

**Nuno Santos Rocha**

**A «Perda de Chance»  
Como Uma Nova Espécie de Dano**

# DADOS DE COPYRIGHT

## Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

## Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [lelivros.love](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados [neste link](#).

***"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."***



# DADOS DE COPYRIGHT

## Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

## Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [lelivros.love](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados [neste link](#).

***"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."***



# **A «Perda de Chance» Como Uma Nova Espécie de Dano**

**2014**

**Nuno Santos Rocha**



# A «PERDA DE CHANCE» COMO UMA NOVA ESPÉCIE DE DANO

AUTOR

Nuno Santos Rocha

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n<sup>os</sup> 76, 78 e 80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almедina.net · editora@almедina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

Fevereiro, 2014

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

---

*Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação*

ROCHA, Nuno Santos

A «perda de chance» como uma nova espécie de

dano. - (Ideias jurídicas)

ISBN 978-972-40-5568-8

CDU 347

Dissertação de Mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico – Privatísticas, para finalização do Ciclo de estudos conducente à obtenção do grau de Mestre, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, realizada sob a orientação do **Exmo. Senhor Professor Doutor Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada**

Julho 2011

*La fortune nous corrige de plusieurs défauts que la raison ne saurait corriger*

FRANÇOIS DE LA ROCHEFOUCAULD

## PREFÁCIO

É com gosto que prefacio com algumas palavras introdutórias o ensaio que a seguir se publica, da autoria de Nuno Santos Rocha, sobre a denominada “perda de *chance*”.

Apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Porto como dissertação para a obtenção do grau de Mestre, este estudo é o resultado de uma investigação que acompanhei na qualidade de orientador, e cujo mérito foi reconhecido nas correspondentes provas públicas pelo júri designado.

Não é difícil perceber o interesse e a oportunidade do tema, que o seu autor mostra, aliás, com abundância. Há hoje, mesmo descontando os excessos e as precipitações em que por vezes se incorre, uma multiplicidade de situações para as quais se reclama o dever de indemnizar que não podem ser resolvidas adequadamente sem um esclarecimento e uma posição sobre a controversa categoria da “perda de *chance*”.

A própria doutrina nacional tem vindo recentemente a fazer-se eco da importância desse debate.

Ora, o presente estudo de Nuno Santos Rocha enriquece-a, sem dúvida.

Se não pode evidentemente, pelo seu carácter precursor, entrar em conta com diversas posições entretanto desenvolvidas entre nós, a pertinência, que persiste, de muitas das suas considerações, assim como as sugestões de reflexão que explicita ou implicitamente nos proporciona, asseguram o interesse do leitor motivado e garantem-lhe um lugar de destaque entre os escritos portugueses sobre o tema.

Claro está que este estudo não representa – logo pelo seu propósito e circunstância - um trabalho exaustivo. Abre, contudo, horizontes, deixa linhas de orientação, induz avanços do conhecimento. Contribui assim, mesmo onde os resultados possam discutir-se, para responder a exigências que o Direito da actualidade evidencia e que os “práticos do Direito” não deixarão certamente de descobrir.

Como é natural, a orientação que disponibilizei a Nuno Santos Rocha na sua investigação em nada afectou a autonomia das suas escolhas e a independência do seu percurso intelectual. Dela retenho, em qualquer caso, o empenho do Autor, as suas manifestas qualidades de jurista, a grata cordialidade e capacidade de convivência, tudo características que justificam deixar-lhe agora o meu desejo das maiores felicidades e, à sua obra, o merecido acolhimento do público.

Porto, Fevereiro de 2014

Manuel A. Carneiro da Frada

## **RESUMO**

O presente trabalho versa sobre a denominada teoria da «perda de chance».

Tentar-se-á defender a necessidade de a ideia da «perda de chance» ser percebida através de uma ampliação do conceito de dano e não como um problema de causalidade.

Pretende-se assim, afirmar a existência de uma nova espécie de dano, autónomo, e passível de indemnização, à míngua de qualquer alteração nos quadros da responsabilidade civil portuguesa.

## **ABSTRACT**

The present study focuses on what is known as “loss-of-chance theory”.

An attempt is made to sustain the necessity of the idea of the loss-of-chance being perceived as an extension to the concept of damages and not as a problem regarding causation.

We thus intend to claim the existence of a new type of damages, which is autonomous, and subject to indemnity, despite any changes in the limits of portuguese civil liability.

## AGRADECIMENTOS

- Aos meus pais, pela paciência que sempre tiveram (e continuam a ter) comigo e por toda a liberdade de acção que sempre me deram em todos os momentos na minha vida;
- Ao meu avô, que tudo tem feito por mim;
- Aos meus tios Paula e Nic, pela ajuda e celeridade nas traduções;
- Aos amigos Eduarda, Tiago, Leo, Ana Jorge, Zé Lopes, Clelia e Salva, pelos preciosos contributos que me forneceram e que directa ou indirectamente acabaram influenciar a elaboração deste trabalho;
- Uma palavra de destaque ao amigo Zé Queirós, pela qualidade da sua revisão do texto e pelo valioso tempo dispendido na leitura do mesmo;
- Ao Professor Doutor Rafael Peteffi da Silva da Universidade Federal de Santa Catarina, que inicialmente me colocou perante a interessante temática do dano da «perda de chance»;
- Aos docentes da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, em especial à Mestre Rute Pedro, pelo apoio inicial que me transmitiu, e por todas as sugestões de pesquisa que me forneceu;
- Ao meu orientador, Professor Doutor Manuel Carneiro da Frada, por ter aceite esta dissertação, apesar do meu regresso tardio do Brasil, e pela disponibilidade que sempre demonstrou em me receber, bem como, pela enorme utilidade de todas as suas recomendações;

# ÍNDICE

## Abreviaturas

### 1. A noção

1.1. Nascimento e desenvolvimento da figura

### 2. Dano e causalidade: dois planos só aparentemente confundíveis. A natureza jurídica do dano da «perda de chance»

2.1. A causalidade parcial

2.2. A doutrina divisionista. O perigo de uma utilização abusiva

2.3. A teoria unitária: a «perda de chance» estudada através do prisma do dano

2.4. O dano autónomo da «perda de chance» ilustrado nos casos de responsabilidade civil médica

### 3. Características e condições de aplicabilidade

3.1. «Chances» sérias e reais e a certeza do dano

3.2. Autonomia

3.3. *Quantum debeat*. A reparação integral das “chances perdidas”

### 4. Distinções importantes

4.1. Dano emergente e não lucro cessante

4.2. Vs. Dano moral

4.3. Criação ou aumento de riscos

### 5. Jurisprudência portuguesa. Alguns Desenvolvimentos recentes

### 6. A «perda de chance» como uma nova espécie de dano. Posição adoptada

## Conclusão

## Bibliografia

## **ABREVIATURAS**

Ac.(s) Acórdão(s)

Art. Artigo

CC Código Civil

Cfr. Confronte

D. Recueil Dalloz

Ed. Edição

J.C.P. Juris-Classeur Périodique

L.G.D.J. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

op. Obra

cit citada

p. Página pp. Páginas

R.T.D.C. Revue Trimestrielle de Droit Civil

ss. Seguintes

STA Supremo Tribunal de Administrativo

STJ Supremo Tribunal de Justiça

Vol. Volume

# 1. A Noção

A «perda de chance» consubstancia a perda da possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável. Em função do contexto em que esse dano se possa vir a produzir, são várias as áreas em que se pode destacar a importância da figura da «perda de chance».

Assim será por exemplo, em casos de oportunidade de vitória em concursos desportivos. Relembra-se aqui o famoso caso do maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que estava em primeiro lugar na maratona olímpica de 2004, quando a seis quilómetros do final, foi agarrado temporariamente por um homem, que o projectou contra o público fazendo-o perder preciosos segundos, já que, após o incidente, o brasileiro acabou por ser ultrapassado, terminando a prova em terceiro lugar. Não se pode tomar por garantido que, não fora o empurrão e conseqüente tempo perdido, este teria ganho a medalha de ouro, já que os dois atletas que o ultrapassaram vinham poucos segundos atrás e ainda faltava uma distância considerável para o final da corrida. No entanto, podemos certamente afirmar que, por força da actuação ilícita de um terceiro, o maratonista perdeu efectivamente algumas possibilidades de ganhar aquela prova olímpica.

São também conhecidas várias situações decorrentes de participações em concursos públicos ou privados, como aconteceu em 2000 no programa televisivo brasileiro “Show do Milhão”, semelhante ao nosso “Quem quer ser milionário”, quando uma participante respondeu acertadamente a uma série de perguntas, e a cada resposta certa foi acumulando o montante do prémio em barras de ouro até alcançar a quantia de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais). Posteriormente, foi feita a “pergunta do milhão”, de escolha múltipla, na qual a participante tem a opção de responder (e caso erre perde tudo o que acumulou durante o programa) ou não (e recebe os R\$ 500.000,00). No caso, a concorrente optou pela segunda hipótese. Veio porém a verificar-se, algum tempo depois, que as quatro opções de resposta que lhe tinham sido propostas estariam todas erradas. Ou seja, mesmo que optasse por responder, a concorrente nunca iria ganhar o prémio final. Resultou daqui para a concorrente, não a perda do valor total do concurso, mas a perda de possibilidade de o conseguir, já que, mesmo havendo uma resposta correcta entre as várias soluções, a participante ainda teria de fazer a escolha certa, entre as quatro hipóteses sugeridas<sup>1</sup>.

Com bastante mais frequência deparam-se-nos os casos de perda da possibilidade de ganhar uma acção em processos judiciais e também os casos de «perda de chance» de cura ou de sobrevivência, que, como veremos, serão os que nos irão colocar um maior número de problemas. Quanto aos primeiros, temos a típica circunstância em que o advogado, através de um cumprimento defeituoso do mandato, deixa passar um determinado prazo, por exemplo de interposição de recurso, impossibilitando o seu cliente de poder evitar uma condenação ou fazendo-o perder a possibilidade de ganhar uma acção. São situações que entre nós têm sido ultimamente levadas com alguma constância à apreciação dos tribunais superiores<sup>2</sup>. Em relação aos segundos são várias as hipóteses de «perda de chance» nos quadros da responsabilidade civil médica, e é em França que se encontram grande parte das decisões judiciais sobre

esta matéria. É o exemplo do caso decidido pela *Cour d'Appel de Versailles* a 8 de Dezembro de 1986, em que estava em causa o facto de uma criança ter sido atacada por uma meningite, que começou a ser tratada com atraso, devido a um erro de diagnóstico do médico pediatra que a tinha inicialmente examinado, e que referira tratar-se de um caso de sarampo. A criança acabou por curar-se, mas perdeu uma grande parte da sua capacidade auditiva. O tribunal concluiu que o dano sofrido por causa do comportamento culposo do médico consistia na «perda de «chance» que aquela criança tinha de evitar, através de cuidados adequados e imediatos, a aparição da surdez como sequela da meningite<sup>3</sup>.

Em todas estas situações descritas como típicas hipóteses de «perda de chance», encontramos-nos perante um processo aleatório, e exactamente por isso ficamos impossibilitados de conseguir estabelecer umnexo causal entre o facto ilícito e o resultado útil desejado que não se produziu, dado que, mesmo que o primeiro não chegasse a ocorrer, não era certa a verificação do segundo.

Contudo, nestes casos, a impossibilidade processual de demonstração da causalidade não elimina a suspeita de que esta se poderá ter efectivamente verificado no mundo real. Essa suspeita explica em grande medida o aparecimento da teoria da «perda de chance» com base na ideia de que às vezes fere o sentimento de justiça que a vítima de uma conduta culposa por parte de um terceiro fique sem qualquer indemnização, por um dano que quicá não teria sofrido se aquele acto ilícito nunca tivesse sido cometido<sup>4</sup>. Em suma, quando, de acordo com a normalidade das regras do ónus da prova, não se consiga estabelecer o nexocausal entre um facto ilícito e um dano, mas se constata que, não fora a ocorrência do primeiro, o segundo teria uma probabilidade maior de não se produzir, a teoria da «perda de chance» permite considerar que o comportamento censurável do agente privou a vítima de determinadas possibilidades de não sofrer aquele prejuízo, e que por isso essa perda poderá ser indemnizada.

Todavia, esta ideia, que terá tido origem no intuito de aligeirar a prova da causalidade, foi transformada através de uma longa evolução jurisprudencial e doutrinal comparada, numa verdadeira teoria autónoma de determinação do dano. Assim entendemos que, para que possa ser admitida dentro dos quadros da nossa responsabilidade civil, a figura da «perda de chance» terá de ser considerada como uma nova espécie de dano reparável, desde que sejam, obviamente, preenchidos todos os pressupostos necessários ao nascimento de uma obrigação de indemnizar.

## 1.1. Nascimento e desenvolvimento da figura

A ideia de «perda de chance» apareceu em França entre o final do século XIX e o início do século XX e a partir dessa altura foi alastrando aos mais diversos ordenamentos nacionais.

Em 17 de Julho de 1889, através de uma decisão da *Chambre des Requêtes*<sup>5</sup> de la *Cour de Cassation* francesa, aceitou-se a indemnização pela *perte de chance* de ganhar uma acção judicial provocada pelo comportamento negligente de um *officier ministériel* que impediu a normal tramitação do processo. A partir desse momento, a teoria foi sendo aplicada às mais variadas circunstâncias, desde a perda da possibilidade de vitória em jogos de sorte ou azar, em competições desportivas e em concursos públicos, à perda da oportunidade de se obter uma promoção profissional, ou um emprego mais lucrativo, e até mesmo à perda da oportunidade de se conquistar um determinado mercado<sup>6</sup>. Por outro lado, foi também em França que este conceito começou a ser utilizado para solucionar casos de responsabilidade civil médica, assistindo-se ao despontar da noção de *perte d'une chance de guérison ou de survie*. A sua aplicação neste âmbito viria a levantar uma das maiores críticas apontadas à possibilidade de indemnização por «chances» perdidas, nomeadamente no que diz respeito à questão da prova no domínio

da causalidade<sup>7</sup>.

A Itália é outro exemplo de um país onde a noção foi introduzida nos mais diversos campos, com especial incidência em situações relacionadas com o direito do trabalho<sup>8</sup>. A primeira decisão favorável à indemnização pela *perdita di chance* data de 1983, quando a secção laboral *della Corte di Cassazione* condenou uma empresa a indemnizar alguns candidatos à obtenção de emprego pela perda dessa possibilidade, pois, apesar de terem participado nas primeiras provas de selecção, foram ilicitamente impedidos de atender às provas subsequentes<sup>9</sup>.

Em Espanha, nos últimos vinte anos, o conceito de *pérdida de oportunidades* tem sido fortemente utilizado para suprir situações em que surgem dificuldades na demonstração do nexo causal, sendo uma teoria a que tanto os tribunais civis como administrativos têm vindo a recorrer quando se lhes deparam litígios que envolvem a responsabilização de profissionais liberais<sup>10</sup>.

A influência francesa e italiana fez-se também sentir em países da América do Sul, nomeadamente na Argentina e no Brasil. No primeiro tem sido aceite a ressarcibilidade pela perda da oportunidade de vencer uma competição desportiva ou de empreender uma nova actividade comercial, e também para casos de perda, por parte dos pais, da possibilidade de obter apoio financeiro do filho que entretanto tenha falecido<sup>11</sup>. Quanto ao segundo, a teoria da «perda de chance» começou por ser aplicada nos tribunais dos estados do sul do país<sup>12</sup>. Este impulso da jurisprudência gaúcha contribuiu para que actualmente exista um movimento intenso de expansão da teoria aos restantes tribunais brasileiros, sem que todavia se possa afirmar que a mesma goza já de uma aplicação unânime de âmbito nacional<sup>13</sup>.

