



António Pedro Santos Leitão

# Da Perda de Chance

## Problemática do Enquadramento Dogmático

Dissertação em Ciências Jurídico-Civilísticas  
Menção em Direito Civil

Julho 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

U



C

FDUC

FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

António Pedro Santos Leitão

Da Perda de Chance

Problemática do Enquadramento Dogmático

About The Idea of Loss of a Chance

Dogmatic Framework Issue

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-Civilísticas  
Menção em Direito Civil

Orientador: Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho

Coimbra  
2016

## Agradecimentos

Aos meus pais, Tó e Irene, pelo amor e amizade, pelo trabalho e dedicação. Por serem exemplos de força e coragem e por terem suportado a parte mais pesada de todo o meu percurso académico, fazendo-o parecer fácil. Sem eles, não seria possível este percurso – o trabalho que agora apresento é tanto vosso como meu.

Ao João e ao Necas. Aqueles que me aturaram, que me aconselharam, que me incentivaram a estudar, que me chamaram à razão e que sempre me serviram de exemplo de dedicação e persistência.

À Rossana, pelo carinho, paciência e dedicação com que ouviu as minhas divagações sobre o tema que dá mote a este trabalho (e vários outros). Pelo aconselhamento em várias matérias estudadas, pela calma transmitida no momento de pressão que representou estruturar este trabalho e pela atenção que dedicou ao trabalho de revisão.

Ao companheirismo fraterno e académico dos amigos Luís, Rita, Gabriela, Rúben, Morgadinho, Mendes, Nuno, David, e todos os outros que ficaram por mencionar, a quem tive o prazer de acompanhar durante este percurso e cuja presença em momentos de estudo e convivência indubitavelmente influenciou a elaboração deste trabalho.

Ao Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, pela sua orientação, disponibilidade, aconselhamento e rapidez na revisão deste trabalho.

Aos muito prestáveis funcionários do catálogo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pela rapidez e eficácia do seu trabalho, sem o qual este meu não seria possível.

Uma palavra de agradecimento à Biblioteca da Procuradoria Geral da República, ao *Editor-in-chief* da revista científica *Memphis Law Review*, pela atenção e prestabilidade no envio do material solicitado, e à Doutora Rute Teixeira Pedro pela sua disponibilidade em tentar colocar à minha disposição algumas obras de referência sobre o tema.

## Resumo

A doutrina da perda de chance levanta questões a nível do seu enquadramento dogmático dentro do instituto da responsabilidade civil, nomeadamente a de saber se a problemática que coloca deve ser resolvida em sede do pressuposto do dano ou da causalidade.

Analisaremos tanto a proposta de resolução da problemática através da sua colocação no plano da causalidade como no plano do dano, para concluir, através de uma análise crítica de ambas as propostas, que no ordenamento jurídico português, a aceitação da doutrina deve passar pela consideração da perda de chance como um dano autónomo.

Concluiremos, no entanto, que haverá casos em que a perda de chance não deverá ser ressarcida, por não haver norma jurídica, *de iure condito*, que a proteja, o que irá implicar uma falha no preenchimento do pressuposto da ilicitude.

Terminaremos com uma exposição sumaria dos pressupostos que se devem achar preenchidos para que possa haver lugar à aplicação da perda de chance como um dano autónomo.

Palavras-chave: Perda de chance; Responsabilidade Civil; Dano; Causalidade.

## Abstract

The doctrine of loss of a chance raises questions about its dogmatic framework in the tort law institute, namely the question of knowing if it should be studied in matter of damage or in matter of causation.

We will analyze both the causation and damage approaches to the resolution of loss of a chance cases, to settle that in the Portuguese system of law, in order for the doctrine to be accepted, it must be examined as a problem of damage and not one of causation.

We will conclude, however, that in some cases, because of the lack of a positive norm, *de iure condito*, that protects the damage of loss of a chance, there cannot be any award of damages, since the wrongfulness requirement of the Portuguese tort law system will not be fulfilled.

We then shall finish with a short enunciation of the requirements that have to be achieved, in order to be possible to award damages for the loss of a chance.

Key-words: Loss of a chance; Tort Law; Damage; Causation.

## **Lista de Siglas e Abreviaturas**

BGB – Burgerliches Gesetzbuch – Código Civil Alemão

CC – Código Civil Português

Cfr. - Confronte

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Ed. - Edição

FDUP – Faculdade de Direito da Universidade do Porto

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

JCP – Juris-Classeur Périodique

n. – Nota de pé de página

Op. Cit. – Obra citada

p. – Página

pp. - Páginas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ss. - seguintes

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

V. / Vol. - Volume

# Índice

Agradecimentos .....	3
Resumo .....	4
Lista de Siglas e Abreviaturas .....	5
Índice .....	6
1. Introdução .....	8
2. Breve Referência à Evolução Geral da Responsabilidade Civil.....	10
2.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil .....	13
2.1.1. Facto do Agente .....	13
2.1.2. Ilicitude do Facto .....	13
2.1.3. Nexo de Imputação do Facto ao Agente - Culpa .....	14
2.1.4. O Dano .....	15
2.1.5. Nexo de Causalidade Entre o Facto e o Dano .....	18
3. A Origem e Disseminação da Teoria da Perda de Chance .....	22
4. Problemática da Aplicação da Perda de Chance - Generalidades .....	32
4.1. Classificação dos Casos de Perda de Chance – Aglomeração dos Âmbitos de Aplicação .....	32
4.2. A Chance – Características Gerais .....	35
4.3. A Chance Real e Séria – Características Casuísticas de Tutela e Ressarcibilidade ...	39
4.4. A Perda de Chance: Problemática do Enquadramento Dogmático .....	42
4.5. A Perda de Chance Enquanto Elemento do Nexo de Causalidade: <i>Teoria Falsa</i> ; Generalidades.....	45
4.5.1. Da Aplicação da Perda de Chance no Plano da Causalidade – A Causalidade Parcial .....	47
4.5.2. Racionalização da Causalidade Parcial.....	51
4.5.3. Crítica à Aplicação da Causalidade Parcial – Teoria Divisionista e Teoria Unitária .....	53
4.6. A Perda de Chance Como Dano Autónomo – Teoria Originária.....	58
4.6.1. Características do Dano da Perda de Chance.....	59
4.6.2. Determinação do <i>Quantum</i> Indemnizatório.....	64

5. Apreciação Crítica da Aplicação da Perda de Chance Como Dano Autónomo – Posição Adotada .....	67
5.1. O Dano de Perda de Chance de Cura ou Sobrevivência .....	76
5.2. Breve Sistematização dos Pressupostos Para a Aplicação da Perda de Chance Como Um Dano Autónomo.....	80
6. Conclusão.....	82
Bibliografia .....	84
Jurisprudência .....	90

## 1. Introdução

Um indivíduo perde a possibilidade de interpor recurso de uma ação porque o seu mandatário deixou correr um prazo; uma jovem é vítima de um atropelamento, fica desfigurada e perde a possibilidade de conseguir emprego numa carreira em que o recrutamento é feito com base na aparência física do candidato; é precludido o acesso à segunda fase de um procedimento concursal na função pública a um candidato, por facto ilícito de um funcionário da instituição, e este perde a hipótese de conseguir o lugar; um doente não recebe tratamento atempadamente para a doença de que padece e perde a chance de cura ou sobrevivência: o que há de transversal a todas estas situações? Um facto ilícito e culposo do lesante, um dano sofrido e a impossibilidade de estabelecer um nexo de causalidade, segundo os pressupostos atuais da responsabilidade civil, entre o dano final sofrido e o facto que presumivelmente lhe deu origem (uma vez que o facto praticado não é *conditio sine qua non* do dano sofrido). A meio do caminho? Uma chance perdida.

A perda de chance (*perte d'une chance, perdida de oportunidade, loss of a chance, perdita di chance*) traduz-se na privação da possibilidade de obter determinada vantagem ou evitar certo prejuízo, sem que se saiba se a vantagem a obter ou o prejuízo a evitar se concretizariam se a chance não se tivesse perdido. A chance, *strictu sensu*, será a possibilidade inerente a determinada sucessão de eventos (processo causal), hipotética e probabilisticamente considerada, de certo resultado se vir a produzir<sup>1</sup>. A perda de uma chance será, por maioria de razão, o desaparecimento, o esfumar dessa possibilidade de dentro do processo causal, em virtude de um facto voluntário, ilícito e culposo. Esse desaparecimento, não implicando diretamente o eventual dano final sofrido pelo sujeito (lesado) do processo causal (não sendo condição sem a qual não se produziria o dano final, mas sendo, no entanto, sua condição suficiente), levanta a questão de saber até que ponto deve ser valorado o facto ilícito e culposo que lhe deu origem, para efeitos de ressarcimento do lesado.

Iremos explorar as origens da figura da perda de chance e as implicações práticas que a mesma trouxe para o instituto da responsabilidade civil. Analisaremos a evolução da sua aplicação em diversos ordenamentos jurídicos e, acima de tudo, no ordenamento jurídico português. Do cruzamento da aplicação prática e teorização doutrinal da figura,

---

<sup>1</sup> Resultado esse favorável ao sujeito do processo causal.



iremos tentar provar a sua aplicabilidade à luz do Direito Civil português, através da sua conceção enquanto dano autónomo e sob a salvaguarda de determinados pressupostos, demonstrando as vantagens dessa mesma aplicação. Tentaremos também expor as cautelas a ter para que essa aplicação não implique um alargamento indesejável da responsabilização, que faça estremecer a segurança jurídica e a proteção da confiança dos agentes do direito civil, no seu modo de atuar dentro das diversas áreas que possam suscitar a aplicação da perda de chance.

## 2. Breve Referência à Evolução Geral da Responsabilidade Civil

Não constitui novidade a afirmação de que, na vida em sociedade, há situações em que certos comportamentos levados a cabo por alguém possam causar em outrem um determinado prejuízo<sup>2</sup>. Seja num caso de uma corriqueira ‘troca de tinta’ entre dois automóveis, na situação da publicação de uma imagem privada numa rede social, ou ainda quando um eletrodoméstico defeituoso provoca um curto-circuito e danifica outros aparelhos ligados à corrente elétrica ou mesmo no caso de um transportador de mercadorias se atrasar em determinada entrega, todas estas situações hipotéticas têm algo em comum: existe um dano (patrimonial ou moral) e a premente questão de saber quem o deve suportar. É precisamente este quesito que o instituto da *responsabilidade civil* visa resolver.

A responsabilidade civil é a fonte da obrigação de indemnização, para o surgimento da qual impõe a verificação de determinados pressupostos<sup>3</sup>. Divide-se em dois ramos: *contratual* e *extracontratual*. A responsabilidade civil contratual contende com a reparação de danos emergentes da violação de direitos relativos, mormente de obrigações emergentes de contratos ou negócios jurídicos unilaterais. Encontra-se regulada no Código Civil, entre os artigos 798.º e 812.º e presume a culpa do devedor (artigo 799.º). Já a responsabilidade civil extracontratual (ou *Aquiliana*) sanciona os casos de danos emergentes da violação de direitos absolutos, de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios (artigo 483.º do Código Civil) ou de uma prática que constitua abuso de direito (artigo 334.º do Código Civil). Este ramo da responsabilidade civil encontra-se regulado nos artigos 483.º e seguintes do Código Civil, sendo que até ao artigo 499.º é regulada a responsabilidade por factos ilícitos e daí em diante é regulada a responsabilidade pelo risco – aquela que implica a responsabilização independentemente de culpa. Em lugar comum trata o Código Civil de elementos análogos aos dois ramos da

---

<sup>2</sup> PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 128 ss.

<sup>3</sup> São eles a existência de um facto, a ilicitude desse mesmo facto, um nexo de imputação do facto ao agente (a culpa), a existência de um dano e um nexo de causalidade entre o facto e o dano. Estes pressupostos encontram-se previstos no artigo 483.º e no artigo 563.º do Código Civil. *Cfr.* VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, 10ªed., Vol. I. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 525 ss.

responsabilidade civil, nomeadamente o que concerne ao nexo de causalidade e à obrigação de indemnização (artigos 562.º e seguintes).

É de notar que a responsabilidade civil, como hoje a conhecemos, tem as suas remotas origens na ideia de vingança privada. Em tempos idos, legitimava-se o lesado a infligir a morte ao seu agressor. Posteriormente, ao primeiro era permitido provocar ao agressor um dano de igual medida daquele que lhe havia sido provocado<sup>4</sup>.

Com o avançar do tempo o paradigma alterou-se. Onde antes reinava a compensação de um dano com a legitimidade de provocar outro, passou a garantir-se ao lesado uma compensação, conseguida através da imposição ao lesado do pagamento de uma quantia pecuniária<sup>5</sup>. A *Lex Aquilia* (287 a.C.) veio precisamente sancionar a produção de dano em coisa alheia através de inúmeras *actionnes* que tinham como principal característica a reparação do dano através da imposição ao lesante do pagamento de uma quantia pecuniária. Estabeleciam-se ao mesmo tempo determinados pressupostos para que fosse responsabilizado o autor do dano, sendo o mais relevante desses pressupostos a existência da culpa do lesante<sup>6</sup> na produção do dano. A função ressarcitória daquilo a que hoje chamamos de responsabilidade civil, começava a substituir a sua primitiva função punitiva, que marcou a sua génese, sempre alicerçada no pressuposto da culpa do autor do facto.

Pode dizer-se que é transversal à maioria dos ordenamentos jurídicos a regra de que quem sofre um dano deve suportar o correspondente prejuízo. Para que o ónus deste prejuízo se transfira para o lesante, é necessário que exista um fundamento<sup>7</sup>. Essa ‘transferência’ dá-se por meio do nascimento de uma obrigação de indemnizar, a cargo do lesante. E é precisamente o instituto da responsabilidade civil que consubstancia o referido fundamento e que determina os pressupostos para o nascimento daquela obrigação, reforce-se mais uma vez, tendo como pressuposto a culpa do lesante – a responsabilidade civil configura-se assim como uma das fontes de obrigações.

---

<sup>4</sup> A chamada Lei de Talião. ZIMMERMANN, REINHARD, *The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cidade do Cabo: Juta, 1990, p. 914.

<sup>5</sup> Cfr. JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 210 ss. Ainda, a própria Lei das XII Tábuas previa alguns delitos que sancionava com a ‘Pena de Talião’, como é o caso da *Iniuria*. Porém, com o passar dos anos, essas penas foram dando lugar à valoração da ofensa numa quantia pecuniária.

<sup>6</sup> Cfr. JUSTO, ANTÓNIO DOS SANTOS, *op. cit.* p. 213.

<sup>7</sup> Cfr. MONTEIRO, JORGE SINDE, “*Rudimentos da Responsabilidade Civil.*” em Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 2 (2005): 349-390, p.353.

Contudo, de há cerca de dois séculos a esta parte, a responsabilidade civil, particularmente no que se refere à responsabilidade civil extracontratual, tem vindo a superar o paradigma ‘tradicional’ da transferência do prejuízo para aquele que o provocou com base na sua culpa.

Em virtude da evolução industrial de finais do século XIX e dos avanços tecnológicos que levaram à crescente utilização de maquinaria e recursos mecânicos na atividade económica<sup>8</sup>, aumentou o risco (e a gravidade) de acidentes a que os operários se encontravam sujeitos. Este aumento de risco levou ao estabelecimento de uma presunção de culpa na responsabilidade contratual do empresário. Considerava-se que na esfera jurídica do empresário existia a obrigação contratual de garantir ao trabalhador as devidas condições de segurança no local de trabalho. Por isso, a dar-se um acidente no local de trabalho, o lesado não tinha de fazer prova da culpa do empregador, cabendo a este o ónus de ilidir a presunção.

Com o paradigma de uma responsabilidade subjetiva a demonstrar-se desajustado<sup>9</sup> à realidade social, uma vez que não melhorou substancialmente a situação do trabalhador lesado, com a superação do individualismo resultante do liberalismo económico e com a emergência do Estado Social<sup>10</sup>, surgiu a *teoria do risco* – que se irá traduzir numa objetivação da responsabilidade civil, ao onerar com o risco quem o cria ou mantém, através de uma atividade da qual retira algum proveito, sujeitando portanto o seu criador, aos prejuízos que possam advir para outrem da sua materialização<sup>11</sup>, independentemente da existência de culpa.

Denotou-se também uma verdadeira tendência para a *socialização do risco*<sup>12</sup>. O próprio Estado procurou instituir mecanismos para garantir a indemnização de lesados em resultado do dano decorrer de circunstâncias de força maior<sup>13</sup>, procurando cada vez mais proteger o lesado.

---

<sup>8</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *op. cit.*, pp. 631 e ss e ATIYAH, PATRICK, E PETER CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Cambridge University Press, 2006, p. 418-19.

<sup>9</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *op. cit.*, p. 632.

<sup>10</sup> Cfr. MONTEIRO, JORGE SINDE *op. cit.*, p.354.

<sup>11</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *op. cit.*, p. 633.

<sup>12</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *op. cit.*, p. 635.

<sup>13</sup> Aponte-se, por exemplo, o caso do Fundo de Garantia Automóvel, criado pelo D.L. 408/79, de 25 de setembro.

## 2.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Para perceber porque é que a concessão de uma indemnização pela perda de uma chance levanta questões a nível da verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, cremos que se impõe uma breve incursão pelos mesmos.

Os pressupostos, de cuja verificação depende o surgimento da obrigação de indemnizar, resultam do exposto nos artigos 483.º e 563.º do Código Civil. São eles o facto, a ilicitude, a culpa (nexo de imputação do facto ao agente), o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.<sup>14</sup>

### 2.1.1. Facto do Agente

Em primeiro lugar, para que determinado sujeito seja civilmente responsável, é necessário que haja um facto por si praticado. Esse facto tem de ser voluntário. Não quer isto dizer que o facto tem de partir diretamente da vontade do agente em praticá-lo. Quer dizer, isso sim, que a ação deve ser ao menos *controlável ou dominável pela vontade*<sup>15</sup> humana. Quer-se com isto excluir do âmbito da responsabilidade civil os factos naturais que possam produzir danos (como por exemplo catástrofes naturais)<sup>16</sup>.

O facto pode consistir tanto numa ação como numa omissão por parte do agente (artigo 486.º do Código Civil), desde que decorra de lei ou negócio jurídico o dever de praticar o ato omitido.

### 2.1.2. Ilicitude do Facto

Para que o agente seja civilmente responsável, o facto tem de ser ilícito<sup>17</sup>. A ilicitude traduz a reprovação da conduta do agente num nível geral e abstrato (ao nível da lei)<sup>18</sup>; funciona como que um modo analítico do valor ou desvalor do facto considerado isoladamente face aos princípios defendidos pela ordem jurídica. Para que o facto seja ilícito<sup>19</sup>, na responsabilidade civil extracontratual, deverá consistir na violação de um direito de outrem ou de uma norma que proteja interesses alheios (artigo 483.º do Código

---

<sup>14</sup> De referir mais uma vez que nos casos de responsabilidade civil pelo risco se prescinde do pressuposto culpa para a responsabilização do agente e que na responsabilidade civil contratual a culpa se presume - artigo 799.º n.º 1 do Código Civil.

<sup>15</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, p. 527 ss.

<sup>16</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, p. 529.

<sup>17</sup> *Aquele que (...) violar ilicitamente...* - artigo 483.º do Código Civil.

<sup>18</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *op. cit.* p. 543.

<sup>19</sup> Variantes da ilicitude.

Civil), ou terá de constituir abuso de direito (artigo 334.º do Código Civil). Já na responsabilidade civil contratual, a ilicitude reside no incumprimento do contrato (artigo 798.º do Código Civil).

### **2.1.3. Nexo de Imputação do Facto ao Agente - Culpa**

Agir com culpa significa atuar de um modo específico que mereça a reprovação do direito. Para avaliar a culpa tem-se em conta a posição psicológica<sup>20</sup> do sujeito em relação ao facto que praticou (passa-se do plano da consideração do facto isoladamente, para a relação intrínseca entre o agente e o facto).

Ao analisar o nexos de imputação do facto ao agente, diga-se, para saber se a conduta do agente é, em concreto, censurável, há que passar por duas fases sucessivas: saber, em primeiro lugar, se a pessoa é imputável; saber, em segundo lugar, se no caso concreto a pessoa imputável agiu em termos que justifiquem a censura.

Então, em primeiro lugar, é imputável todo aquele que possua capacidade intelectual e emocional e certa liberdade de determinação (capacidade volitiva). Serão inimputáveis todos aqueles que, no momento da prática do facto não possuam discernimento para prever o resultado da sua conduta, e presume a lei que são inimputáveis os interditos por anomalia psíquica e os menores de sete anos de idade (artigo 488.º do Código Civil). Ressalva o artigo, no entanto, que é imputável aquele que se colocou culposamente no estado de não conseguir prever as consequências do seu ato.

Em segundo lugar, não bastando a imputabilidade, é necessário ainda, para que haja uma ligação entre a vontade do agente e o facto praticado: que este tenha agido com culpa. A culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o agente podia e deveria ter agido de outra maneira. Dependendo da força da ligação entre a vontade do agente e o facto por ele praticado podemos encontrar duas modalidades de culpa (artigo 483.º). Em primeiro lugar temos o dolo, em que se verifica uma forte ligação entre o resultado da ação e a vontade do agente, uma vez que o agente pretendeu o resultado obtido com a sua atuação - dolo direto -, previu e aceitou o resultado enquanto consequência necessária da sua conduta - dolo necessário - ou, embora prevendo a possibilidade do resultado desvalioso da sua ação, age confiando que esse resultado não se

---

<sup>20</sup> Cfr. COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA *Direito das Obrigações*, 12ª ed., revista e actualizada, Almedina Coimbra, 2009, p. 579.

irá concretizar - dolo eventual<sup>21</sup>. Em segundo lugar temos a mera culpa, ou negligência, onde a ligação psicológica entre o resultado e a vontade do agente é menor, mas ainda assim, o facto deve ser imputado ao agente quer porque este previu o resultado e agiu, confiando que o resultado que previu não se iria concretizar - negligência consciente - ou porque simplesmente não previu o resultado, mas deveria tê-lo previsto, bastando que para tal tivesse usado da diligência e cuidado que lhe cabiam observar - negligência inconsciente.

Em conclusão, diga-se que a culpa se configura como o juízo de censura ou reprovação dirigido pelo Direito a determinado comportamento ilícito<sup>22</sup>, que será mais ou menos grave, quanto mais forte for o elo de ligação psicológica entre a vontade do agente e o facto praticado.

#### 2.1.4. O Dano

Em quarto lugar dos pressupostos da responsabilidade civil encontramos o dano<sup>23</sup>. Para que haja obrigação de indemnizar, tem de existir um dano. Para que a responsabilidade civil realize a sua função reparadora, tem que existir um dano a reparar. O dano é o prejuízo que resulte da ofensa a um bem tutelado juridicamente.

Existem várias espécies de dano que importa referir. Em primeiro lugar, há que distinguir entre dano real e dano de cálculo<sup>24</sup>. O primeiro é a perda *in natura*<sup>25</sup> que o lesado sente em virtude da lesão que sofre (pode ser visto como dano concreto). Por sua vez, o dano de cálculo consiste na diminuição patrimonial sentida pelo lesado resultante da verificação do dano real, avaliada pecuniariamente. Ambas as espécies de dano devem ser

---

<sup>21</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre estas distinções, vide COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 582 ss., e VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *op. cit.* pp. 569 ss.

<sup>22</sup> Cfr. RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Colecção Faculdade de Direito UAN, 1999, Luanda, p. 173.

<sup>23</sup> 'Aquele que (...) violar ilicitamente o direito de outrem (...) fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação' - artigo 483.º do Código Civil.

<sup>24</sup> Cfr. COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 594 ss. e RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, p. 187, VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES *op. cit.* p. 600. ANTUNES VARELA faz também a distinção entre dano real e dano patrimonial, para acabar por concluir que, o dano real interessa ao problema da causalidade, e o dano patrimonial, enquanto expressão do dano real numa quantia pecuniária (dano de cálculo) importa à determinação da obrigação de indemnização. Por sua vez, COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, no seu *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, p.188, n. 29, explica que a distinção feita entre dano real e dano de cálculo só terá cabimento em relação aos danos patrimoniais, uma vez que os danos morais (ou não patrimoniais) não podem ser calculados em dinheiro; a indemnização pelo dano moral, não sendo uma verdadeira indemnização, pretende funcionar como uma satisfação concedida ao ofendido pelo dano sofrido.

<sup>25</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.* p. 598. Também a jurisprudência caracteriza assim o dano real, cfr. p. ex. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 25-11-2009 (processo n.º 397/03.0GEBNV.S1).

utilizadas no âmbito da responsabilidade civil: o dano real enquanto modo de determinar se há ligação entre o prejuízo e o facto ilícito (portanto enquanto elemento do nexo de causalidade); o dano de cálculo enquanto elemento de determinação do *modo* e *quantum* indemnizatório<sup>26</sup>. O dano de cálculo pode ser alvo de uma avaliação concreta, que tem em conta o valor da coisa para o lesado, em oposição à avaliação abstrata, pela qual se determina o valor objetivo ou comum da coisa<sup>27</sup>.

Em termos práticos, tomemos o auxílio de um exemplo. Um pianista é agredido, e durante essa agressão é-lhe partida uma mão. Neste caso teremos como dano real a mão partida (o dano sofrido em concreto). No entanto, são as despesas de tratamento médico que irão permitir calcular qual o valor da indemnização – dano de cálculo (independentemente da indemnização pelos danos morais causados, e do valor subjetivo conferido à mão, que irão também influenciar o valor final da indemnização). Através da teoria da diferença<sup>28</sup>: e para proceder à sua aplicação, é necessário que esteja calculado o valor pecuniário do dano real sofrido - de outro modo não é possível determinar qual a depreciação patrimonial a que o lesado foi sujeito e não é possível determinar o *quantum indemnizatório*.

A lei faz ainda distinção entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais (ou morais). Os primeiros, por serem suscetíveis de avaliação pecuniária, podem ser reparados diretamente (restauração natural ou específica) ou indiretamente (através de equivalente). Os segundos (artigo 496.º do Código Civil), por não serem suscetíveis de avaliação pecuniária, por não estarem presentes no património do lesado, são compensados através de uma quantia pecuniária imposta ao agente<sup>29</sup>.

Voltando ao exemplo do pianista, além dos danos já referidos, o artista nunca conseguiu uma recuperação completa. Como consequência não pôde voltar a atuar e prosseguir a sua carreira enquanto artista profissional. Veio a sofrer de uma depressão

---

<sup>26</sup> Cfr. RUI DE ALARCÃO, *op. cit.*, p.188.

<sup>27</sup> Cfr. SERRA, ADRIANO PAIS DA SILVA VAZ, no seu Estudo Preparatório do Código Civil: “Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceitos e Espécies de Dano. Nexos Causais. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção.” *Boletim do Ministério da Justiça*, Março de 1959: 5 e ss, p. 13.

<sup>28</sup> No nosso direito, o lesado deve ser colocado na situação em que estaria se não houvesse sofrido um dano (artigo 562.º do Código Civil); privilegia-se a reconstituição natural, recorrendo à restituição por espécie apenas quando a primeira não for possível (artigo 566.º n.º1). A teoria da diferença (artigo 566.º n.º2) é utilizada para calcular o *quantum* indemnizatório, através da comparação da situação patrimonial actual do lesado, e a situação em que estaria (hipoteticamente) se não houvesse sofrido o dano.

<sup>29</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.* p. 601.



profunda que o impediu de levar uma vida feliz e realizada como dantes levava. Este dano por si sofrido caberá no conceito de danos não patrimoniais.

Podem ainda distinguir-se outras espécies de dano, nomeadamente dentro do dano patrimonial: o dano emergente e o lucro cessante<sup>30</sup>. Dano emergente é o prejuízo causado em bens ou valores dos quais o lesado era já titular à data da lesão (*'O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado'* - artigo 564.º, n.º1, 1ª parte). Lucro cessante é, por sua vez, o benefício patrimonial ao qual o lesado não tinha direito no momento da lesão, esperava obter, mas não alcançou, em virtude da lesão<sup>31</sup> (*'como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão'* - artigo citado, 2ª parte). É importante realçar que esta distinção não constitui um critério de determinação da medida do dano ou do montante da indemnização, correspondendo tão-somente à determinação legal da amplitude do conceito de dano<sup>32</sup>, identificando prejuízos como danos ressarcíveis.

Pegando no exemplo de há pouco, imagine-se que o pianista tinha um concerto agendado para a noite da agressão e em razão desta não pôde comparecer. Além dos danos emergentes que são as despesas médicas para tratar a mão partida, se com o cancelamento do concerto deixou de obter, como tinha acordado com o dono da sala de espetáculos, 20% do produto da venda dos bilhetes vendidos, este dano irá caber dentro do conceito de lucro cessante.

