



ENCONTRO DE INVESTIGADORES EDUM 2022

Escola de Direito da Universidade do Minho

Anabela Gonçalves | João Vilas Boas | Maria João Lourenço | José Vegar Velho | Tiago Branco

2023

Índice

| | |
|--|---|
| Prefácio | 0 |
| Promoção da uniformização de normas de conflitos que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial na Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin: com aprendizagem experiencial das práticas na União Europeia | 1 |
| <i>Chan Chong In</i> | |
| Investigação criminal defensiva: a efetivação da ampla defesa | 2 |
| <i>Evinis da Silveira Talon</i> | |
| Contratação pública e políticas horizontais: um breve olhar europeu | 3 |
| <i>João Araújo da Silva</i> | |
| Aplicabilidade da perda de chance na responsabilidade médica..... | 4 |
| <i>Man Teng Iong</i> | |
| Os potenciais caminhos legais para o conhecimento officioso da caducidade do direito à liquidação | 5 |
| <i>Márcia Antunes Gomes</i> | |
| O projeto parental decorrente de reprodução humana assistida sob o olhar do princípio do superior interesse da criança e do adolescente | 6 |
| <i>Patricia Ferreira Rocha</i> | |
| Orçamentos Participativos Municipais – Influências internacionais e metodologia de implementação..... | 7 |
| <i>Sara Cristina Rebelo Magalhães</i> | |

Aplicabilidade da perda de chance na responsabilidade médica

Man Teng Iong^{1*}

SUMÁRIO

1. Enquadramento teórico da perda de chance. 1.1. Origem. 1.2. Natureza jurídica: como solução de suprimento da causalidade. 1.3. Natureza jurídica: como dano autónomo. 2. Perda de chance na jurisprudência portuguesa. 2.1. Divergência sobre a aplicabilidade da perda de chance. 2.2. Modalidade do dano da perda de chance. 3. Considerações finais. Bibliografia.

RESUMO

A teoria da perda de chance teve a sua origem em 17 de julho de 1889 quando a Corte de Cassação Francesa a aplicou num caso de mandato judicial, referindo-se aos casos em que uma pessoa cause a outrem a perda de obter uma vantagem ou de impedir um prejuízo. Encontram-se, na jurisprudência portuguesa, vários casos da aplicação desta figura no âmbito de mandato judicial, embora a sua aplicabilidade não seja unânime no ordenamento jurídico de Portugal. Mesmo assim, são poucos os casos da sua aplicação na responsabilidade médica pelos tribunais. Este artigo tenta demonstrar as razões pelas quais os tribunais evitam aplicar esta figura na responsabilidade médica, defendendo a sua aplicabilidade na prestação de cuidados de saúde.

PALAVRAS-CHAVE

Perda de chance – Responsabilidade médica – Jurisprudência.

ABSTRACT

The loss of chance theory originated on July 17, 1889, when the French Court of Cassation applied it in a court-mandated case, referring to instances in which a person causes another person to lose the possibility of obtaining an advantage or prevent damage. There are, in Portuguese case law, several cases of the application of this figure within the scope of the judicial mandate, although its applicability is not unanimous in the Portuguese legal system. Its application by the courts in the field of medical liability is residual. This article tries to demonstrate why courts avoid applying this figure in medical liability, defending its applicability in the provision of health care.

KEYWORDS

Loss of chance – Medical responsibility – Case law.

1. ENQUADRAMENTO TEÓRICO DA PERDA DE CHANCE

1.1. ORIGEM

A teoria da perda de *chance* é uma figura que surgiu, embora de forma implícita, pela primeira vez, no mundo jurídico, com o caso famoso de 17 de julho de 1889, no qual a Corte

1. Assistente eventual na Faculdade de Direito da Universidade de Macau (China). Doutorando pela Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal); Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau (China); Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Email: mantengiong@um.edu.mo/manteng.iong@gmail.com

de Cassação Francesa condenou um funcionário judicial (“*officier ministériel*”) por ter impossibilitado um recurso judicial que poderia ter uma decisão a favor do autor, caso o recurso judicial tivesse prosseguido². Esta figura aplicou-se de forma mais explícita num caso semelhante em 1902, tendo-se desenvolvido muito, quer na jurisprudência francesa (na qual a aplicação da perda de *chance* é abrangente, não se centrando apenas no direito privado, mas estendendo-se também ao direito público), quer na doutrina francesa (na qual é unanimemente aceite, embora se discuta a determinação dos requisitos da sua ressarcibilidade e dos critérios de cálculo do montante indemnizatório)³.

