



A Perda de Chance na Responsabilidade Civil Médica: mudança de paradigma

Filomena Girão¹
Marta Frias Borges²

RESUMO: Introdução: O ónus da prova no âmbito das ações de responsabilidade médica (extracontratual ou contratual) recai sobre o doente, a quem compete demonstrar a ilicitude da atuação do profissional, a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Sucede que, em virtude da assimetria de conhecimentos técnicos e científicos, essa prova revela-se particularmente onerosa para o doente, sendo o instituto da perda de chance um instituto capaz de repartir o risco probatório. Metodologias: Revisão de literatura e jurisprudência sobre a perda de chance aplicada à responsabilidade médica. Resultados e discussão: Muitas vezes o doente não logra provar o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano, porém consegue estabelecer um nexo causal entre uma conduta violadora das *leges artis* e a redução da possibilidade (da chance) de cura ou sobrevivência. A diminuição desta oportunidade de cura ou de sobrevivência não poderá deixar de ser indemnizado como um dano intermédio e autónomo do dano final. Conclusões: O reconhecimento da perda de chance como dano autónomo permitirá compensar o desnível de conhecimentos técnicos e científicos por parte do paciente, facilitando a prova do nexo de causalidade e logrando uma maior tutela dos interesses do doente.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil Médica; Nexo de causalidade; Ónus da Prova; Perda de Chance.

A responsabilidade civil – em geral e relativa ao ato médico – conhece, em Portugal, dois regimes distintos: responsabilidade civil extracontratual (artigo 483.º e ss. do Código Civil) e responsabilidade civil contratual (artigo 798.º e ss. do Código Civil).

A responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) resulta da prática de factos ilícitos culposos violadores de direitos ou interesses alheios juridicamente protegidos, sem que o agente tenha qualquer vínculo contratual com o lesado. Por outro lado, a responsabilidade contratual pressupõe a existência de um vínculo contratual entre o agente e o lesado.

Esta diferença de regimes acaba por corresponder também a uma diferença de regimes de responsabilidade entre medicina pública e medicina privada. De facto, em Portugal, assiste-se a uma dicotomia de regimes de responsabilidade consoante o acto médico seja praticado num hospital privado ou num hospital público.

¹ Ferreira Ramos, Filomena Girão & Associados, Sociedade de Advogados, SP, RL. E-mail: Filomena.girao@faf-advogados.com

² Ferreira Ramos, Filomena Girão & Associados, Sociedade de Advogados, SP, RL. E-mail: Marta.frias.borges@faf-advogados.com



A jurisprudência tem assentado esta distinção na inexistência de uma relação contratual entre o hospital público e o utente que recorre aos seus serviços. Assim, enquanto no âmbito da medicina privada, o doente celebra um contrato de prestação de serviços médicos, quando recorre ao Serviço Nacional de Saúde fá-lo ao abrigo de uma relação administrativa de utente, não se estabelecendo qualquer relação contratual.

Por isso, e porque o atendimento no âmbito do Serviço Nacional de Saúde é efetuado em cumprimento de uma obrigação do Estado em garantir a todos os cidadãos o acesso e a proteção da saúde, nos termos do artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, a responsabilidade no âmbito da medicina pública é extracontratual.

Nestes termos, o regime de responsabilidade aplicável a este tipo de relações entre hospitais públicos e os utentes é o Regime de Responsabilidade Extracontratual do Estado e Pessoas Coletivas de direito público (Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro). De entre outros aspetos relevantes deste regime de responsabilidade do Estado – não sendo este o momento ou o lugar certo para o aprofundamento do tema – destaca-se o facto de o hospital público ser exclusivamente responsável pelos danos que resultem de ações ou omissões cometidas com culpa leve, apenas tendo direito de regresso em caso de dolo ou culpa grave dos agentes.

Feita esta distinção inicial, importa agora analisar os pressupostos de ambos os tipos de responsabilidade.

Tanto a responsabilidade contratual como a responsabilidade extracontratual pressupõem a verificação de quatro requisitos, que carecem de ser demonstrados em juízo: ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade.

Com efeito, ao médico (como a qualquer outro profissional de saúde) exige-se que atue em cumprimento das *leges artis*, com a diligência de um médico médio, normalmente diligente e cuidadoso. Assim, quando a sua atuação não se pauta pelo cumprimento das *leges artis* comete um facto ilícito.

A culpa, por seu turno, pressupõe que ao profissional de saúde seja exigível outro comportamento, sendo esta diligência avaliada nos termos do artigo 487.º, n.º 2, ou seja, pela “diligência do bom pai de família, em face das circunstâncias do caso”.

Ora, de acordo com a regra geral contida no artigo 342.º do Código Civil, “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado” –



cabendo, por isso, ao doente que demanda um profissional de saúde, com fundamento num qualquer erro médico, a prova dos pressupostos da responsabilidade civil médica.

De facto, com exceção de determinadas presunções – nomeadamente, a presunção de culpa aplicável em sede de responsabilidade contratual (artigo 799.º, n.º 1 do Código Civil) – é ao doente que cumpre provar a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre facto e dano.

Todavia, este encargo probatório que recai sobre o doente revela-se muito pesado, dada a ausência de conhecimentos técnicos, o corporativismo entre os profissionais de saúde, o elevado custo do recurso à prova pericial, agravados pelo estado de vulnerabilidade em que necessariamente se encontra.