Faz a lei referência também a danos futuros – em contrapartida aos danos presentes (artigo 564.º n.º2 do Código Civil). Dentro dos danos futuros<sup>33</sup> distinguem-se em primeira linha os danos imprevisíveis (não indemnizáveis antecipadamente) dos danos previsíveis. Dentro dos danos previsíveis, ressaltam os danos certos e os eventuais. Quanto aos danos eventuais, quando o grau de incerteza relativamente a eles seja muito elevado, não são indemnizáveis, a menos que no futuro se venham a verificar (o mesmo acontece com os danos imprevisíveis). Já se esse grau de incerteza for menor, deverão ser indemnizáveis. Os danos (futuros) certos são sempre indemnizáveis. Dividem-se em danos certos determináveis e indetermináveis.

---

<sup>30</sup> Distinção acolhida no artigo 564.º n.º1. No entanto, e como repara VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 12, n. 12, o dano não patrimonial também pode *'revestir as formas de dano emergente e de lucro cessante (...). Só por ser óbvio isso é que as leis costumam ligar aquela distinção ao dano patrimonial'*.

<sup>31</sup> *Cfr.* ANTUNES VARELA, *op. cit.* p. 599.

<sup>32</sup> *Cfr.* GOMES, JÚLIO VIEIRA, *Em torno do dano da perda de chance - algumas reflexões*, em Estudos em Homenagem do Professor Doutor António Castanheira Neves, vol. II, 2008, 289-327, p. 306.

<sup>33</sup> *Cfr.* Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 11-10-1994 (processo n.º 084734).

### 2.1.5. Nexo de Causalidade Entre o Facto e o Dano

Como último pressuposto da responsabilidade civil (e pressuposto da obrigação de indemnizar) aparece o nexo de causalidade entre o facto e o dano. O problema que se coloca ao nível do nexo de causalidade é o de saber, afinal, quais são os danos indemnizáveis, em virtude do facto ilícito, ou melhor, quais os danos que se podem ter, juridicamente, como causa do facto ilícito; e dizemos juridicamente, pois não interessará para o Direito que, de um ponto de vista estritamente naturalístico se possa considerar que determinado evento seja a causa mais próxima do dano<sup>34</sup> para que se deva responsabilizar alguém por esse mesmo dano.

A resposta à questão colocada pela causalidade parece, à primeira vista, estar resolvida no artigo 563.º do Código Civil, quando este nos diz que o agente só está obrigado a indemnizar os danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão, e no artigo 483.º quando este determina que o agente deve indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Daqui podemos retirar que não basta que os danos sejam cronologicamente posteriores à lesão para que recaia sobre o agente a obrigação de indemnizar, sendo necessário que tenham sido produzidos por aquela.

Tomemos de novo o exemplo do pianista, dado acima. Não será difícil determinar que a mão partida (o dano) foi causado pela agressão (o facto). É relativamente fácil concluir pela ligação causal entre a agressão e o dano sofrido neste caso em particular. Mas imagine-se que o pianista, durante o transporte em ambulância, sofre um acidente a caminho do hospital, acabando por falecer em virtude desse mesmo acidente. Será que o dano morte pode ser considerado como provocado pela agressão?

É em situações como esta que surge a dificuldade em determinar o nexo causal (seja para a parte sobre quem recai o ónus da prova, seja sobre o juiz que julga o caso), na medida em que se impõe saber quais os danos que podem ser considerados provocados por certo facto ilícito. É neste ponto que surgem os problemas relacionados com a causalidade, aos quais diversas teorias tentam dar resposta.

Vejamos em primeiro lugar a resposta dada pela teoria da equivalência das condições (teoria da *conditio sine qua non*). Segundo esta teoria, serão causa do dano todas as condições sem as quais o dano não se teria produzido<sup>35</sup>. Assim, se o facto ilícito

---

<sup>34</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.* p. 617.

<sup>35</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.* p. 882.

interferir sobre um determinado processo causal que leve à produção de um dano, ele será causa desse dano<sup>36</sup>. Acontece que no conceito de causa de dano não podem ser incluídas todas as circunstâncias que concretamente interferem no respetivo processo causal, sob pena de não se considerar como causa do dano o facto que verdadeiramente o causou, ou de se acabar por considerar como causa do dano uma causa (de certo modo) remota, cuja ligação com o acontecimento se deveria já considerar desfeita.

Voltando ao exemplo do pianista agredido que falece no acidente de ambulância a caminho do hospital, podemos afirmar, aplicando esta teoria, que a agressão foi condição sem a qual o lesado não teria entrado na ambulância que acabou acidentada, e sem a qual, portanto, não teria falecido. Admite-se, através desta teoria, umnexo entre o facto e o dano, apesar de o dano ser sofrido num momento em que o agente não tinha já controlo sobre o desenrolar do processo causal - e esta admissão cria situações injustas de imposição da obrigação de indemnizar: o agente que agrediu o pianista não podia controlar os acontecimentos a partir do momento em que cessou a agressão, pelo que parece não ser legítimo ao Direito impor-lhe uma indemnização pelo falecimento. É por isso que o Direito deve procurar modelar o conceito de causa de modo a que a essa imposição seja legítima<sup>37</sup>.

É na busca por essa modelação do conceito de causa que surge a teoria da causalidade adequada<sup>38</sup>. Esta teoria diz-nos que não basta que o facto seja, em concreto, condição (*sine qua non*) do dano, tendo que ser ainda, em abstrato, causa adequada à sua produção<sup>39</sup>. Quer isto dizer que, no curso normal das coisas, há que escolher, de entre os antecedentes cronológicos do dano, aquele facto que seja, em abstrato, apto para o produzir.

Pegando de novo no exemplo do pianista, podemos afirmar que a agressão foi condição *sine qua non* da sua morte; no entanto, em abstrato, uma agressão da qual resulta uma mão partida, não se pode considerar causa adequada de uma morte.

Faz-se a distinção entre formulação positiva e formulação negativa da teoria da causalidade adequada<sup>40</sup>. Segundo a formulação positiva, o facto será causa do dano,

---

<sup>36</sup> Daí que tome o nome de teoria da *equivalência das condições* pois para si, as condições necessárias para a produção do dano equivalem-se. Cfr. VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 23.

<sup>37</sup> Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.* p. 887.

<sup>38</sup> Cujaceitação se atribui, em grande parte, à influência de FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *cfr.* FERREIRA, RUI CARDONA, *A Perda de Chance Revisitada, Revista da Ordem dos Advogados*, vol. IV, Ano 73 – 2013, 1301-1329, p. 1315.

<sup>39</sup> Teoria da Causalidade adequada.

<sup>40</sup> Cfr. ANTUNES VARELA A, *op. cit.* p. 890 ss.

sempre que o dano seja consequência normal do facto. Segundo a formulação negativa o facto só deixa de ser considerado causa adequada do dano se, pela sua natureza geral, se mostrar de todo inadequado para o produzir, e o tiver produzido apenas em virtude de condições extraordinárias que intercederam no caso concreto. Deve utilizar-se<sup>41</sup> a formulação negativa da causalidade adequada, uma vez que, só a partir do momento em que circunstâncias extraordinárias tenham concorrido com o facto (ilícito) para a produção do dano será de repugnar a imposição de obrigação de indemnizar ao agente. No entanto, em casos de atuação lícita ou nos casos de responsabilidade pelo risco, é preferível a utilização da formulação positiva, uma vez que nestes casos o agente só responde pelos danos resultantes dos riscos típicos impulsionados pela sua atuação<sup>42</sup>.

Exemplificando, veja-se o caso de um sujeito com treino em artes marciais, que durante uma rixa aplica em outro um golpe não fatal para o imobilizar, mas que acaba por feri-lo fatalmente: segundo a aplicação da formulação positiva da causalidade, o facto não poderia ser causa do dano, uma vez que o dano morte resultante da aplicação do golpe não é consequência normal ou típica desse mesmo golpe. Mas, aplicando a formulação negativa da causalidade adequada, o golpe já será causa adequada à produção daquele dano, uma vez que no processo causal não intercederam circunstâncias anormais ou extraordinárias que levaram à sua produção - o golpe foi a única causa do dano. Diferente será o caso<sup>43</sup> de uma senhora que ao tentar entrar num comboio que já havia iniciado a sua marcha, acaba por cair à linha, perdendo um braço em virtude de atropelamento. Neste caso, a aplicação da formulação negativa já leva a que o facto não seja considerado causa adequada do dano, uma vez que a senhora ter subido para o comboio em andamento se pode considerar como uma circunstância anómala que intercedeu no processo causal, e o facto (o andamento do comboio) só se tornou causa do dano (a perda do braço) em virtude dessa mesma circunstância.

Em relação à previsibilidade dos danos resultantes do facto, se em sede de culpa se torna necessário que o agente os tenha previsto (ou devesse ter previsto, não fosse o seu descuido) para que haja nexos de imputação do facto ao agente, já em relação ao nexos de causalidade entre o facto e o dano basta que o facto seja causa adequada dos danos, não importando a sua previsibilidade para o agente.

---

<sup>41</sup> Segundo os ensinamentos de ANTUNES VARELA, (*op. cit.* pp. 891 ss.).

<sup>42</sup> *Cfr.* COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA, *op. cit.* p. 763 ss.

<sup>43</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-04-2007 (processo n.º 07A701).

No juízo de adequação feito pelo juiz (prognóstico *anterior* objetivo-, em que o juiz irá determinar se realmente o facto se adequa a produzir o dano), este, retrocedendo à altura do facto, deve levar em conta as circunstâncias conhecidas do agente no momento em que pratica o facto, mesmo que essas não sejam do conhecimento geral, bem como as circunstâncias que mesmo sendo desconhecidas do agente, seriam cognoscíveis por um observador experiente, para determinar se o facto era ou não adequado à produção de um efeito daquele género<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> *Cfr.* COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA, *op. cit.*, p. 171, n. 1. Note-se que com isto, quanto maior for o nível de conhecimento atribuído ao observador imaginário, maior será a extensão do âmbito de adequação do facto para produzir os danos dele resultantes. Mas tal constatação não implica a previsibilidade desses mesmos danos como elemento imprescindível para a sua ressarcibilidade.

### 3. A Origem e Disseminação da Teoria da Perda de Chance

Cronologicamente e causalmente parece-nos poder ligar-se o surgimento da teoria (figura, ou doutrina) da perda de chance ao alargamento do âmbito de aplicação da responsabilidade civil e da concessão do direito a ser indemnizado, enquanto corolário da mais intensa proteção do lesado.

Não estará tão ligado ao surgimento da responsabilidade extracontratual objetiva, ou com a *teoria do risco* ou a *socialização do risco*, mas mais à crescente necessidade de aproximar o instituto da responsabilidade às exigências que decorriam da sua aplicação prática. O que pretendeu foi conferir a um lesado a possibilidade de alcançar uma indemnização quando houvesse sofrido um dano, existisse um facto que potenciou, em certa medida, a produção desse dano, e uma impossibilidade de determinar com segurança um nexo de causalidade entre o facto e o dano, devido ao grau de incerteza em relação ao desfecho do processo causal hipotético que foi interrompido por aquele mesmo facto.

Tratar-se-ia, em suma, de contrariar a teoria do *'tudo ou nada'*<sup>45</sup> que, a aplicar-se, precludiria o acesso a qualquer compensação nos casos referidos. Essa preclusão, embora imposta face a requisitos legais de determinação do nexo de causalidade, parece de certo modo ferir o sentimento de que foi aplicado o direito e de que se fez justiça.

Como claro fruto da jurisprudência<sup>46</sup>, a teoria da perda de chance surgiu em França, com o Acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de Julho de 1889<sup>47</sup>. No caso, foi dado provimento ao pedido do autor, contra um oficial de justiça, pela perda de chance do autor

---

<sup>45</sup> Cfr. AGUIAR, JOANA BIANCHI DE, "A Perda de Chance no Ordenamento Jurídico Português.", Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa., Porto, Novembro de 2014, p.17.

<sup>46</sup> Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, "Da Tutela do Doente Lesado - Breves Reflexões." em Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 5 (2008): 417-460, p.455, em especial n. 91.

<sup>47</sup> Cfr. FERREIRA, RUI CARDONA, "A Perda de Chance - Análise Comparativa e Perspetivas de Ordenação Sistemática" Revista O Direito, 144 (2012): 29-58, p.31. Parece haver consenso entre a maioria dos autores em relação à data assinalada. Porém, FRANÇOIS CHABAS, faz notar que a citada sentença da *Cour de Cassation* não deve ser considerada a primeira aplicação da teoria da perda de chance, uma vez que se limita a expor e valorar a responsabilidade do oficial de justiça e não leva em conta se o autor da ação tinha ou não uma chance de vencer a ação precludida pelo comportamento do oficial, utilizando a chance (a probabilidade), como instrumento para calcular o *quantum* indemnizatório - '*La Perdita di Chance Nel Diritto Francese Della Responsabilità Civile*', em Responsabilità Civile e Previdenza, Revista Bimestrale di Dottrina Giurisprudenza e Legislazione, Vol. 61, n.º 2, 1996, 227-245, p. 227, n. 2. O autor defende que a pronúncia da *Cour de Cassation* a ter em conta é aquela adotada a 26 de maio de 1932. Tomaremos, todavia, como ponto de partida, a data indicada no texto, por ser aquela que reúne maior consenso e por, efetivamente, se tratar de um ponto de partida para toda a teoria da perda de chance.

prosseguir uma ação judicial, provocada por um facto ilícito e culposo levado a cabo por aquele oficial de justiça.

Ainda em França, a teoria da perda de chance (*perte d'une chance*) viu os horizontes da sua aplicação serem alargados a uma multiplicidade de casos<sup>48</sup>, além dos casos de responsabilidade de representantes da justiça (que por alguma razão causam a perda de chance do autor de uma ação a vir poder a vencer), nomeadamente em casos de competições (a título de exemplo, o caso de um treinador de cavalos que foi privado de apresentar o seu cavalo numa corrida, em virtude de uma lesão que sofreu, e por isso perdeu a chance de a vencer<sup>49</sup>) ou casos de concursos (como o caso de uma candidata a hospedeira de voo que depois de ferida por um automobilista culpado do acidente de viação, perde as hipóteses que tinha de vencer o concurso<sup>50</sup>). A perda de chance foi também aplicada em casos de responsabilidade civil da Administração, apontando-se como marco do início dessa aplicação um aresto do *Conseil D'État*, de 3 de agosto de 1928, onde foi reconhecido o direito a indemnização a um funcionário por perda de chance de progressão na carreira<sup>51</sup>.

O talvez mais controverso alargamento da aplicação da teoria da perda de chance foi o da sua aplicação aos casos de perda de chance de sobrevivência ou cura<sup>52</sup> (*perte d'une chance de guérison ou de survie*), que teve a primeira aparição com o aresto do *Cour d'appel* de Grenoble, de 24 de outubro de 1962. Nele decidiu-se atribuir indemnização a um indivíduo que, ao partir o pulso veio a descobrir que uma outra fratura que havia feito alguns anos atrás não tinha sido, na altura, detetada pelo técnico radiologista e que, sem a omissão desse técnico, o pulso não teria partido novamente, fazendo-o perder a hipótese de uma cura completa da sua lesão<sup>53</sup>. A aplicação da teoria da perda de chance a casos de

---

<sup>48</sup> Cfr. VINEY, GENEVIÈVE E JOURDAIN, PATRICE, *Traité de Droit Civil: Les Conditions de La Responsabilité*. 3ª edição. L.G.D.J., 2006, p.92 – os autores referem a aplicação a casos de negligência ou erro de conselhos jurídicos ou fiscais, de notário ou de oficial de justiça (*huissier*). Referem ainda casos de perda de chance de prosseguir uma atividade científica ou prolongar uma atividade existente (*étendre l'exploitation existante*).

<sup>49</sup> *Chambre criminelle da Cour de Cassation*, 6 de junho de 1990, processo n.º 89-83703, consultado em <https://www.legifrance.gouv.fr>. Foi efetuado pedido de indemnização cível em ação penal.

<sup>50</sup> *Chambre civile 2 da Cour de Cassation*, 17 de fevereiro de 1961, sem número de processo, consultado em <https://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>51</sup> Cfr. FERREIRA, RUI CARDONA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)* Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p.127 e ss.

<sup>52</sup> No âmbito da responsabilidade civil médica.

<sup>53</sup> Cfr. MÉMETEAU, GÉRARD, *Perte de Chance en droit médicale français*, em McGill Law Journal, 1986, consultada em <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/3164793-memeteau.pdf>, e também MENESES, SARA LEMOS DE, *Perda de Oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?*, Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, p. 26. Aparece-nos, no entanto, mencionado

responsabilidade civil médica foi alvo de diversas críticas e é aquela que parece impor maiores cautelas<sup>54</sup>. Basicamente, nestes casos, a teoria da perda de chance passou a ser aplicada como um modo de ‘afrouxar’ a necessidade de estabelecimento do nexo de causalidade<sup>55</sup>. O juiz socorrer-se-ia da perda de chance, como maneira de se ‘livrar’ da incerteza que pairava sobre o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano produzido para conceder uma indemnização parcial baseada no grau de probabilidade de o facto ter efetivamente provocado o dano – baseada, portanto, numa ideia de causalidade parcial.

Mas ainda antes do citado aresto do *Cour d’Appel de Grenoble*, a teoria da perda de chance já se havia alastrado a outros ordenamentos jurídicos, além do francês, como é o caso de diversos ordenamentos jurídicos de países da *Common Law*.

Na Inglaterra, pode apontar-se, como *leading case*, o caso de 1911: *Chaplin vs Hicks*<sup>56</sup>. Neste caso, a autora era uma de cinquenta finalistas num concurso de beleza, tendo por isso ganho a oportunidade de se apresentar perante um júri para tentar vencer um dos 12 prémios disponíveis. Acontece que nunca lhe foi comunicada data para se apresentar perante o júri, pelo que a autora nunca venceu ou pôde vencer qualquer dos prémios. A autora propôs a ação, e venceu, com base no incumprimento contratual, alegando que o mesmo lhe provocou a perda de chance (*loss of a chance*) de vencer um dos prémios<sup>57</sup>. Ainda na Inglaterra, a indemnização por perda de chance já foi concedida em casos como o de um trabalhador que, por ter sido despedido sem fundamento, perdeu a oportunidade de conseguir um bónus salarial, ou outros em que um trabalhador foi indemnizado por haver perdido as chances de conseguir um novo emprego em virtude de

---

em outras obras, como primeiro caso de perda de chance por acto médico, o acórdão do *Cour d’appel de Grenoble* de 24 de Outubro de 1961, que resolve o caso de um cirurgião que faz o paciente perder a chance de sobrevivência, por não ter garantido a presença de um anestesista na sala de operações, cuja presença e consequente actuação poderia ter impedido a morte do paciente - GOMES, JÚLIO VIEIRA, ‘*Em torno do dano da perda de chance - algumas reflexões*’, em Estudos em Homenagem do Professor Doutor António Castanheira Neves, vol. II, 2008, 289-327, p. 314; FERREIRA, RUI CARDONA, *op. cit.* p. 34, refere-se também a um acórdão do ano de 1961, mas explicita o caso exposto no texto da fractura de pulso.

<sup>54</sup> Cfr. VINEY, GENEVIÈVE E JOURDAIN, PATRICE, *op. cit.*, p. 95 – os autores referem que esta aplicação da teoria da perda de chance foi alvo de vivas críticas e que, por momentos, pareceu mesmo que iria ser abandonada, mas que, no entanto, se manteve em aplicação até aos dias de hoje, não só na jurisdição cível como também na jurisdição administrativa.

<sup>55</sup> Cfr. VINEY, GENEVIÈVE E JOURDAIN, PATRICE, *op. cit.*, p. 95. Cfr. Ponto 4.2.

<sup>56</sup> Cfr. FISCHER, DAVID A, “*Tort Recovery for Loss of a Chance*”, *Wake Forest Law Review*, vol. 36, 2001: 605-656, p.608, consultado através do University of Missouri School of Law Scholarship Repository, disponível em <http://scholarship.law.missouri.edu/facpubs>.

<sup>57</sup> A autora venceu a ação. No entanto, e como repara FISCHER, DAVID A, *op. cit.* p. 609, neste caso a perda de chance foi utilizada para calcular o dano resultante de um processo causal terminado, no qual se encontrava estabelecido um nexo de causalidade entre o facto e o dano, restando apenas a questão de saber qual o *quantum* indemnizatório.



um acidente de trabalho<sup>58</sup>. No entanto, parece existir uma certa resistência da jurisprudência inglesa em aplicar a teoria da perda de chance aos casos de responsabilidade civil médica. Tendo presente que nesse mesmo ordenamento, em matéria de responsabilidade civil, se considera que determinado facto foi causa de um dano se se der como provado o *standard of probabilities*<sup>59</sup>, a *House of Lords* determinou, no caso *Hotson v East Berkshire Area Health Authority*, que só após se encontrar resolvida a questão da causalidade é que a questão do cálculo dos danos surge, e, juntamente com ela, a problemática da perda de chance. Nesse sentido, a *House of Lords* não decidiu propriamente sobre a perda de chance de cura, uma vez que considerou não ter chegado a esse ponto, mas expressou-se no sentido de existirem muitos obstáculos à aplicação da figura nos casos de responsabilidade civil médica<sup>60</sup>

Nos Estados Unidos da América a situação é precisamente a inversa<sup>61</sup>. Desde o *leading case* *Hicks v. United States* (1966) que a jurisprudência tem aplicado a teoria da perda de chance na responsabilidade civil médica<sup>62</sup>. No caso citado, à lesada foi diagnosticada uma gastroenterite, quando na verdade a autópsia revelou que a mesma sofria de uma deficiência congénita do intestino delgado<sup>63</sup>. A lesada acabou por falecer devido a uma hemorragia interna. Foi dado como provado que o médico que observou a autora deveria ter usado de melhores métodos de diagnóstico para perceber qual o problema que a afetava, e que o comportamento negligente do médico, ao ter-se absterido de

---

<sup>58</sup> Cfr. GOMES, JÚLIO VIEIRA, *op. cit.*, n. 15, p. 293-4.

<sup>59</sup> Ou seja, que um facto se tem como causa de um dano se se demonstrar que existe maior probabilidade do dano se ter materializado em razão do facto que o contrário.

<sup>60</sup> Cfr. KHOURY, LARA, ‘*Uncertain Causation in Medical Liability*’, Portland: Hart Publishing, 2006, p. 99.

<sup>61</sup> Cfr. FISCHER, DAVID A, *op. cit.* p. 617. Nos Estados Unidos da América existe uma grande resistência à aplicação da teoria da perda de chance nos casos que não os de responsabilidade civil médica. Pelo contrário, nos casos de responsabilidade civil médica, frequentemente se recorre à figura.

<sup>62</sup> Impõe-se fazer uma ressalva: no ordenamento jurídico em questão, num número significativo de Estados não se aplica qualquer formulação facilitadora do *standard of proof*, pelo que não se pode afirmar a aceitação generalizada da figura em todos os Estados dos Estados Unidos da América – Cfr. MULLER, CHRISTOPH, ‘*La Perte d’Une Chance Médicale en Droits Comparé et Suisse*’ *Revue Générale de Droit Médical*, 2003: 105-131, p. 110 e KING, JOSEPH H., JR, ‘*Causation, Valutaion, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*’ *The Yale Law Journal*, Vol. 90, Maio de 1981, 1353-1397., pp. 1365 e ss.

<sup>63</sup> ‘*an abnormal congenital peritoneal hiatus with internal herniation into this malformation of some of the loops of the small intestine*’. Disponível em <http://openjurist.org/368/f2d/626/hicks-v-united-states>.

o fazer, provocou não a morte, mas a perda de chance da autora sobreviver ao mal de que padecia<sup>64</sup>.

Pode ainda dizer-se, acerca da aplicação da figura no ordenamento jurídico estadunidense que, sob a égide da *all or nothing rule*, a mesma tem sido aplicada com vista à facilitação do *standard of proof* ('nível de prova') exigido sobre o nexo de causalidade. Uma vez que o lesado não consegue produzir prova de uma certeza suficiente para garantir uma *actual certainty*, o que os tribunais têm feito é aplicar uma formulação do *standard of proof* menos exigente que o normal (menos exigente que o *actual certainty standard of proof*), seja ele o *more likely than not* (ou *preponderance of evidence*) ou o *substantial possibility standard of proof*<sup>65</sup>.

Também na Austrália<sup>66</sup>, uma relativamente recente decisão da High Court (*Sellers v Adelaide Petroleum*, 1996) concedeu à autora ('A') uma indemnização por perda de chance. A sua contraparte ('B') propôs-lhe um negócio mais vantajoso que aquele que estava na mesa com uma terceira empresa ('C'). A autora terminou as negociações com a empresa 'C', para negociar com a empresa 'B', a qual, após celebrar contrato, se recusou a cumpri-lo. A empresa 'A' voltou a tentar iniciar negociações com a empresa 'C', mas esta última retirou a sua oferta. Considerou o tribunal que a autora ('A') sofreu a perda de uma chance comercial, e concedeu-lhe uma indemnização<sup>67</sup>.

Igualmente, em ordenamentos jurídicos de países europeus de tradição jurídica romano-germânica (*Civil Law*) a teoria da perda de chance tem vindo, mais recentemente, a ser aceite.

No ordenamento jurídico italiano a teoria da perda de chance tem sido aplicada em diversas áreas, sendo a de maior relevo a área do direito do trabalho, desde a década de

---

<sup>64</sup> É de realçar, como faz notar KING, JOSEPH H., JR, *op., cit.*, p. 1368, n. 53, na decisão deste, que é o caso apontado como leading case da proposta de aplicação do substantial possibility standar of proof, defendeu-se essa mesma proposta in dicta (através de declaração 'lateral', não vinculante para o caso *sub iudice*).

<sup>65</sup> Sobre as implicações a nível do *quantum* indemnizatório, *vide infra*, ponto 4.6.2.

<sup>66</sup> Onde a primeira 'importação' da figura se deu em 1927, num caso de perda de chance de obter um ganho na utilização de um cavalo treinado em competição, *vide* 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, p.196.

<sup>67</sup> *Cfr.* ALCOZ, LUIS MEDINA "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades", *Revista de La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros* n.º 30, 2009: 31-74, p. 38.

1980<sup>68</sup>. em que se tem concedido direito a indemnização a trabalhadores por perda de chance de progressão na carreira profissional<sup>69</sup>.

Em Espanha, a teoria da perda de chance tem vindo a ser utilizada como meio de suprir dificuldades probatórias a nível do nexo de causalidade<sup>70</sup>. A tendência para admitir a aplicação da perda de chance, no ordenamento jurídico espanhol, teve o seu início em finais da década de oitenta do século passado, e desde aí tem vindo a aumentar exponencialmente. É essencialmente aplicada em casos de responsabilidade de profissionais legais e no contencioso administrativo<sup>71</sup>. Muito embora o *Tribunal Supremo*, na sua sentença de 10 de outubro de 1998 (A. 8371)<sup>72</sup> tenha dado provimento a um pedido de indemnização por perda de chance num caso de responsabilidade civil médica, o certo é que, nos anos que se seguiram, a jurisprudência daquele tribunal, no que se refere a responsabilidade civil médica, não tem decidido pela aplicação da teoria da perda de chance, na quantificação do dano indemnizável. Tem utilizado a perda de chance, como se referiu *supra*, para justificar a desnecessidade de certeza matemática na prova do nexo causal, e suportar a condenação do lesante na obrigação de indemnizar pela totalidade dos danos sofridos<sup>73</sup>.

Similarmente, também em ordenamentos jurídicos de países da América do Sul a teoria da perda de chance tem vindo a ser utilizada, como é o caso do Brasil, em que se assiste a uma crescente utilização da figura, embora inicialmente tenha havido uma certa resistência à sua aplicação, e nem todos os tribunais brasileiros estarem ainda

---

<sup>68</sup> Cfr. ALCOZ, LUIS MEDINA, *op. cit.*, p. 39, também PALLARÉS, EDUARDO ASENSI E CLARES, IÑIGO CID-LUNA, “*La Evolución de la Doctrina de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Médica*”, Revista CESCO de Derecho de Consumo, 2013, n.º 8: 228-239, p. 231-2, disponível em <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.

<sup>69</sup> Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 193-4.

<sup>70</sup> Cfr. ALCOZ, LUIS MEDINA, *op. cit.*, p. 40.

<sup>71</sup> Vide ALCOZ, LUIS MEDINA, *op. cit.* p. 41, e mesma página n. 48 para exemplos de sentenças aplicadas a este tipo de casos.

