Lusíada
Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Silva, Rute Eunice Andrade Teixeira da

A perda de chance na responsabilidade civil

http://hdl.handle.net/11067/3591

Metadados

Data de Publicação 2017

Resumo Resumo: O presente trabalho tem como objecto de estudo a teoria da perda de chance. Tema ainda controverso tanto na doutrina como na jurisprudência, urge fazer-se uma análise do mesmo no âmbito do direito português. Para um melhor entendimento sobre a figura da perda de chance, é necessário ter presente alguns aspectos do instituto da responsabilidade civil. Será realizada uma análise geral dos pressupostos da responsabilidade civil, versando-nos principalmente sobre o dano e o nexo de causa...

Abstract: The present work aims to study the loss of chance theory. This issue is still controversial in doctrine and jurisprudence, it is urgent to analyze under Portuguese law. For a better understanding on the loss of chance figure, it is necessary to bear in mind some aspects of the civil responsibility institute. A general analysis of the assumptions of civil liability will be made, focusing mainly on the damage and the causal link, since here the greatest divergences arise, as well as ...

Palavras Chave Direito, Responsabilidade civil, Danos (Direito)

Tipo masterThesis

Revisão de Pares Não

Coleções [ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-09-21T10:43:40Z com informação proveniente do Repositório

http://repositorio.ulusiada.pt

UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

A PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA TEORIA À PRÁTICA JURISPRUDENCIAL PORTUGUESA

Rute Eunice Andrade Teixeira da Silva

Sob a orientação do Prof. Doutor Fernando Gravato Morais

Porto, 2017

Agradecimentos

O apoio de determinadas pessoas na realização desta dissertação de mestrado foi, sem dúvida, contributo bastante para que a mesma se tornasse possível.

Ao Professor Doutor Fernando Gravato Morais pela sua disponibilidade e orientação.

Às minhas amigas, Isabel Ramalho e Carla Pinheiro, que sempre estiveram comigo em todo o percurso académico. Pelo seu incentivo, força e apoio nos momentos difíceis.

Ao meu amigo Pedro Silva, sempre pronto para me incentivar com as suas palavras de ânimo e pelos momentos de descontracção proporcionados.

Ao meu querido Ricardo, pelo seu amor e dedicação, pelas palavras de incentivo e pela confiança que sempre depositou em mim.

Aos meus pai, pelo apoio incondicional, paciência e carinho. Sem eles nada seria possível.

A todos o meu sincero agradecimento.

Índice

Agradecimentos II
Índice III
Resumo IV
Abstract V
Palavras-chave VI
Lista de abreviaturas VII
1. Introdução 1
2. Responsabilidade civil – noção e enquadramento 3
2.1 Pressupostos 7
2.1.1 Dano 8
2.1.2 Nexo de causalidade entre o facto e o dano 10
2.2 Finalidade e função da responsabilidade civil 13
3. Perda de chance – a origem 16
3.1 Noção 18
3.2 Natureza do dano 22
3.3 Realidade e seriedade 28
3.4 A certeza do dano 30
3.5 Nexo de causalidade 31
3.6 Determinação do *quantum* indemnizatório e respectivo critério 34
4. O panorama no direito português 37
4.1 Na doutrina 37
4.2 Na jurisprudência 42
5. Posição adoptada 60
Conclusão 67
Bibliografia 71

Resumo

O presente trabalho tem como objecto de estudo a teoria da perda de chance.

Tema ainda controverso tanto na doutrina como na jurisprudência, urge fazer-se uma análise do mesmo no âmbito do direito português.

Para um melhor entendimento sobre a figura da perda de chance, é necessário ter presente alguns aspectos do instituto da responsabilidade civil.

Será realizada uma análise geral dos pressupostos da responsabilidade civil, versando-nos principalmente sobre o dano e o nexo de causalidade, pois aqui surgem as maiores divergências, bem como uma breve referência histórica sobre o surgimento da figura da perda de chance.

No presente trabalho será ainda analisada a doutrina nacional fazendo um maior enfoque na jurisprudência.

Entendemos que a perda de chance é admissível no nosso ordenamento jurídico, devendo ser tratada como uma nova espécie de dano e não como uma questão de causalidade, não sendo necessário alterar o quadro tradicional da responsabilidade civil portuguesa.

Abstract

The present work aims to study the loss of chance theory.

This issue is still controversial in doctrine and jurisprudence, it is urgent to analyze under Portuguese law.

For a better understanding on the loss of chance figure, it is necessary to bear in mind some aspects of the civil responsibility institute.

A general analysis of the assumptions of civil liability will be made, focusing mainly on the damage and the causal link, since here the greatest divergences arise, as well as a brief historical reference on the appearance of the loss of chance figure.

In the present work we will also analyze the national doctrine by focusing on jurisprudence.

We understand that the loss of chance is permissible in our legal system and should be treated as a new kind of damage and not as a matter of causality, and it is not necessary to change the traditional framework of Portuguese civil liability.

Palavras-chave

Responsabilidade Civil

Perda de chance

Possibilidade

Oportunidade

Dano

Nexo de causalidade

Indemnização

Prejuízo

Certeza

Seriedade

Autonomia

Lista de abreviaturas

CC – Código Civil

CPC – Código do Processo Civil

Ac. – Acórdão

MM. – Meritíssimos

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

EUA – Estados Unidos da América

v.g. – verbi gratia

cfr. – conforme

Proc. – Processo

p. – página

ob. - obra

1. Introdução

Com a diversidade de padrões adoptados pelos indivíduos em sociedade muitas das vezes tais actos causam danos a outrem. Importa, assim, saber quem suportará tais danos.

O instituto da responsabilidade civil, chamado para dar resposta a tais problemas, traduz-se *na necessidade imposta pela lei a quem causa prejuízos a outrem de colocar o ofendido na situação em que estaria sem a lesão.* (Mota Pinto, 2005: 128)

Desde a antiguidade a responsabilidade é um tema jurídico de grande importância.

Com a Lei de Talião as regras relativas à responsabilidade fundavam-se numa ideia de vingança privada; no Direito Romano com a Lei das XII Tábuas é introduzida uma concepção algo relacionada com a responsabilidade objectiva, onde a culpa deixa de ser pressuposto para a punição. Mais tarde, com a *Lex Aquilia de Damno* seculo II a.C. surge uma responsabilidade fundada na culpa.

No presente trabalho iremos abordar a figura da perda de chance.