Olhando agora para os países da família anglo-saxónica, é em Inglaterra que aparece o *leading case* da manifestação da figura *loss of a chance*. Em 1911, no caso *Chaplin v. Hicks*, o *English Court of Appeal* concedeu uma reparação a uma candidata que perdeu a possibilidade de ser uma das vencedoras de um concurso de beleza por não ter sido notificada tempestivamente para a entrevista final. É por influência desta decisão que nos Estados Unidos a jurisprudência começa também a dar bastante relevância à «perda de chance», mas com uma particularidade importante: na grande maioria das vezes, só a aplica a casos de responsabilidade civil médica<sup>14</sup>. O primeiro, neste domínio, foi o de *Hicks v. United States* no qual se constatou uma conduta médica negligente e se procedeu à indemnização da perda de uma possibilidade substancial de sobrevivência<sup>15</sup>. O Canadá, por sua vez, além do previsível impacto da jurisprudência dos Estados Unidos, também recebeu muito dos ensinamentos franceses, sobretudo nos litígios resolvidos pela *Cour d'Appel du Québec*.

Quanto ao caso de Portugal, por ser o que a nós nos diz respeito, será alvo de uma análise mais detalhada *infra* na secção 5.

Todavia, não tem sido só ao nível dos Estados que a teoria da «perda de chance» se tem vindo a impor. Diversas instituições europeias e internacionais têm utilizado e desenvolvido a noção. Assim, o artigo 2.7 da Directiva 92/13/CE aprovada pelo Conselho das Comunidades Europeias, na sua parte final<sup>16</sup>, bem como o artigo 7.4.3, segunda alínea<sup>17</sup>, dos princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, desenvolvidos pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT, referem-se explicitamente à noção de «perda de chance». Por outro lado, existem instrumentos desenvolvidos de forma menos oficial e institucional que também, directa ou indirectamente, acabam por consagrar a figura, como é o caso do artigo 163º da parte geral do projecto preliminar do Código Europeu dos Contratos<sup>18</sup> e do artigo 3:106 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil elaborados pelo *European Group on Tort Law*<sup>19</sup>.

Também em relação à jurisprudência existem algumas decisões relevantes a nível internacional, julgadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>20</sup> e também pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>21</sup>. Em relação a este último torna-se interessante analisar o caso *Frederick Farrugia contre Commission des Communautés européennes*, de 21 de Março de 1996<sup>22</sup>.

Um candidato a uma bolsa de investigação pretendia uma indemnização pela perda da possibilidade de prosseguir os seus estudos no Reino Unido, já que a Comissão Europeia teria errado ao considerar que ele não cumpria as condições estabelecidas para a atribuição da referida bolsa, motivo pelo qual a sua candidatura não foi sequer considerada. A indemnização acabou por ser rejeitada, não por se negar a existência da «perda de «chance», mas sim porque o tribunal considerou que o demandante não conseguiu provar a consistência da sua «chance», ou seja, que na falta do erro por parte da comissão, ele reuniria as condições necessárias para que efectivamente se pudesse considerar detentor de uma «chance» séria e real de que lhe fosse atribuída a bolsa de investigação<sup>23</sup>. Parece-nos que aqui o tribunal acaba por aceitar a figura da «perda de chance», estando apenas a discutir os pressupostos da sua aplicação ao caso concreto.

Verificamos assim que o reconhecimento da «perda de chance» tem sido feito tanto horizontal – a nível dos vários países que a aceitam – como verticalmente – em diversos organismos internacionais<sup>24</sup> –, e que se encontra, actualmente, cada vez mais em voga no direito comparado e numa fase de maior expansão e aceitação. Porém, este reconhecimento, como veremos, tem sido marcado por inúmeras críticas e vozes discordantes, pois a aceitação da figura coloca várias dificuldades, quer no plano teórico e conceptual, quer a nível da sua implementação prática.

-

<sup>1</sup> RAFAEL PETEFFI, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, 2ª ed. - São Paulo: Atlas, S.A., 2009, pp. 203 e 204.

<sup>2</sup> Vide a título exemplificativo os Ac.(s) de 10 de Março de 2011, de 26 de Outubro de 2010, de 28 de Setembro de 2010 e de 29 de Abril de 2010, todos do Supremo Tribunal de Justiça e disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>3</sup> JEAN PENNEAU, *Anotação ao Acórdão da Cour d'Appel de Versailles*, 8 décembre 1986, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, 39.e *Cahier, Jursiprudence*, pp. 583 e ss.

<sup>4</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, in *Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 30, Segundo Trimestre, 2009, p. 36.

<sup>5</sup> Esta secção deixou de existir aquando da modificação da organização da *Cour de Cassation* em 1947. *Loi n°47-1366 du 22 juillet*, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>6</sup> GENEVIÈVE VINEY; PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, Les Conditions de la Responsabilité* L.G.D.J, 1998, pp. 74 e ss.

<sup>7</sup> Esta questão será analisada com mais detalhe *infra* secção 4.

<sup>8</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, pp. 193 e 194.

<sup>9</sup> SÉRGIO SAVI, *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 27.

<sup>10</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *op. cit.*, pp. 40 e ss.

<sup>11</sup> *Idem*, pp. 39 e 40.

<sup>12</sup> Uma célebre palestra proferida por FRANÇOIS CHABAS – “*La perte d’une chance en droit français* – na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23 de Maio de 1990, terá sido a grande responsável pela introdução da noção de «perda de chance» no direito brasileiro. Cfr. RAFAEL PETEFFI, *op. cit.*, p. 194, nota 17.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 195.

<sup>14</sup> A justificação para esta restrição, parece ser, em primeiro lugar a grande assimetria em termos de conhecimento do médico em relação ao do seu paciente, e por outro lado, o facto de se estar a lidar com bens jurídicos de importância primordial como a saúde e a vida humana. Cfr. JOHN GOLDBERG, *What Clients Are Owed : Cautionary Observations On Lawyers And Loss-Of-A-Chance*, Vanderbilt University Law School, Public Law & Legal Theory, Working Paper Number 04-05, 2003.

<sup>15</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *op. cit.*, p. 38.

<sup>16</sup> “Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0013;pt:HTML>

<sup>17</sup> “*Article 7.4.3 (Certitude du préjudice)*

(1) *N’est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude*

(2) *La perte d’une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation*

(3) *Le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal”*.

Disponível em <Http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-french.pdf>

<sup>18</sup> “*Art. 163. Daño patrimonial resarcible. El daño patrimonial resarcible comprende:*

a) *tanto la pérdida sufrida, b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse -con certeza razonable- ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora*”. Tradução em espanhol disponível em <http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC>.

Apesar de um referência expressa à perda de chance, esta aparece integrada na noção de lucros cessantes, o que no nosso entender não nos parece ser possível. *Vide infra* secção 4.1.

<sup>19</sup> “Artigo 3:106. Causas incertas no âmbito da esfera do lesado O lesado deverá suportar o prejuízo na medida correspondente à probabilidade de este ter sido causado por uma actividade, ocorrência ou qualquer outra circunstância que se situe no âmbito da sua própria esfera, incluindo eventos naturais.” Disponível em [http://civil.udg.es/tort/principles/text\\_PT.htm](http://civil.udg.es/tort/principles/text_PT.htm). Para o director deste projecto, JAAP SPIER, este artigo baseia-se em parte no conceito da «perda de chance», EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tor Law, Text and Commentary*, SpringerWien/NewYork, p. 57.

<sup>20</sup> *Vide* LUIS MEDINA ALCOZ, *op. cit.*, p. 33, nota 3.

<sup>21</sup> Que com o Tratado de Lisboa de 13 de Dezembro de 2007, passou a ser denominado de Tribunal de Justiça da União Europeia.

<sup>22</sup> Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61994A0230&lg=fr](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61994A0230&lg=fr)

<sup>23</sup> “*Le Tribunal estime que le requérant n’a pas établi, ni dans le cadre de la procédure écrite ni lors de la procédure orale, que sa candidature pour la bourse sollicitée remplissait effectivement les conditions de fond requises, de sorte qu’il aurait eu de fortes chances de se voir finalement octroyer la bourse sollicitée si la Commission n’avait pas commis une erreur quant à sa nationalité*”. *Idem*.

<sup>24</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *op. cit.*, p. 33.

## 2.

# Dano e Causalidade: Dois Planos Só Aparentemente Confundíveis. A Natureza Jurídica do Dano da «Perda de Chance»

Uma dessas críticas, porventura a mais relevante apresentada a esta teoria, é a de que através da sua aplicação se estaria a abrir uma porta para a confusão entre os planos do dano e da causalidade. Deste modo, enquanto que, para alguns autores, a figura da «perda de chance» seria uma nova espécie de dano, mantendo-se dessa forma o respeito pelas tradicionais regras da responsabilidade civil, para outros seria uma mera construção artificial, que se utilizaria para superar eventuais dificuldades na prova da demonstração do nexos causal entre o facto e o dano, com a consequência inerente de se estar a desvirtuar por completo aquele instituto.

### 2.1. A causalidade parcial

É a partir de algumas decisões da *Cour d'appel de Grenoble*, na década de sessenta, que surge um novo entendimento em relação à teoria da «perda de chance», especialmente ligado aos casos de responsabilidade civil médica. Segundo este novo sentido atribuído à teoria, a «perda de chance» não consubstanciaria nenhum prejuízo autónomo, mas apenas seria utilizada como um certo artifício que mascarava a incerteza do juiz em relação à apreciação do nexos causal, contribuindo assim para que se pudesse conseguir indemnizar, de forma parcial, o único prejuízo verdadeiramente existente, o dano final, ou seja, a não ocorrência do resultado pretendido.

No entanto, para alguma doutrina, esta teoria “falsa”<sup>25</sup> da «perda de chance» seria no entanto a única verdadeiramente possível. Jacques Boré<sup>26</sup> no direito francês e John Makdisi<sup>27</sup> no direito anglo-saxónico não acreditam na autonomia do dano representado pela «perda de chance» em relação ao dano final, de forma que só trazendo à colação uma ideia de causalidade parcial seria possível indemnizar o lesado.

Para estes autores, o magistrado confrontado com uma situação típica de «perda de chance», ou verifica que o dano final não possui a carga de certeza necessária para que se possa afirmar o nexos causal entre o facto e o dano à luz das normas vigentes no ordenamento jurídico e não concede nenhuma indemnização<sup>28</sup>, ou poderá reduzir a indemnização na medida do vínculo causal que constata entre o dano e o acto censurável do agente<sup>29</sup>.

Deste modo, se o acto do agressor não for *conditio sine qua non* do dano final, ou seja da perda da vantagem esperada, poderá conceder-se a reparação de um prejuízo parcial e relativo, traduzido na «perda de chance», e que será desta forma quantificado de acordo com a probabilidade da causalidade provada. Consequentemente, se for aceite que determinado facto tinha x% de possibilidade de ser causa do dano final, o lesado será indemnizado exactamente em x% do prejuízo total por si sofrido<sup>30</sup>.

O âmago de toda esta argumentação parece ser a indissociabilidade entre o suposto dano “chances

perdidas” e o dano final. Os autores referidos rebatem a autonomia do dano da «perda de chance» na medida em que quem a defende também deveria admitir a indemnização nos casos em que a perda da vantagem final esperada não se verifica<sup>31</sup>. Em suma, consideram que esta súbita dependência entre as «chances» perdidas e o prejuízo final, traduzida pelo facto de, para poder iniciar uma acção de reparação, o lesado necessitar de esperar pelo final do processo aleatório para constatar efectivamente o seu prejuízo, macula a autonomia das «chances» que se perderam defendida pela teoria clássica e, desta forma, estas somente poderão ser vistas como uma das causas que concorreram para a produção do dano final<sup>32</sup>.

Esta aplicação ousada da causalidade, mormente através da introdução da noção de causalidade probabilística, parece traduzir-se num corte substancial com o sistema de responsabilidade civil vigente.

## 2.2. A doutrina divisionista. O perigo de uma utilização abusiva

Ora, é exactamente com base num raciocínio semelhante, que René Savatier e uma grande parte da doutrina francesa vêm criticar a aplicação da teoria de «perda de chance» em relação aos casos de perda de possibilidade de cura ou de sobrevivência. Propõem assim uma ruptura entre estes casos presentes no sector médico e todos os restantes, os denominados casos clássicos de responsabilidade civil pela perda de uma «chance».

Nestas últimas situações haverá sempre a interrupção de um processo aleatório – por causa de um facto ilícito – de que jamais se saberá o resultado<sup>33</sup>. No primeiro tipo de casos, todavia, a situação desenha-se de modo diferente, já que aí não nos deparamos com um processo que se interrompeu, mas já com o seu resultado final, seja a morte ou a invalidez do paciente<sup>34</sup>. Para os defensores desta corrente, nos casos de responsabilidade médica, estaremos perante um problema denexo causal, já que se nos depara um “dano certo<sup>35</sup> produzido por uma causalidade incerta”. Inversamente, nos restantes casos a questão prende-se não com o nexo causal, mas com o dano, existindo “uma causalidade certa que produz um dano incerto”<sup>36</sup>.

Em suma, para a teoria clássica o acto ilícito praticado pelo agente é causa necessária da interrupção de um processo aleatório em que nunca se saberá o seu desfecho – podendo ser este positivo ou negativo –, sendo necessário avaliar as «chances» que o lesado tinha de obter a vantagem pretendida<sup>37</sup>. Já no que respeita ao caso em análise da *perte de chances de guérison ou de survie*, a questão situa-se num plano bem diferente: aqui a única incógnita é a relação causal entre o resultado final que já se conhece – a invalidez ou a morte – e o acto ilícito praticado pelo agente médico, não se sabendo realmente qual a verdadeira causa do prejuízo, se o facto ilícito se a evolução natural da doença<sup>38</sup>. Nesta última situação, a «chance» não poderia ser isolada como uma espécie de “propriedade anterior” da vítima totalmente independente do dano final, como aconteceria nos casos clássicos de «perda de chance»<sup>39</sup>.

Para estes autores, a aplicação da teoria da «perda de chance» ao campo da responsabilidade civil do médico seria assim um erro, uma vez que se estaria a proceder ao desvirtuamento do nexo causal tal qual comumente o concebemos. Assim, o juiz, colocado perante uma falha médica e uma determinada lesão em relação às quais não consiga estabelecer um verdadeiro vínculo causal, seria tentado a utilizar a noção de «perda de chance» para poder atribuir ao lesado uma indemnização parcial em função da probabilidade que existiria de esse acto censurável do médico ter sido causa da morte ou invalidez do doente.

No caso, o juiz apenas consegue comprovar que o comportamento do médico é abstractamente adequado a ter causado o dano, não conseguindo demonstrar que a conduta do agente foi *conditio sine qua non* para o prejuízo ocorrido<sup>40</sup>. Desta forma utiliza a noção de «perda de chance» de forma artificial, criando um dano virtual, para que possa justificar a nível ressarcitório uma determinada indemnização, que concede com base no *quantum* de «chances» que constata que o acto ilícito do médico fez perder ao paciente, estando aqui a reparar-se parcialmente o único e verdadeiro dano existente – a morte ou invalidez, o dano final<sup>41</sup>.

Esta forma de agir por parte do julgador seria motivada por uma tentativa de superação do princípio do “tudo ou nada”<sup>42</sup>. Na verdade, entre a não concessão de indemnização alguma – pois, como ficou demonstrado, não se consegue provar o nexos causal entre o acto do lesante e o prejuízo do lesado –, e a possibilidade de conseguir atribuir uma reparação, ainda que parcial, a um paciente que foi vítima de comportamento censurável por parte de um médico, prefere esta segunda opção, que legitima através de um critério de justiça.

Esta tendência, que foi seguida por muitas decisões dos tribunais franceses<sup>43</sup>, vem a ser fortemente criticada por RENÉ SAVATIER e pelos seus seguidores<sup>44</sup>. Referem esses autores que desta forma se estaria a substituir o critério de certeza, presente no tradicional juízo de causalidade, por um critério probabilístico<sup>45</sup>, sendo que desta forma os juízes passariam a perguntar-se qual a probabilidade de relação que determinada falha do médico tem com o dano, ao invés de verificarem se esse mesmo dano teria sido resultado necessário daquela falha<sup>46</sup>. Desta forma qualquer tipo de conduta danosa promovida pelo médico conduziria à sua responsabilização, dado que a sua ocorrência teria sempre produzido a perda de determinadas «chances» de cura ou sobrevivência do doente. O médico só evitaria a sua responsabilização quando conseguisse demonstrar que foram outras as causas a estarem na origem do prejuízo final, e também na correspondente «perda de chance»<sup>47</sup>.