No âmbito da responsabilidade médica, a teoria da perda de *chance* apenas foi aplicada pela Corte de Cassação Francesa, num caso de 14 de dezembro de 1965, embora a doutrina francesa não seja unânime no que diz respeito à sua aplicação neste âmbito⁴. Encontram-se quatro posições francesas sobre a aplicação da perda de *chance* no âmbito da responsabilidade civil: (1) rejeição da sua aplicação, por ser impossível identificar-se um dano autónomo; (2) aceitação da sua aplicação em várias áreas, incluindo a da responsabilidade médica; (3) aceitação da sua aplicação, mas com a redução de compensação com base no risco ilegalmente criado ou aumentado; (4) aceitação da sua aplicação, mas com a ideia de causalidade parcial e não de dano autónomo⁵. Destas posições podemos resumir que, mesmo aceitando a aplicabilidade

de da perda de *chance*, diverge-se quanto à sua natureza jurídica (isto é, dano ou solução de suprimento da causalidade).

Com origem francesa, a teoria da perda de *chance* desenvolve-se quer na família romano-germânica (como em Itália, Alemanha e Portugal), quer na família anglo-saxónica (como nos Estados Unidos da América e Inglaterra). Mesmo assim, quanto à sua natureza jurídica há divergência ao nível jurisprudencial e doutrinário, na mesma família jurídica, como também no mesmo ordenamento jurídico.

1.2. NATUREZA JURÍDICA: COMO SOLUÇÃO DE SUPRIMENTO DA CAUSALIDADE

A perda de *chance* poderia ser entendida como uma solução de suprimento do nexos causal, diminuindo as dificuldades que se possam encontrar ao aplicar a teoria da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada. Tais dificuldades existem quando aparecem duas ou mais causas do dano, tendo cada uma das concausas certa possibilidade de provocar o dano⁶. Nesta situação, embora qualquer das concausas seja condição de produzir o dano (teoria da *conditio sine qua non*), é duvidoso determinar se uma ou outra é adequada a causar o dano (teoria da causalidade adequada)⁷.

Perante as dificuldades referidas, encontram-se duas soluções que podem flexibilizar a apreciação da causalidade.

A primeira solução refere-se ao padrão de prova “*more-likely-than-not*”, acolhido pelo direito anglo-saxónico. De acordo com

2. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica. *Revista do Ministério Público*. N.º 138 (abril/junho 2014), pp. 9-10.

3. PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3. pp. 192-193.

4. FERREIRA, Rui Cardona - The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. V 20, Issue 1 (2013), pp. 60-61.

5. Sobre as posições referidas, *ibidem*, p. 61.

6. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, pp. 12-13.

7. Por exemplo, é duvidoso determinar se o dano provocado no paciente resulta do ato médico negligente, da ocorrência natural do corpo humano ou do risco que possa ocorrer durante o tratamento médico, embora cada uma destas concausas ocupe certa possibilidade de produzir o dano em causa.

este padrão, o dano causado pode ou não ser totalmente compensado (ou seja, “*all-or-nothing rule*”), conforme o lesado tenha perdido, por causa do ato negligente do lesante, pelo menos 51% de oportunidade de evitar a produção do dano⁸. Por outras palavras, em vez de provar a certeza de que o ato do lesante é apto a provocar o dano (teoria da causalidade adequada), no direito anglo-saxónico, a compensação ainda pode ser totalmente atribuída quando o ato do lesante é, entre as concausas, uma causa que ocupa mais de metade de oportunidade de produzir o dano. Para além deste padrão de prova, existem outros mais flexíveis que facilitam o ónus da prova do lesado sobre onexo causal, como os “*relaxed proof variations*”⁹ e “*the loss-of-a-chance (reduced likelihood) doctrine*”¹⁰. Por outro lado, existe no direito europeu uma solução semelhante, defendida pela posição dominante, que exige uma probabilidade substancialmente elevada de ter sido a causa do dano¹¹, probabilidade essa para a qual alguém propõe 80%¹². Quer no direito anglo-saxónico quer no direito europeu, a regra “*all-or-nothing*” é sempre apli-