Inserida no âmbito da responsabilidade civil há a necessidade de fazer referência a este instituto jurídico.

A perda de chance é uma figura que, pese embora tenha surgido no século XIX, ainda não se encontra eficazmente desenvolvida.

Com surgimento da figura da perda de chance muitas são as vozes que se levantam a favor e muitas são as que se levantam contra, não a admitindo.

Ainda que a nossa jurisprudência já comece a decidir favoravelmente quanto à aplicação e admissibilidade desta figura, ainda se mostra um pouco tímida em a aplicar aos casos concretos, quer pela dificuldade no enquadramento dos pressupostos da responsabilidade civil, quer pela falta de sustentação legal, assim como, por esta representar uma zona confinante entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro.

Através desta figura é admitida uma indemnização de um dano, independente da certeza, porém, necessário será a afirmação de que a chance perdida era considerada séria e real.

Tendo em conta a evolução das sociedades modernas, as novas formas de contratação e de ligação entre os sujeitos, urge estudar a figura da perda de chance.

Ainda que com carácter excepcional, e sem apoio na nossa lei civil, esta figura é um meio de realização de justiça, por forma a obter decisões justas e equitativas.

Entendemos que o direito deve adaptar-se às novas realidades do quotidiano como forma de realização de justiça, face aos casos concretos.

O instituto da responsabilidade civil deve acompanhar a mudança e as novas realidades mas até ocorrer uma mudança legislativa cabe aos juristas e aos magistrados adaptar tal instituto às realidades que vão surgindo, não deixando de fazer a acostumada justiça.

2. Responsabilidade civil – noção e enquadramento

Fonte do direito das obrigações, a responsabilidade civil[1] surge quando *uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra* traduzindo-se numa *obrigação que nasce directamente da lei e não da vontade das partes, ainda que o responsável tenha querido causar o prejuízo.* (Costa, 2013: 79)

A obrigação de indemnizar nasce, assim, por força de lei.

Na concepção clássica *a noção da responsabilidade constitui corolário do princípio de que o homem, sendo livre, deve responder pelos seus actos.* (Costa, 2013: 81) Assim, à responsabilidade civil subjaz uma ideia de culpa propositada ou uma displicência.

A génese da responsabilidade civil parte do pressuposto da concepção de vingança privada.

Na lei de Talião a vingança seria na medida do dano provocado "olho por olho dente por dente". Mais tarde, em Roma, com a Lei das XII Tábuas surge uma concepção algo relacionada com a responsabilidade objectiva onde a culpa deixa de ser pressuposto para a punição. A condenação passava pela possibilidade do lesado poder optar entre uma pena ou uma compensação monetária, face ao dano causado. Posteriormente surge a *Lex Aquilia de damno* estabelecendo-se como pressuposto da responsabilidade civil a culpa.

Na actualidade, e face ao desenvolvimento, os modos de actuação humana levam a um aumento dos riscos, o que gerou uma nova realidade para a responsabilidade civil. A par da responsabilidade subjectiva (com culpa) surge a responsabilidade objectiva, mormente responsabilidade pelo risco, bem como a responsabilidade por factos ilícitos.

Assiste-se a um modelo díspar do modelo tradicional centrado na ideia de que, ocorrendo um facto ilícito, só podemos ressarcir os danos na medida em que sejam imputáveis à conduta ilícita, os restantes, caso advenham de força maior ou caso fortuito, caso sejam causados por terceiro mas sem culpa do autor, será um custo que o lesado terá de suportar.

---

[1]A responsabilidade civil não se confunde com a responsabilidade criminal. Enquanto aquela visa reparar uma perda causada em interesses ou direitos privados, esta visa a aplicação de uma pena com vista à satisfação dos interesses da comunidade. Também não se confunde com o enriquecimento sem causa na medida em que neste há um enriquecimento injustificado, à custa do empobrecimento de outrem, não sendo possível a este, através de outro meio legal, ser restituído ou indemnizado.

Observa-se assim um aumento da preocupação de assegurar a reparação dos danos sofridos pelo lesado.

No Código Civil a responsabilidade civil encontra-se em locais distintos.

Fazendo referência aos três principais focos sobre a matéria, dispersos no Código Civil (doravante CC), encontramos regulada nos arts. 483º a 510º a responsabilidade por factos ilícitos e pelo risco (também designada por responsabilidade aquiliana ou extracontratual) e nos arts. 798º a 812º a responsabilidade contratual.

Quanto à reparação dos danos, formas de indemnização e cálculo do montante, os arts. 562º a 572º[2] aplicam-se tanto à responsabilidade contratual como à responsabilidade extracontratual.

A doutrina diferencia a responsabilidade civil contratual da extracontratual por terem na sua génese situações jurídicas diferentes, bem como por revestirem diversa natureza. Se por um lado a responsabilidade extracontratual gera deveres primários de prestação, consistindo numa fonte de obrigações pois através dela surge pela primeira vez obrigação legal, por outro lado a responsabilidade contratual não gera deveres primários de prestação mas sim deveres secundários pois terá como precedente uma obrigação, o dever de indemnizar será uma consequência em caso de incumprimento ou como paralelo em caso de mora.

Quanto à responsabilidade extracontratual apontam-se algumas diferenças em relação à responsabilidade pelo risco e à responsabilidade por factos ilícitos.

Certas actividades humanas envolvem riscos de causar danos a terceiros, mas por questões de ordem socioeconómicas essas actividades não são proibidas. Exige-se que as pessoas que exerçam tais actividades sejam responsabilizadas caso um dano se venha a verificar excluindo-se como pressuposto da responsabilidade a culpa do agente.[3]

No tocante à responsabilidade civil por factos ilícitos o princípio geral encontra-se consagrado no art. 483º CC *1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o*

---

[2] O código civil prevê ainda a responsabilidade extracontratual por factos ilícitos nos arts. 1348º nº2 e 1349 nº3.

[3] Neste sentido, além das regras constantes no Código Civil, mormente nos arts. 500º e segs., tem sido objecto de regulação certas matérias de responsabilidade pelo risco v.g. relativamente aos acidentes de trabalho Lei nº 98/2009, de 4 de Setembro e à responsabilidade do produtor Decreto-Lei nº383/89, de 6 de Novembro alterado pelo Decreto-Lei nº131/2001, de 24 de Abril.

direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Do enunciado decorre que, para haver lugar a responsabilidade civil terá de se verificar certos pressupostos: o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao agente, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

No referido preceito legal incluem-se dois tipos de ilicitude: os actos que produzem uma violação ilícita dos direitos de outrem, assim como os actos que ilicitamente violam preceitos legais destinados a proteger interesses alheios.

