplo, o resultado mais expectável. E fá-lo-emos com algum grau de certeza, ainda que seja um juízo com margem para erro - “*As far as the laws of mathematics refer to reality, they are not certain, and as far as they are certain, they do not refer to reality*”⁸².

Mas, depois de quantificada a chance, como separar a “*mere possibility*” da “*substancial chance*”⁸³? A seriedade - e, conseqüentemente, a ressarcibilidade - deve ser condicionada pela verificação de uma probabilidade superior a 50%?

Há autores que defendem a estipulação de um patamar mínimo, como M. BIANCA, ZENO-ZENOCOVICH, CRISTINA SEVERI, ou LUNTZ⁸⁴, enquanto as jurisprudências francesa e italiana se bastam com uma probabilidade superior a zero⁸⁵, procurando esquivar, assim, as injustiças de um critério puramente matemático e, portanto, falível.

Estas últimas considerações não querem, contudo, significar o total descortejo do valor obtido, mas antes que este valor será ponderado aquando do cálculo do *quantum*

⁸¹ "It is remarkable that a science which began with the consideration of games of chance should have become the most important object of human knowledge", LAPLACE, PIERRE-SIMON *apud* SILVERMAN, MARK P., *A Certain Uncertainty - Nature's Random Ways*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2014, pág. 1.

⁸² EINSTEIN, ALBERT, na Conferência *Geometrie und Erfahrung*, realizada a 27 de janeiro de 1921, na Academia Prussiana das Ciências, em Berlim.

⁸³ CATHERINE, ELLIOTT; FRANCES QUINN, *Contract Law*, 6ª ed., Pearson Longman, Harlow, 2007, pág. 321.

⁸⁴ Como M. BIANCA, ZENO-ZENOCOVICH, CRISTINA SEVERI, OU LUNTZ *apud* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pág. 216, nota 551.

⁸⁵ *ibid. loc. cit.*

indemnizatório.⁸⁶ Nesta primeira fase, interessará ao demandante provar, unicamente, a existência da chance, ainda que com uma probabilidade mínima, sem que a contraparte consiga provar factos impeditivos da consumação dessa chance.

No entanto, o reflexo que a probabilidade tem no montante reparatório consubstanciar-se-á, *de per si*, um dissuasor da propositura de acções que tenham por base chances cuja concretização apresente baixo valor probabilístico, já que não justificará os custos, nem o transtorno, inerentes ao processo. Como diria DAMON RUNYON, escritor e jornalista americano: “*It may be that the race is not always to the swift, nor the battle to the strong - but that is the way to bet*”.

Pautamo-nos, portanto, pela adopção de um critério que não descure os factos do caso concreto, como a natureza dos bens envolvidos e do resultado desejado e a proximidade temporal da sua consumação, já que estes podem alterar drasticamente a percentagem abstratamente calculada, aumentando ou depauperando chances percentualmente reduzidas ou elevadas, respetivamente.⁸⁷

A prova da seriedade da chance poderá tomar rumos mais complexos e necessários se nos encontrarmos nos domínios das chances à segunda potência ou chances de concretização não iminente. É o caso da perda de chance de obtenção de alimentos futuros, em que a pessoa que viria a ser responsável pelo sustento da sua família se vê impossibilitada de o fazer devido a uma conduta culposa de outrem; ou o caso da perda de chance de acesso a uma determinada profissão, desde que se tenha já iniciado o rumo conducente a esse resultado, como estar numa fase de aprendizagem ou de formação especializada e mostrar-se provável o sucesso nessa fase e no ingresso na carreira desejada.

⁸⁶ *Vide infra* secção 4, do Capítulo III, pp. 47 e ss.

⁸⁷ Há, ainda, quem assuma uma posição mista ou híbrida, como PATRIZIA ZIVIZ. A autora propõe a fixação de um patamar mínimo de 50% de probabilidade de concretização das chances relativas à obtenção de resultados favoráveis estritamente patrimoniais, mas afasta a aplicação do critério puramente matemático nos casos em que a vantagem que se lograva obter era de carácter não patrimonial, admitindo uma chance “ridotta” quando o valor do bem jurídico em causa assim o justifique - v.g., perda de chance de sobrevivência. *Vide* ZIVIZ, PATRIZIA, “Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza”, nota a Trib. Monza, 18 febbraio 1997, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1998, pág. 709.

3. A CHANCE PERDIDA: O DANO EM CAUSA

3.1. Dano Autónomo (intermédio)

Da mesma forma que afirmamos a autonomia da chance *a se*, afirmaremos, de igual modo, que o dano decorrente da perda dessa chance se configura também como um dano autónomo, porquanto não se confunde, por exemplo, o dano de morte com o dano de perda de chance de sobrevivência.

Há que compreender que, neste tipo de perda de chance, a sobrevivência se apresenta como um resultado final esperado, mas não se desvela como certo. Aliás, se assim fosse, “o comportamento do agente não atentaria contra uma possibilidade (perda), mas directamente contra o bem que essa possibilidade proporcionaria, de forma certa, não fora aquele comportamento”⁸⁸.

Isto é, perante um caso em que pudéssemos afirmar com 100% de certeza que um médico normalmente diligente e que procedesse segundo as *leges artis* ou *guidelines*, conseguiria facilmente diagnosticar determinada doença e que esse diagnóstico atempado permitiria, sem quaisquer dúvidas, a cura ou a sobrevivência do paciente e este vem a falecer porque o profissional de saúde se desviou das regras da arte médica e concluiu por um diagnóstico errado ou não conseguiu diagnosticar, então ele atentou contra a própria vida - contra o tal “bem que essa possibilidade proporcionaria”-, ou seja, perdeu-se o próprio resultado final (esperado e certo); se, *a contrario*, havia algum grau de incerteza quanto à sua sobrevivência ou cura - pela complexidade dos atos médicos envolvidos, pela gravidade do estado de saúde do paciente ou mesmo pela constituição do paciente, dos seus fatores hereditários, do seu estado orgânico e nutricional, dos seus antecedentes nosológicos, dos seus hábitos e vícios, etc. -, mas ainda assim se pudesse reconhecer como séria a possibilidade de esse resultado favorável ser alcançado ou de evitar o resultado desfavorável (morte), não fora a intervenção do agente (contrária às *leges artis*), o dano não se consubstanciará na morte em si (dano final), mas antes na perda (ou, noutros casos, diminuição) da chance de sobrevivência (dano intermédio).

A diferença, como podemos constatar, reside no facto de, nos casos de perda de chance, não ser possível descortinar, com certeza, que, subtraindo a intervenção do agente

⁸⁸ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pág. 223.

desta equação, o resultado desfavorável não viesse, ainda assim, a efetivar-se. Isto é, não é possível afirmar que o resultado favorável dependia inteiramente da atuação do médico e que só uma falha da sua autoria poderia conduzir à eliminação ou depauperação das chances de atingir o resultado desejado, *rectius*, à materialização do resultado desfavorável.⁸⁹

3.2. DANO PRESENTE

O dano da perda de chance configurar-se-á, tendencialmente, como um dano presente, uma vez que já se terá verificado no momento da fixação da indemnização, pois a frustração da possibilidade de alcançar o resultado desejado se dá pela e aquando da conduta ilícita do médico, isto é, antes da apreciação em juízo do facto ilícito.