<sup>72</sup> Sentença consultada em [www.poderjudicial.es/search](http://www.poderjudicial.es/search). A sentença decide sobre o caso de uma funcionária vítima de um acidente de trabalho que lhe causou a amputação de uma mão. A mão amputada foi colocada numa arca com gelo natural para ser preservada. Foi, entretanto, mudada para uma outra arca de transporte de bolos por um colega de trabalho, que utilizou gelo seco para a conservação, por julgar ser a melhor maneira de preservar o membro amputado. Ao auxiliar de transporte sanitário (ATS - correspondente ao INEM em Portugal) foi comunicada a troca de caixa, mas não a utilização de gelo seco. O auxiliar não abriu a caixa, por considerar que o ganho de temperatura podia prejudicar a situação. A autora demandou a entidade empregadora, a médica da empresa e a ATS. O *Tribunal Supremo* condenou a ATS pela perda de chance da autora conseguir recuperar o membro amputado.

<sup>73</sup> Cfr. YERGA, ÁLVARO LUNA, “*Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria*”, Indret: Revista Para el Análisis del Derecho, n.º 2, 2005, pp. 11-12, disponível em <http://www.raco.cat/>.

familiarizados com a mesma<sup>74</sup>. Ainda, na Argentina tem sido concedido o direito a indemnização pela perda de chance de obter ganhos através de um emprego, uma atividade empresarial ou uma competição desportiva<sup>75</sup>.

Há, porém, ordenamentos jurídicos em que, embora se conheça a figura da perda de chance, a mesma não tem aplicação. É o caso, por exemplo, do ordenamento jurídico suíço. Na Suíça não existe qualquer consagração expressa<sup>76</sup> ou aplicação jurisprudencial<sup>77</sup> da teoria da perda de chance, embora a doutrina aponte a necessidade de abertura à sua aplicação, considerando que a mesma constitui um refinar da aplicação do instituto da responsabilidade civil. Aponta-se ainda como benefício a uniformização internacional do direito privado e justifica-se a sua aceitação com base no facto de a tendência dos juízes suíços ser a de contornar princípios fundamentais da responsabilidade civil no sentido de poder conceder indemnizações e ultrapassar o princípio do *tudo ou nada*<sup>78</sup>.

Também na Alemanha a teoria da perda de chance não tem tido aceitação. A jurisprudência alemã, além de parca em decisões que mencionem sequer a figura, recusa qualquer forma de indemnização com base no grau de probabilidade de verosimilhança da causalidade<sup>79</sup>. Podem-se apontar como razões para este entendimento o facto de o BGB não prever, no seu parágrafo 252, a perda de chance como um lucro cessante reparável que poderia ser esperado no decurso natural dos acontecimentos e ainda o facto do direito alemão dispor de um extenso catálogo de bens tutelados juridicamente<sup>80</sup>. No ordenamento jurídico alemão parece contar-se com soluções processuais, como sejam as presunções legais e a inversão do ónus da prova, para solucionar casos que em outros ordenamentos apontados teriam acolhimento dentro da teoria da perda de chance<sup>81</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. Silva, Rafael Pettefi da, *Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 196 ss.

<sup>75</sup> Cfr. ALCOZ, LUIS MEDINA, *op. cit.*, p. 39.

<sup>76</sup> Embora a Suíça seja membro da UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado), que prevê expressamente nos seus princípios a noção de perda de chance: Cfr. ROCHA, NUNO SANTOS, *A 'Perda de Chance' Como Uma Nova Espécie de Dano*, 1ª edição, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, p. 28.

<sup>77</sup> Apesar de existir um aresto do *Obergericht Zurichois*, onde o tribunal concedeu uma indemnização parcial, com base na probabilidade de sobrevivência de um doente de cancro que foi começado a tratar demasiado tarde, aquele aresto não se referiu à perda de chance para justificar a decisão tomada, não se considerando constituir o mesmo um precedente da aplicação da teoria: Cfr. MULLER, CHRISTOPH, *op. cit.*, p. 113-4.

<sup>78</sup> Cfr. MULLER, CHRISTOPH, *op. cit.*, p. 130-1.

<sup>79</sup> Cfr. MULLER, CHRISTOPH, *op. cit.*, p. 111.

<sup>80</sup> Cfr. MULLER, CHRISTOPH, *op. cit.*, p. 112.

<sup>81</sup> Cfr. JANSEN, NILS, "The Idea Of a Lost Chance", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999: 271-296, p. 291.

No nosso ordenamento jurídico a perda de chance tem começado a receber algum acolhimento, apesar de não se poder ainda afirmar um consenso doutrinal ou jurisprudencial acerca da sua aplicação. Em relação à doutrina, levantam-se algumas vozes no sentido da não aceitação da aplicação da teoria no nosso ordenamento, como PAULO MOTA PINTO<sup>82</sup> ou JÚLIO VIEIRA GOMES<sup>83</sup>. Já RUI CARDONA FERREIRA<sup>84</sup> não aceitando a autonomização do dano da perda de chance, mas reconhecendo as virtualidades da figura, acaba por propor a adesão a uma ‘*conceção estritamente normativa da perda de chance quando esteja em causa a lesão de bens não patrimoniais*’, trazendo também para a discussão a possível rutura com o ‘*entendimento monolítico da relação de causalidade exigível para fundar o dever de indemnizar*’<sup>85</sup>.

Há, no entanto, uma grande parte da doutrina a aceitar a aplicação da teoria da perda de chance, tendo por base a conceção do dano da perda de chance como um dano autónomo<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> No seu *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. II, Coimbra Editora, 2008, p.1103, n. 3013. Mais recentemente vem o autor reiterar a sua posição de oposição à aplicação da figura da perda de chance, quer *de jure condito* quer *de jure condendo* – Cfr., “*Perda de Chance Processual*.” Revista de Legislação e Jurisprudência, Março - Abril de 2016 - Ano 145.º: 174 -201, p. 192. O autor acaba por afirmar que, admitindo o ressarcimento do dano da perda de chance, esse não se poderá, de modo algum bastar com a ‘*mera chance abstracta ou especulativa ...*’. Vide também, revelando fortes reservas em relação à aceitação da figura, MENESES, SARA LEMOS DE, *op. cit.*

<sup>83</sup> Que apesar de reconhecer as virtualidades da doutrina da perda de chance, se questiona se a sua aplicação será a melhor maneira de resolver os problemas que os casos que a reclamam levanta: *vide* deste autor: “*Sobre o Dano da Perda de Chance*.” Direito e Justiça, 2005, Vol. XIX: 9-47, “*Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*.” Vol. II, em Estudos em Homenagem do Professor Doutor António Castanheira Neves, 289-327. Coimbra, 2008 e também “*Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance*.” Caderno de Direito Privado, 2012, Vol. II: 17-29.

<sup>84</sup> Cfr. FERREIRA, RUI CARDONA. “*A Perda de Chance - Análise Comparativa e Perspetivas de Ordenação Sistemática*.” Revista O Direito, 144 (2012): 29-58. Ainda, do mesmo autor, *vide* “*A Perda de Chance Revisitada*.” Revista da Ordem dos Advogados, 73 - 2013: 1301-1329 e também *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

<sup>85</sup> Na última obra citada de RUI CARDONA FERREIRA na nota anterior, o autor propõe uma solução distinta, relacionada com a análise das virtualidades da aplicação da teoria da conexão do risco aos casos de perda de chance (em especial na contratação pública). Sobre esta perspetiva *vide infra*, n. 140.

<sup>86</sup> Como sejam ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*; PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra Editora, 2008 – também da mesma autora *vide* “*A Dificuldade de Demonstração do Nexo de Causalidade nas Acções Relativas à Responsabilidade Civil do Profissional Médico - Dos Mecanismos Jurídicos Para Uma Intervenção Pro Damnato*.” Revista do CEJ, 1.º Semestre de 2011, n.º 15: 9-62 ou ainda “*Da Tutela do Doente Lesado - Breves Reflexões*.” Revista da FDUP, Ano 5, 2008: 417-460. Também no sentido de aceitação da teoria da perda de chance enquanto dano autónomo: CARNEIRO DA FRADA, *O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 103-4. *Vide* ainda RAPOSO, VERA LÚCIA, *Em Busca da Chance Perdida - O Dano da Perda De Chance, em Especial na Responsabilidade Médica*, in Revista do Ministério Público, Ano 35, n.º138, Abril-Junho 2014, 9-62 ou “*A Perda de Chance no Mandato Judicial (Comentário ao Acórdão do STJ n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1, de 01-07-2014)*”, Revista do Ministério Público, Ano 35, n.º 140, Outubro-Dezembro 2014: 249-258. Nesse mesmo sentido também CADILHA, CARLOS

Quanto à jurisprudência, a teoria tem sido aplicada com muita cautela<sup>87</sup>, mas denota-se uma ampliação considerável da sua aceitação. Tem havido uma recente tendência para aceitar a indemnização do dano de perda de chance nos casos específicos de responsabilidade do mandatário judicial<sup>88</sup>, apesar de se poderem apontar alguns casos em que o pedido foi rejeitado<sup>89</sup>.

Não tem havido, porém, grande aceitação da atribuição de indemnização nos casos de perda de chance na responsabilidade médica, onde a justificação para tal se prende, na maioria dos casos, com a problemática da falta de prova de nexos de causalidade entre o facto e o dano<sup>90</sup>. Apesar de não se poderem apontar decisões de tribunais superiores a aceitar a aplicação da teoria da perda de chance nos casos de responsabilidade civil médica<sup>91</sup>, é de fazer menção à muito recente sentença do Tribunal da Comarca de Lisboa, proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1ª Secção Cível, de 23 de julho de 2015 que atribui uma indemnização por dano de perda de chance de sobrevivência a uma paciente. Lê-se no seu sumário: *‘Quando alguém se dirige a um hospital em estado de poder sobreviver à doença de que é portador (sobrevivência incerta, mas possível com algum grau de probabilidade) se for pronta e adequadamente assistido, e o hospital, por via de atos e/ou omissões inadequados e negligentes, lhe retira a oportunidade de sobrevivência, o hospital incorre em responsabilidade civil e deve indemnizar os lesados, ainda que*

---

ALBERTO FERNANDES, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2011, p. 98 e ss.

<sup>87</sup> Cfr. RAPOSO, VERA LÚCIA, *Em Busca da Chance Perdida - O Dano da Perda De Chance, em Especial na Responsabilidade Médica*, em Revista do Ministério Público, Ano 35, nº138, Abril-Junho 2014, 9-62, p.48.

<sup>88</sup> Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 05-02-2013 (processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1), de 30-09-2014 (processo n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1), ou ainda de 06-03-2014 (processo n.º 23/05.3TBGRD.C1.S1) – note-se que, neste último processo, não se deu como provado que o advogado tenha provocado a perda de chance; no entanto, o tribunal afirma peremptoriamente a ressarcibilidade desse dano: Ponto III do Sumário: *‘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, susceptível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir’.*

<sup>89</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29-10-2013 (processo n.º 1922/05.8TVLSB.L1-7), ou os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 26-10-2010 (processo n.º 1410/04.OTVLSB.L1.S1) e de 29-04-2010 (processo n.º 2622/07.OTBPNF.P1.S1). Para uma lista mais exaustiva de jurisprudência, tanto a favor como contra a aplicação da teoria da perda de chance, veja-se RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance Revisitada*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, vol. IV, Outubro-Dezembro de 2013, p. 1302 ss..

<sup>90</sup> Cfr. RAPOSO, VERA LÚCIA, *op. cit.*, p. 50. Também o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11-03-2010 (processo n.º 0191/09).

<sup>91</sup> Embora se possa apontar que (um pouco ironicamente) o Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 26-10-2010 (processo n.º 1410/04.OTVLSB.L1.S1), no ponto VII do sumário admite como situação pontual em que deve ser atendida a perda de chance, o caso de *‘um atraso de um diagnóstico médico que diminuiu substancialmente as possibilidades de cura de um doente’.*

*apenas na medida da oportunidade perdida*'. A sentença foi recorrida e, até à data, o Tribunal da Relação de Lisboa ainda não se pronunciou – ficamos a aguardar o Acórdão que poderá constituir um ponto de viragem na resolução dos casos de responsabilidade civil médica por perda de chance no nosso ordenamento jurídico.

Outro campo em que tem havido aplicação da teoria, tem sido no campo dos concursos profissionais<sup>92</sup>, onde se tem indemnizado a perda de chance de progredir na carreira ou de conseguir certo emprego, nomeadamente no âmbito da contratação pública.

---

<sup>92</sup> *Cfr.* Acórdãos do Tribunal Central Administrativo do Norte de 11-10-2013 (processo n.º 01119/08.5BECBR) e de 09-10-2015 (processo n.º00814/2000-Coimbra).

## 4. Problemática da Aplicação da Perda de Chance - Generalidades

Vimos no ponto anterior que a teoria da perda de chance tem tido aplicação em inúmeros ordenamentos jurídicos, nas mais variadas áreas. Mas daquilo que ficou dito não se extrai qualquer conclusão sobre a problemática que o enquadramento dogmático da perda de chance levanta. Partiremos de generalidades transversais a ambas as teorias (métodos) de aplicação da perda de chance<sup>93</sup> para depois nos debruçarmos sobre cada uma delas individualmente.

### 4.1. Classificação dos Casos de Perda de Chance – Aglomeração dos Âmbitos de Aplicação

Partindo da premissa de que a teoria da perda de chance surgiu da prática jurisprudencial, temos que aparece diante da doutrina uma espécie de caos que a panóplia de casos (que reclamam a aplicação da teoria da perda de chance) impõe que se ordene.

Como já foi visto, a teoria da perda de chance tem-se aplicado em âmbitos tão diversos como o direito do trabalho, competições desportivas, responsabilidade civil do mandatário judicial ou responsabilidade médica.

A separação que faremos baseia-se, em primeira linha, na apresentada por RUTE TEIXEIRA PEDRO<sup>94</sup>. A autora enumera três *núcleos de aplicação da perda de chance*: perda de chance de ganho, perda de chance processual e perda de chance de cura ou sobrevivência. Não podemos, no entanto, concordar com a existência (ou pelo menos com a denominação) de um núcleo de aplicação no qual se englobem casos de *perda de chance de ganho*, pelo menos nos moldes e com os exemplos descritos pela autora. A título de exemplo, a autora refere como caso de *perda de chance de ganho*, o de uma instituição bancária que perde a possibilidade de ver satisfeita uma dívida que determinado cliente contraiu junto dela, por este ter falecido em acidente de viação – segundo a classificação feita pela autora, a entidade bancária perde uma chance de ganho. Mas se a obrigação de pagar as amortizações da dívida (deixando de lado o juro) não for cumprida, a instituição bancária não está a perder a chance de conseguir um ganho, mas sim de evitar um prejuízo

---

<sup>93</sup> Teoria do dano da perda de chance e teoria da causalidade parcial.

<sup>94</sup> Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 187 e ss.



– o de emprestar uma quantia e não a ver devolvida! O ganho, num empréstimo bancário, consubstancia-se no recebimento de juros, num montante que vá além das amortizações.

Parece que, dependendo do modo como a pretensão de indemnização seja efetuada, se estará perante uma chance de evitar um prejuízo ou uma chance de conseguir um resultado favorável. Se a instituição bancária vier arguir a perda de uma chance de evitar um prejuízo, a pretensão englobará, parece-nos, a perda de chance de conseguir as amortizações ainda devidas pelo falecido. Pelo contrário, se vier arguir a perda de chance de um ganho, tendo em conta que num empréstimo bancário o ganho é constituído pelo juro, a pretensão só englobará o montante dos juros ainda devidos. Então, para conseguir uma indemnização pela totalidade das chances perdidas, a instituição bancária não se deve ficar pela arguição da perda de chance de conseguir um benefício ou, em contrapartida, evitar uma desvantagem; deve arguir ambas – para uma restituição integral da chance perdida, neste tipo de casos, a perda de chance de obter benefício perdido ou evitar desvantagem parecem ser indissociáveis<sup>95</sup>: embora a vontade inicial da instituição bancária

---

<sup>95</sup> *Cfr.* JANSEN, NILS. *op. cit.*, p. 279. O autor refere que aquilo que é a chance de evitar um prejuízo que é indissociável ('the chance ... *mirrors*' – é por isso a outra face da moeda em que...) do risco desse mesmo prejuízo se vir a materializar, ao mesmo tempo que a chance de obter um benefício é o correlativo do risco de não o obter. Não concordamos que tal se possa afirmar, uma vez que, como constatamos *infra* (*cfr.* Ponto 4.2.), a chance se reveste de um carácter neutro em relação ao resultado – tanto existe a chance de um resultado ser positivo como de ser negativo; o que interessará em termos de responsabilidade civil será determinar qual o resultado querido pelo lesado e sancionar o comportamento que destruiu a sua chance de o alcançar. Além disso, existe uma diferença nuclear entre risco e chance, que se prende com o facto de que, quando estamos perante um caso de perda de chance, se destroem expectativas probabilisticamente fundadas de certo resultado querido vir a acontecer, e já se sabe, ao mesmo tempo, qual o resultado do processo causal em que a chance se inseria – pelo que é possível determinar se houve dano final e em que medida a perda de chance pode ter contribuído para o provocar (diminuindo as probabilidades de conseguir o resultado querido); enquanto que, nos casos em que falamos de risco - em que determinado facto aumenta o risco de certo acontecimento se vir a concretizar -, paira sempre uma incerteza sobre o resultado final do processo causal em que o risco se insere, que nunca é confirmada pela concretização de qualquer resultado – *vide*, neste sentido, ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, pp. 74 e ss. É importante distinguir risco de chance, precisamente para diferenciar os casos de (possível) responsabilização pela criação de risco dos casos de perda de chance. Concretizemos a ideia que queremos transmitir, pegando de novo no exemplo da instituição bancária: o correlativo da sua chance de ver o empréstimo reembolsado (e por isso evitar o prejuízo) tem de ser a chance de o empréstimo não ser reembolsado – pois ou o empréstimo é reembolsado na íntegra ou não o é. Se um comportamento destruiu a chance de o empréstimo ser reembolsado, não aumentou o risco de este não o ser – uma vez que no momento em que é constatado o incumprimento do reembolso, já o processo causal chegou ao seu fim, e o que resta à instituição é provar que houve uma chance perdida de conseguir o reembolso (dentro de toda uma confluência de fatores). Mas atente-se que a problemática envolvente da aplicação da perda de chance ainda subsiste, que é a da incapacidade de determinar que, tivesse o processo causal hipotético corrido até ao seu término, o dano final não se teria da mesma forma produzido, sendo por isso impossível estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano final, restando apenas o nexo entre o facto e o dano intermédio da perda de chance. De modo diferente, imagine-se que o devedor da instituição bancária tinha perdido o emprego devido a despedimento ilícito de que foi alvo em virtude do acidente de viação que sofreu: uma vez que deixava de auferir de um rendimento, aumentava para a instituição bancária (aqui sim) o risco de não conseguir o reembolso do empréstimo – neste caso a questão coloca-se ao nível da

fosse a de consecução de um ganho, essa mesma vontade é indissociável da vontade de evitar o prejuízo provocável pelo não pagamento das amortizações.

Percebe-se que tanto o resultado de evitar um prejuízo como o de obter um benefício possam ser reconduzidos a uma conceção ampla de ganho – o facto de se evitar um prejuízo constitui um ganho, mas apenas se relativizado com o seu correlativo diametralmente oposto, que é o de não o conseguir evitar. Não obstante, achamos que se deve concluir estar perante uma situação de conseguir um ganho ou evitar um prejuízo comparando o resultado final esperado (e mais provável, não fosse a chance perder-se) e a situação anterior a esse mesmo resultado final<sup>96</sup>.

Pelo que fica dito, acha-se questionável reduzir os casos de perda de chance fora da chance processual e de cura ou sobrevivência, à categoria (ou *núcleo*) de perda de chance *de ganho*. Prefere-se, por isso, a categorização em casos de perda de chance num sentido amplo, englobando no geral os casos de perda de chance de conseguir uma vantagem e/ou evitar uma desvantagem.

Separam-se estes dos casos de perda de chance processual e perda de chance de cura ou sobrevivência, que embora se concretizem na prática em perda de chance de evitar um resultado desfavorável e/ou alcançar um resultado favorável, devem ser isolados dos demais devido às especificidades que os predicam e às questões que se levantam perante a sua aplicação, nomeadamente a existência da chamada obrigação de meios (em oposição a uma obrigação de resultados) sobre o profissional liberal<sup>97</sup> e a *diabolica probatio* do nexo

---

responsabilidade (ou melhor, possibilidade de responsabilização) pelo aumento de um risco, que, no nosso ordenamento jurídico, é de rejeitar (*vide* ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 77. Parece-nos que apenas quando o risco se materializa no resultado indesejado poderá, cumpridos que estejam os devidos pressupostos, haver responsabilização, não pela perda de uma chance, mas pelo próprio aumento do risco – neste sentido, *vide* BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “A Participação da Dimensão de Futura na Responsabilidade Extracontratual”, em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. I, p. 138-9. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

<sup>96</sup> Exemplifiquemos: determinada pessoa tem de se deslocar até uma caixa multibanco para efetuar o pagamento de uma dívida até às 19h00 de determinado dia, além das quais a quantia a pagar vence um juro altíssimo. Saiu de casa às 18h50 minutos e, tendo em conta as condições normais de circulação e os limites de velocidade, suponha-se uma probabilidade de 50% da pessoa conseguir apanhar todos os semáforos abertos e conseguir chegar ao multibanco com tempo de efetuar o pagamento. Acontece que, em virtude de um sinistro automóvel, já não consegue efetuar o pagamento antes das 19h00. A pessoa vê-se privada da chance que detinha de efetuar o pagamento evitando o juro, que é o mesmo que dizer, queda-se privada de evitar um prejuízo. Neste caso, há uma quantia certa de depreciação patrimonial que irá ser suportada pelo lesado, e com essa já ele está a contar – o valor da dívida. No entanto, comparando essa depreciação com aquela sofrida em virtude do pagamento do juro, deve concluir-se estar perante uma situação de perda de chance de evitar um prejuízo, não incluível, em termos genéricos, no *núcleo de casos* de perda de chance de ganho – por em causa não estar, efetivamente, um ganho.

<sup>97</sup> *Vide infra*, n. 174.

de causalidade entre o facto e o dano final<sup>98</sup> - especialmente nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência<sup>99</sup>.

Do estudo feito pela doutrina aos requisitos impostos pela jurisprudência na concessão de indemnização por perda de chance resulta a sistematização de características intrínsecas à própria chance, e de outras de que se deve revestir para que (ela própria e) a sua perda seja juridicamente tutelável. Serão agora o objeto da nossa análise.

## 4.2. A Chance – Características Gerais

A chance é caracterizada por um conjunto de determinadas particularidades. A chance é neutra e aleatória, autónoma e atual<sup>100</sup>.

Em primeiro lugar, a chance reveste-se de um carácter *neutro e aleatório*<sup>101</sup>. Quer isto dizer que a chance existe enquanto algo que se não materializou. Mantém-se, por isso, num plano de incerteza, sendo impossível prever até se concretizar (e por isso deixar de ser chance para passar a ser resultado – daí a sua aleatoriedade), qual será o seu modo de materialização, consubstancie ele um resultado positivo ou negativo (daí a sua neutralidade). Estas peculiaridades que caracterizam a chance têm relevância prática e importam ser referidas. Desde logo porque, se não estivermos perante essas peculiaridades, então não estamos perante uma chance: se tiver havido efetiva resolução de determinado processo causal, isto é, se determinado acontecimento, de entre os possíveis num certo processo causal, vier a suceder, então é porque deixou de ser existir no plano hipotético (deixou de ser uma chance), para se materializar num resultado – e se é resultado, então não é chance; se não é chance, não pode ter sido perdida.

Em seguida, a chance caracteriza-se por ser *autónoma*: autónoma em relação ao resultado final que se materializará no momento definitivo do processo causal; e autónoma em relação ao processo causal em si, apesar de nele se integrar e não ter valor intrínseco senão em referência a ele: *‘a chance representa não uma vantagem possível, mas uma*

---

<sup>98</sup> Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 191. Foi esta problemática que levou à cisão entre os casos em que o facto que provoca a perda de chance causa a destruição do processo causal (que se torna hipotético) e aqueles em que o facto não interrompe um processo causal em curso, mas podia tê-lo feito, e levou à aplicação da causalidade parcial nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência – *vide infra* ponto 4.5.

<sup>99</sup> Sobre a separação entre estes e os demais casos, *vide* também a razão que levou ao seu destaque, *infra*, ponto 4.4. e sobre a discussão em torno do modo como (e se) resolvê-los à luz da doutrina da perda de chance, *vide infra* ponto 4.5.

<sup>100</sup> Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p.208 e seguintes.

<sup>101</sup> Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p.180 e seguinte e p. 208-9.

*possibilidade de vantagem*<sup>102</sup>. Para ser considerada uma realidade autónoma, tem sempre de ser perspectivada em destaque, relativamente ao restante processo em que se engloba, acabando por a sua autonomia se caracterizar por ser uma autonomia meramente relativa (contudo, estritamente necessária).

Assim, e só assim, a '*possibilidade de vantagem*' que a chance representa pode ser vista ou como existente na esfera jurídica do lesado, sendo passível de sofrer uma lesão e, por conseguinte, ser essa lesão sancionada pelo Direito, pois que é autonomizável relativamente ao dano final sofrido e ao restante do processo causal (hipotético ou concretizado), sendo por isso considerada como um dano autónomo, e por isso, autonomamente indemnizável; ou como realidade à qual se pode referir o dano final, de modo a calcular probabilisticamente qual a influência que o facto pode ter tido na sua produção e conceder uma indemnização com base numa causalidade proporcional – irá depender da teoria utilizada para aplicar a figura da perda de chance.

Para ambas as teorias que analisaremos mais à frente, a consequência prática desta conclusão reside na possibilidade de conferir tutela (ou importância) jurídica à violação da chance e à chance em si mesma. Em específico no que toca ao enquadramento dogmático da perda de chance no domínio do dano parece, porém, ter uma maior relevância, uma vez que leva à conclusão de que, no âmbito de aplicação da perda de chance enquanto dano autónomo, a chance deve ser perspectivada como algo existente na esfera jurídica do lesado na altura da lesão<sup>103</sup> (ou que esteja protegido por alguma das variantes da ilicitude). Do

---

<sup>102</sup> Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 210. Vide também ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 91 e ss.

<sup>103</sup> Cfr. ROCHA, NUNO SANTOS, p. 92-3. O argumento de RUTE TEIXEIRA PEDRO parece, nesta linha, implicar uma contradição entre as características de aleatoriedade e neutralidade e as características de autonomia e atualidade. Vejamos: a autora refere que a chance é uma *álea* presente na realidade (*op. cit.*, p. 180), que se distingue do conceito de *álea* que se reveste de relevância jurídica. A autora utiliza o termo '*álea*' para englobar as situações em que a chance já se encontra introduzida no mundo do Direito, seja porque foi integrada através da vontade das partes ou porque é um elemento inerente a uma atividade em que certo sujeito aceitou participar (*op. cit.*, p. 184). Por sua vez, refere a autora, a *chance* reserva-se para '*as situações aleatórias que permaneçam num espaço de 'não-direito'*'. Termina concluindo que a chance, cuja perda é o seu objeto de estudo, '*só ingressa no mundo jurídico quando desaparece*' (*op. cit.*, p.184). Ora aceitar que a chance não existe no mundo do Direito até ao momento em que, preenchidos que estejam os pressupostos da responsabilidade civil, a mesma desaparece, é negar-lhe uma existência atual – é como dizer: será negar que a chance existisse na esfera jurídica do lesado, no momento em que foi destruída. Essa negação terá como consequência, precisamente, aquela que é alegada pela doutrina citada pela autora (p. 212-13), de que a perda de chance não será ressarcível. Porém, vem a autora posteriormente concluir que apesar da conceção do dano da perda de chance como um dano '*tradutor de uma lesão à "integridade do património"*' possa ser alvo de fortes objeções, por não existir no nosso ordenamento jurídico uma norma tuteladora do património em geral, tal facto não constituirá '*um obstáculo intransponível ao reconhecimento da relevância ressarcitória à perda de chance, na medida em que, a lesão dos interesses dos particulares ligados a esse dano corresponda – como em regra acontece, nas hipóteses que convocam o dano da perda de chance – à violação de uma norma legal ou de um vínculo obrigacional pré-constituído, que conceda proteção (direta) àqueles*

nosso ponto de vista, tal conclusão tem grandes implicações não só na caracterização do dano de perda de chance, como também a nível do pressuposto da ilicitude.