Nas palavras de Almeida Costa *A primeira delas - violação de direitos subjectivos - compreende, especialmente, as ofensas de direitos absolutos, de que constituem exemplos os direitos reais (arts. 1302º e segs.) e os direitos de personalidade (arts. 70º segs.).* (Costa 2013: 87)

Já quanto ao segundo tipo de ilicitude, a violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios, refere-se à ofensa de deveres impostos por lei que visa a defesa de interesses particulares tornando-se necessário que o lesado esteja no rol de pessoas cujo interesse da norma violada visa proteger e que o dano se produza no bem jurídico protegido. Neste caso, para que haja lugar a indemnização, terão de se verificar três requisitos:

- que à lesão dos interesses do particular corresponda a violação de uma norma legal;

- que a tutela dos interesses particulares figure entre os fins da norma violada;

-que o prejuízo se tenha verificado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar.

Ainda nas normas seguintes dos arts. 484º a 486º CC prevêem-se situações especiais de ilicitude.

Na responsabilidade civil por factos ilícitos será ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, cfr. art. 487º nº1 CC, salvo se houver presunção de culpa[4]. A culpa será aferida segundo o critério do *bom pai de família,* cfr. o art. 487º nº 2 CC.

Para se aferir o nexo de imputação do facto ao agente *Não basta reconhecer que ele procedeu objectivamente mal*. (Varela, 582: 1996) Nestes termos, prevê o art. 483º CC que a violação ilícita tenha sido praticada com dolo ou mera culpa (negligência).

Para se aferir acerca da censurabilidade do agente terá de, em primeiro lugar, saber quem é imputável (ser susceptível de um juízo de censura), nas palavras de Antunes Varela *Trata-se de saber se a pessoa podia e devia ter agido de modo diferente e em que grau o podia e devia ter feito* assim *Diz-se imputável a pessoa com capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos actos que pratica e para se determinar de harmonia com o juízo que faça acerca deles.* (Varela, 1996: 583)

Por outro lado, a própria lei prevê casos em que o autor da lesão não responde pelas consequências do facto ilícito, pois no momento em que se deu o facto ele não tinha *capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos actos*. É o que refere o art. 488º nº1 CC *Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório*. A falta de capacidade presume-se para os menores de sete anos e aos interditos por anomalia psíquica, cfr. nº2 do mesmo preceito legal.

No caso da pessoa não imputável ter praticado o facto ilícito e nesse momento estava encarregue pessoa pela sua vigilância, o lesado pode ressarcir-se à custa da pessoa obrigada à vigilância do autor da lesão nos termos do art. 491º CC, salvo se demonstrar que cumpriu o dever de vigilância a que estava adstrito ou que os danos se produziriam na mesma caso tivesse cumprido o dever respectivo. Se não for possível a reparação dos danos pela pessoa encarregue de prestar o dever de vigilância pode o inimputável ser obrigado a repará-los, total ou parcialmente, por motivos de equidade (*v.g.* caso o lesado tenha ficado em difícil situação económica e o autor da lesão tenha bens suficientes para responder).

[4] Presunção de culpa nos termos dos arts. 491º, 492 nº1 e nº 2, 493 nº1 e nº2 e 503º nº3 aplicando-se a regra prevista para as presunções legais nos termos do art. 350º nº 1 e nº2, todos do Código Civil.

Não procurando ser exaustivos, e atentos ao que acabamos de referir, apontam-se algumas diferenças entre os regimes:

- a culpa como requisito da responsabilidade extracontratual e a presunção legal de culpa como excepção nos termos do art. 487º nº1 CC e a presunção de culpa como regra na responsabilidade contratual cfr. art. 799 nº1 CC;

- o prazo de prescrição mais curto na responsabilidade extracontratual, cfr. art. 498º CC.

Uma outra vertente da responsabilidade civil é a responsabilidade por factos lícitos. Embora a lei não preveja a responsabilidade por factos lícitos, a mesma é admitida, ainda que excepcionalmente, constatando-se que tal princípio subjaz a alguns preceitos legais *v.g.* arts. 339º nº1, 1322º nº1, 1347º nº2 e nº3, 1348º nº2, 1349º nº3, 1367º e 1552º, todos do CC. Apesar da obrigação de indemnizar advir de um facto lícito este pode originar o dever de compensar o dano sofrido.

Aqui chegados, passaremos a uma análise dos respectivos pressupostos a verificar na responsabilidade civil para que haja a respectiva obrigação de indemnizar.

2.1 Pressupostos

Como já referimos anteriormente, apenas estaremos perante responsabilidade civil com obrigação de indemnizar se os respectivos pressupostos se encontrarem preenchidos. Assim, terá de se verificar:

- uma violação ilícita de um direito ou interesse alheio;
- a imputabilidade do facto ao agente;
- o dano;
- o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Sem mais considerações sobre os pressupostos da responsabilidade civil, passaremos à análise dos últimos dois que, a nosso ver, interessam para o presente trabalho por suscitarem as maiores dúvidas na aplicação da teoria da perda de chance: o dano e o nexo de causalidade.

2.1.1 Dano

O dano é pressuposto essencial da responsabilidade pois *Por muito censurável que seja o comportamento do agente, se as coisas correrem bem e ninguém sair lesado, não poderá ele ser sujeito à responsabilidade civil.* (Leitão, 2014: 297)

O conceito de dano não se encontra definido na lei, assim, devemo-nos socorrer da doutrina e da jurisprudência para definir o conceito de dano.

Segundo Menezes Leitão *Em termos naturalísticos, entende-se por dano a supressão de uma vantagem de que o sujeito beneficiava. Essa noção não será, porém, suficiente para definir o dano em termos jurídicos, já que as vantagens que não sejam juridicamente tuteladas não são susceptíveis de indemnização.* Segundo o autor dano, em sentido fáctico e normativo, é *a frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica*. (Leitão, 2014: 297)

Na noção de Almeida Costa *dano ou prejuízo é toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica.* (Costa, 2010: 542)

Relativamente às espécies e natureza do dano, segundo Almeida Costa, podemos distinguir entre:

- danos patrimoniais ou não patrimoniais consoante sejam ou não susceptíveis de avaliação pecuniária. Assim, será dano patrimonial sempre e quando incida sobre interesses de natureza material ou económica, por outro lado haverá dano não patrimonial quando incida em valores de ordem espiritual, ideal ou moral;[5]

- danos pessoais ou danos não pessoais consoante se produzem em pessoas ou sobre coisas;

- dano em sentido real e dano em sentido patrimonial (ou de cálculo), conforme decorre do art. 562º e 566º CC.