Estar-se-ia, neste sentido, perante uma verdadeira presunção de causalidade<sup>48</sup>, uma vez que, perante o comportamento censurável de um médico – facto ilícito e culposo – e o aparecimento posterior de um dano, que por ele poderá eventualmente ter sido produzido, se afirma a sua responsabilidade, mesmo ignorando se a verificação de tal comportamento foi condição necessária para a concretização desse prejuízo<sup>49</sup>. Esta presunção seria refreada através de uma redução no *quantum* indemnizatório em função das dúvidas que o juiz tivesse em relação à probabilidade causal do facto. Nas palavras de RENÉ SAVATIER “Da medida da sua dúvida resultará a medida da condenação”<sup>50</sup>. Reaparece aqui a noção de causalidade parcial<sup>51</sup>, mas, para estes autores e, neste contexto, a noção de «perda de chance» apenas seria utilizada como uma forma facilitada de os magistrados se poderem furtar à exigência requerida na demonstração de um nexos causal<sup>52</sup>. Portanto, a utilização da teoria da «perda de chance» nos casos de responsabilidade médica seria o “paraíso do juiz indeciso”<sup>53</sup>, devendo ser totalmente rejeitada por causar alterações profundas na concepção clássica da causalidade<sup>54</sup>, procedendo a um desvirtuamento do sistema actual da responsabilidade civil e levando à morte da tradicional regra do “tudo ou nada”.

Consequentemente, num caso de responsabilidade civil do médico, ou o juiz adquire a certeza que tal facto foi causa de determinado dano e procede à reparação integral da morte ou invalidez ou, subsistindo a dúvida, esta aproveita ao réu<sup>55</sup>, e o juiz não terá outra solução que não seja a de recusar totalmente o pedido de ressarcimento, não concedendo nenhuma indemnização ao doente lesado<sup>56</sup>.

### 2.3. A teoria unitária: a «perda de chance» estudada através do prisma do dano

Antes de se prosseguir, torna-se necessário fazer uma pequena anotação ao pensamento dos defensores da não aplicação da «perda de chance» aos casos da responsabilidade civil médica. Como se viu, essa doutrina sustenta que a grande diferença entre os casos clássicos de «perda de chance» e as hipóteses ligadas à área médica seria a de que nestas o dano surgia não porque se interrompeu um processo aleatório em curso, mas exactamente porque este não foi interrompido quando o poderia ter sido, acrescentando que, se essa interrupção tivesse existido, haveria a possibilidade de o dano não se ter verificado<sup>57</sup>.

Ora, como é fácil verificar, e como ficou claramente demonstrado por GEORGES DURRY<sup>58</sup>, estar-se-ia a cometer um equívoco ao limitar todas as categorias de processos aleatórios que seguem o seu curso até ao final à espécie de «perda de chance» de cura ou de sobrevivência. De facto, se esta é a razão fundamental para a distinção efectuada, então a situação seria exactamente a mesma no caso de um assalto a um estabelecimento comercial que tinha um determinado sistema de alarme que não disparou, quando se desconhece se este teria sido suficiente para evitar o furto, já que o mesmo poderia ter ocorrido sem a falha daquele mecanismo<sup>59</sup>.

Por conseguinte, consideramos que, a haver uma divisão encapotada na teoria da responsabilidade civil da perda de uma chance<sup>60</sup>, esta terá que ser forçosamente entre os casos de «perda de chance» de obter uma vantagem futura – «perda de chance» clássica – e os casos de «perda de chance» de evitar um prejuízo efectivamente ocorrido, em que, como vimos, se critica o emprego da noção por se considerar que se trata de uma construção artificial que aligeira a causalidade necessária entre o facto e o dano, e se rezear que o juiz acabe confundindo o grau da pretensa «chance» perdida com o grau da sua própria incerteza sobre o nexos de causalidade.

Fervoroso crítico deste desmembramento na teoria da «perda de chance», e portanto apologista de uma teoria unitária em que a noção poderia e deveria ser utilizada nos mais diversos casos sem necessidade de qualquer alteração no conceito tradicional da causalidade, JOSEPH KING veio defender, primeiro num artigo publicado em 1981<sup>61</sup>, e posteriormente num outro, de 1998<sup>62</sup>, que a natureza jurídica da «chance» perdida nada tinha que ver com um problema de causalidade, mas teria de ser vista ainda pelo prisma do dano, devendo portanto ser forçosamente considerada um verdadeiro prejuízo autónomo indemnizável.

No segundo dos artigos citados, o autor propõe-se desmontar os argumentos da doutrina divisionista, demonstrando que as questões que se colocam tanto nos casos de «perda de chance» em que o processo aleatório foi interrompido, como nas situações em que o processo atingiu o seu fim, são nos seus efeitos práticos materialmente as mesmas e defendendo que nestas últimas a utilização da noção da «perda de chance» para promover a reparação do lesado não só seria possível como também aconselhável, ultrapassando-se dessa forma as limitações impostas nestes casos pelo princípio do “tudo ou nada”<sup>63</sup>.

Para demonstrar a sua tese, o autor idealizou cinco variações de um cenário factual hipotético criado por si, referente a um concurso, e a que chamou “*The Bean Jar Paradigm*”. Na primeira variação assume-se que havia 70 feijões dourados e 30 feijões azuis dentro de um jarro. Paula recebe um bilhete que lhe dá o direito a retirar aleatoriamente um feijão desse jarro. De acordo com as regras do concurso, se o concorrente retirar um feijão dourado receberia um prémio de \$100.000, se retirasse um azul não receberia nada. Paula confiou o seu bilhete ao seu advogado, que o perdeu. Pergunta-se quanto valeria o bilhete perdido. Na segunda variação, a situação é exactamente a mesma, havendo no entanto 70 feijões

azuis e 30 dourados no jarro. Na terceira variação não se sabe qual a proporção de feijões azuis e dourados dentro do jarro e no dia em que Paula vai fazer uso do seu direito a retirar um feijão do jarro, os patrocinadores do concurso negligentemente partem o jarro, espalhando os feijões pelo chão. São chamados peritos para poderem aferir a relação entre feijões dourados e azuis que teria o jarro. Na variação quatro, imagina-se que Paula, vendada, procederia à extracção do feijão numa varanda defronte de uma praça. Contudo, precisamente após ter retirado o feijão, Paula é empurrada por um funcionário do concurso e deixa cair o feijão e a jarra da varanda na praça, onde rapidamente a chuva e a multidão dispersam todos os feijões. A última variação é uma reprodução da anterior, havendo no entanto uma testemunha que acha que o feijão que Paula retirou seria azul. O julgador, com base neste testemunho e demais circunstâncias do caso, conclui que o jarro continha antes da extracção 40 feijões dourados e 60 feijões azuis<sup>64</sup>.

JOSEPH KING, refere que “A solução encontrada para a reclamação da vítima em cada uma das cinco situações poderá depender de o problema ser visto como uma questão de causalidade ou como uma questão de avaliação de danos”<sup>65</sup>. Quanto às três primeiras variações, parece não haver muita controvérsia, pois são situações em que o processo aleatório foi interrompido antes do seu final, os chamados casos clássicos que não colocam muitas divergências na doutrina que aceita a teoria da «perda de chance»<sup>66</sup>.

A grande crítica coloca-se em relação às variações quatro e cinco, nas quais os processos aleatórios atingiram o seu fim. Para o autor, a conduta negligente dos lesantes nas cinco situações tiveram o mesmo efeito prático, ou seja impediram que soubéssemos a sorte de Paula. Desta forma é um comportamento desvalioso por parte do réu em todas as variações que coloca os magistrados numa situação de conhecimento imperfeito<sup>67</sup>.

Sendo esta a questão essencial, não se descortina o porquê do facto de a conduta do réu nas primeiras três situações ter impedido que soubéssemos qual a cor do feijão que Paula *iria retirar* do jarro, ser uma questão diferente da de saber qual a cor do feijão que Paula efectivamente *retirou* do jarro, já que, como se viu, o resultado acaba por ser o mesmo – o lesado perdeu a vantagem que esperava obter e não se consegue responder à questão de saber se tal não teria acontecido caso o comportamento do lesante nunca tivesse existido – e o mais relevante é que em todas as situações, “a conduta culposa do réu foi a razão para que as portas da percepção se fechassem”<sup>68</sup> e para a vítima se encontrar materialmente impossibilitada de provar o nexo de causalidade.

Reclama-se assim que a solução para que se consiga proceder a uma indemnização em todas as cinco variações referidas seria a aceitação da teoria da «perda de chance» como uma espécie autónoma e independente de dano que não faria mácula no conceito tradicional de causalidade, dado que a vítima teria sempre que provar que a conduta do lesante terá sido condição necessária para a sua perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de ter conseguido evitar um prejuízo, e consequentemente para o desconhecimento do desfecho natural do processo aleatório em que se encontrava<sup>69</sup>.

Na doutrina francesa, GEORGES DURRY e YVES CHARTIER defendem a mesma opinião do autor norteamericano, não encontrando justificação para que se proceda a uma separação na teoria da «perda de chance», como defenderia RENÉ SAVATIER, visto que não haverá nenhuma diferença entre um candidato a uma vaga de piloto e um candidato à vida, ambos pretendendo que não lhes fosse retirada qualquer possibilidade de tentarem as suas «chances». Por outro lado, em algumas situações a divisão proposta por este autor francês não faria qualquer sentido<sup>70</sup>.

## 2.4. O dano autónomo da «perda de chance» ilustrado nos casos de responsabilidade civil médica

Ora, como se viu, foi exactamente nas situações ligadas à prática da medicina que surgiram as primeiras grandes críticas e controvérsias em relação à possibilidade da aplicação da teoria da «perda de chance» aos casos que denominámos de «perda de chance» de evitar um prejuízo efectivamente ocorrido<sup>71</sup>. Pretende-se demonstrar, na sequência da linha de raciocínio defendida por JOSEPH KING, que, mesmo em relação a esta matéria será possível fazer funcionar a teoria da «perda de chance» sem que se proceda a uma aplicação menos ortodoxa do nexos causal, mantendo-nos assim sempre dentro dos limites actuais impostos pelas regras da responsabilidade civil.

Invoca-se para isso uma clara mudança de perspectiva, em que se identifica um dano diferente do dano morte ou do dano invalidez. Passar-se-á a considerar a perda da possibilidade de cura e a perda da possibilidade de sobrevivência como figuras autónomas susceptíveis de ressarcimento<sup>72</sup>. Individualizando estes danos, consegue-se operar uma distinção indispensável para que se deixe de confundir os planos do dano e da causalidade<sup>73</sup>.

Assim, aquando da prática de um comportamento censurável por parte de um médico, deparamo-nos com duas relações causais e dois danos distintos. A primeira ligando de forma certa e clara o acto do médico à perda da possibilidade de cura ou sobrevivência. Aqui o comportamento daquele foi causa necessária para o aparecimento deste prejuízo. Na segunda relação é que surgem as dúvidas, quando, perante o dano da morte ou do agravamento da doença, não se consegue provar o nexos causal entre este e a conduta do agente<sup>74</sup>. Desta forma, será somente o primeiro dano que será possível indemnizar, pois é apenas aquele que preenche todos os requisitos da responsabilidade civil, nomeadamente no que respeita à prova do nexos causal. Percebe-se facilmente que, sem a actuação do médico, as «chances» de cura ou de sobrevivência do doente seriam superiores em alguma medida e é essa diferença que se visa ressarcir, não de uma forma parcial mas sim integral. O que acontece é que aqui se verificou o aparecimento de um dano intermédio, de outra espécie, que será reparado tendo em conta as possibilidades de cura ou de sobrevivência que se extinguíram, e que obviamente está em íntima relação com o dano final verificado, a morte ou a invalidez do doente.

Será elucidativo observar-se a argumentação de um dos juizes do *Court of Appeal* (instância imediatamente anterior ao tribunal da *House of Lords*) num dos casos paradigmáticos de responsabilidade médica<sup>75</sup>: “A questão fundamental, de acordo com o juiz Dillon, era a de saber qual foi o dano que o lesado sofreu. Terá sido o despoletar de uma necrose vascular ou a perda da chance de poder evitar essa condição? O juiz Dillon considerou ter sido esta última. Deste modo, de acordo com o juiz, a causalidade não colocava nenhuma dificuldade, porque ficou provado, numa ponderação de probabilidades, que a perda de chance foi causada pela negligência do réu”<sup>76</sup>. Desta forma, ao considerarmos o dano da «perda de chance» como autónomo e individualizado face ao dano final, não estamos a proceder a nenhuma deturpação do nexos causal tal qual o entendemos. O doente terá sempre de forçosamente provar que o comportamento do médico foi condição *sine qua non* para a perda da possibilidade que detinha de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo<sup>77</sup>. Em suma, e concordando com RUTE TEIXEIRA PEDRO, “Não existe, portanto, nenhuma diferença ao nível do pressuposto do nexos causal entre o facto e o dano. Só existe uma variação no conteúdo do dano e não *no nexos de proveniência causal com a (facto) fonte de responsabilidade*: em vez da doença, a possibilidade de cura, em vez da morte, a possibilidade de sobrevivência”<sup>78</sup>.

<sup>25</sup> FRANÇOIS CHABAS, *La Perte d'une Chance en Droit Français*, in *Développements récents du droit de la responsabilité civile* (colloque) – *Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht* (Kolloquium), ed. Oliver Guillod, Schulthess, Zurich, 1991, p. 133.

<sup>26</sup> JACQUES BORÉ, “*L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable*”, in *J.C.P.* 1974, I, 2620

<sup>27</sup> JOHN MAKDISI, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, *North Carolina Law Review*, v, 61, 1989.

<sup>28</sup> Esta é a posição defendida por uma grande parte da doutrina capitaneada por RENÉ SAVATIER para os casos de responsabilidade civil médica em que não se consiga provar o nexo causal entre o conduta ilícita do médico e a lesão, não se devendo aplicar nestas hipóteses a teoria da «perda de chance». *Vide infra* secções 2.2. e 2.4.

<sup>29</sup> JACQUES BORÉ, *op. cit.*, parágrafo nº 2.

<sup>30</sup> “...when probable causation is proved, damages should then be allocated in proportion to the probability of causation” JOHN MAKDISI, *op. cit.*, p.1063; no mesmo sentido JACQUES BORÉ “*Le préjudice résultant de la perte d’une chance est donc un préjudice raccourci à la mesure du lien de causalité probable qui unit le fait générateur de responsabilité au préjudice final*”. *Op. cit.*, parágrafo nº 15.

<sup>31</sup> JOHN MAKDISI, *op. cit.*, p. 1093.

<sup>32</sup> JACQUES BORÉ, *op. cit.*, parágrafo nº 13.

<sup>33</sup> São os casos paradigmáticos do advogado que interpõe um recurso intempestivamente, ou do transportador de um cavalo de corrida que sofre um acidente. Em ambas as situações será impossível saber qual seria o desenlace do evento – se a acção seria procedente, ou se o cavalo sairia vencedor da corrida – na eventualidade da não ocorrência do facto danoso.

<sup>34</sup> RAFAEL PETEFFI, *op. cit.*, p. 84

<sup>35</sup> O dano final morte, ou invalidez do doente.

<sup>36</sup> ZENO-ZENCOVICH *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 254. No mesmo sentido JEAN PENNEAU, *Anotação ao Acórdão da Cour d’Appel d’Angers*, 1re Ch. Civ., 27 mars 1973, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1973, p. 597.

<sup>37</sup> Nestes casos, a «perda de chance» consubstanciará efectivamente uma espécie de dano.

<sup>38</sup> “*Dans la perspective classique de la perte de chances, une faute est en relation de causalité certaine avec l’interruption d’un processus dont on ne saura jamais s’il aurait été générateur d’éléments positifs ou négatifs: en raison de cette faute, l’étudiant n’a pas pu se présenter à l’examen, le cheval n’a pas pu prendre part à la course. Il faut alors apprécier les chances qu’avait l’étudiant de réussir l’examen ou le cheval de gagner la course. C’est donc bien, ici, l’appréciation du préjudice qui est directement en cause. La perte de chances de guérison ou de survie se place dans une toute autre perspective: ici, le malade est mort ou il est invalide; le processus est allé jusqu’à son stade ultime et on connaît le préjudice final. La seule inconnue est, en réalité, la relation de causalité entre ce préjudice et la faute du praticien: on ne sait pas avec certitude quelle est, en réalité, la cause du préjudice: cette faute ou l’évolution (ou la complication) naturelle de la maladie*”. JEAN PENNEAU, *apud* RAFAEL PETEFFI, *op.cit.*, p. 87, nota. 286.