Admite-se que não existe uma norma aberta, no nosso ordenamento jurídico, que proteja o património em geral, e que esta falha possa implicar uma certa dificuldade de obtenção de indemnização por perda de chance em casos de responsabilidade civil extracontratual, por falta de preenchimento de uma das variantes da ilicitude (quando a chance revista o carácter de dano patrimonial e não de dano moral). Não obstante, o que é certo é que a previsão no Código Civil de conceitos gerais-abstratos, salvaguardados por cláusulas gerais e conceitos indeterminados (nomeadamente aqueles utilizados para determinar as variantes da ilicitude), tem precisamente por fundamento a possibilitação de um elevado grau de segurança e razoabilidade das soluções jurídicas em geral<sup>104</sup> - e acreditamos<sup>105</sup> que, através da interpretação e reta aplicação desses conceitos, se pode atingir uma aplicação justa da teoria da perda de chance<sup>106</sup>, conseguindo a inclusão do conceito de chance na esfera jurídica do lesado, protegido por alguma *norma legal* ou *vínculo obrigacional pré-constituído*<sup>107</sup>, garantindo assim que, além de uma existência

---

*interesses*’ (*op. cit.*, p. 241). Ora, se existe uma norma legal ou vínculo obrigacional pré-constituído que proteja os referidos interesses, então a chance, *per se*, já se encontra, de alguma forma, transposta para o mundo do direito – e já é passível de ser avaliada juridicamente como elemento da esfera jurídica do lesado, para efeitos de determinação da existência de um dano. Por essa razão, apesar de concordarmos que a chance se reveste de um carácter neutro e aleatório, não aceitamos que a mesma seja predicada pela nota de aleatoriedade nos termos em que a autora citada a caracteriza, por tal contender – e, no fundo, contradizer – com as características de autonomia e atualidade de que se reveste. Por isso, consideramos que a chance deve ser vista, diretamente, como presente na esfera jurídica do lesado (verificada que seja a sua realidade e seriedade – *vide* ponto seguinte), tendo valor intrínseco e constituindo a sua perda uma violação cujo grande problema, neste ponto, deve ser analisado á luz do pressuposto da ilicitude, sobre o qual nos deteremos *infra*, no ponto 5., com maior atenção.

<sup>104</sup> *Cfr.* PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *op. cit.*, p. 87. Como o próprio autor refere, o tipo de formulação legal pretende conferir ao Código uma possibilidade de ‘*adaptação às várias situações da vida*’. Apesar da formulação legal socorrida de conceitos gerais-abstratos colocar o problema metodológico da necessidade de objetivação do juízo decisório, este problema há que ter-se por resolvido pela implicação de obediência à Lei a que o juiz está adstrito – e que é assegurada pelo ‘*núcleo duro*’ que todas as cláusulas gerais e conceitos indeterminados possuem (*op. cit.*, p.89-9).

<sup>105</sup> *Vide infra* ponto 5.

<sup>106</sup> Convergindo aqui, mais uma vez, a nossa opinião com a de RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 214 *in fine* e 215.

<sup>107</sup> *Cfr.* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p.214. Neste sentido de considerar a chance enquanto um interesse legalmente protegido e, por isso, conceder indemnização no caso da sua perda, foi frutífera a jurisprudência italiana, que com a sentença da Cassazione Civili de 19 de dezembro de 1985, n.º 6506, afirmou que *a perda da probabilidade de conseguir um certo benefício patrimonial, jurídica e economicamente avaliável produz um dano atual e ressarcível, desde que seja demonstrada, segundo um cálculo de probabilidade, uma certeza, ainda que meramente relativa* – *vide* PARTISANI, RENATO, “*Lesione di un Interesse Legittimo e Danno Risarcibile: La Perdita della Chance*”, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2000, Vol 65, n.º3: 566-590, p. 580-581; em segundo lugar, com a sentença da Cassazione Civili de 22 de julho de 1999, n.º 500 (consultada em <http://www.leggioggi.it>), qualificou a violação de interesses legítimos como um dano injusto (à luz do artigo 2043.º do Codice Civile), considerando no entanto que, para que a sua violação permita uma

autónoma, a chance tenha também uma existência atual – que seja um bem presente, que existe na esfera jurídica do lesado, ou que tenha uma existência própria, no momento em que é destruída<sup>108</sup>. Em jeito de conclusão: para que o dano da perda seja autónomo, a chance (perdida) tem de ser autónoma – e uma chance, enquanto chance que é, é autónoma; essa nota característica confere-lhe, pois, valor por si só<sup>109</sup>.

Apesar de esta conclusão não ser transponível para o método de aplicação da teoria da perda de chance como modo de aligeirar as necessidades impostas pelo nexo de causalidade (teoria da causalidade parcial), tal não coloca em crise que o conceito de chance abstratamente considerado seja predicado pelas notas de autonomia e de atualidade – embora essas notas não impliquem, que seja tecida qualquer consideração jurídica no domínio desta teoria, uma vez que aí basta a sua constatação empírica.

As características da chance (enquanto conceito) que acabámos de enumerar são-lhe, na nossa opinião, indissociáveis. O que queremos com isto dizer é que, em qualquer situação (e independentemente da teoria aplicada), uma chance é aleatória e neutra, autónoma e atual – faltando alguma destas características, estar-se-á perante algo que não uma chance. Estar-se-á, por exemplo, perante um resultado final, ou perante a uma possibilidade que não existia no momento em que se verificou o facto<sup>110</sup>. Podemos por isso

---

indemnização, o dano se terá de espelhar também num *bem da vida* com o qual o interesse se relacione, e tem, ao mesmo tempo, de ser meritório de tutela jurídica.

<sup>108</sup> Cfr. GOMES, JÚLIO VIEIRA, *op. cit.*, p. 309. Fazemos aqui uma ressalva: evidentemente só pode ser juridicamente relevante, e por isso tutelada, a chance *real* (*vide*, sobre a realidade da chance, o que se diz no ponto seguinte). Quer isto dizer que não podem ser merecedores de tutela jurídica ‘*os meros sonhos*’ – PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 215. Mas acrescente-se: as frustrações pessoais (danos morais) que alguém pode sofrer em virtude de um facto ilícito, não devem ser incluídas neste âmbito. Imagine-se que um jovem, na casa dos 15 anos, é vítima de um atropelamento e queda-se gravemente e permanentemente incapacitado – uma coisa é compensar o jovem pelos danos morais que sofreu em virtude do atropelamento (por exemplo a falta de alegria de viver que saber que no futuro não poderá levar uma vida dentro da normalidade que esperava), já que é possível estabelecer um nexo de causalidade seguro entre o facto e o dano; outra coisa seria compensar a perda de chance de o jovem vir a ser astronauta, uma vez que o jovem sempre teve ganas de ir ao espaço. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, *vide* ponto 4.3.

<sup>109</sup> Cfr. FISCHER, DAVID A., *op. cit.*, p. 618 – ‘*Chance has value*’. Também no sentido de considerar a chance como algo existente na esfera jurídica do lesado, passível de ser atacado por facto de terceiro, *vide* SUPPA, MARIA PAOLA “*Comentário ao Acórdão da Cassazione Civile, Sezione Lavoro, de 26 de outubro de 2002 (proc. n. 15141)*.” *Giurisprudenza Italiana*, 2003, Vol. I: 1783-1785, em especial p. 1784.

<sup>110</sup> Imagine-se, a título de exemplo, a condição de um paciente que se encontra num coma profundo, sem que haja qualquer procedimento médico que o permita trazer de volta à consciência: no dia 1 foi decidido pôr termo à manutenção artificial da sua vida – o que implicou necessariamente o seu falecimento; no dia 2 foi publicada a notícia da descoberta de um método que, em 50 % dos casos estudados, tinha tido sucesso na tarefa de por termo à condição comatosa. Como no momento da decisão de pôr termo à manutenção artificial da vida do paciente, não havia sido tornado público esse método, a chance não era atual no momento em que ‘*as máquinas foram desligadas*’, nem retroativamente podia ingressar no património do falecido – nesse sentido, pode dizer-se que, no dia em que o paciente partiu deste mundo, não existia a chance de fazer regredir o seu estado comatoso.

afirmar, com segurança, que estas características são gerais do conceito de chance e que se contrapõem às características casuísticas de que a chance se deve revestir para que a sua perda seja relevante em matéria de concessão de indemnização<sup>111</sup>.

### 4.3. A Chance Real e Séria – Características Casuísticas de Tutela e Ressarcibilidade

Para que a chance seja merecedora de tutela jurídica e para que a sua perda seja ressarcível, deve lograr-se provado que a mesma era séria e real (*chance réel et sérieux*). Este requisito de ressarcibilidade (os termos parecem ser utilizados como sinónimos) resulta da reiterada prática jurisprudencial de exigir um determinado grau de probabilidade de verificação do resultado que era o visado na chance perdida, e é universalmente aceite como pressuposto para a responsabilização pela perda de uma chance<sup>112</sup>.

A chance será, em princípio, mais séria, quanto maior probabilidade (traduzida numa percentagem) de alcance do resultado querido ela garantir. Coloca-se, pois, neste ponto, o problema de saber como determinar a partir de que patamar se deve considerar que a chance é suficientemente séria para merecer tutela jurídica.

Em ordenamentos jurídicos da *Common Law* tem-se aceite uma aplicação da formulação *more likely than not* (ou *preponderance of the evidence rule*) *standard of proof* para conceder indemnizações por perda de chance, sempre que fique provado que havia uma probabilidade não menor que 50% de evitar um resultado desfavorável, embora sejam apontados alguns casos em que, utilizando a *substantial possibility rule* no *standard of proof*, se tenham concedido indemnizações por perda de chances cuja probabilidade de se virem a concretizar era menor que aqueles 50%<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Que são a realidade e seriedade da chance: *Cfr.* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 215 e ss, VINEY, GENEVIÈVE E JOURDAIN, PATRICE, *op. cit.*, p. 97 e ss. Estes últimos autores, juntamente com a ausência de prova do dano final ou do nexo de causalidade e com a obrigação de considerar, na avaliação dos danos-interesses, da álea que afeta a consumação da perda de chance, apelidam estas notas caracterizadoras de '*Les garde-fous*' – as salvaguardas na aplicação da teoria da perda de chance.

<sup>112</sup> *Cfr.* CHARTIER, YVES, “Comentário às Decisões da 1º Cass. Civ 2º, de 9 de novembro de 1983 e 2º Cass. Crim., de 3 de novembro de 1983” em JCP, 1985: 20360, segunda página. Para uma lista extensiva de jurisprudência francesa em que o tribunal exige este requisito, *vide* VINEY, GENEVIÈVE E JOURDAIN, PATRICE, *op. cit.*, p. 98, n. 472. Também na jurisprudência nacional a título de exemplo, *vide*, Acórdãos do STJ de 01-07-2014 (processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1), de 05-02-2013 (processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S.1) ou o Acórdão do TRL de 29-10-2013 (processo n.º 1922/05.8TVLSB.L1-7), todos eles disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). *Vide* ainda BORÉ, JACQUES, “L’indemnisation pour les chances perdues-une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable.” JCP, 1974, I, 2620, pontos 34 e ss.

<sup>113</sup> *Cfr.* KING, JOSEPH H., JR, *op. cit.*, p. 1367-9 e FISCHER, DAVID A., *op. cit.*, p. 606, 609-11. Veremos que apesar da determinação deste patamar de seriedade, nos ordenamentos jurídicos referidos, aquilo que se

Também em ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica existem autores a sustentar a ideia de que o patamar mínimo para considerar uma chance séria reside na existência de pelo menos 50% de probabilidade de esta se vir a concretizar<sup>114</sup>, embora exista quem defenda que a determinação de um limite abaixo do qual se negue a ressarcibilidade é de todo aleatório<sup>115</sup>, propondo a ressarcibilidade da perda de chance, ainda que a probabilidade se firme abaixo dos 50%<sup>116</sup>.

Na nossa opinião<sup>117</sup>, a realidade e a seriedade devem ser vistas como duas características da chance distintas uma da outra. A análise da seriedade da chance deve ser feita casuisticamente, independentemente da sua realidade, pelo que nos inclinamos a concordar com esta última linha de pensamento. Mas aprofundemos.

O requisito de realidade da chance, parece-nos, estará ligado à existência de possibilidades de ocorrência de um determinado resultado além das esperanças ou expectativas meramente pessoais do seu detentor – será real aquela chance que não exista apenas subjetivamente, que não viva só dentro de expectativas não fundadas num juízo de probabilidade que possa servir de critério transubjetivo de valorização da chance<sup>118</sup>. Com isto pode concluir-se desde já que será real qualquer chance que seja fundamentada por uma demonstração probabilística da sua concretização.

A chance terá a sua seriedade avaliada na medida das probabilidades da sua concretização. Se, em juízo, o lesado provar, através de uma demonstração probabilística objetiva, que o resultado que esperava obter (ou evitar) tinha alguma (qualquer) probabilidade de se vir a realizar (ou a evitar) e que essa probabilidade foi destruída pelo facto ilícito e culposo de terceiro, então o dano daí resultante (que é o dano da perda de chance), deve ser indemnizável na medida da seriedade da chance perdida.

---

coloca em causa, a final, é a concessão de indemnização pela totalidade do prejuízo final e não do dano de perda de chance – *vide infra*, ponto 4.5. –, caindo este entendimento na aplicação da perda de chance como meio de ‘afrouxar’ as exigências de estabelecimento do nexu causal, e não no método presentemente em análise, de modo que a sua referência neste ponto só se faz com o objetivo de contrapor soluções acerca da determinação do montante de indemnização nos casos de perda de chance.

<sup>114</sup> Vide, por exemplo, BOCCHIOLA, MAURIZIO, ‘*Perdita di una "chance" e certezza del danno*’, em Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 30, 1976: 55-102, p. 101 ou ainda PARTISANI, RENATO, *op. cit.*, p. 589.

<sup>115</sup> Cfr. DIAS, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO. *Dano Corporal: Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 253, n. 584.

<sup>116</sup> Cfr. KING, JOSEPH H., JR, *op. cit.*, p. 1376 – refere o autor que ‘*não há razões lógicas para não compensar a perda de uma chance (independentemente da sua probabilidade) ...*’.

<sup>117</sup> Que é de defesa da aplicação da teoria da perda de chance enquanto um dano autónomo.

<sup>118</sup> Não obstante pode continuar a considerar-se essa mera expectativa como sendo uma chance, uma vez que é predicada pelas características referidas no ponto anterior, simplesmente, não deverá ter relevância jurídica.



Somos em crer que se deve levar em conta que, embora a seriedade seja determinante para ajuizar acerca da existência (realidade) da chance, as duas não se devem confundir. Para que a chance seja juridicamente relevante, e a sua perda juridicamente tutelável, deve ficar assente que a mesma é real. Já no que toca à seriedade da chance, esta deverá, a nosso ver, relevar apenas para efeitos de determinação do *quantum* indemnizatório. Então, a chance só não será merecedora de relevância jurídica se em juízo não ficar demonstrado que a mesma não era real.

Podemos afirmar que uma chance real terá sempre algum nível de seriedade – uma vez que resultará provado que, segundo um juízo probabilístico objetivo, esta tinha concretas hipóteses de vir a concretizar-se e, por isso, essa qualidade será objetivamente observável.

O que caberá ao lesado, em juízo, deixar provado, é que a seriedade (o nível probabilístico de concretização) da chance não se baseava na sua apreciação subjetiva, mas sim em critérios objetivamente apreciáveis, o que lhe conferirá valor jurídico<sup>119</sup>.

Em jeito de conclusão diremos: uma chance pode ser séria, sem ser real (se for um mero sonho, uma mera expectativa, existente apenas de um ponto de vista subjetivo) – mas existirá fora do plano jurídico<sup>120</sup>. Já se a chance for séria e essa seriedade for comprovada através de um juízo probabilístico objetivo, então será sempre real, independentemente do nível de seriedade – e esta conclusão terá como consequência a sua relevância jurídica e, por conseguinte, a ressarcibilidade da sua perda, independentemente do seu nível de seriedade<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> O que queremos com isto dizer é que a tutela jurídica da chance não se pode bastar com considerações subjetivas. Imagine-se que um paciente diagnosticado com uma doença terminal, da qual não há registo de qualquer sobrevivente, se voluntaria para receber um medicamento experimental e que, após o seu falecimento, a sua família vem a descobrir que durante os ensaios, e por uma falha grosseira da equipa de enfermagem, não lhe foi administrada qualquer dose do medicamento: a falta de dados estatísticos acerca da probabilidade de sucesso do medicamento experimental não permite atribuir realidade à expectativa de cura que o paciente tivesse subjetivamente formulado – se a chance não é real, então não deve ser juridicamente tutelável.

<sup>120</sup> Então, de forma diferente da propugnada por PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 184, *Cfr.* n. 103.

<sup>121</sup> Atente-se nos seguintes casos hipotéticos: se um doente não recebe atempadamente tratamento para combater uma infeção que em 75% dos casos é curada quando tratada numa determinada baliza temporal que se deixou passar e em virtude dessa infeção vem a falecer, podemos concluir que a sua chance além de real (reconhecível objetivamente), também era séria. Mas imagine-se outro caso em que o tratamento atempado só se traduzia numa chance de sobreviver à infeção de 2% - também aqui a chance é real, uma vez que é fundada num juízo que permite que seja objetivamente observável - e também ela deve ser considerada séria; apenas o seu nível de seriedade é menor, e essa diferença deverá refletir-se na determinação do *quantum* indemnizatório – que será necessariamente menor.

#### 4.4. A Perda de Chance: Problemática do Enquadramento Dogmático

Relembrando a breve exposição sobre os pressupostos da responsabilidade civil<sup>122</sup>, e os diversos exemplos de casos em que foi mobilizada a problemática da perda de chance<sup>123</sup> importa, chegados a este ponto, perceber com quais daqueles pressupostos alterca a aplicação da teoria da perda de chance, e que implicações recíprocas se podem retirar da contraposição de ambas as figuras (pressupostos e perda de chance).

Em primeiro lugar, caberá determinar quais as *características comuns* aos casos de perda de chance, além da perda da possibilidade de conseguir obter um resultado favorável ou evitar um resultado desfavorável. Depois é necessário perceber quais dessas características ‘*encaixam*’ em pressupostos da responsabilidade civil sem qualquer problema e quais delas colocam algum desses pressupostos em causa.

Como descreve FRANÇOIS CHABAS<sup>124</sup>, é característica comum aos casos em análise a existência de um facto ilícito e culposo praticado por um determinado agente. Pode por isso afirmar-se à partida, e em abstrato, que três dos pressupostos da responsabilidade civil se encontram preenchidos nos casos de perda de chance: existe um facto ilícito e um nexo de imputação desse mesmo facto a um agente. As outras características transversais aos casos de perda de chance são a existência de um benefício perdido (ou de uma desvantagem consumada) e a falta de prova do nexo de causalidade entre o benefício perdido (ou desvantagem concretizada) e o facto ilícito e culposo<sup>125</sup>.

Tomemos o seguinte exemplo, mais uma vez com o pianista de há pouco. Imagine-se que o pianista havia chegado à segunda fase de um concurso de uma gravadora discográfica, cujo prémio era a gravação de um CD para quem prestasse a melhor prova musical. A gravadora discográfica, no entanto, não avisou o pianista do dia em que deveria prestar prova. Em virtude dessa falha, o pianista não esteve presente e isso impediu-o de participar efetivamente naquela fase do concurso. No entanto, não era certo que, participando nessa segunda fase, o pianista viesse a vencer o concurso e, por isso, a gravar um CD.

---

<sup>122</sup> Vide ponto 2.1.

<sup>123</sup> Vide ponto 3 e ponto 4.1.

<sup>124</sup> Cfr. CHABAS, FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 228.

<sup>125</sup> Além de CHABAS, FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 228, vide GOMES, JÚLIO VIEIRA, *op. cit.*, pp. 302 e ss, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 198 e ss, em especial p. 203. JACQUES BOURÉ, *op. cit.*, n.ºs 31 a 33, refere ainda que deve inexistir um contrato entre as partes no qual se atribua uma contrapartida à perda de chance.

O facto ilícito e culposo existe: consubstancia-se na omissão da informação, sobre a data da prova, ao pianista (o que viola o seu direito, enquanto participante do concurso, a ser informado de tudo o que lhe diga respeito e seja relevante) - esta premissa não levanta qualquer questão.

O benefício perdido é o de vencer o concurso (que é o mesmo que dizer: o dano final traduz-se em não vencer o concurso e, por conseguinte, não gravar o CD).

A falta de prova do nexo de causalidade está também presente. Está precisamente no facto de a falta de informação ter operado uma alteração no decurso natural do processo causal hipotético, de tal modo que não permite, à *posteriori*, determinar qual teria sido o resultado do concurso se o processo causal hipotético tivesse seguido o seu rumo<sup>126</sup>. Por essa razão, não é imputável a perda do benefício ao facto ilícito e culposo, uma vez que no decurso do processo causal hipotético poderiam ter ocorrido diversas situações que implicassem essa perda<sup>127</sup>.

Basicamente, o carácter aleatório do resultado final do processo causal hipotético não permite que se preencha o pressuposto do nexo de causalidade pois não possibilita a afirmação de que a falta de informação foi *conditio sine qua non* da perda do benefício; o juiz, ao elaborar o juízo de adequação posterior (prognóstico objetivo), não pode concluir que a falta de informação foi causa do dano final, uma vez que o processo causal (hipotético) nunca se concretizou<sup>128</sup>. Voltando ao nosso exemplo, não é possível conceder uma indemnização ao pianista pela perda do benefício de vencer o concurso e gravar um CD por falta de nexo causal entre a falta da informação e a perda do concurso. O que o pianista poderá esperar, na melhor das hipóteses, é uma indemnização pela perda de chance de conseguir obter aquele benefício.

Do exposto, podemos retirar facilmente que os pressupostos da responsabilidade civil colocados em causa em casos de perda de chance são precisamente os pressupostos do dano e do nexo de causalidade.

---

<sup>126</sup> Que é o mesmo que dizer: não se sabe se o pianista teria conseguido obter o benefício que esperava, não fosse a falta de informação – ou seja, é impossível afirmar que a falta de informação foi causa jurídica do dano final. Cfr. PINTO, PAULO MOTA. “Perda de Chance Processual.” Revista de Legislação e Jurisprudência, Março - Abril de 2016 - Ano 145.º: 174 -201, p. 176.

<sup>127</sup> Ou seja, a falta de informação não foi *conditio sine qua non* do resultado desvalioso (o não vencer o concurso).

<sup>128</sup> Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 203: ‘*não se sabe se, retirado que fosse o facto de terceiro, a vantagem seria alcançada (ou perdida) ou a desvantagem seria efetivamente evitada (ou se se consumaria).*

A problemática que se coloca neste ponto é a de saber em qual destes dois pressupostos deve ser dogmaticamente enquadrada a teoria da perda de chance. Esta problemática dividiu a doutrina aceitante da teoria da perda de chance e deu origem à sua aplicação com base em dois métodos distintos, individualizados em duas teorias apelidadas por FRANÇOIS CHABAS<sup>129</sup> de *teoria verdadeira* (ou originária), em que se considera a perda de chance como um dano autónomo, passível de ser indemnizado autonomamente; *a teoria falsa* (ou da causalidade parcial), maioritariamente utilizada nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência (principalmente nos ordenamentos jurídicos francês, italiano<sup>130</sup> e nos ordenamentos jurídicos da *Common Law* mais representativos<sup>131</sup>), como modo de afrouxar a necessidade de prova do nexo de causal e, com base nisso, conceder uma indemnização parcial do dano final.

No fundo, se para as situações que anteriormente incluímos nos núcleos de casos de perda de chance em sentido amplo e perda de chance processual, o problema foi sendo resolvido através de uma consideração da perda de chance enquanto um dano autónomo do dano final – em que se desloca o problema da aleatoriedade, do pressuposto do nexo de causalidade para o pressuposto do dano –, já nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência, devido ao elevado grau de incerteza relativamente à ligação causal entre o dano final e a chance perdida, a perda de chance foi sendo aplicada como um método de aliviar as dificuldades de estabelecimento do nexo de causalidade entre o facto e o dano final.

Esta aplicação diferenciada parece ter origem na constatação da diferença de resultados práticos que o facto ilícito provoca: nos primeiros casos o facto ilícito parece provocar a interrupção de um processo causal hipotético, sobre o qual nunca se saberá o desfecho, uma vez que o lesado foi dele retirado<sup>132</sup>; já para o segundo tipo de casos, o que

---

<sup>129</sup> Cfr. CHABAS, FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 230.

<sup>130</sup> Cfr. FERREIRA, RUI CARDONA, “A Perda de Chance - Análise Comparativa e Perspetivas de Ordenação Sistemática.” *Revista O Direito*, 144 (2012): 29-58, pp. 34 e 42.

<sup>131</sup> *Vide* ponto 3.

<sup>132</sup> É o que acontece, por exemplo para o primeiro conjunto de casos, quando um piloto é impedido de participar numa corrida por qualquer facto ilícito de um terceiro: o processo causal hipotético em que o piloto participava na corrida foi efetivamente destruído; ao seu lado correu uma sucessão de eventos sobre a qual é impossível determinar qual teria sido o resultado, caso o piloto tivesse participado na corrida – *vide* ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 37. Pensamos poder concluir-se que a ideia fundamental se pode resumir da seguinte maneira: se o processo causal chegou a um fim no momento em que a chance é destruída, então esse é o dano final da causa, embora no global do processo, para efeitos de cálculo, seja considerado um dano intermédio e o seu cálculo esteja dependente do dano final que é a materialização do resultado indesejado – sobre esta questão, aprofundaremos mais à frente, *infra* ponto 4.6.

se nos depara é um processo causal que não foi interrompido ou alterado (por exemplo o da progressão de uma doença), mas que o poderia ter sido, não fosse o facto ilícito<sup>133</sup>. Em virtude do desenrolar observável deste processo causal, sabe-se de facto o resultado final do processo causal e qual o dano final sofrido (seja a impossibilidade de cura, seja a morte), restando a dúvida sobre qual a causa desse dano<sup>134</sup>. Essa dúvida é então colmatada através da responsabilização parcial ou, por vezes, até total<sup>135</sup>, pela produção do dano final, com base na probabilidade de verificação da chance destruída – e tendo por referente a criação culposa de um estado de perigo. Remate-se dizendo que a diferenciação dos casos é efetuada tendo ainda em conta a distinção entre a perda de *chance passadas* e a perda de *chances futuras*, sendo o juízo retrospectivo de adequação referente às primeiras estará ligado à perda de uma possibilidade passada e incerta de causar um dano, enquanto que aquele referente às segundas estará associado à (efetiva) reparação de uma chance perdida para o futuro<sup>136</sup>.

#### 4.5. A Perda de Chance Enquanto Elemento do Nexo de Causalidade: *Teoria Falsa*; Generalidades

A utilização da perda de chance enquanto método de atenuação da apreciação do nexo de causalidade surge historicamente ligada aos casos de responsabilidade civil médica, nomeadamente à decisão da *Cour d'Appelle de Grenoble* de 24 de outubro de

---

<sup>133</sup> O que o facto ilícito consubstanciará, nestes casos, será uma '*possibilité révolue et incertaine de causer le dommage*' (uma possibilidade passada e incerta que pode ter causado o dano), nas palavras de SAVATIER, RÉNE, "*Une Faute Peut-elle Engendrer la Responsabilité d'un Dommage Sans L'avoir Causé?*" Recueil Dalloz Sirey - Chronique, 1970: 123-126, p. 123.

<sup>134</sup> Em contraposição com o que ficou dito *supra* n. 132, nestes casos a perda de chance é efetivamente uma etapa de todo um processo ininterrupto que conduz à concretização do dano final, sem que este possa ser conexionado com aquela com segurança suficiente que permita admitir preenchido o pressuposto do nexo de causalidade, uma vez que no processo concorreram outras causas potenciais da produção do dano.

<sup>135</sup> Veja-se, por exemplo, a decisão do Cour d'Appel de Rennes, de 18 de outubro de 1971. Em linhas gerais, um jovem faleceu ao ser submetido a uma intervenção cirúrgica. No decorrer da intervenção, o próprio cirurgião administrou a anestesia ao paciente, sem garantir a presença do médico anestesista. O tribunal considerou provado que tal facto causou ao falecido uma perda de chance de sobreviver à intervenção – e com base nessa constatação, decidiu atribuir uma indemnização integral pelos danos sofridos pelo paciente. Não obstante, o médico recorreu da decisão, que veio a ser cassada pela Cour de Cassation (1er ch. civ.) a 27 de março de 1973, e reenviada para o primeiro tribunal de recurso, por falta de base legal. *Cfr.* PENNEAU, JEAN, "*Comentário à Decisão do Cour de Cassation (1er Ch. Civ.) de 27 de Março de 1973.*" Recueil Dalloz Sirey, 1973: 595—598, p. 595.