Nas palavras de Menezes Leitão, dano em sentido real *corresponde à avaliação em abstracto das utilidades que eram objecto de tutela jurídica, o que implica a sua indemnização através da reparação do objecto lesado (reparação natural) ou da entrega*

[5] A ressarcibilidade dos danos não patrimoniais encontra-se prevista no art. 496º nº1 CC, sendo que para efeitos de indemnização o montante será fixado equitativamente pelo tribunal tendo em atenção o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado, bem como as demais circunstâncias do caso, cfr. arts. 496 nº4 e 494º do mesmo diploma legal.

de outro equivalente (indemnização específica). (Leitão, 2014: 298) Já o dano em sentido patrimonial consiste na avaliação pecuniária realizada à lesão sofrida ao património do lesado. Assim, o art. 562º CC plasma o dano em sentido real pois *quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.* Por sua vez o art. 566º CC refere o dano em sentido patrimonial *1- A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor. 2- Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos*.

- danos emergentes e lucros cessantes, consoante se refiram à perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado ou aos benefícios que ele deixou de obter em consequência da lesão;

- danos presentes e danos futuros conforme se tenham já verificado ou não no momento que se considera, à data da fixação da indemnização. Os danos futuros serão indemnizáveis desde que previsíveis, subdividindo-se em certos e eventuais consoante a sua produção se mostre certa ou apenas possível;

- danos directos e danos indirectos. Serão danos directos aqueles que resultam imediatamente do acto ilícito e indirecto aqueles que, não decorrendo directamente do acto ilícito, sejam dele um reflexo.

Por último, há que fazer referência aos danos positivos e danos negativos.

Segundo Menezes Leitão, pese embora esta classificação se encontre ligada à responsabilidade contratual (interesse contratual positivo e interesse contratual negativo) não será irrelevante, tal distinção, para a responsabilidade extracontratual.[6]

No entendimento de Almeida Costa *A indemnização do dano positivo destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse exactamente cumprido. Reconduz-se, assim, aos prejuízos que decorrem do não cumprimento definitivo*

[6] Cfr. Menezes Leitão, v.g. no caso da responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações, sendo que esta responsabilidade extracontratual indemniza o dano negativo, *in Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, págs.73 segs. e 86 segs. .

do contrato ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso. Ao passo que a indemnização do dano negativo tende a repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à respectiva conclusão. (Costa, 2010: 548)

Atentos às espécies e natureza que os danos podem revestir, prosseguimos com algumas considerações acerca do nexo de causalidade.

2.1.2 Nexo de causalidade entre o facto e o dano

Quanto aos danos indemnizáveis, à partida nem todos os danos que ocorram do facto constitutivo da responsabilidade serão indemnizáveis; requer-se que entre o facto e o dano haja um nexo restrito e não uma mera coincidência ou sucessão de acontecimentos.

É ponto assente que num processo causal gerador da verificação de um dano, ocorrem diversas circunstâncias.

Nas palavras de Antunes Varela *Causa, hoc sensu, é toda a condição sem a qual o efeito se não teria verificado.* (Varela, 1996: 910)

Para melhor entendimento acerca do conceito, Menezes Leitão refere um exemplo da autoria de Pothier onde um comerciante vende a um lavrador uma vaca doente, sendo que omitiu tal facto ao comprador. O lavrador coloca a vaca doente junto dos outros animais acabando todos por contrair a mesma doença. Acontece que, face ao sucedido, o lavrador se vê impedido de lavrar as suas terras, perdendo assim o rendimento agrícola que auferia. Em consequência, os seus credores decidem executar os seus bens. Desesperado com o acontecimento, o lavrador decide por termo à vida. (Leitão, 2014: 310)

Será que o comerciante, por ter vendido uma vaca doente, deve ser responsabilizado por todas as desgraças que aconteceram ao lavrador?

O exemplo do lavrador ajuda-nos a entender que um conceito amplo de causa engloba todas as circunstâncias conducentes ao efeito. Sucede que este conceito terá de ser aferido em termos jurídicos pois, no exemplo supra referido, a condição da vaca era de todo indiferente para a produção de todos os danos ocorridos.

Exige-se uma ligação causal entre o facto e o dano para que o autor do facto seja obrigado a indemnizar.

Num contexto histórico, existem três teorias para explicar o nexo de causalidade.

Primeiro surge a teoria da equivalência das condições, ou da *conditio sine qua non*, segundo a qual toda e qualquer circunstância é considerada causa se tiver concorrido para o dano; na falta de uma delas o dano não ocorreria.

Esta teoria recebeu muitas críticas pois conduzia a resultados absurdos.

Adoptou-se a teoria da última condição, segundo a qual o dano deve ser conferido à última condição necessária.

Também esta teoria levantou críticas, desde logo pelo facto de que a última condição, em certos casos, pouco ou nada tem a ver com o dano.

Surge assim a teoria da condição eficiente. Esta teoria advoga que a condição fundamental é aquela que apresente maior êxito.

Diante as teorias apresentadas, a doutrina tem apoiado uma outra teoria – a da causalidade adequada. Em tese defende que só é causa a condição apta, por si só, de produzir o dano.

Elaborada por Von Kries, sustenta a teoria que, para que exista nexo de causalidade entre o facto e o dano, não basta que o facto tenha sido em concreto causa do dano, *conditio sine qua non*, sendo necessário também que em abstracto tenha sido adequado a produzi-lo. Assim, a verificação em abstracto do facto ser adequado a produzir o dano será realizada *a posteriori*, através de um juízo de prognose póstuma onde é avaliada a previsibilidade da prática de determinado facto originar determinado dano. É admitida na verificação em abstracto que se *tome por base não apenas as circunstâncias normais que levariam um observador externo a efectuar um juízo de previsibilidade, mas também circunstâncias anormais, desde que recognoscíveis ou conhecidas pelo agente*. (Leitão, 2014: 312)

A teoria da causalidade adequada baseia-se na ideia de que devem ser imputados ao lesante os danos resultantes da ocorrência causadora da responsabilidade, quando os mesmos, no momento do acontecimento do incidente, não pareçam ser completamente improváveis do ponto de vista de um observador experiente.