A atualidade do dano resulta, como sustenta RUTE TEIXEIRA RIBEIRO⁹⁰, “do facto de se estar a reparar o dano consistente na privação da chance (bem presente) e não da privação da utilidade final (bem futuro e incerto) que essa chance facultava alcançar”.

3.3. Dano Emergente

Retomando aquela conceção da chance como uma realidade autónoma e um bem patrimonial, que tivemos já oportunidade de sustentar, parece-nos ser, agora, imperioso qualificar o dano resultante da sua frustração como emergente ou como lucro cessante.

A incerteza de materialização do resultado favorável não parece compatibilizar-se com a qualificação do dano da perda de chance como lucro cessante, porquanto este tipo de danos se refere a um valor que o lesado deixou de receber por causa daquela lesão. Isto implicaria, necessariamente, a prova da certeza do ganho, sem que se provasse a existência de outros factos impeditivos da sua consecução. Mas, como sabemos e temos vindo a reiterar, a chance tem sempre subjacente uma componente de incerteza e não domínio total sobre o resultado final (do ganho), pelo que qualificando o dano resultante da sua perda como lucro cessante, estar-se-á a negar o seu ressarcimento, logo à partida.

⁸⁹ FERREIRA, RUI CARDONA, *op. cit.*, pág. 120.

⁹⁰ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pág. 224.

Assim, parece antes aproximar-se da noção de dano emergente, uma vez que esta se refere a uma perda ou diminuição de valores que já existem na esfera patrimonial do lesado à data da lesão. Importará, portanto, provar a existência da possibilidade de vir a alcançar o resultado desejado e que o comportamento vem destruir essa chance⁹¹.

3.4. Dano Certo

A incerteza da materialização no resultado desejado tem servido para que alguns autores tenham vindo a considerar - erradamente, adiante-se -, o dano da perda de chance como um dano meramente eventual, negando, deste modo a ressarcibilidade do mesmo, por sustentarem que não se pode concluir pelo “êxito na concretização do resultado, que com aquela perda de chance é inviabilizado”⁹².

Este entendimento não parece, contudo, merecer acolhimento, uma vez que parte de uma construção errada da realidade a que nos referimos. É que, como temos vindo a propugnar, o dano da perda de chance não se confunde com aqueloutro dano (final) de consecução aleatória, e esta distinção permite que sustentemos a certeza do primeiro.

É claro que, para que possamos afirmar que, de facto, se criou um prejuízo ressarcível, teremos sempre que ajuizar da existência, seriedade e consistência da chance, bem como a inviabilização definitiva da mesma, isto é, a impossibilidade irreversível de alcançar a vantagem desejada ou de evitar um prejuízo, causada pelo comportamento desvalioso por parte do lesante⁹³.

Assim, o dano é certo porque o seu objeto é a definitiva inviabilização da possibilidade de obter o resultado desejado, *rectius*, da chance séria e actual, que existia no momento da lesão, por uma acção (ou, eventualmente, omissão) ilícita por parte do agente.

4. O *QUANTUM* INDEMNIZATÓRIO

Preenchidos os requisitos que temos vindo a explicitar, conclui-se pela ressarcibilidade da chance, emergindo a obrigação de indemnizar o lesado pelo dano

⁹¹ *ibidem*, pp. 224-226.

⁹² PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pág. 226.

⁹³ ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, pp. 58-59.

sofrido. Deste modo, torna-se indispensável dar lugar a algumas considerações relativas ao cálculo do montante indemnizatório a atribuir ao lesado, já que essa determinação não aparece na doutrina livre de divergências.

De acordo com os autores YVES CHARTIER, CAROLINE RUELLAN, VINEY E JOURDAIN⁹⁴, depois de provada a seriedade da chance - a que os mesmos fazem corresponder um limite mínimo de 50% de probabilidade de materialização no resultado desejado -, a sua perda deveria ser ressarcida nos mesmos termos - *rectius*, num montante igual -, que seria o dano final (aquele relativo ao resultado final desejado).

Deste modo, atribuem à determinação da seriedade da chance uma função minimalista, já que esta servirá, apenas, para concluir pela ressarcibilidade (ou não) da sua perda, mas não lhe reconhecerá qualquer especificidade no cálculo do *quantum* reparatório, desconsiderando, nessa operação, a maior ou menor probabilidade que - ainda, acima daqueles 50% - a chance pode assumir como conducente à materialização do resultado favorável.

Este é, portanto, um entendimento que oblitera a aleatoriedade da chance, que é, como sabemos, uma das suas características fundamentais, e não permitirá que se espelhe no montante reparatório a incerteza quanto ao desenlace da oportunidade. Procede-se, assim, a um cálculo em todo igual àquele que se mobiliza para reparar resultados finais (desejados) certos, tentando impingir à chance um carácter de certeza que é incompatível com a sua própria natureza.

Parece que nos devemos bater pela adopção de uma operação que não descure as especificidades do dano que se pretende ressarcir: um dano intermédio e autónomo, ainda que com carácter instrumental.

Consequentemente, parece-nos ser de acolher o método de cálculo traçado por RUTE TEIXEIRA PEDRO⁹⁵, na medida em que este permite “reflectir a natureza do *quid* lesado na determinação do montante indemnizatório, o que se conseguirá, repercutindo nele o grau de seriedade da chance perdida”.

⁹⁴ YVES CHARTIER, CAROLINE RUELLAN, VINEY E JOURDAIN, *apud* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 227-228.

⁹⁵ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 227-232. E, seguindo essencialmente o mesmo método, *vide*, ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, pp. 65-69.

Para esse efeito, a autora delinea um cálculo que parte de uma dupla avaliação e duas operações distintas e que não exclui a ressarcibilidade da perda de uma chance com uma probabilidade de êxito inferior a 50%: uma relativa à determinação da utilidade económica alcançada através da materialização do resultado desejado, que permite a “*avaliação da utilidade que a eventual convolação da chance em resultado final traria ao sujeito ou, dito de outra forma, a avaliação do prejuízo decorrente da perda da vantagem ou consumação da desvantagem*”; e outra relativa à probabilidade do êxito de consecução dessa vantagem, onde, segundo a autora, “se situarão as maiores dificuldades deste procedimento e que também estão presentes na apreciação da seriedade da chance, para efeitos de aferição de certeza do dano e do *an* da indemnização”.

Alcançados estes valores, proceder-se-á a uma terceira operação que reduz aquela utilidade (U) na proporção de um coeficiente que traduz o grau daquela probabilidade, permitindo que o montante reparatório do dano intermédio (M) se aproxime tanto mais do valor do dano final, quanto mais consistentes e sérias sejam as chances (P). Exemplificando, se a vantagem a alcançar fosse avaliada em 10000 euros (U) e a probabilidade de que fosse efetivamente alcançada é de 50% (P), então o montante indemnizatório será igual a 50% de 10000 euros, isto é, 5000 euros (M) - $U \times P = M$.

Subsidiariamente, e perante casos em que se revele particularmente difícil a operação de conversão da seriedade da chance para um valor numérico, poder-se-á também admitir, à semelhança do que sucede no direito italiano (*vide* art. 1226.º do CCI, preceito que apresenta algumas semelhanças com o art. 566º/3 do nosso CC), o recurso à equidade para determinação do valor da consistência da chance, não se permitindo, contudo, que se ajuíze equitativamente o valor da utilidade (dano final). Posteriormente, aplicar-se-á essa probabilidade ao valor do dano final, nos mesmos termos que enunciámos anteriormente, alcançando-se, de igual forma, o montante indemnizatório.