<sup>136</sup> *Cfr.* SAVATIER, RÉNE, *op. cit.*, p. 123-24. Na primeira situação a chance foi '*jogada*' e perdida, enquanto que na segunda situação a chance foi perdida, sem nunca ter sido '*jogada*'.

1962. Depois desta decisão, este método de utilização da perda de chance floresceu no ordenamento jurídico francês<sup>137</sup>.

Imagine-se o seguinte caso hipotético: um sujeito sofre uma queda num lance de escadas, facto que dá origem a graves lesões, nomeadamente uma lesão intracraniana severa. No entanto, o médico por quem é tratado no serviço de urgência não reparando em qualquer sinal externo de lesão na cabeça, dispensa a realização de um raio x, procedimento esse considerado padrão para este tipo de casos. Os restantes ferimentos do paciente são tratados normalmente e é-lhe dada alta no dia seguinte. No caminho para casa, o sujeito desmaia e é reconduzido imediatamente para o hospital, onde agora é realizado o exame preterido, ordenado por um médico diferente. O novo médico constata as graves lesões cerebrais causadas pelo acidente, mas neste momento o paciente já se encontra num estado de coma profundo, do qual se determina não haver hipótese de recuperar. Acaba por falecer alguns dias mais tarde. O caso é levado a tribunal. Em julgamento fica provado que a gravidade dos ferimentos cerebrais sofridos era tal que, mesmo que o raio x tivesse sido efetuado assim que o paciente chegou ao hospital no primeiro dia, havia apenas uma chance (comprovada estatisticamente) de 20% de evitar o falecimento.

Expomos este caso para explicitar de um modo prático de que maneira a problemática da perda de chance adquiriu, na responsabilidade médica, um sentido diverso dos restantes casos, o que, no fundo, foi o que levou à diferenciação no modo de tratamento de tais casos. Então: em primeiro lugar, temos um processo causal que não foi interrompido ou alterado por qualquer fator, mas que poderia ter sido – a progressão e efeitos da lesão craniana; em segundo lugar: o facto (neste caso um facto negativo, uma omissão), que poderia ter interrompido ou alterado o desfecho do processo causal, consubstancia um facto ilícito e culposo (a omissão em pedir um exame de diagnóstico considerado essencial); em terceiro lugar, temos um conjunto de fatores, além do facto ilícito, que podem ter sido a causa do dano, o que implica a impossibilidade de provar que o facto ilícito foi causa (jurídica) do dano; por último, temos que a perda de chance não implicou a interrupção do processo causal, não se podendo considerar a perda de chance como um dano autónomo sofrido e operar o seu ressarcimento integral (proporcional ao dano final), como nos restantes casos apontados.

---

<sup>137</sup> *Cfr.* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 241. Alastrou-se também ao campo da responsabilidade dos auxiliares médicos e dos serviços hospitalares – *Cfr.* BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.º 4.

Perante um caso destes, perante a dúvida sobre o carácter adequado da relação causal entre a culpa e o dano, o juiz diminui o valor da indemnização que atribui em função da probabilidade do facto ter sido ou não causa do dano<sup>138</sup>. Atende por isso à chance perdida no plano da causalidade, de modo a inferir qual a relevância que a perda pode ter tido na produção do dano.

#### 4.5.1. Da Aplicação da Perda de Chance no Plano da Causalidade – A Causalidade Parcial

Desde a primeira aplicação da perda de chance como modo de relaxar o vínculo causal exigido entre o facto e o dano, que tem havido alguma doutrina a pronunciar-se no sentido de esta ser a forma mais correta de o fazer<sup>139</sup>.

---

<sup>138</sup> Cfr. CHABAS, FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 238.

<sup>139</sup> Referimo-nos, entre outros, àqueles que cuja posição nos parece mais ter vingado: MAKDISI, JOHN, “*Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*” North Carolina Law Review, Vol. 67, n.º 5, 1989: 1063-1101, BORÉ, JACQUES, *op. cit.* ou ainda TUNC, ANDRÉ. “*Obligations et Contrats Spéciaux*” in *Révue Trimestrielle de Droit Civil*, 1963: 326-363, p. 334-5 e também ALCOZ, LUIS MEDINA, *op. cit.*, especialmente pp. 73 e ss. Entre nós, FERREIRA, RUI CARDONA, em *Indemnização do Interesse Contratual ... cit.* vem advogar uma via diferente, também no plano da causalidade, que se prende com uma aproximação da imputação objetiva no direito penal e a causalidade no direito civil e que acaba por embocar (em termos indemnizatórios) numa ideia semelhante à da causalidade parcial. Advoga este autor (*op. cit.*, pp. 344 e ss.) (pelo menos) nas situações de que se ocupa (de responsabilidade civil no âmbito da contratação pública), a invocação da teoria da conexão do risco para efeitos de imputação objetiva na responsabilidade civil. No fundo, parece-nos (e abstraindo dos casos em específico estudados pelo autor), a ideia será a de que se um facto criar (ou aumentar) um risco proibido, e este se vier a materializar, então, civilmente, o autor do facto deverá ser responsabilizado. Importando isto para a perda de chance, o facto que causa a mesma estará a criar (ou aumentar) um risco não permitido, sendo que se o mesmo se vier a materializar, os danos daí emergentes devem ser suportados pelo autor do facto. O autor sustenta a sua posição com base na (relativa) ineptidão da *causalidade adequada* para resolver os problemas que se colocam em sede de responsabilidade civil (*op. cit.*, pp. 329 e ss.) e no facto de a própria *causalidade adequada* aceder, em parte, à ideia de risco, mormente no que se refere à sua *formulação negativa* (*op. cit.*, p. 331). Em suma, o facto que provocar a perda de uma chance estará a criar ou a aumentar um risco. Uma vez materializado esse risco (no acontecimento indesejado), a fundamentação para atribuir uma indemnização encontrar-se-à precisamente nesse aumento ou criação de risco. Não podemos concordar com a posição assumida por este autor. Em primeiro lugar, fazemos apelo ao que ficou dito *supra*, n. 95. Rematamos com a ideia de que a formulação negativa de causalidade adequada é, em sede de responsabilidade civil, suficiente para operar com segurança a imputação de um facto a um dano, ficando a teoria da conexão do risco além das necessidades e finalidades deste instituto. Isto porque, segundo cremos, a responsabilidade civil contende com uma parcela da realidade social muito distinta (embora com pontos de contacto) daquela tutelada pelo direito penal – tanto assim é que a responsabilidade civil tem uma função ressarcitória, em contraponto com as finalidades de prevenção geral e especial que predicam o direito penal – mas, ao mesmo tempo, um ilícito penal pode gerar responsabilidade civil. O direito penal exige, para que o resultado seja imputável à ação, que o mesmo tenha criado um risco proibido e que se tenha vindo a materializar no resultado típico (*cfr.* DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 331). Porém, a ressalva de que o risco tem de ser proibido, exclui do âmbito de risco proibido, todo o risco geral de vida (DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 334). Ora a responsabilidade civil move-se, em parte, precisamente no domínio deste *risco permitido* do direito penal, sancionando a sua concretização – pense-se nos casos de responsabilidade objectiva e tome-se o seguinte exemplo de responsabilidade por acidente causado por veículo (artigo 503.º do

---

Código Civil): ‘K’ encontrava-se a conduzir numa localidade, abaixo do limite de velocidade, tomando todas as cautelas devidas. Certo indivíduo atravessa a estrada, na passadeira, mas quase em simultâneo com o momento em que ‘K’ se encontrava a cruzar aquele local, o que não lhe deixou qualquer tempo para reagir. Em virtude do acidente, o indivíduo sofre danos corporais. ‘K’ será objetivamente responsabilizado segundo a aplicação da formulação positiva (neste caso em concreto – vide ponto 2.1.5.) da causalidade adequada (não obnubilando a possibilidade da indemnização ser reduzida ou excluída com base no artigo 570.º do Código Civil). No entanto, não o seria se fosse utilizado o ‘terceiro degrau’ da imputação objectiva do resultado à conduta utilizado no direito penal, uma vez que a sua conduta não implicou qualquer criação ou aumento de risco proibido – e isso implicaria a frustração da finalidade da responsabilidade civil, ou seja, o ressarcimento do lesado. Note-se, contudo, que não queremos afirmar peremptoriamente que à responsabilidade civil não pode ser incrustada uma função secundária preventiva da criação de risco; o que queremos dizer é que o modo que tem de o fazer já se encontra previsto (precisamente o instituto da responsabilidade objetiva – ou pelo risco) e que a sua finalidade primária deve ser o ressarcimento do lesado. Ao que nos parece, a aplicação da teoria da conexão do risco à responsabilidade civil implicaria necessariamente uma mudança de polo a nível da sua finalidade primária, que passaria a ser a preventiva e punitiva. Ora tal mudança parece ser de descartar por completo, uma vez que conferir uma função preventiva/punitiva a um instituto cujo âmbito de aplicação é tão vasto iria implicar necessariamente insegurança jurídica, um abrandamento do comércio jurídico e, arriscamos mesmo a dizer, medo na atuação no seio da vida em sociedade. O direito penal tem em vista a proteção dos bens jurídicos de maior valor (bens jurídicos penais) contra atos que impliquem a sua violação, através da imposição de sanções extremamente lesivas dos Direitos, Liberdades e Garantias constitucionais do sujeito a quem se destinam. Nesse sentido, e em ordem a garantir, com a máxima cautela, que uma sanção penal não é injustamente aplicada, justifica-se a existência da teoria da conexão do risco, enquanto degrau último da imputação objetiva do resultado à conduta, mormente quando a referida sanção pode ser aplicada julgando como causa de um dano um facto que só provavelmente o poderia ter sido. É preciso ainda entender que a teoria da conexão do risco exige que o risco potenciado se tenha materializado. É certo que à primeira vista se poderia afirmar que, à luz da aplicação da teoria da conexão do risco aos casos de perda de chance, perda que esta estivesse, e verificado que estivesse o dano final, estaria aberta a porta à concessão de uma indemnização. Mas não podemos deixar de mencionar que, num caso de perda de chance, a falta de ligação causal entre o facto e o dano final implica que existam diversas outras causas que podem, de facto, ter provocado o dano (imagine-se que uma chance perdida representava 30% de probabilidades de se vir a evitar certo resultado; os restantes 70% estarão indubitavelmente ligados a outros factores que igualmente podem ter sido causa do dano final sofrido). Então, pela aplicação da teoria da conexão do risco à responsabilidade civil, mormente a casos de perda de chance, seria quase impossível provar que foi aquele aumento de risco que se materializou efetivamente no dano final, caindo-se nos casos a que a doutrina penal chama de *comportamentos lícitos alternativos* (DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 337). Este género de casos levanta a problemática de saber se, mesmo que o facto ilícito não se tivesse verificado e o dano final tivesse *possivelmente, provavelmente, ou mesmo com certeza* ocorrido, ainda deve afirmar-se a imputação do dano ao facto. Para um dos universos deste tipo de casos, se se demonstrar seguramente que o resultado teria tido lugar mesmo sem o facto ilícito, então a imputação deve ser negada. Já nos casos em que não se demonstra que, sem o facto ilícito, apenas era provável ou possível que o dano tivesse lugar, dependendo do grau de dúvida ou certeza do juiz, deverá operar ou não o princípio *in dubio pro reu*. Consequentemente, se o juiz não duvidar de que existiu a potenciação do risco e a sua efetiva materialização no dano final, então deverá ignorar o *comportamento lícito alternativo* e condenar o agente, por concluir existir imputação objetiva do resultado à conduta (DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 338). Transpor tal conclusão para a responsabilidade civil, implicaria duas consequências: a primeira, será a de que, demonstrada que estivesse a potenciação e materialização do risco, o lesante seria impreterivelmente sempre condenado pela totalidade do dano final, por se estar perante uma prova inexorável do nexo de causalidade; a segunda, a de que se estaria perante uma condenação cuja indemnização integral teria como fundamento, um facto que não foi a sua causa (jurídico-civilmente falando). E também aqui consideramos que falha o raciocínio de CARDONA FERREIRA, ao desconsiderar que a aceitação da teoria da conexão do risco implicaria, na responsabilidade civil, o estabelecimento de um nexo de causalidade seguro, quando em concreto houvesse apenas algum grau de probabilidade de o facto ser causa do dano. Pense-se no seguinte caso: uma conduta negligente de um médico provoca a um paciente a perda de chance de sobrevivência de 20%. Segundo a aplicação da teoria da conexão do risco, se o juiz da causa considerasse que não havia dúvida de que o risco foi potenciado e se materializou em virtude do facto ilícito, estaria estabelecido um nexo de causalidade entre o facto e o dano, e o médico deveria ser responsabilizado pela totalidade do dano final, e não em função da probabilidade da chance perdida (contrariamente àquilo que CARDONA FERREIRA propugna, *op. cit.*, p. 354-5). Em suma, quer



A primeira premissa que serve de base à resolução dos casos de perda de chance com base numa causalidade parcial é a de que o valor da indemnização deve ser limitado pelo valor da chance perdida. Assim, o escopo da reparação será o ressarcimento da chance perdida<sup>140</sup>. Com efeito, esta premissa comporta duas conclusões necessárias: em primeiro lugar a de que, sendo um facto apenas causa provável de um dano, podem existir outras causas concorrentes para a produção desse dano; em segundo lugar, a de que essas múltiplas causas são independentes entre si, o que pode implicar a responsabilização parcial de mais do que um agente, na proporção da relação de probabilidade que o facto por si praticado tenha com o dano final<sup>141</sup>. Assim, nunca a qualquer um dos factos poderá corresponder uma indemnização integral do dano, uma vez que nenhum deles é *conditio sine qua non* do dano.

A segunda premissa na qual se baseia o método de aplicação da perda de chance em análise, prende-se com a desconsideração da perda de chance enquanto um dano autónomo, com o fundamento de que, a partir do momento que o juiz considera a perda de chance, deve deixar de olhar para um determinado acontecimento enquanto um dano, para passar a analisar a ligação provável que esse mesmo acontecimento tem com o dano final<sup>142</sup>. Exemplifique-se: uma estudante é atropelada durante a época de exames, na véspera de prestar uma prova escrita em época de recurso. Em consequência do atropelamento, partiu a mão com a qual escrevia, e por isso não pôde realizar a prova nesse ano letivo – perdendo, portanto, a chance de obter aprovação à cadeira a que ia prestar prova. O que se advoga na teoria em análise é que o dano da mão partida é visto como um dano autónomo, mas apenas enquanto dano corporal. Quando se passa a analisar a causa em relação à chance perdida de obter aprovação na prova escrita, o dano da mão partida irá ser visto enquanto modo de aferir a ligação causal entre o facto (o atropelamento) e o dano propriamente dito (a reprovação no exame). Assim, o dano da perda de chance e o dano final não se distinguem. São o mesmo. Tal constatação implica também que nem quantitativamente haja diferença entre um dano e o outro<sup>143</sup>. De tal modo, o prejuízo da perda de chance será meramente um ‘atalho’ de medida do nexos causal entre o facto ilícito

---

pela racionalidade inerente ao instituto da responsabilidade civil, imensamente diferente (a nosso ver) daquela que preside ao direito penal, quer pela sua inaplicabilidade, em concreto, aos casos de perda de chance, não nos parece ser de aplicar a teoria da conexão do risco à responsabilidade civil.

<sup>140</sup> Cfr. BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.º 7 a 9.

<sup>141</sup> Cfr. BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.º 9 a 11.

<sup>142</sup> Cfr. BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.º 13.

<sup>143</sup> Cfr. BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.º 14.

e o dano final<sup>144</sup>. Faz-se ainda o reparo de que a aceitação da perda de chance enquanto um dano autónomo levaria, por maioria de razão, à sua indemnização quando não existisse dano final<sup>145</sup>.

Criticando a insuficiência da teoria da *causalidade adequada*, afirma-se que, embora esta teoria deite mão a um juízo de probabilidade, ela não lhe atribui (à probabilidade) valor autónomo; fá-lo de modo a aceder a um grau de certeza que tem por suficiente para afirmar o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Desta maneira, resulta apenas possível atribuir uma indemnização pela totalidade do dano final sofrido, uma vez que só perante aquele juízo de certeza sobre o nexo de causalidade se torna viável (juridicamente) imputar o facto ao dano. Afirma-se, pois, que em ordem a resolver os casos de perda de chance, é necessário fazer uso de uma conceção de causalidade que tenha em conta as especificidades da vida real, e que alie a lei causal e a lei do aleatório<sup>146</sup>. Para tanto, será preciso desconsiderar a *conditio sine qua non* para determinar a conceção de causa.

O resultado será, na prática, o de que o juiz, ao analisar a chance perdida, não sairá do terreno da causalidade. Ao invés, utilizará a probabilidade estatística para revestir o seu juízo de uma certeza razoável e quantitativamente apreciável acerca do nexo de causalidade entre o facto e o dano. E tendo em conta o valor reconhecido ao método estatístico<sup>147</sup>, será de assentir na incorporação da aleatoriedade no estudo da causalidade jurídica, de modo a determinar o grau de correlação do facto com o dano e assim determinar o valor da indemnização com base nos dados fornecidos pela prova científica-estatística. Não será de aceitar, conseqüentemente, a premissa de que uma teoria de causalidade parcial seja o ‘*paraíso para o juiz indeciso*’<sup>148</sup>, uma vez que o juiz só se poderá pronunciar no sentido de conceder uma indemnização parcial se fundar o seu juízo na referida prova científica-estatística. Realça-se que no fundo, essa concessão baseada em dados estatísticos, não andarão muito longe da solução adotada em casos mais simples, uma vez que os juízos de experiência comum e normalidade social também se baseiam numa

---

<sup>144</sup> Cfr. BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.º 15 : ‘*le préjudice résultant de la perte d’une chance est donc un préjudice raccourci à la mesure du lien de causalité probabli que unit le fait générateur de responsabilité au préjudice final*’.

<sup>145</sup> Cfr. MAKDISI, JOHN, *op. cit.*, p. 1092.

<sup>146</sup> Cfr. BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.º 23.

<sup>147</sup> Cfr. BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.º 25.

<sup>148</sup> ‘*Paradis des juges indécis*’, BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.º 25. A expressão original é de RÉNE SAVATIER, *vide infra*, n. 167.

'*correlação estatística pré-científica*'<sup>149</sup> para determinar o nexo de causalidade – apenas essa determinação é feita de modo qualitativo, ao contrário da análise quantitativa propugnada pela doutrina em análise.

Além das características transversais aos casos de perda de chance e a característica de ressarcibilidade que tem de ser reconhecida à chance (a existência de uma chance real e séria), esta doutrina impõe ainda como requisitos à possibilidade de reparação da chance perdida, a perda certa da vantagem esperada pelo lesado e a inexistência de um contrato entre as partes que determine especificamente uma contrapartida para a possibilidade de perda de chance<sup>150</sup>.

A determinação do *quantum* indemnizatório<sup>151</sup> é efetuada aliviando o valor da indemnização na medida da dúvida sobre o nexo de causalidade. Então, se se estabelece como provado que a chance perdida representava uma probabilidade de 60% de evitar o resultado final indesejado, então facto ilícito que provocou a sua perda deve considerar-se como causa parcial do dano final, na medida desses mesmos 60%. Por isso, o valor da indemnização corresponderá a 60% do valor do dano final<sup>152</sup>.

#### **4.5.2. Racionalização da Causalidade Parcial**

A aplicação da perda de chance à luz da causalidade parcial parte da mesma razão de aproximação do instituto da responsabilidade civil às exigências que a aplicação prática do Direito invoca e, como a sua aplicação à luz do entendimento da perda de chance como dano autónomo, prende-se com uma indissociável ideia de aplicação justa do Direito, na medida de alargar a proteção do instituto a situações que caso não fossem sancionadas, constituiriam uma afronta ao sentido geral de justiça. Mais especificamente, a causalidade parcial surge como modo de, nas ações por responsabilidade civil médica, contornar as graves dificuldades probatórias do nexo de causalidade, quando aquilo a que o facto ilícito

---

<sup>149</sup> A expressão é de SILVA, RAFAEL PETEFFI DA, *Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p.56.

<sup>150</sup> Cfr. BORÉ, JACQUES, *op. cit.*, n.ºs 34, 29 e 31.

<sup>151</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre a determinação do *quantum* indemnizatório nos ordenamentos jurídicos da *Common Law* mais representativos, onde a perda de chance é enquadrada dogmaticamente no plano da causalidade, *vide infra* ponto 4.6.2.

<sup>152</sup> MAKDISI, JOHN, *op. cit.*, p. 1065.

deu origem foi apenas à diminuição das probabilidades de o resultado final indesejável se vir a evitar<sup>153</sup>, fugindo à regra do ‘*tudo ou nada*’ na concessão de uma indemnização<sup>154</sup>.

No entanto, nos ordenamentos da *Common Law*, onde é mais recorrente a análise económica do Direito, e o entendimento de que a *Tort Law* tem uma função punitiva/preventiva, a racionalização da aplicação da causalidade aos casos de perda de chance ganha contornos diversos. Desde logo, a responsabilidade civil é analisada à luz do seu efeito dissuasor (o chamado *deterrence*). Partindo da premissa de que um comportamento é ineficiente enquanto constituir um prejuízo para a sociedade (quando os seus custos para a sociedade ultrapassarem os seus benefícios), o sistema de responsabilidade civil na *Common Law* impõe a determinado agente os custos do seu comportamento ineficiente – criando assim o *deterrence of inefficiency* (dissuasão do comportamento ineficiente)<sup>155</sup>. Subjacente ao *deterrence of inefficiency* está a responsabilização pelo comportamento negligente (*negligence*) e a responsabilidade objetiva (*strict liability*), figuras às quais é conferida a finalidade de prevenir os danos e punir quem os provoca. Às regras da responsabilidade por *negligence* e *strict liability* são apostas fórmulas matemáticas para determinar se o valor do benefício da conduta é superior ao valor da probabilidade de perdas. No caso da *negligence* quando o valor do benefício fica aquém deste último valor, então considera-se existir um prejuízo para a sociedade, pelo que o agente é responsabilizado pelos danos decorrentes do seu comportamento negligente<sup>156</sup>. O *strict liability* impõe uma obrigação de indemnizar independentemente de culpa. A responsabilização segundo os parâmetros de *negligence* ou *strict liability* segue o *more likely than not standard of proof*<sup>157</sup>, que implica que o juiz possa considerar provado o nexo de causalidade entre o facto e o dano, sempre que haja uma maior probabilidade de o facto ter sido causa do dano, que não ter sido – concedendo a totalidade ou nada do valor do dano final.

Tendo em mente o efeito de dissuasão subjacente ao instituto da responsabilidade civil (*Tort Law*) na *Common Law*, considera-se, através de extensos cálculos matemáticos

---

<sup>153</sup> Essencialmente nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica.

<sup>154</sup> Cfr. ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 40.

<sup>155</sup> Cfr. MAKDISI, JOHN, *op. cit.*, p. 1067.

<sup>156</sup> Cfr. MAKDISI, JOHN, *op. cit.*, pp. 1067-8. Portanto, na teoria, um homem médio não agirá (aqui está o efeito *deterrence*) se calcular que o benefício que irá ter será menor que o valor da probabilidade do prejuízo que pode criar.

<sup>157</sup> Sobre este *standard of proof* vide pontos 3. e 4.6.2.

que o provam<sup>158</sup>, que a aplicação da teoria da causalidade parcial possui uma maior carga de dissuasão que as regras de *negligence* ou *strict liability*.

Não obstante, é utilizado ainda um argumento de justiça e de proporcionalidade: a causalidade parcial é encarada como um método mais perfeito aferir o nexo de causalidade e determinar o *quantum* indemnizatório, nomeadamente quando comparada aos resultados da aplicação dos restantes *standards of proof*<sup>159</sup>. Com efeito, a aplicação da causalidade parcial aos casos de perda de chance resultará na exata proporcionalidade entre a probabilidade de o facto ter sido causa do dano e o valor do dano efetivamente sofrido.

Por outro lado, faz-se também referência ao facto de haver outros casos, além dos casos de perda de chance, em que, ante uma incerteza sobre qual a causa adequada do dano, se recorre a um juízo de probabilidade para reconhecer uma indemnização parcial, como sejam os casos de responsabilidade por dano causado por membro indeterminado do grupo ou ainda casos da chamada *Market Share Liability*<sup>160</sup>.

Por fim, chama-se à atenção para o facto de que, aceitando a resolução dos casos de perda de chance através da sua consideração como um dano autónomo, deveria ser aceite o ressarcimento do dano de perda de chance sempre que o mesmo se verificasse, independentemente da concretização do resultado final<sup>161</sup>.

#### **4.5.3. Crítica à Aplicação da Causalidade Parcial – Teoria Divisionista e Teoria Unitária**

A resolução de casos de perda de chance, nomeadamente no domínio da responsabilidade civil médica, através da aplicação da teoria da causalidade parcial, principalmente no ordenamento jurídico francês, gerou uma acesa discussão – tanto assim foi que surgiu uma contracorrente à aplicação da perda de chance no âmbito da responsabilidade médica, que não só rejeita a aplicação da teoria da causalidade parcial, como ainda declina que nesse âmbito se possa considerar existir um dano autónomo de perda de chance.

---

<sup>158</sup> Cfr. MAKDISI, JOHN, *op. cit.*, pp. 1070-3.

<sup>159</sup> Cfr. MAKDISI, JOHN, *op. cit.*, pp. 1073-5. Vide também ponto 4.6.2.

<sup>160</sup> Cfr. ALCOZ, LUIS MEDINA, *op. cit.*, pp. 73 e ss.

<sup>161</sup> Cfr. MAKDISI, JOHN, *op. cit.*, pp. 1092. Tendo em mente o que ficou dito sobre a relatividade da autonomia da chance (*supra* 4.2.) e o que veremos sobre a autonomia do dano da perda de chance (*infra* 4.6.1.) não nos parece que este argumento seja sustentável.

A chamada teoria divisionista<sup>162</sup> rejeita que haja um dano autónomo de perda de chance nos casos de responsabilidade civil médica, com base no raciocínio<sup>163</sup> de que nesses casos, uma vez que o processo causal não foi interrompido – e por isso chegou ao seu termo –, a única incógnita que existe recai sobre a relação causal entre o facto e o dano, o que não permite desde logo autonomizar a perda de chance do resultado final (considerá-la um dano autónomo), como ainda não coloca sérias dificuldades na determinação, com suficiente grau de certeza, da causa do dano (se o facto ilícito, se o normal decorrer da doença)<sup>164</sup>.

Em relação à utilização da causalidade parcial para resolver este tipo de casos, a teoria divisionista afirma peremptoriamente que a mesma, além de contrária ao direito positivo, é completamente arbitrária quando se propõe a considerar e isolar um dano intermédio para sustentar a ligação (probabilística) causal do facto com o dano final, quando, na realidade, está perante um processo causal que se desenrolou até ao fim, sobre o qual se sabe o completo desenrolar e sobre o qual, a questão que se coloca, é uma questão eminentemente de reparação do prejuízo final<sup>165</sup>.

Assevera por isso que a atribuição de uma indemnização nos moldes propugnados pela causalidade parcial será o paraíso dos juízes indecisos<sup>166</sup>, na medida em que aumenta indesejavelmente o alcance conferido ao juiz para decidir sobre a concessão de uma indemnização, sem que tenha formulado um juízo o mais perfeito possível sobre a consistência do nexos de causalidade, em vez de pugnar pela maior certeza sobre a descoberta da verdade material. Constituirá, basicamente, um artifício puramente verbal através do qual se pretende resolver, em sede de dano (de cálculo do montante

---

<sup>162</sup> ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 36 (que apelida as posições de teoria divisionista e teoria unitária). O apelido ‘*divisionista*’ da primeira vem da separação que os seus autores operam entre os casos de perda de chance na responsabilidade civil médica e todos os restantes, recusando, de todo, qualquer aplicação figura (seja por meio da sua consideração como dano autónomo seja pela sua consideração como dano intermédio que permite aliviar as necessidades de estabelecimento do nexos de causalidade, possibilitando a indemnização parcial – causalidade parcial) aos casos de responsabilidade civil médica. O apelido ‘*unitária*’, da segunda, prende-se com o facto de esta não operar tal divisão, considerando todos os casos de perda de chance incluídos no mesmo âmbito de aplicação da perda de chance como um dano autónomo.

<sup>163</sup> Exposto *supra*, ponto 4.4. *in fine*. Vide também, nesse sentido, SAVATIER, RÉNE, “*Une Faute Peut-elle Engendrer la Responsabilité d'un Dommage Sans L'avoir Causé?*” Recueil Dalloz Sirey - Chronique, 1970: 123-126, p. 124.

<sup>164</sup> Cfr. PENNEAU, JEAN, *La Responsabilité du Médecin*, Sirey: Dalloz, 1992, p. 32.