A generalidade dos autores entende que o art. 563º CC consagra a chamada teoria da causalidade adequada ao estabelecer que *a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*.

A teoria dividiu-se em duas correntes: a positiva e a negativa.

A corrente positiva defende que será causa adequada do dano, sempre que este constitua uma consequência normal ou típica daquele, isto é, sempre que, verificado o

facto, se possa prever o dano como uma consequência natural ou como efeito provável dessa verificação.

A corrente negativa defende que o facto que actuou como condição do dano só deixará de ser considerado como causa adequada se se mostrar de todo indiferente para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto.

Numa interpretação literal será de admitir que o Código Civil consagrou a teoria *conditio sine qua non*, ainda que apaziguada pelo advérbio provavelmente, dado que a mesma apenas estatui que *a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*.

Conforme refere o acórdão do STJ de 13 de Janeiro de 2003[7] *No nexo de causalidade entre o facto e o dano, a nossa lei adoptou a doutrina da causalidade adequada, que impõe, num primeiro momento, um nexo naturalístico e, num segundo momento, um nexo de adequação.* (…) *deve reputar-se adoptada pela nossa lei a formulação negativa da teoria da causalidade adequada, segundo a qual o facto que actuou como condição do dano deixa de ser considerado como causa adequada, quando para a sua produção tiverem contribuído decisivamente circunstâncias anormais, atípicas, excepcionais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto. Por isso, não basta que o evento tenha produzido, naturalisticamente, certo efeito, para que este, do ponto de vista jurídico, se possa considerar causado ou provocado por ele; para tanto, é ainda necessário que o evento danoso seja uma causa provável desse efeito.*

No mesmo sentido o acórdão do STJ de 20 de Janeiro de 2010[8] referindo que *a doutrina em causa não pressupõe a exclusividade da condição, no sentido de que esta tenha só por si determinado o dano; podem ter colaborado na sua produção outros factos concomitantes ou posteriores* (…). *Com efeito, não é qualquer relação fenomenológica ou, se preferirmos, ôntico-naturalística que, embora seja condição próxima de produção de um resultado danoso (causal) entre dois fenómenos, releva para efeitos da teoria da causalidade adequada, mas aquele que for determinante no plano jurídico, isto é, entre um comportamento juridicamente censurável e o resultado danoso.* (…) *a dogmática moderna*

[7] Proc. Nº 03A1902, Relator Azevedo Ramos, disponível em www.stj.pt.
[8] Proc. Nº 670/04.0TCGMR.S1, Relator Álvaro Rodrigues, disponível em www.stj.pt.

tende a substituir a designação imprópria de teoria de causalidade adequada, que a praxis tradicional consagrou, pela da teoria ou doutrina da adequação, ou seja pela imputação normativa de um resultado danoso à conduta reprovável do agente, nos casos em que pela via da prognose póstuma se possa concluir que tal resultado, segundo a experiência comum, possa ser atribuído ao agente como coisa sua (produzida por ele).

Os acórdãos supra fazem referência à distinção que deve ser tida em conta, o ponto de vista factual e o ponto de vista jurídico, integrando no juízo sobre a causalidade a matéria de facto, que nada mais é do que saber se, na sequência dos factos, aquele ou aqueloutro facto funcionou como condição mobilizadora de determinado efeito, e a de direito, nomeadamente a determinação se aquela condição foi ou não causa adequada do evento, no plano geral e abstracto.

Conforme saliente Antunes Varela, três pontos terão de se verificar:

- para que haja causa adequada é necessário que o facto seja condição do dano;

- para que um facto seja efeito da produção de certo dano, não é necessário para o autor do facto que este lhe seja previsível. O facto terá de ser causa objectivamente adequada a produzir o dano;

- o facto e o dano não devem ser considerados individualmente e sim conjuntamente, num processo factual que em concreto leva ao dano.

Segundo Antunes Varela, nos termos do art. 563º CC *o autor só é obrigado a reparar aqueles danos que não se teriam verificado sem esse facto e que, abstraindo deste, seria de prever que não se tivessem produzido*. (Varela, 1996: 928)

Caso se faça uma interpretação literal do preceito legal, conforme refere Antunes Varela, está-se a limitar a indemnização aos danos que constituem uma consequência fatal, necessária, inevitável, do não cumprimento da obrigação. Este critério que reduziria injustamente a indemnização a um número reduzido de danos.

Com relação à prova do nexo causal, em regra, nos termos do art. 342º nº 1 CC cabe àquele que invoca um direito. Nos termos do art. 607º nº5 do CPC existe o princípio da livre apreciação da prova cabendo ao juiz tirar as suas conclusões acerca dos factos.

2.2 Finalidade e função da responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil visa a reparação de danos. É essa a conclusão a que chegamos pelo art. 483º nº1 CC. Assim, numa concepção tradicional a responsabilidade civil tem uma função reparadora pois o que se pretende é reparar um dano

e nada mais além do que o próprio dano, contudo, *se entendermos que a responsabilidade civil só assume função reparatória, concluímos que é impossível ressarcir os danos não patrimoniais, deixando-se o lesado sem direito de indemnização.* (Lourenço, 2006: 281)

Além de uma função reparadora, sustentam alguns autores que a responsabilidade civil tem também uma função ressarcitória ou ainda de prevenção.

Conforme Menezes Leitão, há que fazer uma classificação para esclarecer as funções da responsabilidade civil: à responsabilidade por culpa subjaz um juízo moral de censura ao comportamento do lesante, na responsabilidade pelo risco é dispensável tal juízo efectuando-se a imputação de acordo com critérios objectivos de distribuição do risco e na responsabilidade pelo sacrifício, prescindindo-se também do juízo de censura à conduta do lesante, a imputação do dano subjaz uma compensação ao lesado justificada pelo sacrifício suportado. Assim, na responsabilidade por culpa para além da função reparadora haverá uma função preventiva e punitiva na medida em que, em caso de mera culpa (negligência) a indemnização poderá ser fixada em montante inferior aos danos causados, cfr. art. 494º CC, ser repartida em função das culpas, cfr. art. 497º nº2 CC caso haja a pluralidade de agentes, redução ou exclusão de indemnização em caso de culpa do lesado, cfr. art. 570º CC, e ainda pela normal irrelevância da causa virtual.