cada. Isto é, ou atribui-se a compensação total ou, ao invés, não se atribui nada. O que varia é apenas a probabilidade exigida para a verificação da causalidade entre o ato ilícito e culposo do lesante e o dano final.

A segunda solução de suprimento da causalidade defendida por alguns autores refere-se à causalidade parcial, resultante da regra da responsabilidade proporcional (“*proportional liability rule*”)¹³. De acordo com esta teoria, a compensação é atribuída em proporção da probabilidade donexo causal entre o ato negligente e o dano final¹⁴. Portanto, qualquer que seja a percentagem donexo causal, o valor da compensação não corresponde ao do dano final – isto é, ao contrário do que ocorre com a regra “*all-or-nothing*” –, mas ao proporcional do dano final, calculado de acordo com a percentagem referida. Por exemplo, caso a *chance* perdida seja de 70%, a compensação atribuída corresponde ao valor de 70% do dano final. Por outro lado, esta teoria não exige qualquer linha fronteira de probabilidade abaixo da qual a compensação não deve ser atribuída. O que significa que a compensação pode ser atribuída, embora a *chance* perdida seja diminuta (por exemplo, 1% de *chance* perdida).

Por conseguinte, trata-se da corrente que entende a perda de *chance* como solução de suprimento da causalidade, rejeitando a sua configuração de dano. Para esta corrente, o que existe é apenas um dano, isto é, o dano final do lesado, que não corresponde à perda de *chance*. A compensação (total ou parcial) é atribuída conforme as soluções de suprimento da causalidade, ou seja, conforme os padrões de prova adotados para suprir a causalidade mais rígida.

8. KING, Joseph H. - Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. *The Yale Law Journal*. V 90 (1981), p. 1367. KING, Joseph H. - Reduction of Likelihood Reformulation and Other Retrafitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine. *The University of Memphis Law Review*. V 28 (1998), pp. 505-506.

9. Este padrão de prova exige que, em vez de atingir 51% da meta da probabilidade, basta provar que o ato negligente do lesante aumentou o risco de dano ou destruiu a possibilidade substancial de obter um resultado mais favorável, veja KING, Joseph H. - Reduction of Likelihood Reformulation..., *ob. cit.*, p. 507.

10. Este padrão de prova refere-se ao padrão de que, em vez de atingir 51% da meta da probabilidade, se atribui a compensação total quando o ato negligente do lesante diminui a probabilidade de obter um resultado mais favorável, embora este padrão seja aplicado por alguns tribunais dos Estados Unidos da América apenas em caso de chances substanciais – *Ibidem*, pp. 508-509.

11. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 14.

12. MEDINA ALCOZ, Luis - Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades. *Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. N. 30 (2009), p. 48, *apud* RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 14.

13. Veja, entre outros, MAKDISI, John - Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability. *North Carolina Law Review*. V 67, N.º 5 (1989), pp. 1063-1101. HARVEY, Dwight C. - Epidemiologic Proof of Probability: Implementing the Proportional Recovery Approach in Toxic Exposure Torts Recovery Approach in Toxic Exposure Torts. *Dickinson Law Review*. V 89, Issue 1 (1984), pp. 233-259.

14. MAKDISI, John - *ob. cit.*, p. 1064.

1.3. NATUREZA JURÍDICA: COMO DANO AUTÓNOMO

Uma outra corrente – propugnada por vários autores, quer no direito anglo-saxónico, quer no direito romano-germânico – sufraga que a perda de *chance* tem natureza de dano, rejeitando que se trate de uma questão de prova da causalidade. Nils Jansen, um dos autores marcantes desta corrente, defende que a perda de *chance* deve ser um novo tipo de dano recuperável e legalmente reconhecido, que se relaciona com direitos (ou normas) legais, cabendo à lei determinar se este dano deve ser adotado num ordenamento jurídico¹⁵. Portanto, evitar o dano final ou obter o benefício final é entendido como um direito individual do lesado¹⁶. O que implica que a perda de *chance*, de acordo com este entendimento, seja um dano de proteção normativa e nele a *chance*, como se fosse um bem economicamente valioso, tem certo valor que deve ser protegido por lei.