<sup>39</sup> Neste ponto, a argumentação de JEAN PENNEAU, é bastante similar à de JACQUES BORÉ. Assim refere que a «perda de chance» de cura ou sobrevivência nunca poderá constituir um dano específico, porque totalmente subordinada à existência do dano final, já que ao existir determinada falha médica, mas não se verificando nenhuma consequência negativa para o doente, o médico nunca poderá ser condenado a reparar um dano que nunca ocorreu. E, agora diferentemente de JACQUES BORÉ, dá conta que o referido já não acontece nas situações clássicas de «perda de chance», já que o lesante destrói todas as «chances» de obtenção de qualquer vantagem por parte do lesado, sendo que aqui já se torna possível uma autonomização do dano de perda de chance em relação ao dano final. JEAN PENNEAU, *Anotação ao Acórdão da Cour de Cassation*, 1re Ch. Civ., 24 mars 1981, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1981, p. 547.

<sup>40</sup> Falta assim, o primeiro passo necessário, para que se possa aplicar a teoria da causalidade adequada presente entre nós, ou seja que o facto seja condição do dano. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 889.

<sup>41</sup> JEAN PENNEAU, D., 1981, p. 547.

<sup>42</sup> De acordo com este princípio, ou se prova que a falha médica contribuiu efectivamente para o dano, tornando desta forma o médico responsável pela totalidade do mesmo, ou não se conseguindo provar a causalidade necessária entre o facto antijurídico e o prejuízo posteriormente constatado, o médico não responderá por nada. FERNANDO NORONHA, *Direito das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, v.3, 2003, p. 711.

<sup>43</sup> “Ora, é em matéria de responsabilidade médica que tal aproveitamento ínvio do conceito de «perte de chance» («perte d’une chance de guérison ou de survie») mais se tem feito sentir. Nos casos em que a causalidade entre o acto médico culposos e o dano sofrido pelo doente não está perfeitamente determinada encontramos uma série de decisões dos tribunais franceses que, fazendo apelo àquele conceito, acabam por justificar uma reparação parcial. Fazendo abstracção do dano concreto (a morte ou o agravamento do estado do doente), a respeito do qual não se encontrava convenientemente provado o nexos causal, a jurisprudência francesa substitui-o por um diminutivo abstracto desse prejuízo (perda de possibilidade de não morrer ou de se curar) ...” ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 1996, *Stydia ivridica* 21, BFDC, p. 397. No mesmo sentido SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989, Dissertação de Doutoramento, Col. Teses, p. 298., e CUNHA RODRIGUES, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, in *Direito e Justiça*, Ano 2000, Vol XIV, Tomo 3, p. 218.

<sup>44</sup> “Il s’agit de la série d’arrêts de la cour suprême, qui, lorsque le juge du fond relève avec certitude, d’une part, une faute médicale, et d’autre part, après cette faute, un dommage éprouvé par le client du médecin, reconnaissent que le même juge du fond, - tout en marquant qu’il n’est pas prouvé que la faute du médecin a, du moins, privé son patient d’un quantum de chances de vie ou de santé, qu’il se plaint légitimement d’avoir perdu. La cour suprême admet alors q’une telle perte de chances représenterait elle-même un préjudice judiciairement évaluable et réparable, pouvant faire l’objet d’une condamnation pécuniaire.”, RENÉ SAVATIER, *Observações à decisão da Cour Cassation belga*, 2.e Ch., 23 de Setembro de 1974, in *J.C.P.*, ed. G, Ano 50, 1976, II, *Jurisprudence* 18216.

<sup>45</sup> Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 397.

<sup>46</sup> RAFAEL PETEFFI, *op. cit.*, p. 85.

<sup>47</sup> Cfr, JEAN PENNEAU, D., 1981, p. 548.

<sup>48</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *op. cit.*, p. 286.

<sup>49</sup> Cfr. RENÉ SAVATIER, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d’un dommage sans l’avoir causé?*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1970, 29.e Cahier – *Cronique.*, p. 124.

<sup>50</sup> RENÉ SAVATIER, *J.C.P.*, Ano 50, 1976.

<sup>51</sup> Tal qual foi preconizada por Jacques Boré, ver *supra* 2.1.

<sup>52</sup> JÚLIO GOMES, *Sobre o dano da perda de chance*, in *Direito e Justiça*, Volume XIX, Tomo II, 2005 p. 35.

<sup>53</sup> RENÉ SAVATIER, *Une faute...*, *cit.*, p.125.

<sup>54</sup> Neste sentido ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, pp. 396 e 397.

<sup>55</sup> RENÉ SAVATIER, *Observações à decisão da Cour de Cassation*, Ch.Crim., 9 de Junho de 1977, in *J.C.P.*, II, *Jurisprudence* 18839.

<sup>56</sup> Cfr. RENÉ SAVATIER, *Une faute...*, *cit.*, p. 125. e JEAN PENNEAU, D., 1973, p. 597.

<sup>57</sup> Ver *supra* secção 2.2.

<sup>58</sup> GEORGES DURRY, *Faute médicale et perte de chances et survie*, in *R.T.D.C. Local*, 1972, p. 410.

<sup>59</sup> PATRICE JOURDAIN, *La responsabilité de l’installateur d’un système d’alarme en cas de vol consécutif à une défaillance dans le fonctionnement du système*. *R.T.D.C.*, 1989 p. 83 e FERNANDO NORONHA, *op. cit.*, p. 707.

<sup>60</sup> Com a qual como veremos *infra* não concordamos.

<sup>61</sup> JOSEPH KING, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future*

<sup>62</sup> JOSEPH KING, *Reduction of Likelihood”Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine*, University of Memphis Law Review, Winter 1998, p. 492.

<sup>63</sup> RAFAEL PETEFFI, *op. cit.*, p. 94.

<sup>64</sup> JOSEPH KING, *Reduction of Likelihood.., cit.*, pp. 518 e 519.

<sup>65</sup> *Idem*, p.518.

<sup>66</sup> O autor refere que, para quem rejeita toda e qualquer aplicação da teoria da perda de «chance», só no primeiro caso é que a regra do “tudo ou nada” admitira a indemnização integral do dano final, já que aqui estaria provada a relação de causalidade necessária entre o facto antijurídico e o dano de não ter ganho os \$100.000 pois haveria 70% de possibilidades de o feijão ser dourado. Cfr. JOSEPH KING, *Reduction of Likelihood.., cit.* p. 518. No entanto é necessário ter e conta que o direito da common law trabalha com um standard probatório bastante menos exigente que o sistema romano-germânico. Vide RAFAEL PETEFFI, pp. 32 e ss e NILS JANSEN, *The idea of a lost chance*, Oxford Journal of Legal Studies, v. 19, 1999, p. 271.

<sup>67</sup> “Is it crucial to remember that the defendant’s alleged negligence is the reason courts are confronted with the imponderable situation created by imperfect knowledge existing after the tortious conduct”. JOSEPH KING, *Reduction of Likelihood.., cit.* p. 531.

<sup>68</sup> *Idem*, pp. 531 e 532.

<sup>69</sup> RAFAEL PETEFFI, *op.cit.*, p. 98.

<sup>70</sup> Imagine-se três estudantes que são atropelados na semana em que iriam prestar provas para determinado concurso. Os dois primeiros não comparecem no dia das provas, mas o terceiro, mesmo debilitado consegue realizar os exames. Na perspectiva de RENÉ SAVATIER, só os dois estudantes que não se apresentaram no dia das provas poderiam demandar uma indemnização pela «perda de chance» de não ganharem o concurso, pois ao terceiro restar-lhe-ia a indemnização por não ter vencido o próprio concurso – com as dificuldades inerentes de prova do nexo causal entre o facto ilícito e o dano final – já que o evento aleatório em relação a si atingiu o seu fim. Deste modo, este estudante nunca poderia obter uma indemnização pela perda de algumas «chances» de ganhar o concurso, o que nos parece resultar em alguma injustiça e numa grande falta de coerência.

<sup>71</sup> Ver *supra* secção 2.2.

<sup>72</sup> “Através da noção da perda de chance considera-se a contribuição de comportamento médico para a própria verificação da morte. Não meramente para o momento em que ela ocorreu, dando por assente essa ocorrência, mas para o próprio se da sua verificação. Dá-se, assim, relevo às probabilidades de sobrevivência, que com o recurso ao médico se pretendia aproveitar”. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *ob. cit.*, p. 288, nota 761.

<sup>73</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *Da Tutela Do Doente Lesado – Breves Reflexões*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, V, p. 458.

<sup>74</sup> “Il existe donc deux rapports causals bien distincts issus d’un même fait générateur. L’un peut être établi, entre la faute et le préjudice initial, l’autre ne peut pas l’être, c’est pourquoi la réparation de l’état final de la victime ne peut être envisagée”. CLAIRE BERAUD, *La réparation d’une Perte d’une Chance, sous la direction de Madame le Professeur Ceccaldi-Guebel*, disponível em <http://www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf>, p. 24.

<sup>75</sup> Em *Hotson v. East Area Health Authority*, um estudante de 13 anos caiu de uma altura de vários metros enquanto se balançava numa árvore. Apesar ter sido prontamente levado ao hospital, não lhe é feito nenhum raio x, e é mandado para casa. Como continuava com muitas dores o jovem regressa ao hospital cinco dias depois e, então sim, é realizado o raio-x que revela uma fractura na anca, que resultou numa necrose vascular que lhe gerou uma incapacidade permanente no quadril esquerdo. A vítima processou vários intervenientes no processo, incluindo a ré *Health Authority*, alegando que o atraso no diagnóstico da fractura fez com que fossem destruídos os vasos sanguíneos remanescentes, suprimindo a «chance» de evitar uma irreversível necrose vascular. Apesar de no final a questão ter sido vista pela *House of Lords* como uma questão simples de causalidade, pois como o juiz tinha considerado que a operação provavelmente seria um insucesso por não haver após a queda vasos sanguíneos em quantidade suficiente para evitar a necrose, a questão da «perda de chance» nem sequer se colocava, a argumentação do juiz Dillon transcrita em texto, faz perfeitamente a distinção entre o dano intermédio da «perda de chance» e o dano final. JOSEPH KING, *Reduction of the Likelihood... cit.*, pp. 520 e ss.

<sup>76</sup> *Idem* pp. 523 e 524.

<sup>77</sup> Tomemos como exemplo a seguinte situação factual hipotética: um doente chega ao hospital em estado comatoso, necessitando de uma intervenção cirúrgica imediata. No entanto o médico chamado, em vez de demorar os habituais cinco minutos a chegar ao bloco operatório, por culpa sua, demora dez. Quando realiza a cirurgia a situação do doente evoluiu tão drasticamente que este não sobrevive. Que danos poderão ser imputados ao médico? A morte dificilmente, dado que esta poderia ter ocorrido mesmo na eventualidade de uma actuação diligente do médico, dado o estado grave em que o doente se encontrava. Em teoria parece que lhe poderíamos imputar o dano da «perda de chance» de sobrevivência, já que à primeira vista resulta do seu comportamento censurável a destruição de pelo menos algumas «chances» de sobrevivência do doente. No entanto, é necessário avaliar-se a situação em concreto, de acordo com a regra presente no nosso artigo 563º CC, e assim, se ficar provado que a morte surgiria mesmo se o médico tivesse demorado os normais cinco minutos a acorrer à situação, o comportamento deste, apesar de negligente, não foi condição necessária para a morte do paciente nem sequer para qualquer «perda de chance» de sobrevivência. Desta forma pretende-se demonstrar a imprescindibilidade do nexo causal para a teoria da «perda de chance», que respeita assim a noção ortodoxa de causalidade.

<sup>78</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade...cit.*, pp. 400 e 401.

### 3.

## Características e Condições de Aplicabilidade

Como se verificou, para diversos autores, a teoria da «perda de chance» parece ocultar na sua noção dois entendimentos distintos, um relacionado com o plano do dano, outro com o plano da causalidade. No entanto como entendemos ter ficado demonstrado, estes não se confundem, e até se excluem por se reportarem a questões completamente diversas. Assim e tomando de novo emprestadas as palavras de RUTE TEIXEIRA PEDRO, “...trata-se de dois juízos distintos: a afirmação de que um facto causou a perda de uma chance, valorada em 30%, de alcançar um dado resultado positivo e a afirmação de que existe uma probabilidade de 30% de um facto ter sido a causa de determinado dano. No primeiro caso, estamos, ainda, no domínio do dano, mas, no segundo, já no do nexa causal”<sup>79</sup>.

Deste modo, e à margem de qualquer alteração legislativa, consideramos que só como resultado de uma extensão do conceito de dano é que o emprego da noção da «perda de chance» pode fazer sentido e solucionar alguns dos problemas existentes nos quadros da responsabilidade civil portuguesa, à semelhança do que acontece nos vários ordenamentos jurídicos estrangeiros que a aceitam. Torna-se assim necessário proceder a uma análise da figura e das condições em que esta poderá ser aplicada. Veremos que se nos deparam algumas exigências decisivas, como a necessidade de que as «chances» sejam reais e sérias, e que, para se poder avaliar o correspondente *quantum* de indemnização, terá de se ter em consideração o nível de aleatoriedade presente nas «chances» que se perderam.

#### 3.1. «Chances» sérias e reais e a certeza do dano

Primeiramente é necessário atestar-se a própria existência das «chances», a sua realidade. As «chances» que se perderam seriam aquelas que evitariam o prejuízo final, e sem que este último dano ocorra, as «chances» nunca se poderão considerar como perdidas, tornando-se para isso essencial a não ocorrência do resultado útil almejado, sob pena de nos situarmos perante uma hipótese de mera criação de risco<sup>80</sup>. Por outro lado, esse dano terá que ser definitivo, resultando na impossibilidade de a chance voltar a existir<sup>81</sup>, ou seja, o comportamento desvalioso por parte do lesante terá que ter resultado na perda irreversível das «chances» que a vítima detinha de poder vir a alcançar a vantagem desejada.

De seguida, será necessário averiguar se as possibilidades perdidas gozavam de um determinado grau de consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido para que a sua perda possa ser considerada como relevante a nível ressarcitório. É o que normalmente se costuma designar por «chances» sérias e reais<sup>82</sup>, e portanto indemnizáveis, por contraponto às situações de simples esperanças subjectivas que se traduzem em danos meramente hipotéticos e eventuais, e por isso não dignos de qualquer tipo de reparação.

Esta seriedade irá reflectir-se numa característica essencial do dano da «perda de chance», a sua certeza. Só sendo certo é que o dano poderá ser reparável, tornando-se necessário que tenha existido uma

possibilidade concreta de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo. Esta certeza refere-se assim ao dano intermédio “chances perdidas” e não ao dano final, que é de consecução aleatória. A teoria da «perda de chance» trabalha assim com critérios de certeza e de incerteza: exige-se certeza em relação à possibilidade séria e real de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo, mas deparamo-nos com a incerteza sobre se a vantagem teria efectivamente ocorrido ou se o prejuízo teria sido evitado, não fora a actuação culposa do lesante. “Há incerteza no dano mas certeza na probabilidade”<sup>83</sup>.

Questão muito discutida será a de saber quando é que se poderão considerar as «chances» como sérias. Será que a probabilidade de o evento ocorrer terá que ser superior à probabilidade da sua não ocorrência? Parece-nos obviamente que não, como é fácil de descortinar, por exemplo, numa situação de concurso na qual haja mais do que dois participantes em situação de igualdade, e em que algum deles tenha sido excluído ilicitamente. Nesta hipótese, o candidato excluído nunca poderia promover uma acção de indemnização, porque a sua «chance» seria inferior a 50%<sup>84</sup>. Assim, a seriedade da «chance» terá de ser avaliada no caso concreto, e o importante é que a mesma seja fundada e justificada, cabendo à vítima demonstrar um grau não desprezível de probabilidade de que, não fora uma conduta desvaliosa alheia, poderia ter alcançado o resultado útil pretendido. Este grau probabilístico será posteriormente reflectido no *quantum* de indemnização, mas não poderá ser um obstáculo à admissibilidade da reparação, desde que seja estabelecida e demonstrada por parte do lesado essa consistência mínima da «chance» perdida.