Almeida Costa reconhece a função punitiva, ainda que *acessória ou lateral*, à responsabilidade fundada na culpa, estranhando tal função na responsabilidade objectiva ou por intervenções lícitas, dada a respectiva natureza, contudo, a principal função da responsabilidade civil é reparação de danos. (Costa, 2013: 532)

Relativamente à indemnização dos danos não patrimoniais, parte da doutrina refere que é expressão da função punitiva ou sancionatória da responsabilidade civil.[9]

Neste sentido, Paula Meira Lourenço refere que *defendemos a relevância da função punitiva da responsabilidade civil no cálculo da quantia a atribuir ao lesado a título de danos não patrimoniais, que apelidámos de compensação punitiva, de molde a englobar as*

[9] Neste sentido Antunes Varela e Menezes Cordeiro admitindo a função punitiva da indemnização por danos morais, pese embora a natureza principal ser a verdadeira indemnização. Ainda nesta vertente Menezes Leitão refere que, cfr. resulta dos arts. 496 nº4 e 494º CC, a indemnização por danos não patrimoniais não reveste apenas função ressarcitória mas também função punitiva, assumindo-se como uma *pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagravá-la do comportamento do lesante*. ob. cit. p.303.

funções compensatória e punitiva. Com efeito, atento à natureza dos danos não patrimoniais, insusceptíveis de avaliação em dinheiro, o montante deve ser apurado equitativamente, atendendo ao grau de culpa do agente, à sua situação económica e à do lesado e às demais circunstâncias que rodeiam o caso concreto, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 496.º e dos critérios enunciados no artigo 494.º. (Lourenço, 2006: 384)

Como fundamento, a autora refere:

- art. 494º CC onde, em caso de negligência, se diminui o valor da indemnização;
- art. 497º nº2 CC em caso de pluralidade de responsáveis a indemnização é repartida em função da sua culpa;
- art. 570º CC onde se reduz ou exclui a indemnização em caso de culpa do lesado;
- art. 1320º nº2 CC onde estatuiu que provando-se os animais bravios com guarida própria foram atraídos por fraude ou artifício do dono que os haja acolhido este é obrigado a indemnizar em triplo do valor deles caso não seja possível restitui-los;
- art. 1552º CC onde se prevê a possibilidade de constituição de servidão de passagem mediante o pagamento de uma indemnização agravada até ao dobro da indemnização que normalmente seria devida.

Sustentando-se nas considerações de Menezes Cordeiro, quando estejam em causa valores morais há que retribuir o mal e prevenir ofensas.

Assim, deve a responsabilidade civil assumir uma dupla função: punitiva – retribuindo o mal – e preventiva – prevenindo ofensas.[10]

Chegados a este momento, e com a devida introdução realizada com referência à responsabilidade civil, passaremos, nos capítulos seguintes, ao tema que a este trabalho diz respeito: a perda de chance.

[10] Paula Meira Lourenço cita o acórdão do STJ 30 de Janeiro de 1996 *no caso dos danos não patrimoniais, a indemnização reveste uma natureza acentuadamente mista, pois «visa reparar, de algum modo, mais do que indemnizar os danos sofridos pela pessoa lesada», não lhe sendo estranha, porém, a ideia de reprovar ou castigar, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente*.

3. Perda de chance – a origem

Com origem em França, a teoria da perda de chance remete-nos para a decisão proferida pelo *Cour de cassation* em 17 de Julho de 1889[11] onde se admitiu a indemnização pela perda de chance de ganhar uma acção judicial, provocada pelo comportamento negligente do *officier ministériel* que impediu a normal tramitação do processo. Desde aí, a teoria da perda de chance foi sendo aplicada a diversos casos *v.g.* perda da possibilidade de vitória em jogos de sorte ou azar, em concursos públicos[12], na perda de obtenção de uma promoção profissional.

Ainda em França, surge a aplicação desta figura como forma de solucionar casos de responsabilidade civil médica pela perda de chance de recuperação ou sobrevivência.[13]

Também em Itália, no âmbito laboral, a perda de chance surge associada à perda de oportunidades de progressão na carreira. A este respeito a secção laboral da *Corte di Cassazione* em 19 de Novembro de 1983 atribui uma indemnização por perda de chance condenando uma empresa a indemnizar alguns candidatos à obtenção de emprego pela perda dessa possibilidade pois apesar de terem participado nas provas de selecção foram ilicitamente impedidos de participar nas provas subsequentes o que provocou a impossibilidade de serem contratados.

Em Espanha nos últimos vinte anos que os tribunais têm aplicado o conceito de perda de chance a litígios de responsabilização de profissionais liberais, por forma a suprir situações onde há dificuldades na demonstração do nexo causal.

Na Alemanha verifica-se uma não aceitação da teoria por esta fugir do caminho tradicional das regras da responsabilidade civil. Para se dar como provado o nexo causal entre a actuação do agente e o dano final o tribunal tem de ter a certeza quase absoluta para

---

[11] Neste capítulo, seguimos Nuno Santos Rocha, p. 4, ob. citada.

[12] Para mais considerações sobre o assunto *vide* Vera Eiró *A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas* - Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, publicado pelo ICJP – 5 de Dezembro de 2012, p. 49-67.

[13] Neste sentido a decisão da *Cour d`Appel de Genobre* de 24 de Outubro de 1961 onde se discutiu a falha no diagnóstico de uma fractura, anteriormente evidenciada em radiografia, o que gerou o agravamento do estado de saúde da vítima que provavelmente não ocorreria caso tivesse havido uma devida avaliação, segundo as *leges artis* médicas, da situação da vítima.

o lesado ser assim indemnizado. Em detrimento à perda de chance optam pela inversão do ónus da prova do nexo de causalidade.

Em Inglaterra a perda de chance é reconhecida e é tida como um problema de causalidade. Para apurarem o nexo de causalidade, os tribunais ingleses têm um padrão probatório menos exigente; o que se procura é saber se o facto contribuiu muito provavelmente para o dano. Preservando a teoria do tudo ou nada basta para o tudo que que a prova fornecida ultrapasse os 50%.

No famoso caso *Chaplin vs Hicks* de 1911 o *English Court of Appeal* recorrendo à ideia de indemnização por perda de chance concedeu a reparação a uma candidata de um concurso de beleza que perdeu a possibilidade de ter sido uma das vencedoras por não ter sido notificada tempestivamente para a entrevista final conforme ditavam as regras do concurso. Ainda que não se conseguisse provar que a candidata, sendo tempestivamente notificada, viesse a ganhar o concurso de beleza, certo é que a candidata perdeu definitivamente a chance de poder ser finalista do concurso.