Como salienta NUNO SANTOS ROCHA, só o recurso a estas três operações se compatibilizará com o carácter autónomo que caracteriza o dano da perda de chance, relativamente ao dano final. Prosseguindo-se este método, podemos afirmar, sem margem para dúvidas, que o dano indemnizado é, apenas e só, o dano intermédio, aquele relativo à

*perda da possibilidade de um resultado - e não o dano final - relativo ao próprio resultado, já que os valores - ambos constantes na operação - são efetivamente diferentes.*⁹⁶

CAPÍTULO IV - COMO JULGAR UM CASO DE ERRO DE DIAGNÓSTICO: O RECURSO À PERDA DE CHANCE

1. O ACOLHIMENTO JURISPRUDENCIAL DA FIGURA - AS PARTICULARIDADES DA SENTENÇA PROFERIDA NO PROCESSO N.º 1573/10.5TJLSB, DA 1.ª SECÇÃO CÍVEL DA INSTÂNCIA CENTRAL DO TRIBUNAL DA COMARCA DE LISBOA, DE 23 DE JULHO DE 2015, TRANSITADA EM JULGADO EM 12 DE OUTUBRO DE 2015.

O recurso à perda de chance nos casos de responsabilidade civil por erro médico está longe, ainda, de ser comum e consensual. No entanto, parece começar a haver uma gradual aceitação, espelhada, nomeadamente, na Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015 (transitada em julgado em 12 de outubro de 2015).

A ação teria sido intentada pelo Hospital da CUF Descobertas, contra o marido e filhos de uma sua paciente, pretendendo que estes lhe pagassem a quantia correspondente aos serviços prestados à doente (*vide* arts. 405.º e 406.º do CC), acrescidos de juros vencidos desde a propositura da ação e vincendos até ao pagamento integral.

Tereza Coelho, de 49 anos, ter-se-ia dirigido ao serviço de urgência da CUF no dia 31 de dezembro 2008, às 2 horas da madrugada, queixando-se de dificuldades respiratórias. Tereza foi então examinada por um médico especialista em medicina desportiva que lhe diagnosticou uma amigdalite, dando alta à paciente. O estado de saúde da doente agravou-se nessa madrugada e, sete horas depois, a doente regressou ao hospital sendo-lhe detetada uma pneumonia que estaria a evoluir para uma septicemia que conduziria à sua morte 17 dias depois.

Caberia, portanto, no caso dos autos, aos seus herdeiros “a prova dos factos constitutivos do direito alegado” (cfr. art.º 342.º/1 CC) e que podem consubstanciar um incumprimento *tout court*, por falta da prestação debitória, ou um cumprimento defeituoso, que abrange os “vícios, defeitos ou irregularidades da prestação efectuada”, isto é,

⁹⁶ ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, pág. 69

“abrange, não só as deficiências da *prestação principal* ou de qualquer dever secundário de prestação, como também a violação dos *deveres* acessórios de conduta”.⁹⁷ Por outro lado, caberia ao demandado a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito, assim como a prova de que o incumprimento não decorreu de culpa sua (cfr. arts. 342.º/2 e 799.º/1 do CC).

Uma vez que o caso tratava do cumprimento defeituoso de uma obrigação de meios, isto é, uma vez que a conduta do médico não se encontrava vinculada à produção de um resultado, impedia sobre os herdeiros de Tereza a demonstração de que a conduta do médico não correspondia àquela obrigação de fazer o que estivesse ao seu alcance, dentro dos meios e conhecimentos especiais de que dispunha, no sentido de uma cura ou, pelo menos, no sentido da melhoria do estado de saúde, isto é, “de que existe uma divergência objetiva entre os atos praticados e aqueles que seriam adequados a que aquele resultado se pudesse produzir”.⁹⁸

Neste sentido, em sede de reconvenção, os herdeiros procuraram provar que o erro de diagnóstico, na noite de 30 para 31 de dezembro, se ficou a dever a uma conduta culposa por parte do médico, que não usou os meios auxiliares de diagnóstico e os conhecimentos que tinha ao seu dispor e que, se o tivesse feito, conseguiria chegar atempadamente ao diagnóstico e terapêutica correctos.

O médico que fez o diagnóstico de amigdalite pultácea (de índole bacteriana), havia sido informado de que a paciente estava há vários dias a tomar Azitromicina, antibiótico prescrito para amigdalites bacterianas, sem apresentar melhorias no seu estado de saúde. A doente foi submetida a uma medição do oxigénio no sangue e que revelou um resultado de 63%, quando os valores normais se situam entre os 95% e os 100% e que valores inferiores a 80% revelam uma hipoxemia grave (um estado muito grave de oxigénio). Estes resultados se compaginavam com o diagnóstico de amigdalite e eram

⁹⁷ VARELA, J. M. ANTUNES, *op. cit.*, vol. II, pp. 126-130.

⁹⁸ Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015, Transitada em julgado em 12 de outubro de 2015, pp. 20-21. Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligen_ciamedica_perdachance.pdf.

compatíveis com um quadro de pneumonia, mas foram desconsiderados por se concluir por uma avaria no equipamento.

Ademais, deu-se como provado que a realização de uma radiografia ao tórax ou uma simples auscultação com estetoscópio seriam suficientes para detetar a condição de que padecia.

Quando volta a dar entrada no hospital, passadas 7 horas, o seu estado é logo considerado muito grave, sendo imediatamente entubada e sujeita a vários exames que permitiram o diagnóstico pneumonia, geradora de uma septicemia.

Concluiu a juíza, sem margem para dúvidas, que o primeiro diagnóstico estava errado. E que, mais que isso, o erro era injustificado e culposo. A magistrada ficou convencida de que teria sido possível, aquando do primeiro episódio de urgência, alcançar o diagnóstico certo e que o erro se ficou a dever a uma falta de atenção e cuidado, por parte do médico, e que lhe era particularmente exigível, pela extrema fragilidade, antecedentes clínicos e grande mal-estar com que a doente se apresentava.

Perante a comprovação do cumprimento defeituoso do profissional de saúde, o mesmo não conseguiu provar que tal incumprimento não se teria ficado a dever a culpa sua. Ficou, aliás, provado que a sua conduta tinha sido negligente, e que denotava uma falta de atenção, não tendo levado a cabo a execução de certos atos que, no caso concreto, eram exigíveis a um médico que atuasse com normal diligência.

Os Réus-reconvintes invocaram e provaram a ocorrência de vários prejuízos de diferente natureza: dano-morte sofrido pela vítima; danos não patrimoniais da vítima e deles próprios e danos patrimoniais futuros.

Não era possível afirmar com certeza que o resultado final indesejado não viria a materializar-se se o médico tivesse atuado de forma adequada e diligente, cumprindo diligentemente e sem defeitos a sua obrigação de prestar os melhores serviços ao seu alcance, tendo em conta os seus conhecimentos e meios técnicos e humanos.

O único juízo possível era o da probabilidade sobre a sobrevivência. Neste sentido, provou-se, ainda, que o diagnóstico atempado é o principal fator que determina a evolução de uma septicemia, já que, *“numa sepsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, percentagem que desce para cerca de*

40% quando passam cerca de 3 horas, e ao fim de 12 horas apenas 20% dos doentes sobrevivem”.⁹⁹ Deste modo, podemos afirmar que se, no primeiro episódio de urgência, o médico tivesse seguido as *leges artis*, teria conseguido diagnosticar a pneumonia, o que lhe teria dado uma maior probabilidade de sobrevivência, pelo que se torna evidente que a conduta do lesante depauperou substancialmente as chances de sobrevivência da doente.