Esta natural dificuldade da prova faz-se sentir sobretudo na prova da culpa (na responsabilidade extracontratual), e no nexo de causalidade entre a violação das *leges artis* e o dano.

É exatamente esta dificuldade de prova dos pressupostos da responsabilidade médica que justifica que, apesar do grande aumento da litigância em negligência médica, o número de sentenças favoráveis aos pacientes seja ainda muito reduzido.

Com efeito, a prova do nexo de causalidade entre o comportamento do profissional de saúde e os danos que resultam para o doente é particularmente complexo, devido muitas vezes à pluralidade de causas que concorrem para um mesmo dano. Ou seja, apesar de muitas vezes o comportamento do profissional de saúde se afigurar adequado à produção de um determinado dano, com esse comportamento concorrem muitas outras causas, alheias ao comportamento daquele profissional, que dificultam sobremaneira a prova do nexo causal.

A prova do nexo causal agrava-se mais ainda quando o ilícito se traduz num comportamento por omissão. Tomemos o seguinte exemplo: a demora na realização de um exame complementar de diagnóstico essencial para submeter o paciente a uma cirurgia destinada a salvar a vida, acaba por atrasar a realização do procedimento cirúrgico, vindo a paciente a falecer após a realização da cirurgia. Neste caso, embora se possa provar que o atraso na prescrição do exame atrasou a cirurgia, não se consegue provar, com elevado grau de certeza, que a o paciente teria sobrevivido caso a cirurgia tivesse sido realizada mais cedo.



Tendo em consideração esta normal dificuldade de prova, a perda de chance assume-se como um instituto que permite, nas palavras de Rute Pedro, “a repartição do risco probatório entre doente e médico, de acordo com a distribuição da álea inerente ao acto médico consentido” (1).

De facto, tal como refere RUTE PEDRO, a obrigação assumida pelo profissional de saúde traduz-se numa obrigação de atuação cuidadosa, atenta e conforme às *leges artis* com vista à cura do paciente (obrigação de meios), mas também numa obrigação de não desperdiçar as oportunidades (chances) de um resultado positivo para o paciente (assumindo-se sempre esta obrigação como de resultado) (2).

Esta decomposição da obrigação do profissional de saúde permite uma maior tutela dos interesses do paciente lesado, que não conseguindo (muitas vezes) fazer prova cabal da causalidade entre a violação das *leges artis* (v.g., atraso na prescrição do exame complementar de diagnóstico essencial) e o dano final (v.g., morte), logra fazer prova de que aquela conduta causou um dano intermédio que se traduz na perda da possibilidade de sobrevivência ou de cura.

A perda de chance (enquanto ato ou omissão que levou à diminuição da oportunidade de obtenção de um resultado positivo, que não era certo) será assim indemnizável como dano intermédio e autónomo do dano final, desde que se verifiquem todos os pressupostos de responsabilidade civil: ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o ato ou a omissão e a perda da oportunidade³.

A consagração da obrigação de não desperdiçar oportunidades, e o direito ao ressarcimento do dano da perda de chance, aliviam o encargo probatório a cargo do doente que passa a ter que provar apenas o nexo de causalidade entre a conduta do médico e a perda de oportunidade – o que representa um avanço capaz de compensar o desnível de conhecimentos técnicos e científicos entre médico e paciente, contribuindo para uma adequada tutela do doente lesado.

Apesar disso, a aplicação da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil médica é ainda muito recente na jurisprudência dos tribunais portugueses, destacando-se a sentença proferida a 23 de Julho de 2015, pela 1.^a Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa (Proc. n.º 1573/10.5TJLSB) (3).

3 A admissibilidade da figura não é líquida havendo, entre nós, quem a conteste, argumentando que a admissibilidade do dano de perda de chance implicaria admitir um dano punitivo, atribuindo à responsabilidade civil uma função punitiva e não reparatória.



Nesta sentença, o Tribunal da Comarca de Lisboa considerou provado o erro de diagnóstico – fruto da não realização de exames complementares ao dispor do médico – e ainda que aquele atrasou o tratamento da paciente. Com base nisso, entendeu (a nosso ver, acertadamente) que, embora não fosse certa a sobrevivência da paciente caso o tratamento tivesse sido realizado atempadamente, aquele erro de diagnóstico prejudicou a percentagem de oportunidade de sobrevivência ao seu dispor.

Obviamente, a indemnização devida pela perda de chance será inferior à indemnização devida caso se lograsse provar o dano final. Com efeito, a não demonstração do dano final terá que se refletir necessariamente no montante indemnizatório concedido.

Importará, pois, *“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» (4).*

Julgamos, apesar disso, que a aplicação do instituto da perda de chance no âmbito da responsabilidade médica será favorável ao doente lesado, sendo suscetível de facilitar a “diabolica probatio” que sob si geralmente recai.

Referências

1. PEDRO, Rute, Da Tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões, in Revista da FDUP, Ano 5, 2008, p. 458.
2. Cfr. PEDRO, Rute, Da Tutela do Doente Lesado, cit., p. 448 e 449.
3. Disponível em http://www.verbojuridico.net/ficheiros/jurispr/pcivil/higinacastelo_negligenciamedica_per_dachance.pdf
4. ROCHA, Nuno Santos, A «perda de chance» como uma nova espécie de dano, Coimbra, Almedina, 2014, p. 44.