Nos EUA existe uma vertente doutrinária e jurisprudencial direccionada para a teoria da perda de chance, mas ainda assim a sua aplicação pelos tribunais direcciona-se mais ao nível dos casos de danos pessoais sofridos no âmbito médico. Neste contexto surge o caso *Hicsk vs United States* de 1966 onde um paciente procurou um médico pelo motivo de ter vómitos frequentes e fortes dores abdominais. O médico após ter observado o paciente diagnosticou uma gastroenterite tendo receitado alguns medicamentos. Ao regressar a casa o paciente piorou e veio a falecer. Constatou-se que afinal o doente tinha uma oclusão intestinal que por não ter sido diagnosticada e tratada atempadamente foi determinante para a sua morte. O tribunal decidiu que a conduta do médico foi negligente e que sacrificou uma chance substancial de sobrevivência.

Não só a nível dos estados mas também das instituições europeias e internacionais se tem expressado conceito da perda de chance. A este respeito, o art. 2º nº7 da Directiva 92/13/CEE aprovada pelo Conselho da Comunidades Europeias[14], ainda no art. 7.4.3

[14] *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*

segunda alínea dos Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais desenvolvidos pelo Instituto Internacional da Unificação do Direito Privado UNIDROIT fazem referência explicita a tal conceito[15], bem como algumas decisões relevantes julgadas pelo TEDH e pelo TJCE.[16]

Em suma, constatamos que a aplicação do conceito de perda de chance se tem densificado tanto ao nível dos diferentes ordenamentos jurídicos como ao nível das organizações europeias e internacionais.

3.1 Noção

Originário em França, como referimos supra, o conceito de perda de chance nada mais é do que a tradução literal da expressão aí consagrada *perte d'une chance*.

Este conceito tem sido utilizado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, na sua terminologia, por perda de chance, pese embora em alguns casos se opte pela expressão perda de oportunidade[17].

No léxico português, chance traduz-se na possibilidade de algo acontecer, probabilidade ou oportunidade dada a alguém.

Ainda que a designação portuguesa lexicalmente mais correcta fosse perda de oportunidade, ao longo do presente trabalho mantemos a designação que tem sido tradicionalmente adoptada entre nós.

---

lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31992L0013

[15] Art. 7.4.3 (Certainty of harm)
(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty.
(2) Compensation may be due for the loss of chance in proportion to the probability of its occurrence.
(3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court. http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf

[16] Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção) de 21 de Março de 1996, onde o tribunal acaba por aceitar o dano resultante da perda mas nega a indemnização por o demandante não conseguir provar a consistência da sua chance. Disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994TJ0230&from=EN

[17] *v.g*. Acórdão do STJ de14 de Março de 2013, Proc. Nº 78/09.1TVLSB.L1.S1, Relator Maria dos Prazeres Pizzaro Beleza, disponível em www.stj.pt.

O conceito jurídico de perda de chance traduz-se na perda da possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável.

Como constatamos supra, são vastas as áreas em que a perda de chance pode ser aplicada.

Em todos estes casos estamos perante um ponto comum: processos aleatórios.

Nas hipóteses de perda de chance encontramo-nos, assim, perante uma álea, daí a dificuldade de se estabelecer um nexo causal entre o facto ilícito e o resultado que não se produziu. De acordo com as regras do ónus da prova quando não se consegue estabelecer um nexo causal entre o facto ilícito e o dano mas se verifica que se não ocorresse o facto ilícito o dano teria uma maior probabilidade de não existir a figura da perda de chance permite considerar que o comportamento do lesante privou o lesado de não sofrer o prejuízo, daí que essa privação poderá se indemnizada.

A perda de chance encontra-se presente entre dois limites: por um lado na inexistência de probabilidade em como um facto foi causa do dano, e assim sendo não haverá lugar a qualquer indemnização, e por outro lado numa probabilidade razoável e certa a tal ponto que dará lugar a indemnização do dano final visto haver um nexo causal entre o facto e o dano.

Verificados os pressupostos da responsabilidade civil haverá lugar à indemnização.

Rute Teixeira Pedro aponta algumas características para que haja lugar à indemnização pela perda de chance, a saber:

- neutralidade e aleatoriedade;
- autonomia e actualidade;
- seriedade.

As características assinaladas pela autora serão também por nós tratadas enquanto características inerentes à perda de chance, como veremos.

Questão fulcral, e que se levanta, é a de saber se a aplicação da perda de chance não dará lugar a uma atribuição indiscriminada de indemnizações.

A todo o modo, a teoria da perda de chance surge como uma forma de afastar as soluções, muitas vezes injustas, que a teoria do tudo ou nada apresenta.

A corrente doutrinária que surge contra a teoria da perda de chance, por ser fiel à teoria do tudo ou nada, defende que esta se opõe aos fundamentos da responsabilidade civil ao permitir indemnizações a casos onde inexiste o nexo de causalidade, falhando assim uns dos pressupostos.

Quanto à corrente doutrinária que aceita a indemnização pela perda de chance existe a teoria divisionista e a teoria unitária.

Na teoria divisionista só aceitam a sua aplicação em casos onde o processo aleatório não atingiu o seu fim. Quanto à teoria unitária defendem os autores que a perda de chance consiste num dano específico, autónomo do dano final, sendo indiferente que o processo aleatório tenha ou não atingido o seu fim. Nesta linha de pensamento surgem nomes como René Savatier, seguindo a primeira teoria, e Joseph King, Georges Durry e Yves Chartier seguindo a segunda.

Conforme refere Nuno Santos Rocha, Joseph King defendeu a teoria unitária da ideia de perda de chance desenhada através da óptica do dano. Defende este autor que a natureza jurídica da perda de chance nada tem haver com causalidade, mas sim com o problema de consciencialização do dano diferente do dano final.

Joseph King concebeu uma situação hipotética à qual deu o nome de "O paradigma do frasco de feijão" por forma a demonstrar a aplicação da teoria da perda de chance quer no caso de perda de chance de obter uma vantagem futura, como na de evitar um prejuízo.