Apesar de manifestar a sua intenção de não pretender fundar-se numa das várias posições doutrinárias acerca do conceito de perda de chance (favoráveis ou desfavoráveis)¹⁰⁰, parece que a juíza acabou inequivocamente por considerar que o médico “*tinha a obrigação contratual de ter agido de outra forma, de ter realizado determinados exames que lhe teriam permitido diagnóstico certo e de ter assistido e medicado a paciente em conformidade*” e que, não fora esta conduta (ilícita e culposa), “*teria dado à paciente a possibilidade de sobreviver, ou uma muito maior probabilidade de sobrevivência. A probabilidade de sobrevivência foi coartada pela conduta do Autor-reconvindo, gerando para «EE» um dano concreto: a redução drástica da probabilidade de sobreviver.*”¹⁰¹ No fundo, reconhece-se a presença de um dano autónomo (intermédio) do dano final de morte, adequadamente (e irrefutavelmente, nas palavras da mesma) causado pela conduta lesiva do médico e que se trata, ainda, de um dano emergente.

Foi, aliás, como refere, “*por via do incumprimento (em sentido lato) ilícito e culposo de um contrato, [que] o contraente lesado perde[u] a oportunidade que efetivamente tinha (em alguma medida) de vir a obter o resultado correspondente ao seu interesse primário ou final nesse contrato, [pelo que] a perda de chance constitui um dano autónomo, indemnizável, desde que entre este dano e a conduta lesiva se verifique o necessário nexo de causalidade adequada*”¹⁰².

⁹⁹ *ibidem*, pág. 9.

¹⁰⁰ Para mais desenvolvimentos vide *supra*, Capítulo III, secção 2., pp. 34 e ss.

¹⁰¹ Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015, Transitada em julgado em 12 de outubro de 2015, pág. 26-27. Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf

¹⁰² *ibidem*, pág. 27.

Atestando-se a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil e a consequente conclusão pela ressarcibilidade da perda de chance, surgem dúvidas sobre o cálculo do *quantum* indemnizatório, que traduzem a dificuldade de conversão da chance perdida num valor numérico. Como se pode confirmar pela análise da sentença em apreço, e em consonância com o que defendemos *supra*, seguindo maioritariamente as posições de NUNO SANTOS ROCHA e RUTE TEIXEIRA PEDRO, fica explícito que também a juíza também considerou que a forma mais clara e justa de determinar o valor da indemnização, espelhando, assim, a diferença entre os danos final e intermédio naquele montante, era recorrer àquele cálculo já enunciado, que se decompõe em três operações distintas: «Avaliar, primeiro, qual o valor económico do resultado em expectativa e, de seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. Este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e seriedade das “chances” -, terá que ser por fim aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário da “perda de chance”»¹⁰³.

O dano afinal acabaria por ser avaliado em consonância com os valores atribuídos pelos Réus-reconvintes aos vários danos e a percentagem de sobrevivência às 02:00 ou 03:00 horas do dia 31 de dezembro fixada nos 40%, concluindo-se pelo montante ressarcitório de 248.000,00€.

Considerou-se, ainda, que a contraprestação pecuniária da prestação de serviço não seria devida, na medida em que a maior parte dos gastos estariam directamente relacionados, *rectius*, seriam a consequência do cumprimento defeituoso do próprio Autor. Ademais, concluiu a juíza que a prestação do autor teria tido um valor negativo para a vítima e que, por tal facto, a contraprestação deveria ser reduzida a zero. E, segue argumentando que, de toda a forma, e “dadas as circunstâncias, a tentativa de cobrar dos Réus os valores faturados sempre seria abusiva à luz do art. 334 do CC”.¹⁰⁴

¹⁰³ ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.* pp. 65-69

¹⁰⁴ Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de julho de 2015, Transitada em julgado em 12 de outubro de 2015, pág. 29. Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf

Estamos em crer que, apesar do caso em análise se subsumir no leque de situações abrangidas pelo conceito de perda de chance¹⁰⁵ e que a situação merecia, por questões de justiça material, a atribuição de uma indemnização, o montante não foi devidamente calculado porque partiu de uma premissa errada: a afirmação de que a conduta do agente teria eliminado qualquer chance de sobrevivência. Ora, isto, não é inteiramente verdade, tendo-se assistido, na verdade - e contrariamente ao veiculado na sentença -, a uma depauperação, ainda que mais ou menos significativa das chances de sobrevivência. É que, vejamos, quando se fixa o valor percentual em 40%, está a afirmar-se que às duas ou três horas da madrugada de dia 31 ela possuía essa chance e que na manhã seguinte tinham descido para próximo de 0%, o que não é verdade, como, aliás, se constata pela análise da própria sentença e que passo a citar, *“numa sepsis grave diagnosticada na primeira hora, a probabilidade de sobrevivência é de quase 80%, percentagem que desce para cerca de 40% quando passam cerca de 3 horas, e ao fim de 12 horas apenas 20% dos doentes sobrevivem”*.

Do exposto resulta que sempre haveria uma chance residual de 20%, pelo que se pode concluir que a conduta do médico causou uma depauperação da chance de sobrevivência, parecendo-nos, portanto, claro que se ignorou uma operação fundamental no cálculo do montante indemnizatório, a aferição da diferença entre a percentagem relativa à chance de cura, fixada às 3 da manhã como 40%, e a percentagem residual, que poder-se-á considerar fixada num valor próximo dos 20% às 10 ou 11 da manhã. Assim

¹⁰⁵ A título de curiosidade, veja-se o Acórdão do STA de 29/11/2005, proc. 0729/05 (ANTÓNIO MADUREIRA), um outro caso de erro de diagnóstico, por desconsideração de uma sepsis, e que veio também a resultar na morte do paciente, resultando na condenação de um hospital público, no qual se pode ler:

“II. Constitui actuação ilícita e culposa, por violadora das legis artis da medicina, a actuação de médicos de um hospital que atenderam e trataram um doente que tinha sofrido uma infecção dentária, medicando-o apenas para esta simples infecção, quando a sua situação clínica era já compatível com evolução para uma infecção generalizada (sépsis), que lhe não diagnosticaram e que sobreveio àquela, causando-lhe a morte.

III. Os referenciados deficientes diagnóstico e tratamento são de considerar causais do dano sofrido - a morte -, pois que, a infecção generalizada, podia ter sido evitada com o adequado tratamento. E, não tendo sido, podia ainda ter sido curada, pois que essa infecção, sendo uma situação clínica grave, potencialmente letal, não é, sempre, geradora da morte dos pacientes, pelo que é de aceitar que se tivesse sido tratada devidamente não teria ocorrido a morte. O que significa que a conduta dos médicos em causa não é de considerar indiferente na produção do dano e, como tal, que é perfeitamente razoável considerar que, sem a sua conduta ilícita e culposa, a morte não teria acontecido.”

Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/2bdb2027aaae551a802570d6003774d4?OpenDocument>.

sendo, o valor económico do resultado em expectativa deveria ter sido reduzido na proporção das chances efetivamente perdidas, ou seja, a operação final, deveria ser o coeficiente do valor dos danos finais e a diferença entre as chances iniciais e as chances finais (20 %).