Um entendimento assim permite-nos perceber que a perda de *chance* é um dano autónomo que ocorre antes do dano final, pelo que se trata de um dano intermédio, distinto do dano final¹⁷. Com isto, o nexa causal para o dano intermédio (a perda de *chance*) é avaliado de forma diferente do que se avalia no nexa causal para o dano final. Aqui encontram-se duas causalidades: uma entre o ato ilícito e culposo e a perda de *chance*; outra entre o mesmo ato e o dano final. Apenas a primeira causalidade se encontra estabelecida, porque, na segunda causalidade, não se sabe se o ato ilícito e culposo do lesante é apto a provocar o dano final.

Parece-nos que Nils Jansen, ao entender que a *chance* perdida implica algum valor por

lei protegido, defende que a sua perda gera responsabilidade civil delitual, em vez de responsabilidade civil contratual. Mesmo assim, há quem defenda que a perda de *chance* gera apenas responsabilidade civil contratual, cujo fundamento da indemnização se encontra no contrato e nele se prevê expressamente um dever de proteção da perda de *chance*¹⁸. No entanto, há vários autores que entendem que a perda de *chance* pode gerar a responsabilidade civil delitual ou a responsabilidade civil contratual, conforme o lesado a fundamente no contrato ou *tort*¹⁹. Mas esta última posição, no meu entendimento, apenas pode ser correta no direito anglo-saxónico, porque, no direito romano-germânico, nomeadamente no ordenamento jurídico português, o lesado não deve poder escolher as modalidades da responsabilidade civil (responsabilidade contratual ou responsabilidade extracontratual) a aplicar quando a conduta do lesante gera simultaneamente as duas modalidades. Nesta situação, estamos perante um concurso entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Este concurso ocorre quando o dano da perda de *chance* resulte de um mesmo facto que, ao mesmo tempo, viole um direito relativo e um direito absoluto, sendo preenchidos os requisitos quer da responsabilidade contratual, quer da responsabilidade extracontratual²⁰. Perante um tal concurso, e seguindo a posição dominante (a tese de consunção)²¹, o regime da

15. JANSEN, Nils - The idea of a lost chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. V 19 (1999), pp. 282-284.

16. *Ibidem*, p. 283.

17. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., ob. cit., p. 17. RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina Editora, 2014. ISBN: 978-972-40-4936-6, p. 149.

18. MÄSCH, Gerald - Chance und Schaden. *Tübingen*, 2004, pp. 240-248, apud FERREIRA, Rui Cardona - A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense). *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 73, N.º 4 (out.-dez. 2013), p. 1322.

19. COOPER, Glenn - Damages for the Loss of a Chance. *Auckland University Law Review*. V 6, N.º 1 (1988), p. 51.

20. COSTA, Mário Júlio de Almeida - Direito das Obrigações. 12.ª ed. Coimbra: Almedina Editora, 2009. ISBN 978-972-40-4033-2. pp. 546-547. COSTA, Daniela Sofia Gomes - *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*. Coimbra: Petrony Editora, 2018. ISBN 978-972-685-246-9. p. 22. ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago - *Direito da Saúde - Lições*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0403-4. p. 294.

21. O autor que representa esta tese é COSTA, Mário Júlio de

responsabilidade contratual consome o da responsabilidade extracontratual e são aplicáveis apenas as regras daquele regime.

2. PERDA DE CHANCE NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

2.1. DIVERGÊNCIA SOBRE A APLICABILIDADE DA PERDA DE CHANCE

Em Portugal, encontram-se várias decisões do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que aplicam a figura da perda de *chance*, nomeadamente no âmbito do mandato judicial forense²². Mesmo assim, não deixa de haver decisões judiciais que rejeitem a sua aplicabilidade.