Há vários exemplos de decisões na jurisprudência estrangeira em que foi recusada a indemnização exactamente por falta do carácter real e sério das oportunidades perdidas, essencial para que estas pudessem ser merecedoras de tutela jurídica<sup>85</sup>. Em *Davies v. Taylor*, a *House of Lords* recusou uma reparação do dano da perda de chance de obter alimentos do marido a uma viúva que tinha deixado o cônjuge cinco semanas antes da sua morte, já que não ficou demonstrada a probabilidade séria de poder haver uma reconciliação<sup>86</sup>. Aqui a determinação da seriedade resulta de um juízo duplo de probabilidades, ou seja dois factores aleatórios são combinados para a constituição de determinado evento: é a chamada “chance à segunda potência”<sup>87</sup> ou “*conjunction principle*”<sup>88</sup>. A «chance» de a viúva poder vir a receber alimentos dependeria da probabilidade de o marido vir a prestar apoio à mulher caso estivesse vivo, e este apoio dependeria por sua vez da probabilidade de haver uma reconciliação entre eles<sup>89</sup>.

No entanto, como ficou esclarecido, exige-se que o dano da «perda de chance» esteja revestido de um carácter de certeza, e desta forma não nos parece possível aceitar a teoria da «perda de chance» nestes casos, isto é, em situações nas quais a ocorrência do dano resultante das oportunidades perdidas fique dependente de um evento aleatório anterior, pondo em causa a existência do próprio dano<sup>90</sup>.

### 3.2. Autonomia

Através da análise que foi feita à necessidade de certeza do dano da «perda de chance», percebe-se que este se distingue facilmente do dano a que temos vindo a chamar de dano final<sup>91</sup>. Este último não passará portanto de um dano incerto, já que ninguém está em condições de saber se a vítima conseguiria obter a vantagem pretendida ou evitar o prejuízo que aconteceu. Certo é que, por força de um acto ilícito de um terceiro, existiu um prejuízo traduzido na perda das possibilidades de se obter o resultado esperado, que evidentemente não se pode confundir com a efectivação desse resultado, do qual a

incerteza interdita o direito a qualquer indemnização<sup>92</sup>.

Para que possamos reconhecer esta autonomia do dano da «perda de chance», é necessário que se possa afirmar as «chances» como uma “entidade economicamente avaliável”<sup>93</sup>, merecedora de tutela jurídica. As «chances» que preexistiriam no património do lesado foram destruídas por uma acção culposa do lesante, provocando o seu desaparecimento no momento em que ocorreu o facto ilícito, transformando desta forma a «perda de chance» num verdadeiro dano emergente<sup>94</sup>. “Fala-se sobre a vertente ontológica da *chance*: a perda de *chance* consiste numa perda patrimonial, uma mais valia do património do lesado-credor; é um bem autónomo diferente do bem final ao qual se aspirava”<sup>95</sup>.

Esta autonomia será porém uma autonomia relativa, dado não nos ser possível ignorar a relação delicada existente entre ambos os danos. Por conseguinte, o dano da perda de chance terá, quanto à sua existência, de ser obrigatoriamente analisado em função do resultado final esperado, já que as «chances» terão necessariamente de ser, sempre, «chances» de alguma coisa<sup>96</sup>. Por outro lado, e como veremos em seguida, para efeitos de cálculo de indemnização, teremos sempre de partir de uma avaliação prévia do dano final para conseguirmos proceder a uma correcta quantificação do dano intermédio da «perda de chance».

Consideramos, contudo, que esta relação, por mais estreita que seja, não prejudica a consideração de que a «perda de chance» consubstancia uma verdadeira espécie de dano, e apesar de ambos os danos estarem inseridos dentro de um mesmo processo dinâmico, isso não nos impede de os conseguir distinguir e individualizar, de forma a que possamos corresponder às necessidades de reparação da vítima impostas pelos objectivos de uma responsabilidade civil cada vez mais solidária<sup>97</sup>.

### **3.3. *Quantum debeatur*. A reparação integral das “chances perdidas”**

Um dos maiores obstáculos à aplicação prática da teoria da «perda de chance» tem que ver com as dificuldades que se deparam aos magistrados na altura de avaliar o valor económico das «chances» perdidas, para que se possa proceder à sua indemnização. Porém, tais adversidades não nos parecem de todo superiores, por exemplo, às enfrentadas no cálculo de danos não patrimoniais<sup>98</sup>, não servindo assim de argumento decisivo para a rejeição da aplicação desta teoria no nosso sistema jurídico.

Como vimos, o dano da «perda de chance» está numa relação muito próxima com o resultado útil que se pretenderia alcançar, e é por isso que o valor do primeiro terá de ser aferido em função da probabilidade que o segundo teria de se efectivar. Logo, por se reportar à vantagem esperada, a quantificação do dano da «perda de chance» ficará dependente do grau de probabilidade que havia de aquela poder realmente acontecer.

Será assim necessário que se proceda a três operações distintas. Avaliar, primeiro, qual o valor económico do resultado em expectativa e, de seguida, a probabilidade que existiria de o alcançar, não fora a ocorrência do facto antijurídico. Este segundo valor, calculado numa percentagem – traduzindo a consistência e seriedade das «chances» –, terá que ser por fim aplicado ao primeiro, para que se possa finalmente obter o valor pecuniário do dano da «perda de chance»<sup>99</sup>.

O *quantum* de indemnização resultará assim como a “utilidade económica realizável diminuída de um coeficiente de redução proporcional ao grau de possibilidade de consegui-la”<sup>100</sup>. Caso não seja possível proceder-se a esta operação, o tribunal julgará através do recurso à equidade<sup>101</sup>.

Contudo, pelo facto de esta reparação ser calculada em função do dano final<sup>102</sup>, tal não significa que se esteja a conceder uma indemnização parcial contrariando os princípios ressarcitórios da responsabilidade civil. Logo, sendo a «perda de chance» um dano específico e autónomo, a sua reparação terá também como medida a extensão do dano, sendo por isso totalmente integral<sup>103</sup>. Quem defenda o contrário só pode estar a rejeitar toda a especificidade da noção da «perda de chance»<sup>104</sup>. O úniconexo causal certo e provado é o que liga o facto ilícito às oportunidades perdidas, e é este o prejuízo que vai ser reparado e como todos os prejuízos, terá de o ser integralmente. Aqueles que afirmam que a indemnização é parcial, ou se enganam no prejuízo, ou só podem rejeitar a existência do dano da «perda de chance»<sup>105</sup>.

O valor da indemnização só poderá ser determinado depois das três operações que explicitámos. Todavia, apesar de na primeira se proceder a uma avaliação do dano final, é somente o dano intermédio a conhecer uma indemnização. Afirmar que esta é integral, confirma que apenas o dano da «perda de chance» é reparado, que é autónomo do dano final, mesmo no que diz respeito à sua reparação, se bem que este último prejuízo seja essencial à sua quantificação<sup>106</sup>. O que acontece é que o valor da indemnização das «chances» perdidas será sempre inferior ao valor que se iria obter caso se estivesse a indemnizar pelo dano final, o que é facilmente perceptível por se estar a reparar a possibilidade de um resultado, e não o próprio resultado.

-

<sup>79</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade...cit.*, p. 207.

<sup>80</sup> Ver *infra* na secção 4.3, a distinção entre «perda de chance» e criação de riscos.

<sup>81</sup> A «chance» não poderá deste modo voltar a ser “jogada”.

<sup>82</sup> YVES CHARTIER, *Observações às decisões da Cour de Cassation*, 2.e Ch., 9 de Novembro de 1983 e Ch.Crim., 3 de Novembro de 1983 in J.C.P., 1985, II, Jurisprudence, 20360 e PATRICE JOURDAIN, R.T.D.C., 1989, p. 81.

<sup>83</sup> JÚLIO GOMES, *op. cit.*, p. 28, nota 64.

<sup>84</sup> Em sentido contrário, entre nós, vide MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol I, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 357.

<sup>85</sup> A *Cour de Cassation*, num caso em houve uma gestão danosa de uma carteira de títulos, negou indemnização por «perda de chance» de melhorar a condição financeira caso a gestão tivesse sido feita por um mandatário diligente, por considerar tais ganhos hipotéticos, dada a imprevisibilidade do mercado de acções Cfr. RAFAEL PETEFFI, *op. cit.*, p.140. Da mesma forma, também afastou a aplicação da figura num caso de um jovem de nove anos, que sofreu um acidente numa colónia de férias, e o seu pai como representante legal invocava a «perda de chance» do seu filho vir poder obter um emprego bem remunerado no futuro. O tribunal, rejeitou a aplicação da figura, por não ter ficado demonstrado que a «chance» perdida revestia um carácter mínimo de seriedade e que estaria em relação directa com o facto danoso. Cfr. YVES CHARTIER, *op. cit.*,... Para mais exemplos vide GENEVIÈVE VINEY; PATRICE JOURDAIN, pp. 84 e ss; ÁLVARO DIAS, *op. cit.*, p. 395, nota 336 e Rafael Peteffi p.139 e ss.

<sup>86</sup> “The court held that she was entitled to no damages in this case, however, because she was able to show only a speculative, and not a substantial, chance that she would have returned to her husband.” DAVID FISCHER, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, Wake Forest Law Review, p. 645, Fall 2001.

<sup>87</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade...cit.*, p. 219.

<sup>88</sup> JOSEPH KING, *Reduction of Likelihood... cit.*, p. 554 e ss e DAVID FISCHER, *op. cit.*, p. 614. Estes autores referem este princípio matemático, em que a probabilidade de os dois factores aleatórios ocorrerem será igual à probabilidade de o primeiro evento ocorrer, multiplicado pela probabilidade de ocorrência do segundo evento, quando é sabido que o primeiro evento ocorreu, ou é certo que ocorra. No caso, se a probabilidade de o homem falecido prestar apoio à mulher fosse de 60%, e a probabilidade de reconciliação fosse de 40%, então a «perda de chance» desta de poder vir a obter alimentos situar-se-ia nos 24% (0,6\*0,4 = 0,24). Torna-se assim fácil de constatar que, quando dois factores aleatórios são combinados para a constituição de determinado evento, a probabilidade de este último acontecer diminui

drasticamente.

<sup>89</sup> Vide também sobre esta matéria do duplo juízo de probabilidades YVES CHARTIER, *op. cit.*

<sup>90</sup> No mesmo sentido RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade... cit.*, p. 221.

<sup>91</sup> Como bem refere FRANÇOIS CHABAS “Ce qui fait la spécificité de la question est que le préjudice n’est pas la perte de l’enjeu (survie, gain du procès), mais des chances de le conserver”. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>92</sup> PATRICE JOURDAIN, *Responsabilité civile*, in R.T.D.C., Janeiro-Março, 1992, p.109.

<sup>93</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade...cit.*, p. 210, JÚLIO GOMES, *op. cit.*, p. 29 e ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal. Quadro Epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 252, nota 582 e *infra* secção 6.

<sup>94</sup> Ver *infra* secção 4.1 o porquê da qualificação da «perda de chance» como um dano emergente e não como um lucro cessante.

<sup>95</sup> LUCA D’APOLLO, *Perdita di chance: danno risarcibile, onus probandi e criteri di liquidazione*, Artigo 26.11.2007, p. 7, disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=39075>. p. 8.

<sup>96</sup> JEAN-PIERRE COUTURIER, *Anotação ao Acórdão da Cour de Cassation*, 1re Ch. Civ. De 7 de Junho de 1989, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1991, 12.e Cahier, Jurisprudence, p. 160.

<sup>97</sup> A autonomia do dano de «perda de chance» tem também implicações importantes a nível processual. Assim, não haverá identificação entre o pedido de indemnização pela «perda de chance» e o mesmo tipo de pedido em relação ao dano final. Por outro lado, numa situação em que tenha havido absolvição pelo crime de homicídio na instância criminal, nada impede que se interponha uma acção cível pelo dano da «perda de chance» de sobrevivência. Vide RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade...cit.*, p. 222 e p. 289, nota 762, e PATRICE JOURDAIN, relata um caso bastante similar “*Le médecin fut donc relaxe para la juridiction pénale du second degré du chef des poursuites d’homicide involontaire mais, faisant application des règles du droit civil, (...), la cour d’appel fit cependant droit aux demandes des père et mère et des frère et soeurs de la victime tendant à l’indemnisation de leur préjudice moral consécutif à l’aperte d’une chance de survie de l’enfant.*”, *Responsabilité civile*, R.T.D.C., Outubro-Dezembro 1996, p. 912.

<sup>98</sup> Cfr. GENEVIÈVE VINEY; PATRICE JOURDAIN, p. 74 e JEAN-PIERRE COUTURIER, *op. cit.*, p. 160. Entre nós e sobre a forma de cálculo dos danos não patrimoniais vide . ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 605 e ss.

<sup>99</sup> Imaginemos um caso de responsabilidade civil médica, em que um paciente morreu – sem que se consiga estabelecer o nexo causal entre a conduta negligente do médico e a morte do doente – quando, se a operação tivesse sido efectuada de acordo com a *legis artis*, o paciente detinha «chances» de sobreviver de 70%. Proceder-se-ia em primeiro lugar à avaliação do dano final (morte) que, de acordo com o juiz, no caso seria por exemplo de €50.000; de seguida ao estabelecimento do grau de probabilidade que existia de se evitar o prejuízo, que seria de 70%; e por fim à aplicação deste valor percentual ao valor do dano final, resultando a indemnização em €35.000. ( $0,7 \times 50.000 = 35.000$ ). No mesmo sentido RUTE TEIXEIRA PEDRO “Assim, se o prémio ou o *quantum* derivado da procedência da acção apresentavam o valor de Y e a chance de o candidato ser o vencedor ou de a decisão ser favorável ao cliente do advogado era de 30%, o montante reparatório deveria equivaler a 30% de Y”, *A Responsabilidade...cit.*, p. 231. Vide também RIBEIRO DE FARIA, *Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, 2004, pp. 139 e 140.

<sup>100</sup> ÁLVARO DIAS, *Dano corporal...cit.*, p. 251, nota 580.

<sup>101</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 104. No mesmo sentido LUCA D’APOLLO “*..la liquidazione del danno - che deve avvenire in funzione della possibilità che aveva il danneggiato di conseguire il vantaggio sperato, ad esempio applicando alla valutazione economica di quel vantaggio un coefficiente di riduzione che tenga conto di quelle probabilità - può avvenire su base equitativa, posta la naturale difficoltà di provare il preciso ammontare del pregiudizio economico dovuto alla perdita della chance*”. *Op. cit.*, p. 7

<sup>102</sup> PATRICE JOURDAIN, R.T.D.C., 1992, p. 114.

<sup>103</sup> JEAN-PIERRE COUTURIER, *op. cit.*, p. 160.

<sup>104</sup> “*Si donc la réparation n’est que partielle, ce n’est point parce que le préjudice-décès seriat lui-même partiel(...); c’est parce que la réparation est pondérée à la mesure du lien de causalité probable constate entre la faute et le dommage final*” JACQUES BORÉ, *op. cit.*, parágrafo nº 2. O autor como vimos supra secção 2.1. rejeita a autonomia do dano da «perda de chance», por isso expõe o seu raciocínio a partir do dano final. Assim considerando que se está perante uma causalidade parcial, esta por sua vez só poderá levar a uma

responsabilidade parcial e conseqüentemente a uma reparação parcial.

<sup>105</sup> Cfr. MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, p. 356.

<sup>106</sup> “L’obligation d’effectuer un abattement par rapport à l’indemnisation du dommage non aléatoire explique donc que l’on ait pu parler de réparation partielle, mais en réalité ce qui justifie cette différence c’est que la «perte de chance» constitue un dommage spécifique et autonome par rapport au dommage final.” GENEVIÈVE VINEY; PATRICE JOURDAIN, pp.84 e 85.