Outra questão que também nos causa alguma estranheza é o facto de não ficar claro na sentença qual o momento que se tomou em consideração para começar a contar as referidas 1ª hora (e a respetiva chance de 80% de cura ou sobrevivência), 3ª hora (40%) e 12ª hora (20%), isto é, o momento em que se considerou que a pneumonia se teria convolado numa septicemia. Esta determinação é um ponto muito importante para a correta aferição das chances concretas que a paciente teria no momento em que dá entrada no hospital e nos momentos que se seguem e não parece ter sido considerado, neste domínio, o facto da paciente apresentar sintomas há já 4 ou 5 dias antes de se dirigir ao estabelecimento de saúde - razão pela qual se encontrava a tomar o dito antibiótico nesse período que antecedeu o primeiro episódio de urgência. Assim sendo, consideramos que não se desvela inequívoca a afirmação de que a sepsis existiria sequer há menos de 12 horas na primeira deslocação às urgências e a desconsideração da possibilidade de a mesma ter vindo a instalar-se após essa mesma ida.

Restam, portanto, algumas dúvidas quanto à obrigatoriedade de o primeiro médico não desconhecer, em face do quadro clínico apresentado, para além da pneumonia, também a septicemia e se se impunha ou não a realização de exames de despiste/confirmação da sepsis que acabou por vitimar a paciente.

2. OS CORTES ORÇAMENTAIS NA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE - O *QUID* E O *QUANTUM* DO RACIONAMENTO E DA RACIONALIZAÇÃO NA SAÚDE

Em Portugal, a saúde tem a dignidade de ser consagrada na Constituição da República Portuguesa, no capítulo dos direitos e deveres sociais. Aí pode ler-se:

“art.º 64º (Saúde)

1. **Todos têm direito à protecção da saúde** e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um **serviço nacional de saúde universal e geral** e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, **tendencialmente gratuito**;

(...)

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, **incumbe prioritariamente ao Estado**:

a) **Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação**;

b) Garantir **uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde**;

c) Orientar a sua acção para a **socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos**; (...)¹⁰⁶

Parece indissociável falar de prestação de cuidados de saúde e de medicina. Esta é uma atividade em constante evolução e, nas últimas décadas, temos assistido a um progresso absolutamente impressionante ao nível da tecnologia aplicada à ciência médica. Assim, vão surgindo novas opções de diagnóstico e tratamento de doenças que, cumprindo as exigências do *Homo Sanitas*¹⁰⁷ ao acesso das mesmas, se vão revelando o principal fator da elevação das despesas de saúde.¹⁰⁸

Paralelamente, e contribuindo outrossim para esse aumento, assiste-se um pouco por todo mundo aos fenómenos do envelhecimento da população - este com especial incidência em Portugal - e à proliferação de doenças crónicas¹⁰⁹.

Com o advento da crise e da austeridade, cresceram as exigências de utilização racionalizada e eficiente dos recursos disponíveis (humanos, financeiros ou tecnológicos), numa tentativa de se conter a despesa e garantir a sustentabilidade do sistema.

Como bem nos relata ANDRÉ DIAS PEREIRA, “O Serviço Nacional de Saúde é o maior prestador de cuidados médicos em Portugal”¹¹⁰, no entanto, acusa uma degradação

¹⁰⁶ Sublinhados nossos.

¹⁰⁷ LIPOVETSKY, GILLES, *apud* PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2015, pág 37.

¹⁰⁸ DIAS, CASIMIRO CAVACO, *O Valor da Inovação - Criar o Futuro dos Sistemas de Saúde*, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 16.

¹⁰⁹ A propósito veja-se o estudo da *World Health Organization*, “Health 2020: A European policy framework and strategy for the 21st century”, 2013, disponível em: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0011/199532/Health2020-Long.pdf

¹¹⁰ PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2013, pp. 259-260.

galopante¹¹¹ e parece ir acusando os inconvenientes da racionalização - ou mesmo de um racionamento ¹¹². As más experiências com os tempos de espera e a qualidade do serviço não fomentam grandes desejos de acesso ao SNS que, pelo rumo que se vem desenhando e que se pode adivinhar, caminha a passos largos para a privatização.

Os vestígios débeis e de linha ténue do Estado Social, nomeadamente os hospitais, desencorajam os que podem - e conformam os que não podem desencorajar-se - à comparência. E mesmo os conformados não têm o seu acesso garantido, ora pela distância ou inexistência, ora se exclui porque não se apreende efetivamente a verdadeira precariedade de quem os procura. É uma apreensão que se afigura difícil nos dias que correm. Se a grande maioria da população vive nos limites da precariedade, o que é que hoje justifica a intervenção social?

Mais grave, aqueles que improvisam mais um furo no cinto e garantem o acesso estão condenados ao tempo de espera, à linha de montagem de Ford, à consulta em contra-relógio, ao talho e à indiferença. Crescem os casos de negligência médica; o povo (já) não se espanta com os “velhos”, alinhados nos corredores, muitas vezes sozinhos e à espera apenas de morrer. É o velho Estado Social; o velho SNS e o velho Portugal.

Aplicam-se cortes nas dotações orçamentais, incentiva-se a contenção na realização de exames auxiliares de diagnóstico, diminuem-se os recursos humanos, condena-se aquele que já foi considerado um dos melhores sistemas de saúde públicos a nível mundial, e uma das grandes conquistas do pós-revolução, ao fracasso, e, por outro lado, empurram-se

¹¹¹ Veja-se a propósito o estudo da organização sueca Health Consumer Powerhouse, de acordo com o qual Portugal surge no 20.º lugar do Índice de Assistência Médica Europeu, quando em 2014 estava na 13.ª posição do *ranking* internacional, disponível em http://www.healthpowerhouse.com/files/EHCI_2015/EHCI_2015_report.pdf. Denunciando o reduzido número de enfermeiros em relação à média da OCDE, a má distribuição dos médicos estão, o afastamento dos utentes gerado pelo valor das taxas, a falta de camas e medicamentos, veja-se o estudo do Observatório Português dos Sistemas de Saúde, disponível em <http://www.opss.pt/sites/opss.pt/files/RelatorioPrimavera2015.pdf>. E ainda, reportando-se à denúncia, entre 27 de dezembro de 2014 e 20 de janeiro de 2015, de um conjunto de óbitos nas urgências de diversos hospitais públicos, veja-se o relatório do Observatório dos Direitos Humanos, intitulado “Direito à saúde e o acesso aos cuidados hospitalares”, publicado a 25-01-2016 e disponível em http://www.observatoriodireitoshumanos.net/relatorios/relatorio_direito_saude.pdf: “O período mais curto de espera sem atendimento médico foi de 3h e o mais longo foi de 9h, sendo que em nenhum dos casos era admissível uma delonga superior a 1h. Sendo que, em pelo menos quatro casos, as pessoas mencionadas na denúncia faleceram ainda durante o período de espera, sem terem sido objeto de atendimento médico.”

¹¹² Sobre a racionalização e o racionamento, veja-se MENESES DO VALE, LUÍS A. M., *Racionamento e racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Coimbra: FDUC, 2007, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. I, *maxime*, pp. 241 e ss.

médicos e utentes para o privado¹¹³, e, no caso destes, lança-se mão de tratamentos (e meios de diagnóstico) que custam ao Estado muito mais do que se os fossem realizados no público¹¹⁴.