Por exemplo, o STJ, nas suas decisões de 6 de março de 2007²³ e de 16 de junho de 2009²⁴, recusou a aplicabilidade da perda de *chance* em caso de concurso público porque entendeu que, de acordo com a teoria da causalidade adequada, não se verificou o nexo causal entre o facto praticado e o dano final (isto é, o facto de ter sido excluído do concurso público). O mesmo tribunal, numa outra decisão de 22 de outubro de 2009²⁵, afirmou que “a figura não releva entre nós, por contrariar o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada”.

Almeida - *ob. cit.*, p. 550. Aderindo a esta tese, veja RODRIGUES, Álvaro da Cunha - Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos. *Direito e Justiça*. Vol. XIV, Tomo III. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000, pp. 191-198, e COSTA, Daniela Sofia Gomes - *ob. cit.*, p. 24.

22. Esta conclusão vem das pesquisas em www.dgsi.pt, em que se transcreve o termo “perda de chance” na sua função por “Descritor”. Sobre as decisões neste âmbito, veja-se, entre outros, ACÓRDÃOS do STJ, proc. n.º 5105/12.TBXLL1.S1 (relator: Tomé Gomes) (09.07.2015) e proc. n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2 (relatora: Rosa Tching) (15.11.2018).

23. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 07A138 (relator: Borges Soeiro) (06.03.2007).

24. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 1623/03.1TCLRS.S1 (relator: Hélder Roque) (16.06.2009).

25. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 409/09.4YFLSB (relator: João Bernardo) (22.10.2009).

Destas decisões judiciais retira-se que a perda de *chance* é entendida como uma questão da causalidade e, mesmo entendida como um dano, viola o princípio da certeza dos danos. Por outras palavras, encontram-se duas razões para rejeitar a aplicabilidade da perda de *chance*: (1) o dano da perda de *chance* não é certo por não haver previsibilidade, mas apenas probabilidade (isto é, violação do princípio da certeza dos danos); (2) o facto não é uma causa apta a provocar o dano final (isto é, violação das regras da causalidade adequada).

Por estas razões, o STJ rejeita também a aplicabilidade da perda de *chance* na responsabilidade médica²⁶, pelo que os tribunais são prudentes e cautelosos a aplicar esta figura, nomeadamente no âmbito da responsabilidade médica. No entanto, parece-me que as mesmas não se devem acolher. Por um lado, a perda de *chance* não viola o princípio da certeza dos danos porque, atendendo aos dois elementos da noção (a perda e a *chance*), a perda (o dano em causa) é certa, sendo incerta apenas a *chance* perdida²⁷. Por outras palavras, a probabilidade refere-se apenas à *chance* perdida, e não também à perda. A perda de *chance* é um dano presente e não futuro, pelo que a previsibilidade, relevante para o lucro cessante, não releva para o dano da perda de

26. Como, por exemplo, ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 08B1800 (relator: Rodrigues dos Santos) (15.10.2009), maioria com 2 votos de vencidos. Embora esta decisão, na situação em que poderia conceder ao lesado o direito a ser compensado por causa de perda de *chance*, rejeitasse a aplicação desta noção, o juiz Oliveira Vasconcelos votou vencido por entender que “[...] o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (chances) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado imediato – a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade”, que “[a] ausência da verificação daquele resultado facilita a demonstração do incumprimento da obrigação de não destruir as possibilidades de êxito terapêutico, de que o doente dispunha” e que, “[d]emonstrado o incumprimento desta «outra» obrigação, caberá ao médico, para afastar a responsabilização pelo «dano de destruição das possibilidades (ou chances)» provar que aplicou a diligência ou aptidão que lhe era exigível – por outras palavras, que satisfiz o interesse mediato – mas que por razões que não podia prever ou não podia controlar, a finalidade pretendida se gorou e as chances existentes se perderam”.

27. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 16.

chance enquanto um dano emergente. Neste sentido, com a conduta ilícita e culposa, o lesado perde, com certeza e no momento presente, determinada probabilidade de evitar o prejuízo ou de obter a vantagem. Por outro lado, o facto de não se verificar o nexo causal entre a conduta ilícita e culposa e o dano final não impede que haja o nexo causal entre a mesma conduta e o dano intermédio da perda de *chance* porque são duas causalidades distintas²⁸. Com este entendimento, as teorias de *conditio sine qua non* e da causalidade adequada não são afetadas porque são aplicáveis para o nexo causal entre a conduta e o dano intermédio da perda de *chance*.

Portanto, inclino-me, como várias decisões judiciais se inclinam, para entender que a perda de *chance* tem natureza de dano, que se traduz numa “perda da probabilidade de obter uma futura vantagem”²⁹. Tal implica que a responsabilidade de quem causa este dano deriva do facto de ter privado alguém da possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Esta conclusão vale também para o âmbito da responsabilidade médica, pelo que não se deve rejeitar a sua aplicabilidade neste domínio.

2.2. MODALIDADE DO DANO DA PERDA DE CHANCE

Na doutrina portuguesa, existe divergência sobre a modalidade do dano da perda de *chance*. Enquanto uma parte da doutrina entende que a perda de *chance* corresponde ao dano não patrimonial³⁰, outra parte defende

que se refere ao dano patrimonial³¹. De entre esta parte da doutrina, quando alguém entende que se refere ao lucro cessante³², outros sufragam que corresponde ao dano emergente³³. A jurisprudência portuguesa tem entendido que o dano da perda de *chance* corresponde ao dano patrimonial emergente³⁴.

Parece-me mais razoável a posição dominante da jurisprudência portuguesa, que entende o dano da perda de *chance* como um dano emergente. Afastamos a modalidade do dano não patrimonial da noção porque os danos morais têm, em princípio, ligação com o resultado final (o facto de não obter a vantagem pretendida ou de não evitar o prejuízo), e não com o resultado intermédio (o facto de perder oportunidade da mesma vantagem ou prejuízo). Aqui, trata-se de danos distintos do dano da perda de *chance*, sendo ambos compensáveis na mesma situação³⁵. Por outro lado, afastamos também a modalidade de lucro cessante porque o dano da perda de *chance* é um dano atual ou presente³⁶, e não futuro, pelo que se deve entender como um dano patrimonial emergente, e não lucro cessante.

cessante, parece reconhecê-la como dano não patrimonial.

31. Veja, entre outros, GOMES, Júlio Manuel Vieira - Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance. *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado*. Braga: CEJUR, N.º especial 2, dezembro de 2012, p. 29. RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*, *ob. cit.*, p. 145, e Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 21.

32. Veja, entre outros, GOMES, Júlio Manuel Vieira - *ob. cit.*, p. 29.

33. Como, por exemplo, RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 21.

34. Veja, entre outros, ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2, *cit.*; ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1 (relator: Tomé Gomes) (30.11.2017); ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 540/13.IT2AVR.P1.S1 (relator: Alexandre Reis) (11.01.2017); e ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 540/13.IT2AVR.P1 (relator: Tomé Ramião) (14.06.2016).

35. RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*, *ob. cit.*, p. 145, e Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 21.

36. RAPOSO, Vera Lúcia - *Em busca da chance perdida...*, *ob. cit.*, p. 21.

28. Neste sentido, RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*, *ob. cit.*, pp. 147-148.

29. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 1410/04.OTVLSB.L1.S1 (relator: Azevedo Ramos) (26.10.2010).

30. Como, por exemplo, FERREIRA, Rui Cardona - The Loss of Chance in Civil Law Countries..., *ob. cit.*, p. 71, e FERREIRA, Rui Cardona - A Perda de Chance Revisitada..., *ob. cit.*, pp. 1310-1312. Este autor, nesta última obra, ao rejeitar a caracterização da perda de chance como dano emergente ou lucro