<sup>165</sup> Cfr. PENNEAU, JEAN, *op. cit.*, p. 33. SAVATIER, RÉNE, *op. cit.*, p. 124. Nas palavras deste último autor: ‘... *l'infirmité ou la mort son survenues. Il ne s'agit plus de chances, mais de faits accomplis*’.

<sup>166</sup> Cfr. SAVATIER, RÉNE, *op. cit.*, p. 125.

indemnizatório), um problema que se coloca a nível de determinação do nexu causal<sup>167</sup>, que será utilizado pelo juiz quando este não consiga formular um juízo de certeza sobre esse mesmo nexu. Tal prática terá como consequência um crescente sentimento de insegurança na prática médica (e, a aceitar-se o alargamento do âmbito da sua aplicação, na generalidade das atividades), que implicará a progressiva paralisação da atuação dos profissionais da medicina<sup>168</sup>. A conclusão é, no fundo, a de que a doutrina da perda de chance não deve ser aplicada aos casos de responsabilidade civil médica em caso algum.

Do mesmo lado da ‘barricada’ relativamente à aplicação da teoria da causalidade parcial, mas clamando pelas virtualidades da aplicação da perda de chance enquanto dano autónomo na responsabilidade civil médica deparamo-nos com a teoria unitária<sup>169</sup>. Do mesmo modo que o faz a teoria divisionista, a teoria unitária rejeita a aplicação da causalidade parcial na resolução dos casos de perda de chance no âmbito da responsabilidade civil médica, mas não declina que esses casos possam ser resolvidos através da consideração da chance enquanto um dano autónomo.

Os apoiantes desta teoria<sup>170</sup> afirmam, por isso, que a distinção feita, pela teoria divisionista, entre os casos clássicos de perda de chance e os casos que envolvem responsabilidade civil médica (e por isso entre chance passada e chance futura) não deve subsistir, desde logo porque um dos requisitos que se coloca à concessão da indemnização por perda de uma chance é o de que a perda tenha sido definitiva – o que implica que qualquer chance seja passada, no momento em que é avaliada em juízo<sup>171</sup>. Assim, o necessário para considerar um dano autónomo de perda de chance nos casos de responsabilidade civil médica será à constatação de que o doente tinha, efetivamente, no momento da intervenção médica, uma chance de cura ou sobrevivência que, pela omissão do médico, não foi ‘jogada’<sup>172</sup>.

---

<sup>167</sup> Cfr. PENNEAU, JEAN, *op. cit.*, p. 31.

<sup>168</sup> Cfr. SAVATIER, RÉNE, *op. cit.*, p. 125 *in fine*.

<sup>169</sup> Cfr. ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 44.

<sup>170</sup> Entre os quais: CHARTIER, YVES. *La Réparation Du Préjudice*, Paris: Dalloz, 1983; KING, JOSEPH, *op. cit.*, e também “*Reduction of Likelihood' Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine*” *University of Memphis Law Review*, Winter, 1998: 492-560; DURRY, GEORGES, “*Responsabilité Civile*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1967: 153-183, em especial p.181-3, e ainda DORSNER-DOLIVET, ANNICK, “*Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation, 1er Chambre Civ., de 17 de novembro de 1982*” *Recueil Dalloz Sirey - 22e Cahier Jurisprudence*, 1984: 305-308. Entre nós *vide* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, e ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*.

<sup>171</sup> Cfr. CHARTIER, YVES, *op. cit.*, p. 37.

<sup>172</sup> Cfr. CHARTIER, YVES, *op. cit.*, p. 38.

Contrariando o entendimento de que o apelo à perda de chance de cura ou sobrevivência consubstanciaria uma transformação na natureza da obrigação do médico, que deixaria de ser uma obrigação de meios, para ser uma obrigação de resultados<sup>173</sup>, realçam os autores defensores da teoria unitária<sup>174</sup> que tal desvirtuamento daquela natureza não tem lugar. Com efeito, defende-se que apenas a aplicar a doutrina da perda de chance sob o prisma da causalidade parcial se obterá esse efeito: se o médico está obrigado a empregar todos os meios ao seu dispor, para proporcionar ao doente as melhores possibilidades de vencer uma doença, então a omissão desses deveres não poderá ter como consequência a morte (ou não recuperação) do paciente, mas sim a perda das chances

---

<sup>173</sup> Entendimento defendido por FRANÇOIS CHABAS, *vide* CHARTIER, YVES, *op cit.*, p. 37, n. 211. A distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultados foi proposta por DEMOGUE, RENÉ, *Traité des Obligations en Général, I - Sources des Obligations*, Tomo V. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, pp. 536 e ss.. Esta distinção, apesar de possuir aquilo a que alguns autores chamam de meramente conceptualista, *vide* MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, vol. II, p. 476, reveste-se de uma grande importância na medida em que permite perceber que há efetivamente obrigações nas quais o obrigado se compromete a empregar todos os meios ao seu alcance para alcançar determinado resultado, sem que se garanta no entanto esse mesmo resultado (obrigações de meios), ao mesmo tempo que há obrigações em que o obrigado se compromete a apresentar um resultado determinado, sendo que da não obtenção desse resultado pode derivar responsabilidade civil do obrigado – *Cfr.* GUERRA, ANDRÉ FONSECA, *Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico-estético*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 103-4. As obrigações do médico e do advogado devem incluir-se no grupo das obrigações de resultado, uma vez que nem um nem o outro podem garantir a cura ou o ganho de uma ação (respetivamente), já que o que está nas suas mãos não é a efetiva cura da doença ou o resultado de uma ação à partida, mas sim o emprego de todos os meios ao seu dispor para alcançar o resultado pretendido – o que distingue no fundo os dois tipos de obrigações é a aleatoriedade do resultado, *Cfr.* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, pp. 90 e 93 e ss.. Como a autora refere, (pp.103 ss.) esta distinção pode traduzir um agravamento da posição do credor da obrigação de meios face a outros credores, uma vez que este credor, à partida, não irá beneficiar da presunção de culpa prevista no artigo 799.º n.º1 do Código Civil, da mesma maneira que um credor de uma obrigação de resultados – o que conduz, na prática, a que seja da responsabilidade do credor provar a falta do resultado pretendido e ainda a falta do cumprimento dos deveres de diligência e cuidado requeridos pela *leges artis* (o que em casos de responsabilidade civil médica se pode tornar numa verdadeira *diabolica probatio*, cabendo ao devedor provar a inexigibilidade desse mesmo comportamento, de forma a ilidir a presunção de culpa - *cfr.* Acórdão da Relação de Lisboa de 29-10-2013). Não concorda com esta posição ROMANO MARTINEZ (*op. cit.* pp. 476 ss), afirmando a superação desta distinção, concluindo que todas as obrigações têm um resultado a atingir, sendo esse resultado, no caso da obrigação médica, o resultado concreto da sua atividade, rematando que por isso não pode haver entendimentos diferentes em relação à presunção de culpa prevista no artigo 799.º do Código Civil, devendo esta aplicar-se sempre. Também nesse sentido aponta VAZ SERRA, no seu “*Provas (Direito Probatório Material)*”, Boletim do Ministério da Justiça n.º 110, 1961, pp. 165 e ss., que afirma que, se em consequência da falta culposa (do médico) se criou uma situação de prova do nexo causal extremamente difícil para o lesado, então o ónus da prova se deve inverter (basicamente o autor pugna por um princípio segundo o qual o ónus da prova se deve inverter quando for inexigível ao onerado que faça a prova). Tendemos a concordar com a posição destes últimos autores, na medida em que consideramos não se justificar a não aplicação da presunção de culpa prevista no citado artigo do Código Civil. Especificamente em relação à posição de VAZ SERRA, não obstante ser revestida de toda a lógica, de um ponto de vista de justiça não só substantiva como também adjetiva, entendemos que, pelo menos *de iure condito* não deve funcionar a inversão do ónus da prova em casos de responsabilidade civil extracontratual, por falta de previsão legal expressa nesse sentido.

<sup>174</sup> Nomeadamente CHARTIER, YVES, *op cit.*, p. 37-8 e DURRY, GEORGES, *op. cit.*, p. 182.



associadas ao procedimento omitido. Consequentemente, o facto ilícito e culposo do médico não poderá ser conexionado ao dano morte (ou não recuperação), mas sim ao dano de perda de chances de evitar o resultado indesejado<sup>175</sup>.

Tentando demonstrar que não existe realmente uma diferença prática entre os casos de interrupção e não interrupção do processo causal (portanto, os casos clássicos de perda de chance e os casos de perda de chance na responsabilidade civil médica), e que por isso deve ser devida uma indemnização por dano de perda de chance nos casos em que não existe interrupção do processo causal, JOSEPH KING criou um exemplo composto por cinco variações, ao qual chamou '*Bean Jar Paradigm*'<sup>176</sup>. Em linhas gerais, temos uma concorrente que irá tirar um feijão de um saco feijões. Se o feijão retirado for dourado, ganhará um prémio de 100.000 dólares; se for azul, não receberá nada. Nas três primeiras variações, o resultado do facto ilícito coloca-nos sempre perante um caso clássico de perda de chance, nos quais algo faz à concorrente perder a hipótese de subtrair um feijão do saco. Nas duas últimas variações, a concorrente chega a retirar o feijão do saco, mas por algum facto posterior, não nos é possível saber qual a cor do feijão retirado. O propósito de JOSEPH KING com estas duas últimas variações foi o de demonstrar a semelhança das consequências a nível de juízo de prognose póstumo que a perda de chance provoca, quer se esteja perante um dos casos clássicos ou um dos casos de não interrupção do nexo causal. Essa semelhança encontra-se na impossibilidade de conhecimento sobre qual seria o normal desenrolar dos factos, não fora o comportamento desvalioso do lesante<sup>177</sup>. Com base nessa semelhança, justificar-se-ia então a desconsideração do enquadramento da perda de chance a nível da causalidade (e, portanto, preterindo a causalidade adequada), para se efetuar antes ao nível do dano, em todos os casos, tendo como referente racional comum o facto de ter sido o comportamento do lesante a dar origem a um conhecimento imperfeito dos factos.

Por último, refira-se também a crítica feita à aplicação da causalidade parcial (em detrimento da autonomização do dano da perda de chance) no efeito psicológico adverso que pode decorrer para um condenado: será preferível para um condenado (especificamente para um médico), de um ponto de vista psicológico que, na ausência de certeza sobre o nexo causal entre o seu facto ilícito e o dano, ser condenado por ter

---

<sup>175</sup> Cfr. DURRY, GEORGES, *op. cit.*, p. 182-3.

<sup>176</sup> Cfr. KING, JOSEPH, "*Reduction of Likelihood* ...", pp. 516 e ss.

<sup>177</sup> Cfr. ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 75.

provocado o dano da perda de uma chance (de cura ou sobrevivência), em contraposição a ser condenado pelo dano morte, mesmo que parcialmente, uma vez que o condenado (médico) sabe, à partida, que pode não ter provocado<sup>178</sup>.

Da nossa parte, a causalidade parcial é de rejeitar, além dos argumentos enumerados *supra*, por poder implicar uma relativização demasiado elevada daquilo que pode ou não ser considerado como causa (jurídica) do dano e abrir as portas à constante responsabilização parcial por danos que, utilizando a teoria da causalidade adequada, teriam como causa (jurídica) o facto ilícito praticado pelo lesante – levando à confusão entre o conceito de causa adequada e de condição. Acima daquilo que foi dito, tendo em conta a formulação de causalidade legalmente estatuída no nosso ordenamento jurídico, sempre se dirá que uma aplicação da causalidade parcial será sempre contrária à lei, por não se coadunar com a teoria da causalidade adequada.

#### **4.6. A Perda de Chance Como Dano Autónomo – Teoria Originária**

Seguindo a linha de pensamento de FRANÇOIS CHABAS, o que este autor reclama<sup>179</sup> é que o elemento de aleatoriedade que parece predicar o processo causal deve ser tido como parte integrante do próprio conceito de dano – a aleatoriedade passa a ser característica do dano em si, que é a perda de chance, não relevando para efeitos do pressuposto do nexos de causalidade. Para que este elemento assim possa ser considerado, a chance tem de passar a ser tida como algo juridicamente relevante, existente na esfera jurídica do lesado, passível de ser atingida pelo facto ilícito e culposo. Se assim se entender, a perda de chance deixa de levantar problemas a nível do nexos de causalidade, e passa a impor considerações ao nível do dano<sup>180</sup>. Portanto, se a chance<sup>181</sup> desaparecer por força de um facto ilícito, e se se estabelecer um nexos de causalidade entre o facto ilícito e culposo e a sua perda, então pode nascer uma obrigação de indemnizar a cargo do agente

---

<sup>178</sup> Cfr. DORSNER-DOLIVET, ANNICK, *op. cit.*, p. 308.

<sup>179</sup> Cfr. CHABAS, FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 228.

<sup>180</sup> Cfr. GOMES, JÚLIO VIEIRA, *op. cit.*, p. 303-4. O autor faz, no entanto, uma crítica a esta operação de transposição do elemento de aleatoriedade do pressuposto do nexos de causalidade para o pressuposto do dano. Afirma que se trata de uma ‘*operação algo artificial de antecipação do dano*’ – conclui que a indemnização da perda de uma chance é o reconhecimento do papel da sorte ou do acaso na vida humana. Também no sentido de não aceitar a perda de chance enquanto um dano autónomo *vide* MENESES, SARA LEMOS DE, *op. cit.*, pp. 42 e ss.

<sup>181</sup> Para o reconhecimento da qual (como já vimos *supra* ponto 4.2. e 4.3.), também se estabelecem certas qualidades.

que praticou o facto. Não se colocam por isso problemas à aplicação efetiva da teoria da causalidade adequada uma vez que tem de existir a prova da existência de nexos de causalidade entre o facto ilícito e culposo e a perda de chance – tal como em qualquer outro caso de responsabilidade civil esse nexo tem de existir.

Assim, pode concluir-se que, da flexibilização do instituto da responsabilidade civil, possibilitada pela aplicação da perda de chance nestes moldes, não resulta o negligenciar das necessidades impostas a nível do nexo de causalidade, mas sim uma perspetivação da perda de chance enquanto um dano autónomo, localizado num espaço intermédio entre o dano final e o facto<sup>182</sup>.

Pegando de novo no exemplo oferecido, se se considerar que a chance do pianista existe enquanto expectativa juridicamente relevante na sua esfera jurídica e que é passível de ser juridicamente tutelada, então a falta de informação pode considerar-se causa adequada do dano, que foi a perda daquela chance.

A formulação da teoria da perda de chance enquanto um dano autónomo foi a primeira formulação a ser utilizada e é, basicamente, a formulação aplicada aos casos que delimitámos *supra*, pertencentes aos núcleos de perda de chance em sentido amplo e perda de chance processual<sup>183</sup>.

#### 4.6.1. Características do Dano da Perda de Chance

Importa, chegados a este ponto, caracterizar o dano da perda de chance, mas antes de prosseguir, achamos ser necessário fazer um reparo que pode passar despercebido e parecer redundante. Para que haja dano perda de chance, é necessário que a chance tenha sido efetivamente perdida, isto é, a chance tem de se encontrar irremediavelmente perdida. O lesado não pode ter tido, no decurso do processo causal em que a chance já se perdeu, a oportunidade de seguir um caminho diferente para se reencontrar com a chance perdida<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> RAPOSO, VERA LÚCIA, *op. cit.*, p. 16-7.

<sup>183</sup> Embora não em todos os ordenamentos jurídicos, como é o caso do ordenamento jurídico espanhol ou dos ordenamentos jurídicos da *Common Law*; *vide supra* ponto 3.

<sup>184</sup> Pense-se no caso de um empresário da hotelaria que reservou um quarto do seu hotel para dali a seis meses. Se ao fim de dois meses o cliente lhe telefonar a pedir que desmarque a reserva, o empresário não pode, como parece claro, exigir uma indemnização pela perda de chance de conseguir ocupação para o quarto, uma vez que ainda lhe restam quatro meses até à data que o cliente tinha marcado, para conseguir outra reserva. Agora, imagine-se que no dia anterior ao *check in*, o cliente desmarca a reserva e não paga o preço da diária do quarto (partindo do pressuposto de que não está estipulada qualquer consequência para a desmarcação da reserva tão em cima da data). Em consequência disso o empresário hoteleiro, até ao fim da

Se dissemos há pouco que a chance tinha como características a neutralidade, a aleatoriedade, a autonomia, a atualidade e seriedade, podemos desde já afirmar que as duas primeiras características não vão influenciar a maneira como se perspetiva o dano da perda de chance.

Por sua vez, a autonomia da chance vai implicar a autonomia do dano da sua perda. Se a chance é autónoma em relação ao resultado final e processo causal hipotéticos, então o dano da sua perda, para ser relevante, tem necessariamente de ser autónomo<sup>185</sup> em relação ao dano final. Também esta autonomia do dano de perda de chance face ao dano final é, como na autonomia da chance, meramente relativa. Essa nota de relatividade da autonomia revela-se, em primeiro lugar, no facto de o dano de perda de chance só se constatar com a verificação do dano final – pense-se no caso de um advogado que não contesta uma ação condenatória para pagamento de uma dívida atempadamente, mas que o juiz da ação em causa a julga improcedente, por falta de prova de que a dívida realmente existisse: embora o advogado não tenha cumprido com a obrigação de contestar a ação, estamos perante um caso em que não existiu, efetivamente, um dano final e, por isso, o caso não se enquadra no âmbito de aplicação da perda de chance<sup>186</sup>. Em segundo lugar, a relatividade da autonomia do dano da perda de chance face ao dano final encontra-se no facto de o primeiro não poder ser autonomamente avaliado, nomeadamente para efeitos de determinação do *quantum indemnizatório* – pois que só sabendo o valor do dano final é possível, através do cálculo da probabilidade do resultado favorável se ter verificado (não fosse a perda de chance), saber qual o valor a atribuir à chance em si e, por conseguinte, à indemnização a conferir ao lesado.

Relativamente ao que ficou dito acerca da atualidade da chance, que a qualifica como sendo um bem presente, também essa característica nos força a encarar o dano como um dano presente. O momento temporal que importa ter em conta para a classificação de um dano como presente ou futuro é o momento da decisão da causa<sup>187</sup>. Se são danos

---

data da reserva desmarcada, não consegue arranjar qualquer marcação: aqui já o empresário perdeu a chance de ter o quarto ocupado – e a perda de chance é irremediável. Neste sentido *vide* ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 59.

<sup>185</sup> Com autónomo pretende-se significar diferenciável, com existência própria além do dano final. No sentido da afirmação da autonomia do dano da perda de chance *vide* PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 221. Não literalmente em sentido contrário mas levantando fortes objeções, *vide* FERREIRA, RUI CARDONA *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)* Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 265.

<sup>186</sup> *Cfr.* GOMES, JÚLIO VIEIRA, *op. cit.*, p. 311.

<sup>187</sup> *Cfr.* BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *op. cit.*, p.133.

presentes aqueles que já se verificaram no momento em que a decisão vai ser tomada e se se considera que a perda de chance se dá no momento da lesão, então, o dano da perda de chance é, necessariamente, um dano presente.

Apesar de não ter implicações práticas no que toca à determinação do *quantum* indemnizatório<sup>188</sup>, importa, em sede de arrumação das matérias, saber se o dano da perda de chance se enquadra na categoria de danos emergentes ou de lucros cessantes. E essa arrumação terá uma importância prática uma vez que, como a figura da perda de chance e do lucro cessante são, à primeira vista, confundíveis, importa impedir a sua confusão, evitando por exemplo, a aplicação da teoria da perda de chance quando se está perante um lucro cessante, o que pode ter implicações muito gravosas para o lesado, na determinação do *quantum* indemnizatório<sup>189</sup>.

Para chegar a uma conclusão aparenta-se-nos ser necessário um pequeno exercício lógico<sup>190</sup>, precedido de uma breve consideração: à primeira vista qualquer pessoa tenderá a incluir o dano de perda de chance no conceito de lucro cessante – uma vez que ressaltam grandes similaridades entre o conceito de lucro cessante e o dano perda de chance. No entanto, como dissemos no ponto 2.1.4., *o lucro cessante é o benefício patrimonial ao qual o lesado não tinha direito no momento da lesão, esperava obter, mas não alcançou, em virtude da lesão*. Quais os pontos que podemos até aqui considerar comuns à perda de chance e ao lucro cessante? Ambos se fundam numa expectativa patrimonial que não se materializou. Qual é o ponto de divergência que nos parece fulcral para distinguir as duas figuras? O facto de nas situações de lucro cessante existir um benefício que não é alcançado *em virtude da lesão* enquanto que nas situações de perda de chance não se consegue estabelecer que o benefício tenha sido perdido quer em virtude da lesão quer em virtude da perda de chance.

---

<sup>188</sup> Vide ponto 2.1.4.

<sup>189</sup> Se na aplicação da teoria da perda de chance se (deve) indemniza(r) um dano autónomo em relação ao dano final (o que implica necessariamente que o dano de perda de chance tenha sempre um valor económico inferior ao dano final, uma vez que é calculado em função da probabilidade deste último se ter evitado caso não tivesse existido o primeiro), então ao cair-se na confusão entre a perda de chance e o lucro cessante pode estar-se a cometer o erro de indemnizar parcialmente um dano final sobre o qual existe uma causalidade certa – vide ALCOZ, LUIS MEDINA, *op. cit.*, p. 54-6.

<sup>190</sup> Longe das longas discussões que a dominaram (e de certa forma ainda perduram) na doutrina – *Cfr.* GOMES, JÚLIO VIEIRA, *op. cit.*, p. 307-8, e BOCCHIOLA, MAURIZIO, *op. cit.*, pp. 60 e ss. Não podemos deixar, no entanto, de concordar com este último autor, quando afirma que no caso de lucro cessante, no momento da lesão já existe um direito, do qual o lesado é titular, ao benefício perdido, enquanto que na perda de chance o que está em causa é a possibilidade de obtenção desse mesmo direito. Também neste sentido, vide CADILHA, CARLOS ALBERTO FERNANDES, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2011, p. 99 e ss.

É verdade que a certeza exigida para os lucros cessantes é uma certeza meramente relativa, uma vez que existe sempre um limite à capacidade humana de efetuar, com exatidão, um juízo póstumo acerca de uma sucessão hipotética de eventos. Por isso, para que seja concedida indemnização por lucro cessante, aquilo que deve ficar provado é o facto de que o benefício que o lesado deixou de obter em virtude da lesão, *provavelmente* não deixaria de existir, não fosse a lesão<sup>191</sup>, sempre tomando em consideração as circunstâncias que rodeavam esse benefício e que implicavam a certeza de ele poder vir a existir e, ao mesmo tempo, certificando que não existiam condições para impedir que ele se viesse a verificar<sup>192</sup>. É claro que, feita esta observação, se pode indagar se a diferença entre lucro cessante e perda de chance não estará no grau de probabilidade de o resultado esperado pelo lesado se poder vir a verificar (ou a evitar) independentemente do facto ilícito. A resposta parece-nos ser negativa, uma vez que, nos casos de perda de chance, existe uma variedade de fatores que rodeiam o processo causal que podem efetivamente ter sido a causa do dano final, enquanto que nos casos de lucro cessante, através de um juízo de normalidade social e de experiência comum, é possível afirmar que (em situações/condições normais, portanto) o dano final não se teria materializado<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> É a conclusão que julgamos resultar da leitura conjugada dos artigos 564.º, n.º 1 e 563.º do Código Civil. Tome-se o seguinte exemplo: se determinado proprietário celebra um contrato de arrendamento pelo período de um ano, sobre uma habitação e, antes da entrega do locado ao locatário, aquele é consumido num incêndio provocado dolosamente por um vizinho, então o proprietário terá uma pretensão indemnizatória, além dos danos emergentes, sobre as rendas que deixou de auferir durante o período do contrato (um ano), embora só se possa afirmar que o contrato iria provavelmente durar aquele ano (poderia alguma das partes entretanto resolver o contrato...)

<sup>192</sup> Cfr. BOCCHIOLA, MAURIZIO, *op. cit.*, p. 76.

<sup>193</sup> Contraponha-se um caso clássico de perda de chance a um simples caso de lucro cessante, para tornar claro aquilo que queremos transmitir. Vanderlei Cordeiro de Lima, maratonista olímpico brasileiro, foi empurrado para fora da pista por Cornelius Horan, que assistia à maratona, quando se encontrava em primeiro lugar na maratona dos Jogos Olímpicos de 2004, na Grécia, a sete quilómetros da meta, com uma vantagem confortável sobre o perseguidor (+/-25 sec.). Após o incidente, o atleta acabou por perder a performance e terminou a maratona no 3º lugar. Apesar do incidente, não há maneira como determinar se, não fosse o empurrão, Vanderlei teria vencido a maratona, uma vez que depois do incidente ainda se correram mais alguns quilómetros e o atleta poderia ter sido ultrapassado algures nessa distância – ou seja, podiam ocorrer situações não anómalas relativamente à própria corrida, que implicassem a queda do primeiro para o terceiro lugar, pelo que o empurrão provocou não a perda do primeiro lugar, mas sim a perda de chance de terminar a maratona em primeiro lugar. A álea inerente ao processo causal hipotético (aquele que foi interrompido) não permite dizer, através do tal juízo de experiência comum e normalidade social, que aquele que segue em primeiro lugar na maratona aos ‘x’ quilómetros será aquele que a vai vencer. Pegue-se agora num simples caso de lucro cessante, em que um produtor de fruta se desloca na estrada, a fim de entregar um lote de maçãs a um revendedor, com quem tinha estipulado como data limite para a entrega aquele mesmo dia. Durante a deslocação, é abalroado por um veículo. O acidente imobiliza a carrinha em que o produtor se deslocava, e tal facto impede-o de entregar a fruta, incumprindo o que havia contratado com o revendedor. O lucro espectável do produtor seria aquele que adviria da venda das maçãs e é possível, através do referido juízo experiência comum e normalidade social, determinar que, não fosse aquele acidente

Porque é que o dano da perda de chance não pode ser um lucro cessante? Não pode porque não se pode considerar que o benefício patrimonial que o lesado esperava obter era a chance. Porque no momento da lesão, o lesado não esperava obter uma chance, não a tendo alcançado em virtude da lesão; o lesado esperava, isso sim, obter um resultado final. Se o lesado não alcançou o resultado final em virtude do facto ilícito e culposo, então o dano daí decorrente é um lucro cessante; mas nunca se pode, parece-nos, considerar que esse resultado final era a obtenção de uma chance.

Rematando diremos que se a chance é um bem presente – tem existência atual na esfera jurídica do sujeito no momento em que se perde –, então a sua perda tem necessariamente de constituir um dano emergente<sup>194</sup>.

Quanto à seriedade da chance, como já havia sido mencionado no ponto 4.3., refere parte da doutrina que a mesma tem implicações ao nível da certeza do dano. Os autores referidos<sup>195</sup> apontam que sendo a certeza do dano uma característica que lhe é extrínseca (por depender da existência ou não do objeto da lesão), o seu carácter certo ou eventual se reporta à individualização de uma chance atendível – o que conseqüentemente implica que a certeza do dano ‘*dependerá da firmeza das possibilidades de materialização do resultado final pretendido, refletindo, portanto, uma característica da própria chance – a sua seriedade*’<sup>196</sup>. Por outras palavras, a ideia parece ser a de que o nível de seriedade da chance espelha o nível de certeza do dano da sua perda.

Da mesma maneira que no ponto 4.3. tecemos considerações que nos levam a tomar uma opinião diferente da doutrina mencionada, também aqui reforçamos essa mesma opinião, reiterando a ideia de que a seriedade da chance deve relevar apenas para efeitos de determinação do *quantum* indemnizatório, não tendo importância a nível da certeza do dano. Ora, se considerámos o dano autónomo de perda de chance enquanto um dano emergente, e se observámos que a chance existe enquanto realidade autónoma e por isso tem existência fáctica (e autónoma) no momento da lesão, é passível de ser transubjetivamente reconhecível e, por tal, tutelada juridicamente, não se nos colocam

---

(ou qualquer outro facto anormal ao decurso natural de uma entrega de mercadorias), não existiria no processo causal hipotético qualquer outra causa que pudesse ter sido a causa do dano.

<sup>194</sup> Também neste sentido PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 224-5, e BOCCHIOLA, MAURIZIO, *op. cit.*, p. 85-86.

<sup>195</sup> Nomeadamente PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 226-7.

<sup>196</sup> *Ibidem.*, p. 226.

dúvidas quanto à certeza do dano da sua perda, nem achamos que se deve fazer depender a certeza do dano da seriedade da chance, mas tão-só da sua realidade.

#### 4.6.2. Determinação do *Quantum Indemnizatório*

Assegurada que esteja a existência de uma chance séria e real e lograda a prova da sua perda (dano) em função de um facto ilícito e culposo, surge uma obrigação de indemnizar, e com ela o problema da determinação do valor a atribuir à chance perdida.