## 4.

# Distinções Importantes

Importa agora estabelecer a diferença entre alguns conceitos que muitas vezes aparecem confundidos. Veremos que o dano da «perda de chance» só poderá ser concebido como um dano emergente e nunca como um lucro cessante. Veremos também que este dano será distinto do dano moral, e que a teoria da «perda de chance», apesar de limítrofe da teoria da criação de riscos, dela terá de ser apartada, para que melhor a possamos compreender.

### 4.1. Dano emergente e não lucro cessante

Como se sabe, o dano patrimonial abrange os conceitos de dano emergente e de lucro cessante. “O primeiro compreende o prejuízo causado aos bens ou aos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão. O segundo abrange os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, mas a que ainda não tinha direito à data da lesão”<sup>107</sup>.

À luz do que foi dito, e considerando a «chance» como entidade dotada de autonomia que fazia já parte do património do lesado, a sua destruição só poderá ser juridicamente qualificada como um verdadeiro dano emergente, pois só dessa forma será possível justificar a sua indemnização. Senão vejamos: o conceito de lucro cessante exige uma prova da certeza, ainda que relativa, do dano<sup>108</sup>, isto é, dos pressupostos e requisitos necessários para que ele pudesse vir a existir. Já no que concerne à «perda de chance», dá-se a ausência de tal certeza, pois como estamos na presença de eventos aleatórios, apenas se demonstra uma probabilidade maior ou menor de se conseguir obter determinado resultado. Aqui os lucros nunca seriam cessantes, mas sim hipotéticos, consubstanciando-se num dano meramente eventual, do qual a incerteza interdiz qualquer indemnização<sup>109</sup>.

Assim, as «chances» perdidas consideradas como lucros cessantes nunca seriam reparadas, e foi por isso que se frustraram as tentativas de grande parte da doutrina de as conseguir inserir nesse campo. Por conseguinte, o dano da «perda de chance» passou a ser visto como um dano presente e actual<sup>110</sup> – que nos parece sem dúvida ser –, sendo algo que o lesado efectivamente perdeu no momento em que se deu a conduta antijurídica<sup>111</sup> e não algo que ele deixou de lucrar, pois no momento da ocorrência do facto ilícito a «chance» já fazia parte da sua esfera jurídica. “Tal modo de ver as coisas abriu, naturalmente o caminho para a deslocação da «perda de chance» da zona de inclusão ou de fronteira do lucro cessante (onde lhe estava vedado o acesso ao estatuto de dano ressarcível) para o núcleo aglutinador do dano emergente”<sup>112</sup>.

### 4.2. Vs. Dano moral

Muitas vezes, a «perda de chance» pode resultar da violação de um bem extrapatrimonial, e apesar de esta situação poder aproximar ambos os conceitos, os mesmos derivam de fontes distintas. Se o dano moral decorre sempre da violação de um bem integrante da personalidade da vítima, já na «perda de chance» o prejuízo resulta da violação de um interesse sério com probabilidades de gerar uma vantagem futura, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial.

Deste modo é possível ocorrerem situações típicas de «perda de chance» em que o evento danoso cause não só prejuízos patrimoniais, mas também prejuízos de carácter moral, devido aos sofrimentos e à dor experimentados pela perda da possibilidade de se alcançar o ganho esperado. Nestes casos, a solução correcta seria, além da fixação da indemnização pelo dano da «perda de chance», também uma outra indemnização pelos danos morais sofridos. Em suma, e como fez questão de bem explicitar o Acórdão de 10 de Março de 2011 do Supremo Tribunal de Justiça<sup>113</sup>, “A «perda de chance» enquanto perda de uma possibilidade real de êxito que se frustrou, poderá gerar igualmente «danos não patrimoniais» indemnizáveis, nos termos do disposto no artigo 496º do Código Civil.”

### 4.3. Criação ou aumento de riscos

Outra teoria dentro da responsabilidade civil, que tal como a «perda de chance» se baseia em probabilidades e não em certezas, é a que trata da responsabilidade segundo o grau da elevação do risco<sup>114</sup>. Curiosamente, enquanto a primeira tem sido alvo de estudos profundos por parte da doutrina e da jurisprudência, a criação de riscos tem tido uma atenção bastante reduzida e marginal. Torna-se imperativo fazer esta distinção em relação aos casos de «perda de chance», já que, no limite, se poderá afirmar que as «chances» perdidas importam sempre um aumento do risco de não se conseguir obter o resultado desejado<sup>115</sup>. Em ambos os casos, uma conduta culposa coloca em causa a situação actual da vítima, mas sem que se possa afirmar com certeza em que medida o terá feito, já que factores desconhecidos e aleatórios também terão contribuído para essa incidência<sup>116</sup>.

Casos paradigmáticos de situações em que se dá uma criação de riscos são os relacionados com desastres nucleares, em que, devido a grandes quantidades de radiação libertadas, se consegue provar cientificamente uma maior probabilidade de as pessoas a ela expostas desenvolverem determinado tipo de enfermidades. No entanto, essas pessoas podem nunca vir a sofrer de doença alguma, conservando uma saúde perfeita, e é esta a grande diferença em relação aos casos de «perda de chance», ou seja a perda definitiva da vantagem esperada, a ocorrência do dano final<sup>117</sup>.

Na teoria da responsabilidade pelo risco criado, a vítima também se encontra perante um processo aleatório, mas ainda não perdeu qualquer vantagem nem sofreu nenhum prejuízo. Por força da conduta do lesante, apenas aumentaram os riscos de não conseguir obter o resultado útil pretendido, tornando-se impossível saber se no futuro a vítima perderá definitivamente a vantagem esperada<sup>118</sup>.

Nesta teoria discute-se a possibilidade de se considerar a mera criação de riscos como um prejuízo indemnizável. A questão ultrapassa o âmbito deste trabalho, mas parece-nos que, pelo menos de acordo com o direito constituído, a solução mais justa e coerente será a da sua não reparação. Se assim não fosse correríamos o risco de estar a indemnizar danos puramente eventuais e de procedermos ao enriquecimento sem causa da vítima, pois como vimos é bem possível que esta não sofra nunca nenhum tipo de prejuízo<sup>119</sup>. A função primordial da responsabilidade civil no ordenamento português é a função reparatória<sup>120</sup>, de modo que, ao aceitar-se a reparação da criação de riscos propriamente dita, o enfoque

passaria definitivamente para a função preventiva mais característica do direito penal, passando-se a “colocar no lugar da violação do bem jurídico a concreta elevação do perigo”<sup>121</sup>, o que, de acordo com a nossa responsabilidade civil vigente, será de rejeitar.

<sup>107</sup> ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 599. Por outras palavras vide ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 596

<sup>108</sup> Já que o lucro cessante nunca se virá a realizar. Cfr. JÚLIO GOMES, *op. cit.*, pp. 11 e 12.

<sup>109</sup> “...perché assimilando la «chance» al lucro cessante, si è alla presenza di un pregiudizio solo potenziale o eventuale e quindi collegato in modo incerto con l'evento dannoso, ovvero il danno derivante da perdita di chance essendo privo di certezza non può essere risarcito”. LUCA D'APOLLO, *op. cit.*, p. 8.

<sup>110</sup> ARMANDO BRAGA, *Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 125.

<sup>111</sup> Pois por força da actuação do agente a oportunidade perdeu-se no imediato, apesar de tal oportunidade se referir à obtenção futura de ganhos.

<sup>112</sup> ÁLVARO DIAS, *Dano corporal...cit.*, p. 251, nota 580.

<sup>113</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>114</sup> Antes de mais, é preciso destacar que esta responsabilidade que agora se analisa nada tem que ver com a responsabilidade civil objectiva, em que se prescinde do pressuposto culpa para que se possa gerar responsabilidade. Nas situações que iremos agora analisar, existem comportamentos culposos que vão criar ou aumentar determinados riscos, sendo a questão principal, aqui, a de se especular se a simples criação de uma situação perigosa pode ser encarada como um verdadeiro prejuízo, desencadeando uma acção de reparação. Diferentemente, na responsabilidade objectiva – que se fundamenta em que quem utiliza em seu proveito coisas perigosas deverá arcar com os prejuízos decorrentes da sua utilização – existem efectivamente danos, que têm de ser reparados e que de modo algum se confundem com a criação ou elevação de simples riscos.

<sup>115</sup> Importa então distinguir duas noções que às vezes aparecem confundidas, a de *perte de chance* e a de *aggravation des risques*. Cfr. SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 298.

<sup>116</sup> GENEVIÈVE VINEY; PATRICE JOURDAIN, *op. cit.*, p. 71.

<sup>117</sup> “*Tant que le risque ne s'est pas produit, qu'il est simplement «créé», tout peut encore se produire, le dommage est éventuel. Ce n'est pas le cas de la perte d'une chance. Quand il est possible d'établir que la perte existe bien, la chance étant définitivement «passée», le lien de causalité entre la faute et le préjudice final reste lui toujours incertain. Le préjudice de perte d'une chance n'est pas éventuel, son existence peut être établie*”. CLAIRE BERAUD, *op. cit.*, pp. 3 e 4.

<sup>118</sup> PHILLIPE LE TORNEAU e LOIC CADIET demonstram claramente a diferença entre as duas situações num caso de acidente de automóvel em que os pais da vítima, mesmo não se encontrando em dificuldades financeiras, pretendem obter uma indemnização pela «perda de chance» de obter alimentos no futuro. “*Ansi, il es maladroit de dire (...) qu'à la suite d'un accident, il y a «des chances» que les parents de la victime tombent dans le besoin et ne puissent plus obtenir des secours alimentaires: non il y a un risque que cette situation se présente!*”, *Droit de la Responsabilité*, Action Dalloz. Paris: Dalloz, 1998, p. 213.

<sup>119</sup> Não se rejeita que uma situação de criação de riscos poderá levar ao aparecimento de alguns prejuízos laterais. Por exemplo no caso do desastre nuclear, o medo de vir a desenvolver cancro no futuro poderá levar a que surjam alguns danos extrapatrimoniais, como a angústia, mas também patrimoniais, como o aumento de consultas no médico para prevenir a doença. Estes danos, vistos como “consequências marginais” da criação de riscos poderão assim ser indemnizados, contudo não os devemos confundir nem com o dano futuro que pode nunca vir a ocorrer, nem com a mera criação do risco propriamente dita. Vide a este respeito, RAFAEL PETEFFI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>120</sup> CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 64.

<sup>121</sup> SINDE MONTEIRO, *op. cit.*, p. 295. No entanto este autor parece receptivo à aceitação da indemnização pela criação de risco, desde que dentro de alguns limites e sempre *de iure condendo*.

## 5.

### **Jurisprudência Portuguesa.**

### **Alguns Desenvolvimentos Recentes**

Entre nós, a teoria da «perda de chance» andou sempre um pouco arredada da prática dos tribunais, pelo menos identificada como tal, pois é possível encontrarem-se algumas decisões esporádicas que, apesar de não lhe fazerem directamente referência, se baseiam nos seus ensinamentos<sup>122</sup>. No entanto, nos últimos anos e especialmente a partir de 2006, temos vindo a assistir a uma tendência cada vez maior dos tribunais, de convocarem a noção de «perda de chance» para fundamentarem alguma das suas decisões, ora aceitando a sua ressarcibilidade face ao ordenamento português, ora rejeitando-a expressamente e criticando a sua aplicação.

São algumas as áreas em que se tem feito referência à teoria das oportunidades perdidas, desde a perda da possibilidade de ganho em concursos à perda da «chance» de obter uma promoção profissional, passando pela perda da oportunidade de poder ter começado a carreira mais cedo. Contudo, é em casos de responsabilidade civil dos advogados que se têm verificado mais decisões a nível dos tribunais superiores e com elas, também nos parece, algumas contradições. Em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2010<sup>123</sup>, foi rejeitada a responsabilidade de um advogado que, sem informar os seus clientes, interpôs um recurso sem alegações – recurso que foi considerado deserto – impossibilitando-os de poderem vir a recorrer de uma decisão que os fez perder o sinal relativo a um contrato-promessa, já que a mesma acabou por transitar em julgado. A fundamentação da decisão, salvo melhor entendimento, parece não se coadunar com o que temos vindo a reflectir sobre a teoria da «perda de chance».

Ora vejamos. Atentando na alínea 11 do sumário “Se um recurso não foi alegado, e em consequência ficou deserto, não pode afirmar-se ter havido dano de perda de oportunidade, pois não é demonstrada a causalidade, já que o resultado do recurso é sempre aleatório, por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores chamados a reapreciar a causa.” Mais à frente, na fundamentação, justifica-se, recorrendo a alguns acórdãos anteriores “...que a «perda de chance» não releva na vertente jurídica, por contrariar o princípio da certeza dos danos e da causalidade adequada”.

Parece-nos aqui, claramente, não haver a consideração do dano da «perda de chance» como dano autónomo, só se fazendo referência à existência do dano final, e da falta da ausência de prova do nexo causal entre o comportamento do advogado e o prejuízo traduzido na perda do sinal, já “que os autores/recorridos não conseguiram provar lesão patrimonial que, provavelmente, e de acordo com o curso normal das coisas, não teriam sofrido se o recurso tivesse sido alegado e julgado”, concluindo o acórdão que “não foi, por isso demonstrado a causalidade entre a conduta do recorrente e um dano material concreto e determinado”.

Contudo, como temos vindo a verificar, é exactamente em situações similares, onde exista uma impossibilidade de provar o nexo causal entre uma conduta ilícita e um determinado dano, que a figura da

«perda de chance» é chamada a depor. Obviamente que não necessitaríamos de a invocar caso conseguíssemos imputar directamente ao advogado a perda do sinal. Neste caso há uma confusão de danos, já que no nosso entender o que está aqui em causa não é a perda do sinal, mas a perda da possibilidade de não perder o sinal em sede de recurso. Como bem reconhece o tribunal, o desfecho do recurso seria imprevisível (“aliás, é a própria essência do recurso, a reapreciação, ou reavaliação, do julgado pelo juízo ‘a quo’, nada garantindo que a decisão em crise venha a ser confirmada ou revogada, quando são possíveis várias soluções jurídicas”), e assim sendo parece-nos que, desde que seja demonstrada uma consistência mínima da possibilidade de procedência do recurso<sup>124</sup>, a «perda de chance» nesta situação teria de ser ressarcida<sup>125</sup>.

Ora era exactamente neste sentido que tinha decidido o Tribunal da Relação do Porto no Acórdão recorrido de 27 de Outubro de 2009. Para esta instância, o “réu, ao ter interposto o recurso e não ter apresentado alegações deixando o recurso deserto, teve conduta que consubstancia inexecução ilícita e culposa da obrigação da assistência técnica do mesmo aos Autores e vedou a estes a possibilidade de terem a sua pretensão apreciada por um Tribunal Superior. E assim, tal como a decisão recorrida entendemos que o que se deve aplicar aqui é o conceito de «perda de chance», já que é impossível afirmar que os Autores sairiam vencedores, obtendo a revogação da sentença (...), se o ora Recorrente tivesse apresentado alegações e o recurso não fosse julgado deserto”.

Para explicitar o nosso entendimento debrucemo-nos sobre um outro Acórdão do STJ, de 28 de Setembro de 2010, referente à responsabilidade civil do advogado que, devido à clareza e qualidade da sua fundamentação, terá aqui de ser necessariamente analisado. No caso, um advogado interpôs uma contestação fora de prazo, levando ao seu desentranhamento do processo. Por conseguinte, todos os factos articulados pelo autor da acção foram dados como confessados por parte do seu cliente – réu na acção –, já que essa é a consequência prevista para estes casos de acordo com a legislação laboral aplicável quando exista falta de contestação.