Perante tal conjuntura, somos levados a questionar se o exposto deverá ou não refletir-se em maior ou menor medida na determinação da culpa do médico que exerce funções no serviço público. É que, aquele dever de cuidado e diligência que impende sobre o médico e o instiga a pedir exames complementares poderá não se lograr igual nos sistemas públicos e privados. Não porque se nos afigure impossível essa unidade num plano teórico, mas por um impedimento de natureza fática: a desigualdade de meios humanos, técnicos e financeiros entre os dois sistemas.

Ademais, contrariamente ao que acontece nos privados, cujo objetivo último é, inequivocamente, o lucro, no sistema público, o interesse será no sentido da contenção, o que implica racionar os recursos disponíveis, nomeadamente, no que ao diagnóstico diz respeito. Ainda assim, sabemos ser prática comum a transferência ou mera orientação de pacientes de um hospital público para outro ou mesmo para hospitais privados quando o primeiro quando aquele não dispõe dos meios necessários ou adequados¹¹⁵.

Ora, se afirmámos que a inovação tecnológica adensa o dever/a obrigação do médico, deveremos também incluir o seguimento das diretrizes de contenção no plano da comparação de condutas médico lesante/*reasonable doctor* ou considerá-las como

¹¹³ Sobre a prosperidade dos grandes grupos de saúde, *vide* PRADO, MIGUEL, “Saúde privada vale 1750 milhões de euros”, *Exame*, nº 378, outubro de 2015, pp. 28-42.

¹¹⁴ Sobre o financiamento público de unidades de saúde privada *vide* o relatório “Em 2013, a despesa corrente em saúde diminuiu 2,1% - 2013” in boletim *destaque* do Instituto Nacional de Estatística, disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaquas&DESTAQUESdest_boui=211355422&DESTAQUESmodo=2

¹¹⁵ Mas também aqui poderão surgir problemas dignos de análise. Sendo um diagnóstico diferencial, estará o médico obrigado, ainda assim, a realizar tais diligências?

Para mais desenvolvimentos sobre a obrigação de enviar o paciente para um hospital com melhores condições *vide* ANDRÉ DIAS PEREIRA, seguindo fundamentalmente o entendimento de LUÍS SOUSA, em PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, *op. cit.*, 2015, pp. 743-744; e lembre-se o caso mediático de David Duarte, de 29 anos, que desencadeou a demissão do presidente da Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, da presidente do conselho de administração do Centro Hospitalar de Lisboa Central, e do presidente do conselho de administração do Centro Hospitalar de Lisboa Norte. O jovem faleceu porque ao fim de semana a equipa médica que o podia salvar não estava a trabalhar, no Hospital de São José, em Lisboa, e porque se considerou, num exercício de ponderação do risco, que não seria recomendada a transferência do paciente para outro hospital.

limitadoras do dever de diligência e prossecução das *leges artis* na realização de atos médicos?

Inclinamo-nos para uma resposta negativa já que é o próprio CDOM a estabelecer a independência dos médicos (art.º 3.º), bem como a sua liberdade nas decisões que toma (“ditadas pela ciência e pela sua consciência” - art.º 32.º/1¹¹⁶) relativamente a meios de diagnóstico e terapêutica, desde que não prescreva “desnecessariamente exames ou tratamentos onerosos ou de realizar actos médicos supérfluos” (art.º 32.º/2).

Lê-se, aliás, no art.º 142.º (Liberdade de escolha dos meios de diagnóstico e tratamento):

“1. A liberdade de escolha pelo médico dos meios de diagnóstico e tratamento não pode ser limitada por disposição estatutária, contratual ou regulamentar, ou por imposição da entidade de prestação de cuidados médicos. (...)§3. O disposto anteriormente não obsta à existência de orientações, normas e protocolos respeitantes à utilização de meios complementares de diagnóstico e tratamento, desde de que aprovados por uma Direcção Clínica, após ampla discussão e consenso com os médicos abrangidos.”

Assim, deve o médico exercer a sua “*profissão em condições que não prejudiquem a qualidade dos seus serviços e a especificidade da sua acção, não aceitando situações de interferência externa que lhe cerceiem a liberdade de fazer juízos clínicos e éticos e de actuar em conformidade com as *leges artis**” (art.º 33.º/1) e avaliando ele a necessidade ou desnecessidade dos procedimentos. Aliás, como decorre do art.º 33.º/2, a ocorrência de “tentativas de condicionar a liberdade do seu exercício ou de imposição de condições que prejudiquem os doentes” deve ser comunicada à sua Ordem profissional.

O exposto não significa que se desconsidere a obrigatoriedade de o médico ter conhecimento dos “custos das terapêuticas que prescreve, devendo optar pelos menos onerosos”, mas antes que esta atitude não pode implicar prejuízos para a saúde do doente (art. 111.º, *maxime*, n.ºs 1, 2 e 5), sob pena de se qualificar como uma conduta contrária às regras da arte e incompatível com a do médico razoavelmente prudente e diligente, geradora, portanto, de responsabilidade civil.

¹¹⁶ Veja-se, ainda, o art.º 141.º/2 do CDOM, “2. O estatuto profissional do médico nas organizações, instituições ou entidades previstas no número anterior não pode sobrepor-se às normas da deontologia profissional, nem aos deveres que para ele resultam da relação médico doente.”

CONCLUSÃO: A SUPERAÇÃO DO “TUDO OU NADA” NA BALANÇA DOS PRÓS E DOS CONTRAS

Da análise que procedemos até agora conclui-se indubitavelmente que o recurso à perda de chance se apresenta como um meio de superação das dificuldades probatórias no âmbito do nexo de causalidade.

A medicina é uma ciência inexata, comportadora de riscos, pelo que naturalmente não será facilmente aferível, com 100% de certeza, que determinada conduta é causalmente adequada à produção de um determinado dano. E se esta dificuldade se faz sentir entre peritos, torna-se muito mais evidente na esfera do paciente, leigo na matéria. O recurso à perda de chance mostra-se, assim, um meio útil de distribuição da álea e do risco da atividade médica, através de uma distribuição mais justa e igualitária do ónus probatório, sem que se inverta totalmente o paradigma atual.

Ademais, consideramos que a admissibilidade do ressarcimento das chances perdidas, enquanto dano autónomo e intermédio, se desvela a solução mais justa para ambas as partes. Explicitando: por um lado, o paciente lesado verá mais vezes atingidas as suas pretensões ressarcitórias, evitando-se “a improcedência sistemática das ações de responsabilização do médico” e, por outro lado, e evitar-se-á também a “proteção excessiva do doente”, já que, apesar de se poder conjecturar que esta aceitação implicaria grande prejuízo para o médico lesante, na verdade, este só teria que comportar uma indemnização na exata medida dos danos que causou¹¹⁷ - impedindo que se calcule sempre o montante em função do dano final quando a conduta do profissional de saúde não o produziu mas, sim, diminuiu as chances de o evitar.

Em suma, sob o ponto de vista das vantagens associadas à aceitação do conceito, o recurso à perda de chance afigura-se como um meio de superação do “tudo ou nada” na responsabilidade civil dos médicos. Uma alteração que vemos como um passo na direção de maiores verdade e justiça materiais.