Nos ordenamentos jurídicos da *Common Law*<sup>197</sup>, dependendo da formulação de *standard of proof* utilizada, o valor da indemnização irá variar. Uma das hipóteses é o recurso à conjugação da teoria tradicional do ‘tudo ou nada’ (*all or nothing*) e do *more likely than not standard of proof*, que tem como consequência a concessão de uma indemnização pela totalidade do dano final sofrido, com base na suficiência do reconhecimento de uma chance cujo limite mínimo de seriedade se determina na probabilidade maior que 50% de o resultado esperado se vir a concretizar. No fundo, nestes casos, aquilo que se indemniza é o dano final, e não o dano da perda de chance – a chance será utilizada meramente para, através da determinação da sua seriedade, julgar se foi mais provável (pelo menos 51% de probabilidade de) que o dano final se tenha verificado em virtude do facto ilícito e culposo que por outra causa qualquer (as outras causas representarão os restantes 49% de probabilidade). É assim possível constatar que, segundo esta aplicação, o objeto da reparação é o dano final e não propriamente o dano da perda de chance. Resumindo, segundo esta solução, ou o lesado consegue provar que existia uma chance superior a 50% de conseguir o resultado esperado – e recebe uma indemnização pela totalidade do dano final sofrido –, ou falha essa prova – e vê a sua pretensão indemnizatória reduzida a zero.

---

<sup>197</sup> E como já foi referido *supra*, pontos 3. e 4.5. Cfr. RAPOSO, VERA LÚCIA, *op. cit.*, p. 33 e KING, JOSEPH, *op. cit.*, pp. 1365 e ss. Deixa-se novamente aqui a ressalva de que a determinação da indemnização nestes moldes faz a aplicação da teoria da perda de chance cair no método diverso daquele que nos encontramos a analisar, mencionando-se neste momento por uma questão de contraposição de hipóteses para o cálculo do *quantum* indemnizatório. Optamos ainda por fazer apenas aqui uma pequena menção ao *actual certainty standard of proof*, o qual exige, como o próprio nome indica, uma probabilidade certa para atribuição da indemnização e, como o último autor citado refere (*op. cit.*, p. 1367), é a formulação menos utilizada na resolução de casos de perda de chance – o que faz todo o sentido, se tivermos em conta que estando perante um grau de probabilidade de certeza tão elevado entre o facto ilícito e culposo e o dano final não estaremos já perante um caso de perda de chance.



Apontam-se, no entanto, certos casos em que foi utilizada a *substantial possibility standard of proof (rule)*, para conceder indemnizações pela totalidade do dano final, quando o lesado prova que a probabilidade de concretização do resultado esperado era meramente substancial (ou seja, abaixo dos 50%)<sup>198</sup>, havendo ainda casos em que a indemnização concedida é proporcional à seriedade da chance até ao limiar dos 50%, concedendo-se uma reparação pela totalidade do dano final a partir desse valor para cima.

Não nos parece que qualquer destas soluções seja de aceitar, principalmente em sede da aplicação da teoria da perda de chance enquanto dano autónomo<sup>199</sup>. Em primeiro lugar, a primeira das soluções parece ferir gravemente o sentido de justiça, na medida em que faz equivaler chances cuja seriedade se situa em patamares muito distintos. Imagine-se uma chance de 80% de sucesso contraposta a uma chance de apenas 51% - a aplicação desta solução implica em qualquer um dos casos uma reparação pela totalidade do dano final sofrido, embora as chances se situem em patamares distintos de seriedade. Além disso, a aplicação desta solução desconsidera a grande proximidade de chances que se situem junto do limiar que estabelece para o ressarcimento, fazendo corresponder a uma que o ultrapasse por pouco uma indemnização pela totalidade do dano final sofrido, enquanto que à outra nega qualquer tipo de reparação (imagine-se o resultado prático da contraposição de dois casos em que num deles a seriedade da chance é de 49% e, no outro, é de 51%).

Diremos relativamente a ambas as soluções que nenhuma delas se coaduna com a autonomização do dano de perda de chance, uma vez que ambas referem a indemnização ao valor total do dano final e se a perda de chance se considera um dano autónomo do dano final, então terá de ser essa perda a ser indemnizada, e nunca o dano final integralmente considerado.

A aplicar a teoria da perda de chance através da sua consideração como um dano autónomo, somos da opinião de que na determinação do *quantum* indemnizatório se deve atribuir um valor ao dano de perda de chance, e não utilizar o mesmo como pretexto para atribuir uma indemnização pela totalidade do dano final sofrido, embora a autonomia seja relativa e o seu valor só possa ser determinado em função do dano final. Em segundo lugar, já que se entre o facto ilícito e culposo e o dano final não se pode estabelecer um

---

<sup>198</sup> Cfr. KING, JOSEPH, *op. cit.*, p. 1368.

<sup>199</sup> Uma vez que, voltamos a frisar, a aplicação da perda de chance nos ordenamentos jurídicos da *Common Law* tem por base a facilitação da prova donexo causal.

nexo de causalidade seguro o suficiente (segundo a aplicação da teoria da causalidade adequada), então não se vê qualquer motivo para que o dano final seja ressarcido na sua totalidade – caso o seja, estar-se-á a cair numa sobre-responsabilização do lesante e, ao mesmo tempo, a promover o enriquecimento injustificado do lesado, uma vez que se estará a ir além da reconstituição da situação que o facto ilícito destruiu.

Então, e parece-nos que por maioria de razão, dadas as características apontadas ao dano da perda de chance, o mesmo deve ser calculado fazendo incidir, sobre o valor do dano final, a probabilidade (traduzida em percentagem) de realização da chance perdida, no fundo, a sua seriedade. Na prática, para que esta operação possa ter lugar, tem (o juiz) de se proceder àquilo a que YVES CHARTIER<sup>200</sup> chamou de dupla avaliação: em primeiro lugar proceder à avaliação da situação hipotética de a chance se ter realizado, determinando em que situação o lesado estaria se a chance se tivesse materializado<sup>201</sup>; em segundo lugar, calcular qual o grau de probabilidade da própria chance se ter realizado no processo causal hipotético – ou seja, qual o grau de interferência que a existência daquela chance implicava na concretização do resultado final (no fundo reconduz-se à verificação da sua seriedade). Depois de terminadas estas operações, pode então aplicar-se a percentagem obtida na segunda operação ao valor obtido na primeira e estará assim encontrado o valor do dano da perda de chance<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Cfr. CHARTIER, YVES, *op. cit.*, p. 687.

<sup>201</sup> Que será o mesmo que dizer que terá de se determinar qual o valor do dano final.

<sup>202</sup> Ilustremos: se se determinar que o valor do dano final (que corresponde à posição em que o lesado estaria caso a chance se concretizasse) é de 100 e que a chance perdida representava uma possibilidade de evitar correspondente a 50%, então o valor do dano pela perda de chance deverá cifrar-se em 50. Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 230-1. Também no mesmo sentido se pronuncia PRINCIGALLI, A.M. “Comentário à Sentença de 19 de dezembro (n. 6506) da Secção de Trabalho da Corte di Cassazione” *Il Foro Italiano*, 1986, Parte I: 383-387, p. 385.

## 5. Apreciação Crítica da Aplicação da Perda de Chance Como Dano Autónomo – Posição Adotada

Chegados a este ponto cabe desde já reafirmar a posição que tomamos no presente estudo, de aceitação da aplicabilidade da figura da perda de chance enquanto dano autónomo, no ordenamento jurídico português<sup>203</sup>. Mas caberá também neste momento justificar essa mesma posição à luz do nosso próprio ordenamento jurídico, fazendo ainda uma breve análise acerca do preenchimento do pressuposto da ilicitude para a efetivação da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

Então, desde logo, importará perceber de que modo é que a perda de uma chance pode, na prática, ser considerada como um dano, pois se de facto é possível afirmar que alguém que perde uma chance sofre um dano, torna-se, contudo, necessário subsumir esse dano na categoria de dano jurídico. E para que esse dano seja relevante para o direito é indispensável que o bem danificado (no caso a chance perdida) seja juridicamente tutelado. Esta necessidade leva-nos, segundo cremos, a analisar a perda de chance de um ponto de vista da ilicitude, de modo a perceber quais as disposições legais que podem ser interpretadas no sentido de garantir tutela jurídica à chance.

À partida, em matéria contratual, a questão parece ser fácil de tratar, uma vez que se existir uma cláusula contratual que proteja a chance<sup>204</sup>, então o incumprimento dos deveres contratuais, em princípio, redundará na destruição de algo juridicamente tutelado. Há aqui lugar para fazer uma chamada de atenção: uma chance não se deve apenas considerar protegida por obrigações de meios, como também o deve sob obrigações de resultados.

Imagine-se o seguinte caso: ‘A’ produtor de material eletrónico vendeu um carregamento de peças a uma marca de computadores (‘B’) que se encontrava a fabricar um novo modelo, para o qual já tinha aberto a potenciais compradores a possibilidade de efetuar ordens de encomenda. Ficou acordado que ‘A’ entregaria as peças no dia 20 de janeiro. Contudo, em virtude de um atraso na produção, as peças acabaram por nunca ser entregues. Tal acontecimento atrasou sobremaneira a produção dos computadores que ‘B’

---

<sup>203</sup> Aceitamos também esta posição no que respeita aos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência, mas debruçar-nos-emos sobre essa posição no ponto seguinte (5.2.).

<sup>204</sup> *Cfr.* ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 94.

resolveu deixar de receber ordens de encomenda. 'A' era devedor de uma obrigação de resultados, que implicava a entrega das peças na data acordada.

Nesse sentido, o que o contrato protegia não era a chance de o produtor de computadores receber as peças, mas sim a entrega das peças no prazo acordado. Porém, se 'B' conseguir provar que existia uma chance de conseguir  $x$  contratos e que essa chance se perdeu devido ao incumprimento contratual de 'A', então este último, por estar obrigado a reparar todos os danos decorrentes do incumprimento (artigo 798.º do Código Civil), então deverá indenizar o dano da perda de chance.

Mas pense-se agora que 'B', além de ter cancelado a possibilidade de os clientes efetuarem encomendas, teve também de cancelar 200 encomendas que já estavam efetuadas. 'A' não deve ser responsabilizado pela perda de chance de estas 200 encomendas se virem a traduzir na celebração final de contratos de compra e venda, mas sim pela real não celebração desses mesmos contratos, caindo este dano no conceito de lucros cessantes<sup>205</sup>.

Mas diga-se mais: se uma obrigação de resultados protege a materialização do resultado final em si e, se em virtude de incumprimento contratual esse resultado deixa de se produzir, o conteúdo da indemnização devida em sede de responsabilidade civil nunca se poderá reportar ao dano de perda de chance daquele resultado se concretizar, mas sim ao dano da não concretização do resultado. Contudo, do incumprimento contratual de uma obrigação de resultados pode resultar a perda de uma chance para o lesado; mesmo que a obrigação resultante do contrato seja uma obrigação de resultados, a ilicitude da responsabilidade civil contratual pela perda de uma chance reside precisamente no incumprimento contratual<sup>206</sup>.

Igualmente, no caso da responsabilidade civil pela perda de chance por ato do mandatário judicial ou perda de chance de cura ou sobrevivência (aqueles em que existe uma obrigação de meios), o pressuposto da ilicitude é preenchido pelo incumprimento contratual resultante da violação da obrigação de meios.

Já em relação aos casos de perda de chance de participação em concurso, por facto ilícito da entidade promotora do mesmo (seja o Estado sejam concursos particulares), uma vez que, tanto num caso como no outro, os deveres implícitos de observação dos

---

<sup>205</sup> Incidindo aqui, novamente, a importância de definir a perda de chance como dano emergente, em oposição a situações de lucro cessante.

<sup>206</sup> *Cfr.* artigo 798.º do Código Civil.

trâmites procedimentais obrigam contratualmente a entidade a garantir a participação de qualquer concorrente que cumpra os requisitos para tal. Então, a chance de vencer o concurso deve encontrar-se protegida pelas normas que tutelam as obrigações das entidades – que são no fundo obrigações de resultado, uma vez que servem o propósito de garantir que serão levadas a cabo todas as precauções para que o concurso alcance o seu fim, concedendo um tratamento igualitário e não arbitrário, relativamente a todos os concorrentes. Obviamente que, convém dizer, para que a chance seja tutelada pelo contrato (e para que a sua perda seja ressarcível), é necessário que a mesma preencha o requisito de realidade<sup>207</sup>.

Será de referir ainda que nos casos apontados, uma vez que estamos perante responsabilidade civil contratual, deverá operar a inversão do ónus da prova sobre o pressuposto da culpa (conforme dita o n.º 1 do artigo 799.º do Código Civil), independentemente de a obrigação que recai sobre o devedor ser uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultados<sup>208</sup>.

Acontece que a questão se adensa quando pensamos que existe a possibilidade, nomeadamente nos casos de responsabilidade civil médica, de o facto ilícito se traduzir numa situação de responsabilidade civil extracontratual<sup>209</sup>: veja-se o exemplo de um médico que preste serviço num hospital público, ou de um profissional que preste cuidados em pessoa que encontra inanimada na rua, incapaz de prestar consentimento. Neste tipo de casos não existe um contrato a conceder tutela jurídica à chance, pelo que, para se plenificar o pressuposto da ilicitude, terá de se encontrar preenchida uma das variantes da ilicitude de modo a que o dano da perda de chance seja também nestes casos ressarcível – sob pena de, em situações muito idênticas, nuns casos ser concedida uma indemnização e nos outros não<sup>210</sup>. Segundo nos quer parecer, nestes casos, a chance deve considerar-se protegida através da norma de tutela geral dos direitos de personalidade vertida no artigo 70.º do Código Civil, preenchendo-se, portanto, o pressuposto da ilicitude, na variante da violação ilícita de um direito de outrem (artigo 483.º do Código Civil)<sup>211</sup>. Então, a chance será englobada em direitos subsumíveis ao direito geral de personalidade física –

---

<sup>207</sup> Como ficou dito *supra* ponto 4.3.

<sup>208</sup> Cfr. MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *op. cit.*, p. 479 e *supra*, n. 173.

<sup>209</sup> Cfr. DIAS, JOÃO ÁLVARO, “Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica” em Revista Portuguesa do Dano Corporal, Ano II, 1993, n.º 3: 27-59, p. 32.

<sup>210</sup> Cfr. PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 308-310.

<sup>211</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *op. cit.*, p. 533.

mormente no direito à integridade física, ao bem-estar e à saúde – previsto expressamente no *direito fonte* que o artigo 70.º do Código Civil representa.

Sublinhamos ainda que, segundo entendemos, a chance deve ser perspectivada de um ponto de vista patrimonial, e não moral<sup>212</sup>, uma vez que o dano da sua perda se deverá reportar a um dano puramente patrimonial (um dano emergente) e não a um dano moral. Não obstante, aceitamos que a perda de uma chance possa provocar danos morais. Porém, cremos que os mesmos devem ser avaliados não como um dano moral de perda de chance, mas sim como um dano moral provocado pela perda de uma chance. Assim, se um jovem se dirige ao hospital depois de cortar um dedo e, em virtude de um atraso médico, as chances de um reimplante bem-sucedido são destruídas, o jovem deve ser ressarcido pela perda de chance de reimplantar o dedo e, além disso, pelos danos morais que essa perda lhe causou efetivamente, seja por exemplo, pela angústia de saber que poderia ter recuperado o seu dedo, mas que as hipóteses de tal acontecer foram destruídas por um atraso médico, seja a depressão subsequente que tal angústia lhe provocou. O jovem terá, por isso, além de provar que o facto ilícito provocou a perda de chance, que a própria perda de chance foi causa dos danos morais que sofreu (já dentro de um processo causal distinto).

Ainda a nível da ilicitude (mormente da responsabilidade civil extracontratual), parece-nos ser de colocar a questão de saber se tudo aquilo que ficou até aqui exposto pode ser transposto para os restantes casos de perda de chance (casos clássicos, excluindo os casos de concursos em que é uma atuação da entidade promotora que causa a perda de chance). Pense-se no caso de uma jovem modelo que, numa tentativa de conseguir emprego, vai a caminho de uma agência para prestar provas, mas que é atacada por um cão (com dono) e em virtude desse ataque, fica desfigurada. A jovem perdeu por isso a chance que tinha de conseguir o emprego ao qual se ia candidatar. Sem dúvida alguma que estamos perante um caso de responsabilidade civil extracontratual – não existe qualquer vínculo obrigacional entre lesante e lesado. Através de que norma se deve considerar tutelada a chance da jovem? Através de que variante poderá ficar preenchido o pressuposto da ilicitude? Vimos já que não existe qualquer norma que tutele o património em geral no

---

<sup>212</sup> Em sentido diferente vai PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 302. A autora entende que o dano de perda de chance deve ser sempre perspectivado de um ponto de vista moral (pelo menos nos casos de dano de perda de chance de cura ou sobrevivência).

nosso ordenamento jurídico<sup>213</sup>. Nesse sentido, e tendo em conta que a chance perdida (tanto neste como em qualquer caso que lhe seja análogo) não nos parece poder subsumir-se em qualquer direito de personalidade protegido civilmente (apesar de o dono do cão ser civilmente responsável pelos restantes danos emergentes e lucros cessantes), igualmente através do *direito fonte* (artigo 70.º do Código Civil) nos parece ser impossível prosseguir. O abuso de direito estará, sem dúvida, liminarmente excluído. Então, pela falta de preenchimento do pressuposto da ilicitude (relativamente ao dano da perda de chance apenas), *de iure condito* não nos parece que casos análogos ao exemplo que expusemos possam ser sancionados através do instituto da responsabilidade civil, no nosso país.

Imagine-se ainda, pegando no exemplo do produtor de peças eletrónicas ('A'), que 'C', um revendedor de material informático, tinha encomendado a 'B' 1.000 computadores, e que havia já aberto, também, a possibilidade de encomenda prévia. Acontece que, em virtude do desenrolar de acontecimentos já relatado, não conseguiu qualquer ordem de encomenda. Consegue, porém, provar que dos 1.000 computadores, havia uma hipótese de 70% de vender 500 deles antes da chegada (física) às suas lojas. Também aqui, o incumprimento contratual de 'A' implicou uma perda de chance, mas já não para com quem tinha celebrado um contrato. Da mesma forma que no caso anterior, da jovem atacada por um cão, também neste caso existe um dano de perda de chance. Contudo, uma vez que falha o preenchimento do pressuposto da ilicitude, também aqui deverá ser de rejeitar o ressarcimento do dano de perda de chance sofrido por 'C', muito embora o dano de perda de chance sofrido por 'B' já seja ressarcível.

No entanto, não é este o entendimento de alguma da doutrina<sup>214</sup>, que defende que basta que o direito a que a chance se refere seja civilmente protegido para que a sua chance seja também protegida e, por conseguinte, o dano da sua perda ressarcido. Divergimos nós dessa opinião, apenas no sentido de considerar que, quando a chance advém de um direito relativo (quando emerge de uma relação contratual), e tendo em conta que os direitos

---

<sup>213</sup> Vide ponto 4.2., p. 37, e ainda VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *op. cit.*, p. 540.

<sup>214</sup> Nomeadamente de ROCHA, NUNO SANTOS, *op. cit.*, p. 95, que defende, citando ÁLVARO DIAS, que '*o que é relevante não é tanto o facto de que a chance em si seja susceptível de ser judicialmente accionada como o facto de a chance dizer respeito a um direito susceptível de ser feito valer judicialmente*' – precisamente, não contrariando este entendimento, em casos análogos ao apresentado em texto, não parece ressaltar qualquer direito que possa ser feito valer judicialmente, ao contrário daquilo que acontece nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência (ou em outros casos em que a chance possa ser protegida sob a tutela de um direito absoluto). Nesse sentido, concordamos com PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *op. cit.*, pp. 377 e ss., que justifica a ressarcibilidade do dano da perda de chance de cura ou sobrevivência, mas que não se detém sobre qualquer outro tipo de casos além desses.

relativos produzem efeitos apenas *inter partes*<sup>215</sup>, não se poderá considerar preenchido o pressuposto da ilicitude, por a um terceiro não ser exigível o cumprimento da obrigação (que seria, num caso de perda de chance, um dever acessório de conduta do devedor da obrigação), e por conseguinte, a sua conduta não se subsumir, a nosso ver, a qualquer variante da ilicitude (extracontratual ou contratual). Em suma, uma vez que o cumprimento de uma obrigação é devido apenas pela contraparte contratual do titular da chance, a chance só se encontra protegida por um direito relativo, que não pode ser oposto a um terceiro da relação contratual.

De todo que se compreende a dificuldade e uma certa injustiça que imprime a aceitação da tutela jurídica da chance em certos casos, e a rejeição desse reconhecimento em outros. Não obstante, parece-nos que o alargamento da proteção conferida à responsabilidade civil, para um bem que não se encontra civilmente tutelado, não deve advir de uma base jurisprudencial, mas deve decorrer, isso sim, de iniciativa legislativa. Se os pressupostos e o alcance da responsabilidade civil são reflexo de políticas legislativas e, *de iure condito*, não existe (segundo cremos) base para, no âmbito dos casos análogos aos últimos casos expostos, reconhecer tutela jurídica à chance, a prática jurisprudencial que avance no sentido daquele alargamento poderá tropeçar numa inconstitucionalidade por violação do princípio da separação de poderes, ao alargar o âmbito de proteção de um instituto jurídico civil a bens que não são (atualmente) civilmente tutelados<sup>216</sup>. De todo o modo, *de iure condendo* concordamos que devem ser efetuadas alterações legislativas no sentido de promover a chance a bem jurídico (civil) tutelado, nomeadamente através de alguma disposição que confira eficácia em relação a terceiros ao contrato, no que concerne (meramente) à chance (com base na prerrogativa do artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil).

Até lá, todavia, mantemos que não existe suporte jurídico para reconhecer tutela jurídica à chance<sup>217</sup> em casos que a mesma não possa ser reconduzida a um direito absoluto que a guarde sob a sua ampla tutela<sup>218</sup>, ou em que o facto praticado não caiba em alguma das restantes variantes da ilicitude (seja contratual ou extracontratual). Não negamos que

---

<sup>215</sup> Por força do princípio da eficácia relativa das obrigações – artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil.

<sup>216</sup> Que seria o mesmo (utilizando um exemplo algo extremo) que alargar a oponibilidade a terceiros a todos os direitos obrigacionais através de uma prática jurisprudencial reiterada.

<sup>217</sup> Salvaguardando, como é claro, as situações em que a chance tem suporte contratual ou em que a ilicitude pode ser preenchida em alguma das suas variantes.

<sup>218</sup> Preenchendo assim a primeira variante da ilicitude.



exista um dano de perda de chance; negamos isso sim que exista sempre preenchimento do pressuposto da ilicitude na prática do facto que lhe dá origem<sup>219</sup>.

Não nos opomos ao reconhecimento da tutela jurídica da chance – acautelamos é que nem sempre a sua perda será tutelada, por falta de preenchimento do pressuposto da ilicitude. Afirmamos que tal tem de mudar, uma vez que até no próprio plano da causalidade se pode encontrar justificação para garantir a ressarcibilidade do dano de perda de chance, e a última pedra no caminho nos parece ser o pressuposto da ilicitude. Com efeito, do próprio conceito de causalidade adequada é possível retirar a conclusão de que a previsibilidade do dano não é requisito necessário para que o mesmo seja ressarcível<sup>220</sup> e que, por isso, não interessa o conhecimento que o lesante tenha ou deixe de ter sobre a existência da chance em si.

Terá ainda cabimento tecer breves considerações relativamente à exigência do reconhecimento de um mínimo de seriedade à chance, para que esta seja juridicamente tutelada, no sentido de melhor reforçar a nossa posição sobre a separação dos conceitos de realidade e seriedade que a jurisprudência tem exigido que revistam a chance. Para relembrar rapidamente o que ficou dito<sup>221</sup>, a jurisprudência exige que a chance perdida tivesse uma existência séria e real, para que seja tutelada, e a sua perda seja reparável. Separámos nós os conceitos de realidade e seriedade, afirmando que apenas o primeiro deve contender com a ressarcibilidade da chance, restando o segundo para a determinação do seu valor (ou seja do *quantum* indemnizatório). Queda-nos justificar esta posição a partir de um ponto de vista pragmático, demonstrando que uma vez que o valor a atribuir à chance se faz em função da sua avaliação tendo como referente o dano final<sup>222</sup>, poderão surgir chances com valores muito mais elevados, quando na realidade a sua seriedade se situa num nível abaixo do de outros casos. Para o fazer vamos socorrer-nos da contraposição de alguns casos hipotéticos: no caso I, um doente perde uma chance de 2% de sobrevivência; no caso II, um concorrente perde uma chance de 0.75% de vencer um

---

<sup>219</sup> Pense-se no seguinte caso: um indivíduo que se deslocava para um concurso televisivo onde poderia ganhar um prémio final de 100.000 € é atropelado e perde a chance de participar. O facto (atropelamento), por violar o direito à integridade física, preenche o pressuposto da ilicitude, relativamente aos danos corporais sofridos em virtude do acidente; no entanto, a chance de vencer o concurso não se encontra protegida por este direito à integridade física. O dano da perda de chance será efetivamente sofrido pelo concorrente; de um ponto de vista de todos os restantes pressupostos da responsabilidade civil, o dano seria ressarcível. Contudo, não existe qualquer maneira de considerar ilícito, neste núcleo de casos, o facto que causa a perda de uma chance.

<sup>220</sup> Cfr. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *op. cit.*, p. 895.

<sup>221</sup> Vide *supra* ponto 4.3.

<sup>222</sup> Vide *supra* ponto 4.6.2.

prémio de 10 milhões de euros; no caso III, uma concorrente perde uma chance de 80% de vencer um prémio de 100 euros.

Questionamos desde já: a uma chance de 80% de vencer um prémio de 100 euros (caso III), deve ser reconhecida uma maior importância jurídica que aquela reconhecida a uma chance, mesmo que de 2%, de um doente poder sobreviver (caso I)? A resposta parece-nos que terá de ser negativa. Se se reconheceu existência autónoma à chance, não parece existir um porquê para fazer depender a sua tutela, e a ressarcibilidade da sua perda, de um requisito como o da seriedade, se, como já justificámos, o problema da certeza do dano não parece colocar-se<sup>223</sup> e a seriedade, no fundo, servirá um propósito meramente valorativo da chance.

Acreditamos que, se a jurisprudência impõe um critério baseado na seriedade da chance para lhe conceder tutela jurídica, estará a colocar de lado o acesso à justiça em certos casos, com base naquele critério meramente valorativo, partindo sempre da premissa de que chances que representem uma probabilidade de se concretizarem abaixo de  $x\%$  não deverão relevar juridicamente). Porém, tendemos a admitir que deve relevar sempre, juridicamente, qualquer chance real, independentemente da sua seriedade. Por certo, não quiseram a jurisprudência e a doutrina<sup>224</sup> que afirmam um limite mínimo de probabilidade para conferir tutela jurídica à chance, dizer que uma chance de sobrevivência muito baixa será menos merecedora de tutela jurídica que uma chance de 80% de vencer um prémio de 100 euros. Acontece que essa é a ilação que retiramos da sua proposta.

Contraponha-se agora o caso II com o caso III: no primeiro, segundo a necessidade da existência real e séria da chance, o lesado que perdeu a chance de 0.75% nunca poderá reclamar um dano de perda de chance no valor de 75 mil euros, pois a sua chance não se revestia de seriedade suficiente. No entanto, o lesado do segundo caso terá, segundo este critério, uma chance juridicamente tutelada, no valor de 80 euros, por a seriedade da chance ser suficiente para lhe conferir tutela jurídica.

Contudo, o valor empírico das chances era imensamente superior no caso II relativamente ao caso III. Muito provavelmente, numa situação como a do caso III, nenhum lesado levaria a questão a tribunal, uma vez que, fazendo uso de um juízo economicista, rapidamente se aperceberia que gastaria mais em despesas com um representante legal do que poderia esperar receber de uma indemnização (que, de todo o

---

<sup>223</sup> *Vide supra* ponto 4.6.1.

<sup>224</sup> *Vide supra* ponto 4.6.2.

modo não seria certo que recebesse). Já o lesado do caso II, esse nunca levaria a questão a tribunal, uma vez que, à partida, a sua chance não seria vista como merecedora de tutela. Contudo, empiricamente, a sua chance tinha um valor monetário indiscutivelmente superior à chance do caso III.