A decisão refere expressamente o dano da «perda de chance» que, consideram “...cabe claramente, dentro dos princípios orientadores do nosso ordenamento jurídico-civil”. Assim, “Na «perda de chance» ou de oportunidade, ocorre uma situação omissiva que fez perder a alguém a sorte ou «chance» de evitar um prejuízo (no caso, a omissão da 1ª Ré, fez perder à A. a chance de evitar a sua condenação na acção laboral”, logo “sendo a falta da responsabilidade da 1ª Ré (...), não pode conceber-se que a referida impossibilidade de determinar o nexos causal, em termos de causalidade adequada, conduza a irresponsabilização da profissional que violou ilicitamente e com culpa, os seus deveres para com o cliente”. Deste modo conclui que, “sabendo-se que a obrigação da 1ª Ré, como advogado da A. é uma obrigação de meios, o dano emergente do cumprimento defeituoso do mandato corresponderá à prestação devida, que o advogado não efectuou, com o que fez perder à A. a sorte ou “chance” de evitar um prejuízo, no caso, de evitar a condenação na acção laboral<sup>126</sup>. (...) Ora, é evidente que, considerado o direito de defesa como um bem tutelado, não só, pela lei processual, como pelo contrato de mandato estabelecido entre a A. e a 1ª Ré, a impossibilidade do seu exercício por omissão culposa da 1ª Ré, como um prejuízo ou dano em si mesmo considerado (isto é como um dano autónomo) nenhuma dúvida existirá quanto ao nexos de causalidade adequada existente entre a conduta omissiva e o dano ou prejuízo sofrido pela A. em consequência da dita omissão”.

Identifica-se aqui, de forma precisa, o dano autónomo da «perda de chance» e é este que irá ser ressarcido. Apesar de assumir as dificuldades na quantificação do dano, o tribunal não se furta, e bem, a tentar percorrer os passos que identificámos como necessários para se poder obter o *quantum* indemnizatório<sup>127</sup>. No entanto verifica que no caso será impossível calcular as probabilidades de a

autora não ser condenada, já que, como foi referido, ela se viu privada do seu direito de defesa: “...de modo que, não tendo sido apreciada qualquer prova, é impossível concluir que a A. ou a Ré obteriam ganho de causa, total ou parcial.” A solução subsidiária presente no artigo 563º nº3 do CC é assim chamada a intervir: “Todavia, em termos de equidade, que é agora o critério a ter em conta, o grau da possibilidade de ocorrer uma ou outra situação (procedência, improcedência - total ou parcial), não pode deixar de fixar-se em 50% para cada uma das partes, visto que, salvo melhor opinião, qualquer outra percentagem se nos afigura arbitrária, por falta de base lógica em que assentar.”

Esta decisão do Supremo reconhece, assim, como causa de uma falha do advogado, e na linha do que temos vindo a defender, o aparecimento de um dano emergente, autónomo e ressarcível, distinto do dano final, se bem que directamente relacionado com este, não só no seu aparecimento, mas também na questão do cálculo da sua indemnização.

No mesmo sentido, mas noutras matérias, se tem reconhecido a especificidade do dano da «perda de chance». Em Acórdão de 16 de Dezembro de 2010 do STJ, foi atribuída uma indemnização pela perda da possibilidade de se obter emprego mais cedo tendo ficado “demonstrado que, por causa das lesões sofridas em acidente de viação, o autor atrasou um ano a possibilidade de exercer uma actividade profissional remunerada, perdendo, assim, a oportunidade ou *chance* de, até um ano antes, obter um ganho patrimonial próprio do exercício da profissão, embora indemonstrado o efectivo prejuízo necessariamente associado à real obtenção de trabalho remunerado, tal evento não pode deixar de ser, em si mesmo, considerado como um dano ou prejuízo”.

Também o Supremo Tribunal Administrativo, por Acórdão de 24 de Outubro de 2006, indemnizou um soldado da extinta Guarda Fiscal, pela perda da oportunidade de progredir na carreira, já que o Estado Português, ao tê-lo ilegalmente afastado do seu posto de trabalho, o terá impedido de poder concorrer ao posto de cabo, dado que quando foi reintegrado na corporação não possuía já a idade mínima admitida para se poder candidatar ao referido posto. O tribunal constata, assim, que “a perda definitiva da possibilidade de ter progredido na carreira constitui, sem dúvida, um dano decorrente daquele afastamento ilegal e, portanto, indemnizável, verificados que estão os pressupostos do artigo 483º do CC (facto ilícito e culposo, dano e nexo de causalidade)”.

No que diz respeito, ao já muito discutido âmbito da responsabilidade civil médica, é de salutar o voto vencido do Juiz Conselheiro Oliveira Vasconcelos no Acórdão de 15 de Outubro de 2009 do STJ. No caso, na sequência de uma intervenção cirúrgica de lipoaspiração, e aquando da administração da anestesia local, a paciente sofreu uma paragem cardio-respiratória, tendo a vir a falecer posteriormente em consequência de um choque anafilático. Porém, apesar da decisão ter considerado que, “...não resultou provado que a paragem cardio-respiratória da jovem paciente, de que resultou a morte, fosse consequência da conduta errada ou indevida de qualquer dos médicos, nem sequer de choque anafilático”, o voto vencido daquele juiz refere expressamente o dever que assiste aos médicos no exercício da sua profissão de aproveitarem todas as possibilidades de êxito existentes quando realizam este tipo de procedimentos. Assim de acordo com o seu entendimento, “...uma vez que a EE não revelava qualquer contra indicação à realização da intervenção – e, conseqüentemente, à administração da anestesia – temos que concluir que o resultado imediato que se pretendia – a lipoaspiração, antecedida da anestesia local – estava perfeitamente ao alcance dos réus, tendo em conta as reais possibilidades – *chances* – que ela apresentava (...) Sendo assim, com esta morte, perdeu-se a oportunidade, a *chance*, do aproveitamento da oportunidade que a EE tinha de ser operada com êxito.”

Em síntese, é facilmente perceptível o recente trabalho jurisprudencial que tem sido feito em relação ao dano da «perda de chance». Todavia, apesar dos visíveis progressos, a teoria ainda se encontra longe

de estar consagrada no nosso ordenamento jurídico. O ainda escasso número de decisões que a invocam, as confusões existentes em relação ao tipo de dano que esta visa ressarcir – não raras vezes se utiliza a figura como fundamento de reparação do dano final –, e o facto de existirem ainda muitas críticas em relação à possibilidade da sua aplicação, impõem a necessidade de criação de uma determinada base de actuação coerente para uma aplicação geral da teoria da «perda de chance», na qual sejam não só esclarecidos os seus pressupostos mas também a sua natureza jurídica, para que esta possa operar sem sobressaltos<sup>128</sup>.

É neste sentido, e dado o estado em que nos encontramos em relação a este trabalho, que nos propomos elaborar uma tentativa de conciliar e sistematizar tudo o que fomos dizendo em relação a este dano tão específico e tão peculiar.

<sup>122</sup> ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida...cit.*, p. 395.

<sup>123</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), tal como todos os subsequentes Ac.(s) que forem sendo citados em texto.

<sup>124</sup> Esta consistência mínima refere-se assim ao carácter de seriedade das «chances» que identificámos como essencial, para que a sua indemnização possa ser admitida. Ver *supra* secção 3.1.

<sup>125</sup> Parece resultar da leitura do acórdão, que se está a exigir que o resultado do recurso não contivesse nenhuma, ou praticamente nenhuma quantidade de álea. Haverá casos que tenham apenas que ver com a aplicação do direito à factualidade já fixada e não discutida, e pelo menos em muitos desses, será possível averiguar das possibilidades sérias da procedência ou improcedência do recurso, caso este tivesse sido instaurado. Se assim for, provado que a proposição do recurso teria um forte probabilidade de resultar no ganho da acção, ou seja, que estaremos perante uma situação em que podemos afirmar a teoria da causalidade adequada presente no art. 563º do Código Civil, então a responsabilidade do advogado pela perda da acção será afirmada. Do mesmo modo, caso as probabilidades sejam demasiado reduzidas, acontecerá o contrário, a irresponsabilização do mandatário pela não procedência da acção. Mas como vimos, no caso em análise, o tribunal não conseguiu projectar nenhum resultado previsível do recurso para que possa constatar ou não a existência do nexos causal entre o acto ilícito do advogado e a perda de acção, logo seria um caso em que a teoria da «perda de chance» poderia e deveria ser chamada a intervir. Não para ressarcir este ulterior prejuízo, mas sim um outro, a perda da possibilidade de ver a pretensão analisada por um tribunal superior, que eventualmente revogasse a decisão. Aliás tinha sido esta a decisão do tribunal *a quo*.

<sup>126</sup> Relembra-se que, para se poder considerar como culposa uma conduta do advogado, não basta alegar a condenação da acção, sendo imperioso provar que não foram realizados determinados actos por parte do profissional forense, que corresponderiam a um patrocínio diligente de acordo com a deontologia da profissão. Uma contestação tempestiva fará necessariamente parte desse tipo de patrocínio.

<sup>127</sup> Ver *supra* secção 3.3.

<sup>128</sup> Uma das razões, para que haja alguma confusão e desorientação jurisprudencial aquando da aplicação da figura da «perda de chance» poderá ser a rara produção doutrinária sobre o tema. Actualmente sobre a teoria da «perda de chance» destacam-se o exaustivo trabalho de RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade...cit.*, o artigo de JÚLIO GOMES, *op.cit.*, e já mais recentemente a dissertação de mestrado em direito público, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa em 2010 de RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance : em especial, na contratação pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.” Também existem algumas importantes referências nas obras de ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 596, nota 2; ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida...cit.*, pp. 394 e ss; *Dano Corporal...cit.*, pp. 250 e ss; ARMANDO BRAGA, *op. cit.*, pp. 125 e 126; CARNEIRO DA FRADA, *op.cit.*, pp. 103 e 104; CUNHA RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 217 e ss; MENEZES LEITÃO, *op. cit.*, pp. 355 ss; MOITINHO DE ALMEIDA, *Responsabilidade Civil dos Advogados*, 2ª ed., Coimbra Editora, 1998, pp. 43 e 44; PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I., Coimbra ed., Coimbra, 2009 p.1103, nota 3103; RIBEIRO DE FARIA, *op.cit.*, pp. 140 e 180; SINDE MONTEIRO, *op.cit.*, pp. 291 e ss; e ainda no artigo de AFONSO MELO, *Responsabilidade civil de Mandatário Judicial*, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 26, Maio e Junho de 2003, pp. 26 e ss.

## 6. A «Perda de Chance» Como Uma Nova Espécie de Dano. Posição Adoptada.

Em primeiro lugar, para que a perda de uma «chance» possa ser ressarcível, é necessário considerá-la como um dano em si, ou seja, reconhecê-la como uma entidade autónoma economicamente valorável. De facto, nos vários casos que aqui fomos analisando, o resultado final esperado possuía sempre um conteúdo económico relevante, e por isso parece-nos difícil sustentar que a efectiva possibilidade de o alcançar apenas tivesse um valor exclusivamente moral, uma vez que, se a evolução da ciência matemática no ramo da estatística nos permite concluir que a probabilidade de verificação desse resultado não era totalmente inexistente, então teremos também de ser capazes de conseguir atribuir a essa probabilidade um determinado valor económico, por mais pequeno que seja<sup>129</sup>. Deste modo, quando a «chance» se apresente como séria e real, será portadora de um valor *per se*, e poderá ser considerada como um bem jurídico autónomo pertencente ao património do lesado, dado não ser necessário que um bem seja corporificado para ser entendido como tal. Logo, no sentido em que a conduta desvaliosa que atinge as «chances» incide não apenas sobre uma mera vantagem a conseguir, mas efectivamente sobre um elemento integrante do património da vítima – já existente à altura da lesão porque suficientemente credível para que possa ser considerado –, então não podem restar dúvidas quanto à existência e certeza deste dano, ainda que este seja provado segundo um cálculo de probabilidades<sup>130</sup>. Assim, quando um facto danoso produza uma séria e real diminuição das «chances» de se obter um resultado favorável, ou de se evitar um prejuízo, estará a ferir o património, devendo por isso haver a correspondente indemnização<sup>131</sup>. Resumindo, e como bem explicou a *Corte di Cassazione* italiana, “o dano derivado da perda de chance não é uma mera expectativa de facto, mas uma entidade patrimonial distinta, economicamente e juridicamente susceptível de autónoma avaliação”<sup>132</sup>.

Todavia, para que possamos admitir, à luz do ordenamento português, a ressarcibilidade do dano da «perda de chance», não basta que este seja visto apenas como uma lesão do património em abstracto, já que entre nós não existe “nenhuma norma que tutele em geral o direito das pessoas ao seu património”<sup>133</sup>. Consequentemente, torna-se necessário conseguir no caso concreto, consubstanciar as «chances» como bens jurídicos tuteláveis, quer seja pelo plano contratual (artigo 798º CC), quer seja pelo plano delitual (artigo 483º CC). Em relação à primeira possibilidade, parece não haver muitas dificuldades, já que “... a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa *chance* a bem jurídico protegido pelo contrato)”<sup>134</sup>. É o caso da grande maioria dos casos de responsabilidade civil do advogado, quando este viola os seus deveres profissionais<sup>135</sup>. Porém, no que diz respeito ao plano delitual, a questão parece suscitar mais objecções, que tentaremos ultrapassar.

Como vimos, em algumas das situações nas quais se possa aplicar a teoria da «perda de chance», o resultado útil desejado, quando não esteja protegido através de um contrato, poderá estar protegido por

uma norma legal<sup>136</sup>. Assim, nestes últimos casos, se fosse possível provar o nexo causal entre o facto ilícito e o dano último, conseguiríamos em regra aplicar o artigo 483º. Deste modo, o que defendemos é uma possível extensão da tutela conferida ao bem jurídico resultado final pretendido, à tutela da possibilidade de este se verificar. As «chances», devido à sua íntima conexão com o resultado final que visam propiciar, seriam uma das várias manifestações do bem jurídico que se almejava alcançar. Seriam então, o bem jurídico ainda numa fase embrionária, à espera do seu nascimento, para que nele se pudessem fundir e desaparecer porque não mais necessárias. No entanto, no caso de o resultado final ser definitivamente impossibilitado por força de um evento danoso, sem que se pudesse estabelecer o nexo causal entre eles, as «chances» teriam de ser chamadas a intervir, como defesa de segunda linha<sup>137</sup> para garantir uma reparação à vítima de um acto ilícito e culposo, que em caso contrário nada receberia, estando-se, desta forma, a fazer funcionar o instituto da responsabilidade civil na sua função essencial de reparação do dano.

A nosso ver, e concordando com ÁLVARO DIAS, “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”<sup>138</sup>. Considerando portanto, o património como o conjunto de todos os valores juridicamente protegidos, a tutela ressarcitória não se poderá restringir à reparação da lesão sofrida por um bem tangível, incluído no património “real” da vítima, mas terá, nomeadamente, de se estender a outras categorias de bens, cuja presença não é tão empiricamente perceptível pela pessoa, mas que se encontram igualmente presentes no património “jurídico” do lesado, seja como uma situação abstracta (não perceptível através dos sentidos), seja como um estado intermédio de um processo evolutivo que tem como resultado final a produção de um bem material, ou imaterial (uma *res*, uma utilidade, uma vantagem, etc.). Nesta perspectiva nada impede que se considere a «perda de chance» como um dano autónomo, economicamente avaliável e passível de ser indemnizado.

Além do mais, com a mudança operada no instituto da responsabilidade civil, através da superação do princípio da culpa, progredindo-se para um sistema cada vez mais solidário e menos individualista – onde o enfoque passa a ser dado à vítima e já não à conduta do agente –, o conceito de dano reparável evoluiu, ampliando-se a certas realidades que antes não se admitia que pudesse conter<sup>139</sup>. Entre nós, danos como invasão da privacidade, ofensas à honra, angústia<sup>140</sup>, quebras de confiança<sup>141</sup> e de expectativas jurídicas, ou da violação do dever de dar conselhos, recomendações ou informações<sup>142</sup>, são já assumidamente reparáveis. Deste modo, não se aceita, também aqui, a não consideração da «perda de chance» como uma nova espécie de prejuízo reparável, dada a grande plasticidade que é reconhecida ao conceito de dano.