Contudo, reconhecemos alguns inconvenientes consequenciais como a dificuldade no manejo do conceito, e, ao mesmo tempo, uma cautela absolutamente imperiosa a ter na atividade jurisprudencial: afigura-se como um juízo difícil, que impõe a determinação

¹¹⁷ PEDRO, RUTE Teixeira, *op. cit.*, pág. 444.

probabilidades e indícios - noções vagas e pouco definidas - e dificultam a tarefa de defesa do médico, pelo que é necessário que o julgador se assegure de que não está nos domínios da arbitrariedade. Sem estes limites, podemos cair numa tendência de sobre-responsabilização e uma consequente prática de medicina defensiva. Parece-nos, contudo, que este último perigo apenas se verificará no caso de o primeiro se vier a verificar, porquanto estamos certos que, a mera aceitação do conceito na atividade jurisprudencial, não implicará uma alteração significativa de comportamentos na área da medicina.

Apesar de confiarmos nas vantagens da aceitação do conceito da perda de chance, consideramos que há ainda outros caminhos que se deverão trilhar futuramente, na medida em que existem outras pretensões - para além das ressarcitórias e, por vezes, mesmo em vez destas -, que os pacientes lesados gostariam de ver satisfeitas.

Nesse sentido, um estudo realizado nos Estados Unidos concluiu que 60% das pessoas inquiridas, envolvidas em ações judiciais de responsabilidade civil médica, apenas ambicionavam um pedido de desculpas, o reconhecimento do erro ou uma explicação. Apenas 11% dos inquiridos acreditavam que a compensação económica seria o único resultado satisfatório.¹¹⁸

Entendemos, por esse motivo, que se impõe, de *iure condendo*, a criação e divulgação de meios de *resolução não adversarial* deste tipo de litígios, de que é exemplo a arbitragem, sobre a qual nos permitiremos discursar em traços largos.

A arbitragem voluntária encontra-se prevista e regulada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, que determina no seu art.º 1º: “*Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros*”. Assim, há aqui delimitações positivas (interesses de natureza patrimonial, ou não patrimonial de bens disponíveis) e negativas (sempre que a lei estabeleça arbitragem necessária ou sempre que tenhamos de recorrer obrigatoriamente aos tribunais judiciais).

¹¹⁸ JACKSON, EMILY, *Medical Law: Text, cases, and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 103.

Excluindo estas hipóteses do início do art 1º/1 (Lei 63/2011), “pode” qualquer litígio ser submetido, mediante vontade das partes (convenção), à arbitragem (voluntária). Na arbitragem voluntária, exige-se a existência de um acordo entre as partes para que se possa estabelecer o tribunal arbitral. Este tem dois tipos de constituição: arbitragem institucionalizada, quando exista um centro para esse efeito - que podem ser os centros de direito do consumo, ou centros que funcionem em determinados locais (por exemplo, na Ordem dos Advogados); ou arbitragem *ad hoc* - quando as partes não recorrem àquele meio, têm de constituir o próprio tribunal, que funcionará onde as partes convencionarem, não tendo de ser sempre no mesmo local.

Apesar de podermos considerar, *prima facie*, que as ações de responsabilidade médica não se compatibilizam com o conceito de arbitrabilidade, por envolverem “questões de tutela de direitos de personalidade (*maxime* a integridade física), [aceitamos que] podem ser objeto de uma convenção arbitral, com base no n.º1 e n.º 2 do art. 1.º da referida lei, na medida em que apenas se pretenda exercer uma *pretensão indemnizatória*, ou seja, um *direito de crédito de natureza patrimonial*.”¹¹⁹

É também interessante constatar que os conflitos de consumo respeitantes a o fornecimento de serviços essenciais se encontram sujeitos ao regime da arbitragem necessária, pela Lei 23/96 de 26 de julho. Esta prevê, no art.15º, um direito potestativo, de que é titular o consumidor, e que lhe permite decidir que o problema seja solucionado por arbitragem. Neste caso, a arbitragem será institucionalizada, isto é, funcionará nos centros de arbitragem de conflitos de consumo.

A possível aplicação, não apenas aos litígios emergentes do fornecimento de bens e serviços essenciais, mas antes alargada às prestações desses mesmos serviços, ou a simples conclusão pela arbitrabilidade desses litígios e a criação centros de arbitragem especializados na área da saúde, trariam, indubitavelmente, benefícios a médicos e pacientes. A flexibilidade de que gozariam as partes na escolha dos árbitros, permitindo-lhes nomear, por exemplo, árbitros médicos e juristas, assegurariam mais facilmente um decisão justa e pacificadora. Ademais, a sujeição ao princípio da confidencialidade e a

¹¹⁹ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *op. cit.*, 2015, pp. 867 e ss.; e ainda em “Resolução não Adversarial de Conflitos: a Mediação, a Arbitragem e a Conciliação na responsabilidade médica”, pág. 1.

menor formalidade do processo permitiriam uma diminuição do medo de estigmatização do médico. Por último, esta alteração proporcionaria uma decisão mais célere e com custos inferiores (custos de transação para as partes e custos sociais)¹²⁰.

Apesar das soluções que o direito pode ou poderá vir a dar aos casos de responsabilidade médica, parece-nos que o caminho mais importante será aquele percorrido no sentido do aumento da qualidade dos cuidados de saúde, de prevenção do erro e da promoção da segurança do paciente, nomeadamente, através do registo dos eventos adversos, da aposta na formação especializada, da diminuição do horário de trabalho dos profissionais de saúde, da tomada de medidas tendentes à pacificação e equilíbrio da relação médico-paciente e, por último, na transformação dos próprios profissionais de saúde em agentes de mudança.

¹²⁰ *ibidem*

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, GUIDO, *La responsabilità civile. Parte generale*, Wolters Kluwer Italia, 2010.
- ANTÓNIO DE SOUSA, ISA, “A Responsabilidade do Estado por Actos Médicos: Entre a Présomption de Faute e a “Objectivização” Espanhola – Breve resenha comparativa: Uma convergência de regimes?”, disponível em: https://www.google.pt/url?sa=t&rcrt=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjbuIH5dLKAhUNhhoKHdJPBW8QFghAMAY&url=http%3A%2F%2Frevistas.ulsofona.pt%2Findex.php%2Frdulp%2Farticle%2Fdownload%2F3250%2F2408&usq=AFQjCNHKhVP5Ob3URoM_rNpt1CLLxMrk-Q&sig2=9BfZy93pR5nShvxxtl1qA.
- ANTUNES, JOÃO LOBO, “O Erro em Medicina”, in *Acta Médica Portuguesa - Ética médica*, 1963, nº6, pp. 43-46.
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, in *Cadernos de Direito Privado*, nº 38, abril/junho de 2012, pp. 14-27.
- BRUNO, PAULA, *Registo de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal: erro em medicina*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010 .
- CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006.
- CASCÃO, RUI M., “1972: Para Além da Culpa no Ressarcimento do Dano Médico”, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, pp. 692-727.
- CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil - Parte geral - Negócio jurídico*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2014.
- COSTA, MÁRIO J. DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2011
- DIAS, CASIMIRO CAVACO, *O Valor da Inovação - Criar o Futuro dos Sistemas de Saúde*, Coimbra, Almedina, 2015.