Portanto, entendemos que a perda de *chance* é um dano patrimonial emergente. Para ser indenizável, este dano (a perda de *chance*), além de ser atual ou presente, deve ser consistente e sério e com concretização razoável³⁷, de acordo com “um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, e aferido, casuisticamente, em função dos indícios factualmente provados em cada caso concreto”³⁸. Portanto, não é qualquer das *chances* perdidas que é indenizável, mas apenas as *chances* com o preenchimento dos seguintes requisitos: (1) uma perda atual e certa de uma possibilidade; (2) uma possibilidade favorável real, séria e credível³⁹. Por outro lado, parece-me razoável que o valor indenizável da perda de *chance* seja inferior e proporcional ao valor do dano final, lançando mão do critério previsto pelo n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil, ou seja, o critério de medir “a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”. Caso não seja possível determinar a probabilidade exata da *chance*, o valor indenizável deste dano deve ser avaliado de forma equitativa pelo tribunal dentro dos limites provados, nos termos do n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil⁴⁰.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, as razões pelas quais os tribunais evitam aplicar a perda de *chance* na responsabilidade médica relacionam-se com

a preocupação das violações do princípio da certeza dos danos e das regras da causalidade adequada. No entanto, tais razões, como já defendemos, são criticáveis e não devem ser por nós acolhidas. Reconhecemos que a *chance* perdida tem certo valor que, pelo menos em termos éticos, deve ser protegido, com vista à proteção da posição do paciente lesado. Mas atente-se que não se deve reconhecer a indemnização de qualquer *chance* perdida. A ressarcibilidade de uma *chance* perdida depende da existência da natureza da perda (ou seja, natureza atual e certa) e da *chance* (ou seja, natureza favorável, séria e credível), para além dos requisitos da responsabilidade civil. Por conseguinte, devemos defender a aplicabilidade da perda de *chance* no âmbito da prestação de cuidados de saúde, quando se encontrem reunidos a natureza referida e os requisitos da responsabilidade civil.

BIBLIOGRAFIA

- COOPER, Glenn - Damages for the Loss of a Chance. *Auckland University Law Review*. V 6, N.º 1, 1988, pp. 39-51.
- COSTA, Daniela Sofia Gomes - *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*. Coimbra: Petrony Editora, 2018. ISBN 978-972-685-246-9.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida - *Direito das Obrigações*. 12.ª ed. Coimbra: Almedina Editora, 2009. ISBN 978-972-40-4033-2.
- ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago - *Direito da Saúde – Lições*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0403-4.
- FERREIRA, Rui Cardona - A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense). *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 73, N.º 4 (out.-dez. 2013), pp. 1301-1329.
- FERREIRA, Rui Cardona - The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. V 20, Issue 1 (2013), pp. 56-74.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira - Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance. *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado*. Braga: CEJUR, N.º especial 2, dezembro de 2012, pp. 17-29.
- HARVEY, Dwight C. - Epidemiologic Proof of Probability: Implementing the Proportional Recovery Approach in Toxic Exposure Torts Recovery Approach in

37. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 2759/17.7T8VNG.P2.S1 (relator: Jorge Dias) (11.10.2022).

38. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2, *cit*.

39. Vera Lúcia RAPOSO - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 10, e *Do ato médico ao problema jurídico*, *ob. cit.* p. 145. No que diz respeito à natureza credível, cfr. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 1337/12.1TVPR1.P1.S1 (relator: Fonseca Ramos) (17.12.2018).

40. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 6112/15.9T8VIS.L1.S1 (relator: Vieira e Cunha) (23.06.2022).

- Toxic Exposure Torts. *Dickinson Law Review*. V 89, Issue 1 (1984), pp. 233-259.
- JANSEN, Nils - The idea of a lost chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. V 19 (1999), pp. 271-296.
- KING, Joseph H. - Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. *The Yale Law Journal*. V 90 (1981), pp. 1353-1397.
- KING, Joseph H. - Reduction of Likelihood Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine. *The University of Memphis Law Review*. V 28 (1998), pp. 491-560.
- MAKDISI, John - Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability. *North Carolina Law Review*. V 67, N.º 5 (1989), pp. 1063-1101.
- PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3.
- RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica. *Revista do Ministério Público*. N.º 138 (abril/junho 2014).
- RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina Editora, 2014. ISBN: 978-972-40-4936-6.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha - Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos. *Direito e Justiça*. Vol. XIV, Tomo III. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.