Fazemos ainda apelo à distinção entre dano real e dano de cálculo<sup>225</sup>, para justificar a ideia de que a realidade e a seriedade devem efetivamente ser consideradas separadamente. Nesse sentido, diremos que a destruição de uma chance real consubstanciará o dano real – o dano efetivamente sofrido; por sua vez, a seriedade, tendo relevo para a determinação do *quantum* indemnizatório, representará um elemento do dano de cálculo. Por isso, a seriedade não se deve ter por critério na determinação da existência (realidade) do dano da perda de chance. Independentemente da seriedade, o dano da perda de chance é real.

Concluimos dizendo que, do nosso ponto de vista, colocar uma fasquia probabilística às chances, para que sejam merecedoras de tutela jurídica, corresponde a um processo de eliminação liminar que roça a arbitrariedade. Tendo em mente tudo quanto expusemos, queremos terminar deixando claro que não defendemos que, em situações análogas à do caso III, a chance não deve ser juridicamente tutelada, e a sua perda ressarcível (precisamente em função do seu valor). Defendemos, isso sim, que não se deverá utilizar um juízo meramente valorativo, probabilístico e apriorístico para determinar se uma chance merece ou não tutela jurídica – especialmente depois de ter ficado demonstrado, como pensamos que ficou, que o problema da certeza do dano não parece ser de colocar, uma vez que a perda de chance constitui um dano emergente.

Por fim, no que toca ao modo de indemnizar, achamos também que há espaço para um pequeno considerando. Sabendo que a indemnização tem como princípio básico a reconstituição da situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que deu origem à obrigação de reparação (artigo 562.º do Código Civil), e que a lei confere primazia à reconstituição natural, deixamos esta pequena nota para salientar que, sempre que em cada caso concreto exista a possibilidade de reconstituir o processo causal hipotético, e por isso permitir que a chance seja jogada, esse deve ser o caminho a tomar, desde que, claro está, tal retrocesso no processo causal já constituído não implique a

---

<sup>225</sup> Vide *supra*, n. 24.

destruição de posições jurídicas adquiridas por terceiros (e cumpridas que estejam as restantes exigências impostas pelo artigo 566.º, n.º1, do Código Civil).

### 5.1. O Dano de Perda de Chance de Cura ou Sobrevivência

Resta-nos deixar o nosso entendimento no que respeita à autonomização do dano de perda de chance de cura ou sobrevivência. Seguimos a orientação de que a mesma deve ser aceite. Concordamos por isso com os autores (defensores da teoria unitária) que afirmam não parecerem existir diferenças significativas que justifiquem o tratamento diferenciado da perda de chance nos casos de responsabilidade civil médica e todos os restantes.

Não obstante, não nos bastando com os argumentos apresentados, procuraremos reforçar a posição unitária através da seguinte proposta.

Apesar de não concordarmos com as conclusões apresentadas pela teoria divisionista<sup>226</sup>, temos de reconhecer a acuidade do raciocínio dos seus autores na constatação da diferença fáctica entre os casos clássicos de perda de chance e aqueles outros da área da responsabilidade civil médica. Nesse sentido, não rejeitamos a constatação daqueles autores da não existência de uma interrupção do processo causal pelo facto que provoca a perda de chance nos casos de responsabilidade civil médica (a doença não é, realmente, travada). Porém<sup>227</sup>, cremos que o termo ‘*interrupção*’ deva ser utilizado para caracterizar e distinguir os dois núcleos de casos, servindo o propósito de precluir a consideração da perda de chance como um dano autónomo, nos casos de responsabilidade civil médica.

Para o justificar propomos uma alternativa à divisão efetuada pela doutrina divisionista (e rejeitada pela teoria unitária), aceitando que apesar das diferenças factuais entre uns casos e outros, deve ser considerado não o efeito de *interrupção*, mas sim o efeito de *destruição fáctica* de um processo causal (que se torna num processo causal hipotético. em referência ao qual a chance irá ‘ganhar’ as características já enumeradas, e no qual essas mesmas características serão revistas<sup>228</sup>), provocada pelo facto ilícito.

---

<sup>226</sup> Expostas *supra* ponto 4.5.3.

<sup>227</sup> E na linha de pensamento dos autores defensores da teoria unitária.

<sup>228</sup> Tentemos expor melhor o que queremos transmitir através de um exemplo: a um candidato num concurso público de emprego é precludida ilicitamente a hipótese de participar na fase das entrevistas, para as quais são chamados apenas 5 candidatos. Depois da entrevista, o vencedor é escolhido com base em critérios subjetivos. O processo causal no qual participaria o candidato ilicitamente excluído, até à decisão final, foi destruído – torna-se o processo causal hipotético. A chance do candidato excluído (agora perdida) de vencer

A nossa proposta parte, por isso, da analogia que se pode estabelecer entre os efeitos causados pelo facto ilícito, nos casos de perda de chance clássicos e esses mesmos efeitos nos casos de perda de chance de cura ou de sobrevivência. Se por um facto ilícito, um *jockey* é impedido de participar numa corrida, o correr de eventos em que ele participava nessa corrida foi destruído – o *jockey* foi colocado numa posição em que nunca mais poderá participar naquela corrida em específico e aquele correr de eventos é destruído, transformando-se no processo causal hipotético. Da mesma forma, se um médico, negligentemente, falha o diagnóstico de uma doença, independentemente do facto de a doença se continuar a desenvolver, existiu, fruto daquela falha, a destruição de um correr de eventos em que o doente combatia a doença. Do mesmo modo que o *jockey* podia ou não vencer a corrida (tinha a chance de a vencer), não fosse a destruição daquele processo causal (e, portanto, da chance), também o doente teria a possibilidade (a chance) de vencer ou não a doença, não fosse a destruição do processo causal (agora hipotético), em que o diagnóstico era frutífero e, em virtude dele, podia dispor de todos os meios para tentar vencer.

Consideramos ainda que, em certos casos de perda de chance por facto do mandatário judicial, segundo o critério de separação proposto pela doutrina divisionista, não deveria haver lugar à consideração da perda de chance, na medida em que o facto do mandatário não operou uma interrupção *per se* do processo causal efetivo – e em que, não obstante, a aplicação da doutrina da perda de chance não é contestada. Nesse sentido, o que propomos é a consideração do critério de *destruição* para demonstrar uma analogia entre alguns casos de responsabilidade do mandatário judicial<sup>229</sup> e os casos de responsabilidade

---

o concurso, não pode ser avaliada tendo como referente o resultado efetivo (e real) do concurso, pois que como no resultado efetivo ele não foi escolhido, isso implicaria que a chance não tivesse existência. Então, a chance tem de ‘colher’ as suas características (nomeadamente de realidade e seriedade) da sua contraposição com o processo causal hipotético – só desse modo será possível determinar que a chance era real e que o seu grau de seriedade se situava, neste caso, nos 20%.

<sup>229</sup> Nos restantes casos de perda de chance por facto do mandatário judicial, em que há interrupção do processo causal, colocamos aqueles em que a actuação do mandatário opere alterações que, no momento da sua verificação causam a interrupção do processo causal, juntamente com a destruição desse mesmo processo. Dê-se como por exemplo o caso de um mandatário que, ao propôr uma acção manifestamente muito tempo depois do que lhe foi solicitado, deixa caducar um direito do seu representado; ou o caso em que o mandatário não faça as alegações no recurso (recurso deserto); apenas nestes casos há uma ruptura do processo causal operada pelo facto do mandatário – pois que implicam uma destruição do processo causal – e a sua transformação em processo causal hipotético. E dizemos caducar, e não prescrever, pois não sendo a prescrição de conhecimento oficioso, pode acontecer que numa acção de condenação proposta depois de decorrido o prazo de prescrição, o réu não a invoque ao contestar, e que, por isso, mesmo havendo decorrido o prazo, o facto do mandatário não provoque um dano; quer-se dizer, nos casos em que não é de conhecimento oficioso a existência de algum facto que leve à condenação do réu (ou à sua absolvição), não

civil médica por perda de chance, pelo que tentaremos tornar claro que não se deverá deixar de conceder indemnização nestes últimos, só porque o processo causal não foi interrompido – mais uma vez se reforçando que, o que deve ser tido em conta é a *destruição* de um processo causal (que agora se torna hipotético), e que a perda de chance será o dano adveniente dessa destruição.

Note-se o seguinte caso: um advogado é contratado para contestar uma ação. No entanto, não o faz ou fá-lo intempestivamente. Sabemos que a falta ou de contestação ou a contestação fora do prazo importam a revelia do réu<sup>230</sup>, segundo a qual se dão por confessados os factos alegados na petição inicial. A ação prossegue e, na sentença, o réu acaba por ser condenado.

O facto de o advogado não ter contestado não interrompeu o processo causal, isto porque o juiz do processo não fica vinculado, por causa da revelia, a decidir a favor do autor da ação; continua a haver um processo causal ininterrupto – além disso, o lesado também não foi retirado do processo, simplesmente perdeu (talvez) todas as probabilidades de evitar um resultado indesejado – tal como aconteceria num caso de perda de chance de cura ou sobrevivência. Consequentemente, por causa do facto do advogado, o cliente não perdeu o processo, mas sim a chance que tinha de evitar a derrota. O que o comportamento do advogado fez foi retirar-lhe essa chance. Colocou-o numa posição em relação ao processo causal (que não foi interrompido *per se*) mais desvantajosa que aquela em que estaria se tivesse sido diligente. Ademais, o facto do advogado destruiu um processo causal (que é agora o processo causal hipotético), no qual o sujeito nunca irá participar, e em referência ao qual será analisada a sua chance perdida.

Ora, o mesmo sucede nos casos de responsabilidade médica: o facto ilícito do médico não provoca o desfecho final da doença, nem interrompe o seu curso; mas destrói um cenário em que o paciente podia tentar curar-se – enfim, provoca efetivamente um dano da perda de uma chance.

No tipo de casos de responsabilidade do mandatário judicial que expusemos, a jurisprudência nacional tem ido no sentido de conceder indemnização. São exemplo disso vários Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, a apontar: o Acórdão de 28-09-2010 (processo n.º 171/2002.S1), em que o advogado contestou intempestivamente (o processo

---

há interrupção do processo causal, mas sim uma alteração substantiva da posição do sujeito em relação a esse mesmo processo.

<sup>230</sup> *Cfr.* Ac. 05-06-2003 do STJ (processo n.º 03B1820), ponto 36 e artigo 566.º do Código de Processo Civil.

em que o advogado não contestou continuou a decorrer mas com o lesado numa posição menos benéfica que aquela em que poderia encontrar-se); o Acórdão de 10-03-2011 (processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1), em que a falta de pagamento atempado da taxa de justiça por parte do advogado, que se tinha comprometido a fazê-lo, ditou o desentranhamento dos autos do embargo de executado efetuado a favor do lesado, e levou à penhora efetiva dos bens, causando grande prejuízo ao cliente-executado (também aqui, o processo de execução continuou a decorrer até à sua fase final, simplesmente com o lesado numa posição bastante enfraquecida em relação a ele, quando comparada com a posição em que podia estar se o advogado não tivesse falhado o pagamento da taxa de justiça, fazendo-lhe perder a chance de embargar com sucesso a execução, de reagir ao processo causal de outra forma – ou seja, tendo havido a destruição de um processo causal, que é agora hipotético); aponte-se por último o Acórdão de 05-02-2013 (processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1), em que a falta de requerimento de prova testemunhal dentro do prazo, não tendo interrompido o processo causal, fez com que o lesado tivesse de o defrontar sem poder produzir prova testemunhal, ficando, também aqui, numa posição muito menos favorável em relação àquela em que se podia encontrar, não tivesse sido a intempestividade do requerimento. A todos os exemplos apontados é transversal a não interrupção do processo causal, bem como a destruição de um processo causal (que se torna agora o processo causal hipotético) e da chance processual do lesado.

Se olharmos agora aos casos de perda de chance por facto do médico, também neles não ocorre, efetivamente, a interrupção do processo causal pelo facto do médico: o facto que faz perder a chance não provoca a interrupção desse processo - a doença vai-se prolongar até estar curada, até ao falecimento do paciente ou até a uma recuperação parcial. Independentemente de existir aquilo a que a doutrina divisionista apelida de *interrupção* (ou não) do processo causal em curso, o que nos parece estar em causa é uma alteração substantiva da posição do sujeito em relação ao processo causal, que é consequência da efetiva perda de chance de cura ou sobrevivência – chance esta que irá ser avaliada tendo como referente o processo causal hipotético (já que foi destruída) –, que se traduz num efetivo obnubilar de um bem juridicamente tutelado (a chance), presente na esfera jurídica do lesado.

Onde queremos chegar com o nosso discurso é à conclusão de que, se nos casos de perda de chance por facto do mandatário judicial (advogado) em que há alteração

substantiva da posição do sujeito em relação ao processo causal<sup>231</sup>, a jurisprudência tem concedido indemnização por perda de chance, considerando-a como um dano autónomo, por maioria de razão, o mesmo se deve fazer em relação aos casos de perda de chance por ato médico, em virtude da natureza análoga das situações.

## **5.2. Breve Sistematização dos Pressupostos Para a Aplicação da Perda de Chance Como Um Dano Autónomo**

Concluiremos a nossa exposição, fazendo uma breve sistematização ordenada dos pressupostos que devem achar-se cumpridos para que o dano da perda de chance seja ressarcível.

À partida, antes de proceder para o concreto preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, terão de se reconhecer à chance as características de aleatoriedade e neutralidade, autonomia e atualidade. Assim, aquilo cuja existência é colocada em causa, para que seja considerado uma chance, terá de ser uma entidade cujo resultado final de materialização apenas é possível prever num plano probabilístico, podendo o seu resultado pender para a materialização da consequência esperada, quer para a sua frustração.

Para que seja caracterizada corretamente, dever-se-á ter em conta a sua característica de autonomia – que é aquela que lhe confere valor intrínseco. Só através da constatação da autonomia da chance do processo causal (seja o real seja o hipotético), será possível afirmar que se está perante uma chance. Para que essa mesma chance releve, será ainda necessário que a mesma tivesse uma existência atual no património do lesado, no momento do facto – caso a chance tenha sido perdida antes do facto, ou tenha apenas surgido depois, nunca será possível considerar o facto como causa adequada para a produção do dano da sua perda.

Casuisticamente, deverá depois ser analisada a realidade da chance. Só havendo um reconhecimento transubjetivo da chance será possível reconhecer que a chance tem existência, que a chance é real, e só a partir desse reconhecimento será praticável constatar-se a existência da sua tutela jurídica – que existirá ou não se for preenchido o pressuposto da ilicitude. (Separando-nos do resto da doutrina, consideramos que a seriedade da chance só entrará em jogo não neste momento, mas sim no momento da

---

<sup>231</sup> Juntamente com a destruição do processo causal hipotético em que a chance podia ser ‘jogada’.



determinação do valor da chance – e, portanto, da determinação do *quantum* indenizatório).

Verificados os elementos atrás mencionados, será altura de entrar propriamente no mundo dos pressupostos da responsabilidade civil. Não colocando dúvidas o pressuposto da existência de um facto, saltamos para o pressuposto da ilicitude<sup>232</sup> - no que concerne a este pressuposto deverão ser tomadas as cautelas necessárias para garantir que existe realmente o seu preenchimento, através de qualquer uma das suas variantes.

Preenchido que esteja o pressuposto da culpa (ou não sendo necessário, caso se esteja perante responsabilidade civil objetiva), cabe constatar que a chance foi realmente perdida, que é como dizer, é necessário afirmar que houve efetivamente a perda de uma chance. Se tiver havido, deverá o dano dessa perda ser considerado um dano patrimonial, na espécie de dano emergente e nunca de lucro cessante. Dever-se-á ter, por isso, como um dano certo.

Agora já no plano da causalidade, o juízo de adequação deverá decorrer como se de qualquer outro caso se tratasse. Na determinação da obrigação de indemnização, caso seja possível, por alguma forma, a reintegração da chance na esfera jurídica do lesado, este deverá ser o caminho preferível (e legalmente exigido) a tomar. Caso tal não seja possível (o que sucederá na esmagadora maioria das vezes), então aqui o valor da chance deverá ser encontrado através da multiplicação das probabilidades daquela se vir a materializar pelo valor do benefício perdido ou do prejuízo não evitado.

---

<sup>232</sup> Em referência ao qual já deixamos exposta a nossa posição, *supra* ponto 5.

## 6. Conclusão

A abertura da responsabilidade civil ao ressarcimento da perda de uma chance, por força da prática jurisprudencial, deixou a doutrina em rebuliço, especialmente após o alargamento desse ressarcimento a casos de responsabilidade civil médica. No entanto, parece-nos inegável a afirmação de que a abertura de que se fala seja reflexo da progressiva proteção dos lesados por parte do Direito Civil.

De certo modo, a doutrina da perda de chance abriu as portas ao fim do paradigma do ‘tudo ou nada’, pondo fim a soluções que, tanto de um ponto de vista social como de um ponto de vista jurídico, são manifestamente desajustadas e desadequadas, quer por afastarem qualquer tipo de ressarcimento em casos nos quais o lesado sofreu efetivamente um dano, quer por não levarem minimamente em conta a crescente complexidade dos casos que a experiência social pode chamar o Direito a resolver.

Vimos que a aplicação da doutrina da perda de chance com base na teoria da causalidade parcial, além de representar um claro afrouxar das necessidades de estabelecimento do nexo de causalidade, é claramente contrária ao espírito da formulação negativa da causalidade, aquela que é adotada pelo ordenamento jurídico português. A aplicação da doutrina de perda de chance pode (e deve) ter lugar, no nosso ordenamento jurídico, através da sua consideração como um dano autónomo, ainda que a sua autonomia seja meramente relativa – porém suficiente para o destacar do dano final. A aplicação da doutrina da perda de chance através do seu enquadramento dogmático no plano do dano não coloca em causa qualquer disposição legal, quer a nível da causalidade, quer a nível de quaisquer outros pressupostos da responsabilidade civil.

Não obstante, a aplicação global da doutrina da perda de chance como um dano autónomo encontra ainda alguns obstáculos, nomeadamente no que concerne ao pressuposto da ilicitude, cuja falta, como tentámos demonstrar, deve, *de iure condito*, implicar a não ressarcibilidade – sob pena de se violar o pressuposto da ilicitude e conceder indemnizações à margem da verificação global dos pressupostos da responsabilidade civil. Porém, defendemos, *de iure condendo*, que deve haver uma alteração legislativa, devidamente estudada e planeada, no sentido de estabelecer uma tutela geral da chance enquanto entidade existente na esfera jurídica do lesado.

A perda de chance é um claro exemplo de como a prática jurisprudencial pode levar o Direito a trilhar novos caminhos e levar à aproximação do mundo jurídico ao mundo social. Tendo em conta toda a discussão doutrinária e jurisprudencial que rodeou e continua a rodear a figura, não podemos deixar em primeiro lugar de mencionar o enorme impulso que a figura da perda de chance deu no aperfeiçoamento do Direito Civil. De todo o modo, há que admitir que o caminho a construir, até à completa aceitação da figura, ainda tem muitas lajes para aplicar.

## Bibliografia

- AGUIAR, Joana Bianchi de. “A Perda de Chance no Ordenamento Jurídico Português.” *Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto*. Porto, Novembro de 2014.
- ALARCÃO, Rui de. *Direito das Obrigações*. Luanda: Colecção da Faculdade de Direito UAN, 1999.
- ALCOZ, Luis Medina. “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades.” *Revista de La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros n.º 30*, 2009: 31-74.
- ATTYAH, Patrick, e Peter Cane. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. Cambridge University Press, 2006.
- Barbosa, Mafalda Miranda. “A Participação da Dimensão de Futura na Responsabilidade Extracontratual.” Em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I, p. 138-9. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- BOCCHIOLA, Maurizio. “Perdita di una "chance" e certezza del danno.” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 30, 1976: 55-102.
- BORÉ, Jacques. “L'indemnisation pour les chances perdues-une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable.” *JCP*, 1974, I, 2620.
- CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2011.
- CHABAS, François. “La Perdita di Chance Nel Diritto Francese Della Responsabilità Civile.” *Responsabilità Civile e Previdenza, Rivista Bimestrale di Dottrina Giurisprudenza e Legislazione*, 1996: 227-245.
- CHARTIER, Yves. “Comentário às Decisões da 1º Cass. Civ 2º, de 9 de novembro de 1983 e 2º Cass. Crim., de 3 de novembro de 1983.” *JCP*, 1985: 20360.

- . *La Réparation Du Préjudice*. Paris: Dalloz, 1983.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1998.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª edição, revista e aumentada. Coimbra: Almedina, 2009.
- DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général, I - Sources des Obligations, Tomo V*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925.
- DIAS, João Álvaro. *Dano Corporal: Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*. Coimbra: Almedina, 2001.
- . “Breves Considerações em Torno da Natureza da Responsabilidade Civil Médica.” *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Ano II, 1993, n.º 3: 27-59.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime, 2ªed.* Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- DORSNER-DOLIVET, Annick. “Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation, 1er Chambre Civ., de 17 de novembro de 1982.” *Recuel Dalloz Sirey - 22e Caheir Jurisprudence*, 1984: 305-308.
- DURRY, Georges. “Responsabilité Civile.” *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1967: 153-183.
- FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- . “A Perda de Chance Revisitada.” *Revista da Ordem dos Advogados*, 73 - 2013: 1301-1329.
- . “A Perda de Chance - Análise Comparativa e Perspetivas de Ordenação Sistemática.” *Revista O Direito*, 144 (2012): 29-58.
- FISCHER, David A. “Tort Recovery for Loss of a Chance.” *Wake Forest Law Review*, 2001: 605-656.

- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *O Método do Caso*. Coimbra: Almedina, 2006.
- GOMES, Júlio Vieira. “Ainda Sobre a Figura do Dano da Perda de Oportunidade ou Perda de Chance.” *Caderno de Direito Privado*, 2012, Vol. II: 17-29.
- . “Sobre o Dano da Perda de Chance.” *Direito e Justiça*, 2005, Vol. XIX: 9-47.
- GOMES, Júlio Vieira. *Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*. Vol. II, em *Estudos em Homenagem do Professor Doutor António Castanheira Neves*, 289-327. Coimbra, 2008.
- GUERRA, André Fonseca. *Responsabilidade Civil do Cirurgião Plástico Estético - Dissertação de Mestrado Apresentada à FDUC*. 2013.
- JANSEN, Nils. “The Idea Of a Lost Chance.” *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999: 271-296.
- JUSTO, António dos Santos. *Breviário de Direito Privado Romano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- KHOURY, Lara. *Uncertain Causation in Medical Liability*. Portland: Hart Publishing, 2006.
- KING, Joseph H., Jr. “Causation, Valutaion, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences.” *The Yale Law Journal*, Maio de 1981: 1353-1397.
- . “‘Reduction of Likelihood’ Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine.” *University of Memphis Law Review*, Winter, 1998: 492-560.
- MAKDISI, John. “Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability.” *North Carolina Law Review*, Vol. 67, n.º 5, 1989: 1063-1101.
- MARTINEZ, Pedro Romano. “Responsabilidade Civil por Acto ou Omissão do Médico - Responsabilidade Civil Médica e Seguro de Responsabilidade Civil Profissional.” Em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. II, 459-486. s.d.
- MÉMÉTEAU, Gerard. “McGill Law Journal.” 1986: 126-151.

- MENESES, Sara Lemos de. “Perda de Oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?” *Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa*. Lisboa, Agosto de 2013.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. “Rudimentos da Responsabilidade Civil.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2 (2005): 349-390.
- MULLER, Christoph. “La Perte d'Une Chance Médicale en Droits Comparé et Suisse.” *Revue Générale de Droit Médical*, 2003: 105-131.
- PALLARÉS, Eduardo Asensi e Clares, Iñigo Cid-Luna. “La Evolución de la Doctrina de la Pérdida de Oportunidad en Responsabilidad Médica.” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, n.º8: 228-239.
- PARTISANI, Renato. “Lesione di un Interesse Legittimo e Danno Risarcibile: La Perdita della Chance.” *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2000, Vol 65, n.º3: 566-590.
- Princigalli, A.M. “Comentário à Sentença de 19 de dezembro (n. 6506) da Secção de Trabalho da Corte di Cassazione.” *Il Foro Italiano*, 1986, Parte I: 383-387.
- 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.
- . “Da Tutela do Doente Lesado - Breves Reflexões.” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 5 (2008): 417-460.
- . “A Dificuldade de Demonstração do Nexo de Causalidade nas Acções Relativas à Responsabilidade Civil do Profissional Médico - Dos Mecanismos Jurídicos Para Uma Intervenção Pro Damnato.” *Revista do CEJ*, 1.º Semestre de 2011, n.º 15: 9-62.
- PENNEAU, Jean. *La Responsabilité du Médecin*. Sirey: Dalloz, 1992.
- . “Comentário à Decisão do Cour de Cassation (1er Ch. Civ.) de 27 de Março de 1973.” *Recueil Dalloz Sirey*, 1973: 595--598.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

- PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Vol. II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- . “Perda de Chance Processual.” *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Março - Abril de 145 - 2016: 174 -201.
- RAPOSO, Vera Lúcia. “A Perda de Chance no Mandato Judicial (Comentário ao Acórdão do STJ n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1, de 01-07-2014).” *Revista do Ministério Público*, Ano 35, n.º 140, Outubro-Dezembro 2014: 249-258.
- . “Em Busca da Chance Perdida - O Dano da Perda de Chance, em Especial na Responsabilidade Médica.” *Revista do Ministério Público*, Abril - Junho de 2014: 9-62.
- ROCHA, Nuno Santos. *A 'Perda de Chance' Como Uma Nova Espécie de Dano*. 1ª edição, reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.
- SAVATIER, Réne. “Une Faute Peut-elle Engendrer la Responsabilité d'un Dommage Sans L'avoir Causé?” *Recueil Dalloz Sirey - Chronique*, 1970: 123-126.
- SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz. “Provas (Direito Probatório Material).” *Boletim do Ministério da Justiça n.º 110*, 1961: 61-256.
- . “Obrigação de Indemnização (Colocação. Fontes. Conceitos e Espécies de Dano. Nexo Causal. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção.” *Boletim do Ministério da Justiça n.º 84*, Março de 1959: 5 e ss.
- SILVA, Rafael Pettefi da. *Responsabilidade Civil Pela Perda de Uma Chance*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.
- SUPPA, Maria Paola. “Comentário ao Acórdão da Cassazione Civile, Sezione Lavoro, de 26 de outubro de 2002 (proc. n. 15141).” *Giurisprudenza Italiana*, 2003, Vol. I: 1783-1785.
- TUNC, André. “Obligations et Contrats Spéciaux.” *Révue Trimestrielle de Droit Civil*, 1963: 326-363.



- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2000.
- VINEY, Geneviève e Jourdain, Patrice. *Traité de Droit Civil: Les Conditions de La Responsabilité*. 3ª edição. L.G.D.J., 2006.
- YERGA, Álvaro Luna. “Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria.” *Indret: Revista Para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2005.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition*. Cidade do Cabo: Juta, 1990.

# Jurisprudência

## Nacional

Sentença do Tribunal da Comarca de Lisboa, proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1ª Secção Cível, de 23 de julho de 2015;

Consultada em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt):

### **Tribunal Central Administrativo do Norte:**

- Acórdão de 11-10-2013 (processo n.º 01119/08.5BECBR);
- Acórdão de 09-10-2015 (processo n.º 00814/2000-Coimbra);

### **Supremo Tribunal de Justiça:**

- Acórdão de 11-10-1994 (processo n.º 084734)
- Acórdão de 17-04-2007 (processo n.º 07A701);
- Acórdão de 25-11-2009 (processo n.º 397/03.0GEBNV.S1);
- Acórdão de 29-04-2010 (processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1);
- Acórdão de 28-09-2010 (processo n.º 171/2002.S1);
- Acórdão de 26-10-2010 (processo n.º 1410/04.OTVLSB.L1.S1);
- Acórdão de 10-03-2011 (processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1)
- Acórdão de 05-02-2013 (processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1)
- Acórdão de 06-03-2014 (processo n.º 23/05.3TBGRD.C1.S1);
- Acórdão de 30-09-2014 (processo n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1);

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29-10-2013 (processo n.º 1922/05.8TVLSB.L1-7).

## Estrangeira

- *Chambre criminelle da Cour de Cassation*, 6 de junho de 1990, processo n.º 89-83703, consultado em <https://www.legifrance.gouv.fr>;
- *Chambre civile 2 da Cour de Cassation*, 17 de fevereiro de 1961, sem número de processo, consultado em <https://www.legifrance.gouv.fr>;
- *Hicks v. United States* (1966), consultado em <http://openjurist.org/368/f2d/626/hicks-v-united-states>;

- Sentença do Tribunal Supremo Espanhol, de 10 de outubro de 1998 (A. 8371), consultado em [www.poderjudicial.es/search](http://www.poderjudicial.es/search);
- Sentença da Cassazione Civili de 22 de julho de 1999, n.º 500, consultado em <http://www.leggioggi.it>