Por outro lado, é necessário relembrar que, com a emancipação do «dano da perda de chance», não ocorre qualquer desvirtuamento na aplicação dos pressupostos clássicos da responsabilidade civil, nomeadamente no que respeita à verificação do nexo causal. Este é afirmado, não entre o facto danoso e o resultado último que a vítima esperava alcançar, mas entre o primeiro e a perda da possibilidade de se obter o segundo. Esta causalidade terá então que ser provada por parte da vítima, com base na tradicional teoria da causalidade adequada presente no artigo 563º do CC. Não se verifica assim qualquer aplicação menos ortodoxa do nexo causal, mas apenas uma extensão do conceito de dano reparável, com o “aparecimento” do dano da «perda de chance», que resultando de um acto ilícito e culposo, e verificado que esteja o nexo causal entre este e as «chances» perdidas, terá que ser obrigatoriamente indemnizado.

Simultaneamente, não se pode esquecer a consagração da figura a nível internacional, tanto através da sua aceitação como uma nova espécie de dano indemnizável em vários ordenamentos nacionais, mas mais importante do que isso — pensamos nós, por nos dizer directamente respeito –, a nível europeu, através

não só da sua aplicação na solução de diversos casos pelas jurisdições supranacionais, mas também através da sua previsão na Directiva 92/13/ CEE<sup>143</sup>, que nos parece ter dado o primeiro passo para uma futura aplicação generalizada da teoria da «perda de chance», pelo menos no direito continental.

<sup>129</sup> MAURIZIO BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” e certezza del danno*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano 30, 1976, p. 95.

<sup>130</sup> “Non si nega, infatti, che possano verificarsi delle ipotesi nelle quali nessun concreto valore patrimoniale sai attribuibile alla possibilità di ottenere un certo risultato, considerata in se stessa, o per la natura di questo ultimo o perché in realtà essa risulta essere assolutamente inesistente; ma ciò non significa che questa sia la regola. È quindi sempre necessaria un’accurata indagine sul caso concreto”. *Idem*, p. 96.

<sup>131</sup> Muitas vezes, se tem vindo a criticar esta autonomia das «chances» perdidas, como entidade economicamente avaliável. Refere-se que, se assim fosse, as poderíamos dar como garantia, ou transaccioná-las no mercado. Ora, dada a sua íntima conexão com o resultado final, pois já se verificou que estas só entram em jogo na impossibilidade de se alcançar aquele, a garantia seria por demais aleatória. Não obstante, esta circunstância não impede que elas possam ser autonomamente valoradas, dado que, apesar de não haver um mercado de chances transaccionáveis, podemos-nos questionar por exemplo, quanto é que alguém estaria disposto a pagar para se colocar na situação da pessoa que ainda não “tentou a sua chance”, ou do mesmo modo quanto é que a pessoa que acabou de perder pagaria para se poder colocar na situação anterior à ocorrência do seu prejuízo. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno perl a perdita della possibilità di una utilità futura*, in, *Rivista del Diritto Commerciale*, Ano LXXXIV, 1986, Parte Segunda, p. 215.

<sup>132</sup> Cassazione civile, sez. lavoro, sentenza 10.01.2007 n° 238, disponível em <http://www.ambientediritto.it>; Entre nós, o Ac. do STA de 10 de Março de 2003 professou um entendimento semelhante, “A chance, quando credível, é portadora de um valor de *per se*, sendo a respectiva perda passível de indemnização, nomeadamente quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram”.

<sup>133</sup> ANTUNES VARELA, *op.cit.*, p. 540.

<sup>134</sup> CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p.104.

<sup>135</sup> *Vide*, por exemplo o Ac. do STA de 28 de Setembro de 2010, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>136</sup> É o caso por exemplo dos bens jurídicos constitucionalmente consagrados, vida, saúde, integridade pessoal, etc..

<sup>137</sup> A expressão é de RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade...cit.*, p. 383.

<sup>138</sup> ÁLVARO DIAS, *Dano corporal...cit.*, p.252 nota. 582.

<sup>139</sup> Nos últimos cem anos, a responsabilidade civil passou de reparar apenas danos tangíveis que atentassem directamente às pessoas ou ao seu património, para actualmente admitir a indemnização de danos emocionais e expectativas de interesse. Cfr. NANCY LEVIT, *Ethereal Torts*, *George Washington Law Review*, v.61, p. 140.

<sup>140</sup> Os denominados danos morais tutelados pelo artigo 496° do CC.

<sup>141</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004, Dissertação de Doutoramento, Col. Teses.

<sup>142</sup> *Vide* art. 485° n°2 CC.

<sup>143</sup> Ver *supra* secção 1.2.

## CONCLUSÃO

Torna-se cada vez mais imprescindível ganharmos a consciência de que o conhecimento humano é imperfeito e limitado e que terá de ser necessariamente expresso através de um juízo de probabilidades. A verdade processual nunca será exactamente igual à verdade material, e é por isso imperiosa a ajuda de cálculos probabilísticos para se poder aproximar essas duas realidades, evitando-se o máximo possível de discrepâncias entre o realmente acontecido e o efectivamente demonstrado.

A teoria da «perda de chance», auxiliada pelo actual paradigma da responsabilidade civil que privilegia cada vez mais o olhar sobre a vítima e sobre a reparação do dano, aparece como uma tentativa de solucionar subsidiariamente determinados casos que, seguindo o tradicional modelo do “tudo ou nada”, acabariam sem qualquer indemnização.

O aparecimento da figura da «perda de chance» vem assim alterar o normal desenrolar dos acontecimentos, uma vez que, ao considerarem-se as “chances perdidas” como um dano autónomo ressarcível diferente do dano final, se desloca a tarefa probatória da vítima repleta de incerteza e dificuldade na demonstração do nexu causal entre o evento danoso e a perda do resultado útil, para uma outra relação causal – também nascida desse mesmo facto ilícito – onde já não existe nenhum carácter de incerteza em relação ao dano e onde a prova da causalidade entre esse evento e a perda da possibilidade de alcançar aquele resultado será bem mais fácil de se fazer. A indemnização deste dano será obtida, como já vimos, em função da quantidade das «chances» que se fez perder à vítima; logo, o agente só será responsável pelo dano que resultou efectivamente provado ter sido por ele provocado, e que resultará sempre inferior ao dano final. Deste modo, esta teoria aparece-nos como uma solução equilibrada, respaldada numa ideia de sensibilidade e justiça a que repugna a ideia de irresponsabilidade do autor do acto ilícito por dificuldades probatórias.

Surge assim como um mecanismo de simplificação processual da posição da vítima muito mais em harmonia com o instituto da responsabilidade civil do que, por exemplo, as soluções alternativas da inversão do ónus da prova, ou das presunções judiciais. Estas, quando aplicadas, permitem ao lesado uma reparação total do dano final experimentado, levando muitas vezes ao aparecimento de situações em que o agente tenha de reparar danos que efectivamente não produziu e em que o lesado seja ressarcido por danos que na realidade não sofreu.

As finalidades de prevenção e reparação serão assim satisfatoriamente alcançadas: a primeira, já que é o agente danoso que vai suportar a compensação das «chances» perdidas pela vítima; a segunda, dado que ao reparar-se a «perda de chance», apenas e só, se estará a reparar o prejuízo efectivamente causado pelo lesante. Evita-se, desta forma, que ocorram situações de sobrecompensação ou subcompensação da vítima, características do princípio do “tudo ou nada”.

Reconhecemos que esta construção da figura da «perda de chance» como uma nova espécie de dano possa ter algo de artificial e ficcional; no entanto, consideramos ser uma construção reclamada pelo nosso direito, em que o *standard* probatório é elevado, para fazer face às injustiças decorrentes da aplicação daquele modelo tradicional às situações onde o normal decorrer de um processo aleatório

tenha sido perturbado por uma actuação culposa de terceiro.

A sua aceitação no nosso sistema jurídico, pelo menos de *iure condendo*, depende então da sua consideração como um dano autónomo e específico, já que a sua utilização com base na ideia de causalidade parcial vem atentar contra as regras estabelecidas no domínio da causalidade. Assim, desde que sejam respeitados os limites e pressupostos que ao longo deste trabalho fomos destrinchando e propondo para a aplicação da teoria da «perda de chance», não nos parece que haja qualquer impedimento para uma aplicação transversal da figura a todos os sectores da responsabilidade civil portuguesa, designadamente ao plano contratual, pré-contratual, e delitual e independentemente do contexto em que se possa inserir.

Além do mais, é bem visível o cada vez maior desenvolvimento da teoria em direito comparado, tanto através da doutrina como da jurisprudência, estando já criadas as bases para que a mesma possa ser transposta de forma clara e coerente para o ordenamento jurídico português. Aliás, assim parece exigir o actual estado da jurisprudência nacional, que tem sido confrontada com um cada vez maior número de casos em que a «perda de chance» é chamada a intervir. Ora, o reconhecimento da existência de uma teoria geral em relação à «perda de chance» facilitaria a tarefa dos tribunais, e evitaria algumas das discrepâncias actuais a nível das instâncias superiores, tanto em relação às críticas que lhe dirigem como em relação aos seus fundamentos de aplicação. Assistiríamos também a um aperfeiçoamento na fixação dos critérios de indemnização, um dos aspectos mais criticados à teoria.

Obviamente, estamos conscientes de que a sua implementação não será totalmente pacífica, já que para além de todos os problemas que fomos apontando, decorrentes da sua conceptualização jurídica e aplicação prática, mas que julgamos ultrapassáveis, certamente não trará soluções para todos os problemas de incerteza causal. Este não poderá ser, no entanto, um obstáculo suficiente para a não adopção da teoria da «perda de chance» entre nós, uma vez que acreditamos plenamente que, ao colocarmos numa balança as vantagens e desvantagens da sua adopção, esta penderá invariavelmente para o lado das primeiras.

## BIBLIOGRAFIA

ALCOZ, Luís Medina, *Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual ( y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, in *Revista da Asociación Española de Abogados*

ALMEIDA, Moitinho de, *Responsabilidade Civil dos Advogados*, 2.<sup>a</sup> ed., COBÉNABENT, Alain – *La chance et le droit*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1973

BERAUD, Claire, *La réparation d'une Perte d'une Chance, sous la direction de Madame le Professeur Ceccaldi-Guebel*, disponível em <http://www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf>

BOCCHIOLA, Maurizio, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano 30, 1976, pp. 55 e ss

BORÉ, Jacques “*L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*”, in *J.C.P.*, 1974, I, 2620

BRAGA, Armando, *Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*, Almedina, 2005

CHABAS, François, *La Perte d'une Chance en Droit Français*, in *Développements récents du droit de la responsabilité civile (colloque) – Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht (Kolloquium)*, ed. Oliver Guillod, Schulthess, Zurich, 1991

CHARTIER, Yves, *Observações às decisões da Cour de Cassation*, 2.<sup>e</sup> Ch., 9 de Novembro de 1983 e Ch.Crim., 3 de Novembro de 1983 in *J.C.P.*, 1985, II, *Jurisprudence*, 20360

COSTA, Almeida – *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2009

COUTURIER, Jean-Pierre, *Anotação ao Acórdão da Cour de Cassation*, 1.<sup>re</sup> Ch. Civ. De 7 de Junho de 1989, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1991, 12.<sup>e</sup> Cahier, *Jurisprudence*, pp. 158 e ss

D'APOLLO LUCA, *Perdita di chance: danno risarcibile, onus probandi e criteri di liquidazione*, Artigo 26.11.2007, disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=39075>

DIAS, Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 1996, *Stydia Iuridica* 21, BFDC

*Dano Corporal. Quadro Epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001

DURRY, Georges, *Faute médicale et perte de chances et survie*, in *R.T.D.C. Local*, 1972

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, SpringerWien/NewYork

- FARIA, Ribeiro de, *Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano I, 2004, pp. 115 e ss
- FISCHER, David, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, Wake Forest Law Review, p. 608, Fall 2001
- FRADA, Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, 2006
- Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004, Dissertação de Doutoramento, Col. Teses
- GOLDBERG, John, *What Clients Are Owed : Cautionary Observations On Lawyers And Loss-Of-A-Chance*, Vanderbilt University Law School, Public Law & Legal Theory, Working Paper Number 04-05, 2003
- GOMES, Júlio, *Sobre o dano da perda de chance*, in *Direito e Justiça*, Volume XIX, Tomo II, 2005
- HAMER, David, “*Chance would be a fine thing*”: Proof of causation and Quantum in na Unpredictable world, disponível e <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/1999/24.html>
- JANSEN, Nils, *The idea of a lost chance*, Oxford Journal of Legal Studies, v. 19, 1999
- JOURDAIN, Patrice, *La responsabilité de l’installateur d’un système d’alarme en câs de vol consécutif à une défaillance dans le fonctionnement du système*. RTDC., 1989
- Responsabilité civile*, in R.T.D.C., Janeiro-Março, 1992, pp. 109 e ss
- Responsabilité civile*, in R.T.D.C., Outubro-Dezembro 1996, pp. 912 e ss
- KING, Joseph., *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, Yale Law Journal, v. 90, 1981
- Reduction of Likelihood”Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine*, University of Memphis Law Review, Winter 1998
- LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol I, 9.ªed., Almedina, Coimbra, 2010
- LEVIT, Nancy, *Ethereal Torts*, George Washington Law Review, v.61, 1992, pp. 136 e ss
- MAKDISI, John, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, North Carolina Law Review, v, 61, 1989
- MELO, Afonso de, *Responsabilidade civil de Mandatário Judicial*, in Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 26, Maio e Junho de 2003, pp. 26 e ss
- MONTEIRO, Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989, Dissertação de Doutoramento, Col. Teses
- NORONHA, Fernando, *Direito das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, v.3, 2003
- PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008
- Da Tutela Do Doente Lesado – Breves Reflexões*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, V, 2008

- PENNEAU, Jean, *Anotação ao Acórdão da Cour d'Appel d'Angers*, 1re Ch. Civ., 27 mars 1973, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1973, pp. 595 e ss
- Anotação ao Acórdão da Cour de Cassation*, 1re Ch. Civ., 24 mars 1981, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1981, pp. 546 e ss
- Anotação ao Acórdão da Cour d'Appel de Versailles*, 8 décembre 1986, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, 39.e Cahier, *Jurisprudence*, pp. 583 e ss
- PETEFFI, Rafael, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, pp 2<sup>a</sup> ed.. - São Paulo: Atlas, S.A., 2009
- RODRIGUES, Cunha Gomes, *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, in *Direito e Justiça*, Ano 2000, Vol XIV, Tomo 3
- SAVATIER, René, *Une faute peut-elle egendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé'?*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1970, 29.e Cahier – *Cronique*
- Observações à decisão da Cour de Cassation belga*, 2.e Ch., 23 de Setembro de 1974, in *J.C.P.*, 1976, II, *Jurisprudence* 18216
- Observações à decisão da Cour de Cassation* , Ch.Crim., 9 de Junho de 1977, in *J.C.P.*, 1978, II, *Jurisprudence* 18839
- SAVI, Sérgio, *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006
- TOURNEAU, Philippe Le; Cadiet, Loic, *Droit de la Responsabilité*, Action Dalloz. Paris: Dalloz, 1998
- VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2006
- VINEY, Geneviève; Jourdain, Patrice, *Traité de Droit Civil, Les Conditions de la Responsabilité* L.G.D.J, 1998
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, *Il danno perl a perdita della possibilita di una utilità futura*, in, *Rivista de Diritto Commerciale*, Ano LXXXIV, 1986, Parte Segunda, pp. 213 e ss

# Índice

[Cover](#)

[Frontispício](#)

[Ficha Técnica](#)

[PREFÁCIO](#)

[RESUMO](#)

[AGRADECIMENTOS](#)

[ÍNDICE](#)

[ABREVIATURAS](#)

[1. A Noção](#)

[2. Dano e Causalidade: Dois Planos Só Aparentemente Confundíveis. A Natureza Jurídica do Dano da «Perda de Chance»](#)

[3. Características e Condições de Aplicabilidade](#)

[4. Distinções Importantes](#)

[5. Jurisprudência Portuguesa. Alguns Desenvolvimentos Recentes](#)

[6. A «Perda de Chance» Como Uma Nova Espécie de Dano. Posição Adoptada.](#)

[CONCLUSÃO](#)

[BIBLIOGRAFIA](#)

**Nuno Santos Rocha**

**A «Perda de Chance»  
Como Uma Nova Espécie de Dano**