- *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2013. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/chance>
- DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE (2014), Direção de Serviços de Informação e Análise, “Portugal - Programa de Prevenção e Controlo de Infecções e de Resistência aos Antimicrobianos - 2014”, Lisboa. Disponível em <https://www.dgs.pt/estatisticas-de-saude/estatisticas-de-saude/publicacoes/portugal-controlo-da-infecao-e-resistencia-aos-antimicrobianos-em-numeros-2014-pdf.aspx>.
- CATHERINE, ELLIOTT; FRANCES QUINN, *Contract Law*, 6ª ed., Pearson Longman, Harlow, 2007.
- FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, “Os contratos civis de prestação de serviço médico”, in *Direito da saúde e bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, pp. 75-120.
- FERREIRA, RUI CARDONA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e a Perda de Chance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- FIDALGO, SÓNIA MARIZA FLORÊNCIO, *Responsabilidade penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa* (dissertação de Mestrado), publicação do Centro de Direito Biomédico/Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- FRAGATA, JOSÉ, *et al.*, *Risco Clínico - Complexidade e Performance*, Almedina, Coimbra, 2006.
- GASPAR, A. SILVA HENRIQUES, “A Responsabilidade Civil do Médico”, in *Coletânea de Jurisprudência*, ano III, 1978, Tomo I, pp. 335-355.
- GOMES, JÚLIO, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.
- GERMANO DE SOUSA, “Negligência e Erro Médico”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 6/99, novembro/dezembro de 1999, pp. 12-14.
- GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. XII, Coimbra editora, Coimbra, 1937.

- Health Consumer Powerhouse “Euro Health Consumer Index 2015”, 2015, disponível em http://www.healthpowerhouse.com/files/EHCI_2015/EHCI_2015_report.pdf.
- Institute of Medicine - Committee on Quality of Health Care in America, *To err is human: building a safer health system*, National Academy Press Washington, DC. 1999. Disponível em <http://www.csen.com/err.pdf>.
- JACKSON, EMILY, *Medical Law: Text, cases, and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- LEAPE, L., “The preventability of medical injury”, in Bogner, M. (ed.), *Human Error in Medicine*. Hillsdale, L. Erlbaum Associates, Inc., 1994, pp. 13-25.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “Responsabilidade Civil Por Acto Ou Omissão do Médico”, in *Estudos De Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina vol. II, pp. 459-486.
- MERRY, ALAN e MCCALL, A. SMITH, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, *Cláusula penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.
- MORAES, IRANY NOVAH, *Erro Médico e a Justiça*, Editora Revista dos Tribunais, S.Paulo, 2005, pág. 493 e ss.
- PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.
- PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, “O Consentimento Informado na Experiência Européia”, intervenção apresentada no *I Congresso Internacional sobre: “Os desafios do Direito face às novas tecnologias”*. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/>

[10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20André%20Pereira%20Ribeirão%20Preto.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/14549/1/Aspectos%20do%20consentimento%20informado%20e%20do%20testamento%20Vital%20André%20Pereira%20Ribeirão%20Preto.pdf).

- PEREIRA, ANDRÉ G. DIAS, “Portuguese Tort Law: a Comparison with the Principles of European Tort Law”, disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/2563/1/European_Principles_Tort_Law_Portugal.pdf.
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “Responsabilidade Civil: o Médico entre o público e o privado”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 89, Tomo I, Coimbra, 2013, pp. 259-260.
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “Resolução não Adversarial de Conflitos: a Mediação, a Arbitragem e a Conciliação na responsabilidade médica”.
- PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- PRADO, MIGUEL, “Saúde privada vale 1750 milhões de euros”, *Exame*, nº 378, outubro de 2015, pp. 28-42.
- Relatório do Observatório Português dos Sistemas de Saúde, “Acesso aos cuidados de saúde. Um direito em risco? Relatório de Primavera 2015”, 2015, disponível em <http://www.opss.pt/sites/opss.pt/files/RelatorioPrimavera2015.pdf>.
- Relatório do INE, “Em 2013, a despesa corrente em saúde diminuiu 2,1% - 2013” in boletim *destaque* do Instituto Nacional de Estatística, disponível em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=211355422&DESTAQUESmodo=2.
- RIBEIRO DE FARIA, JORGE L. A., “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, pp. p. 115-195.
- RIBEIRO DE FARIA, PAULA, “Os Novos Desafios da Responsabilidade Médica - entre uma responsabilidade fundada na culpa e a criação de novas vias de ressarcimento do dano”, in *Direito da Medicina - Eventos Adversos*,

- Responsabilidade, Risco*, Maria do Céu Rueff (coordenação), Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2013, pp. 67-90.
- ROCHA, NUNO SANTOS, *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, Almedina, Coimbra, 2014.
 - RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “Responsabilidade Civil por Erro Médico: Esclarecimento/Consentimento do Doente”, in *DataVenía - Revista Jurídica Digital*, Ano 1, N.º 01, Julho-Dezembro de 2012, pp. 5-26.
 - RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, *Responsabilidade Médica em Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2007.
 - SERRA, VAZ, “Provas: Direito Probatório Material”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, novembro de 1961, pp. 61-256.
 - SILVERMAN, MARK P., *A Certain Uncertainty - Nature's Random Ways*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2014.
 - VALE, LUÍS ANTÓNIO MALHEIRO MENESES DO, *Racionamento e racionalização no acesso à saúde: contributo para uma perspectiva jurídico-constitucional*, Coimbra: FDUC, 2007, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
 - VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Coimbra, Almedina, vols. I e II, 2015.
 - *World Health Organization*, “Health 2020: A European policy framework and strategy for the 21st century”, 2013, disponível em: http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0011/199532/Health2020-Long.pdf
 - ZIVIZ, PATRIZIA, “Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza”, nota a Trib. Monza, 18 febbraio 1997, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1998, pp. 705-711.

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do STA de 29/11/2005, proc. 0729/05 (ANTÓNIO MADUREIRA), disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/2bdb2027aaae551a802570d6003774d4?OpenDocument>.
- Acórdão do STJ de 03/04/2008, proc. 08A183 (FONSECA RAMOS), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument>
- Acórdão do STJ, de 24/05/2011, proc. 1347/04.2TBPNF.P1.S1 (HELDER ROQUE), Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/faed516e0417e4228025789d002c417d?OpenDocument>.
- Acórdão do STJ de 05/02/2013, proc. 488/09.4TBESP.P1.S1 (HELDER ROQUE), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b60fe29b4717edf380257b0a004db434?OpenDocument>.
- Acórdão do STJ de 06/03/2014, proc. 23/05.3TBGRD.C1.S1 (PINTO DE ALMEIDA), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/30465bb4340b9fe580257c9300560670?OpenDocument>.
- Acórdão do STJ de 30/09/2014, proc. 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1 (MÁRIO MENDES), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e19c8b75cdf26d3380257d630046d9d0?OpenDocument>
- Acórdão do STJ, de 15/10/2015, proc. 08B1800 (Rodrigues dos Santos), disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5e9af97caf3a393e8025765400595623?OpenDocument&Highlight=0,perda,de,chance>
- Acórdão do TCAN, de 11/10/2013, proc. 01119/08.5BECBR (CARLOS LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO), Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/381f05b8db0cc14f80257c0c00388003?OpenDocument>

- Acórdão do TRL de 15/12/2011, proc. 5485/09.7TVLSB.L1-2, (PEDRO MARTINS) , disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/a7c49b08125d9f9f802579900043cfc0?OpenDocument>.
- Acórdão do TRP, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1 (FILIPE CAROÇO), de 01/03/2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument>.
- Acórdão do TRP, Proc. n.º 9434/06.6TBMTS.P1 (FILIPE CAROÇO), de 01/03/2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/9f726e11ba29e580802579c1003f7925?OpenDocument>.
- Sentença Proferida no Processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015, Transitada em julgado em 12 de outubro de 2015, pág. 18. Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_perdachance.pdf.