A hipótese apresentada na primeira situação assume que havia 70 feijões dourados e 30 feijões azuis dentro de um frasco. É dado a Paula um bilhete que lhe permite retirar um feijão desse frasco. Se retirar um feijão azul não recebe nada mas se retirar um feijão dourado recebe $100.000. Paula confia o seu bilhete ao advogado que o perde. Levanta-se a seguinte questão: quanto valeria o bilhete perdido? Na segunda situação apenas se altera o número de feijões existindo 70 feijões azuis e 30 feijões dourados. Já na terceira situação não se sabe ao certo a proporção de feijões azuis e de feijões dourados. Quando Paula vai retirar o feijão do frasco, os patrocinadores do concurso negligentemente partem o frasco. Na quarta situação Paula é vendada e retira o feijão numa varanda em frente a uma praça. No momento em que retira o feijão do frasco Paula é empurrada e deixa cair o feijão e o frasco da varanda, na praça, onde rapidamente os transeuntes e a chuva fazem dispersar os feijões.

Esta última situação é semelhante à terceira, no entanto nesta quarta situação uma testemunha afirma que o feijão retirado por Paula era azul.

Nas primeiras situações o processo aleatório foi interrompido antes do fim; aqui se incluem os casos de perda de chance de obter uma vantagem futura. Nas últimas duas o processo aleatório concluiu-se estando perante casos de perda de chance de evitar um prejuízo.

A conduta culposa do agente foi o motivo para que Paula perdesse a chance de ganhar o concurso e para que esta possa provar o nexo de causalidade.

Segundo Joseph King, nas cinco situações a indemnização vingaria com a aceitação da perda de chance como uma espécie autónoma e independente de dano, e o conceito tradicional de causalidade não se alteraria uma vez que Paula teria sempre de provar que a conduta do autor da lesão foi condição necessária para a perda de chance de obter um resultado favorável ou de ter conseguido evitar um prejuízo.

René Savatier na defesa da teoria divisionista dá o exemplo de três estudantes que foram atropelados na semana em que iam prestar para um concurso. Os dois primeiros não compareceram ao concurso, por sua vez o terceiro mesmo debilitado compareceu e realizou as provas.

Para o referido autor os dois primeiros estudantes poderiam requerer uma indemnização pela perda de chance de não ganharem o concurso, já o terceiro estudante não poderia pedir uma indemnização com o mesmo fundamento pois o processo causal atingiu o seu fim, ainda que com as dificuldades de prova entre o facto ilícito e o dano final.

Rute Teixeira Pedro refere a existência de dois juízos são distintos. Por um lado *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 nexo causal*. (Pedro, 2008: 200)

Neste sentido a teoria da perda de chance levanta questões ao nível da sua complexidade daí que, conforme dá nota Júlio Gomes, Chabas tenha proposto duas teorias: a teoria verdadeira e a teoria falsa. A teoria verdadeira propunha a consagração da perda de chance como um novo dano, intermédio, distinto do dano final. A teoria falsa passaria por uma atenuação das exigências ao preenchimento do nexo de causalidade.

Dadas as variações da aplicação da figura, é difícil uma construção de uma teoria uníssona da perda de chance. A todo o modo, ponto assente é o de que, para que haja lugar a obrigação de indemnização por perda de chance, terá de se verificar o preenchimento de todos os pressupostos da responsabilidade civil, bem como ser imputável a um terceiro.

Deixaremos mais considerações sobe o assunto para os capítulos que se seguem.

Adiantamos, porém, que apesar de, entre nós, as opiniões sobre a admissibilidade desta figura não serem unânimes tem sido prática corrente a sua aplicação em diversas

vertentes: responsabilidade civil do mandatário forense, responsabilidade civil por acto médico, responsabilidade civil do estado e demais entidades públicas.[18]

3.2 Natureza do dano

Com a introdução de novas espécies de dano na realidade jurídica, quer por via da doutrina quer por via da jurisprudência, e face às novas realidades que diariamente surgem, será que podemos categorizar a perda de chance como um dano?

Como vimos supra, parte da doutrina vê a perda de chance como sendo um dano e outra parte da doutrina como um problema de causalidade.

Cabe fazer as devidas considerações acerca da admissibilidade e categorização, dentro da natureza e espécie de danos, da perda de chance.

Em relação à natureza do dano, e admitindo que a perda de chance se traduz num dano, será importante tecer algumas considerações acerca do assunto pois muitas são as dúvidas que surgem quanto à classificação e natureza do dano de perda de chance.

Em primeiro lugar, saber se, quanto à classificação do dano da perda de chance, deve este ser considerado como dano patrimonial ou não patrimonial.

O dano patrimonial define-se pela susceptibilidade de avaliação pecuniária incidindo sobre interesses de natureza material ou económica, por outro lado o dano não patrimonial não é susceptível de avaliação pecuniária incidindo em valores de ordem espiritual, ideal ou moral. Se entendermos que a perda de chance é um dano patrimonial, admite-se que a chance incorporava o património do lesado e assim, sendo sua propriedade o mesmo foi lesado no seu direito de propriedade.

[18] Apesar da prática comum ter aplicação nomeadamente nestas áreas, entendemos que a teoria é vasta e admissível. A este respeito vide Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira "A proteção do recém-nascido: aplicação da teoria da perda de uma chance e o uso das células-tronco do cordão umbilical Comentários ao REsp 1291247 / RJ". A autora destaca a aplicação da teoria da perda de chance no caso levado ao Superior Tribunal de Justiça. Discutiu-se sobre a aplicação da teoria da perda de chance a fim de indemnizar um recém nascido que viu frustrada a possibilidade de armazenar as suas células tronco, inviabilizando o uso caso precisasse para um tratamento de saúde no futuro. Artigo publicado pela revista electrónica de direito civil disponível em <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Pereira-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>.

Por aplicação ao critério estabelecido no art. 566º nº2 CC, estando em causa uma chance, não haverá diferença no valor do património do lesado entre a situação patrimonial real e a hipotética.

A todo o modo, o critério estabelecido pelo art. 566º nº2 CC não constitui um critério de aplicação necessário.

Para saber se estamos perante um dano patrimonial ou não patrimonial terá de se aferir qual a natureza dos bens em questão; a classificação do dano final será preponderante para determinar o dano em questão, se o dano final revestir natureza patrimonial o dano da perda de oportunidade revestirá de igual forma natureza patrimonial.

Outra questão em torno da possibilidade da perda de chance é a de que, considerando o dano de perda de chance como um dano patrimonial, terá de se proceder ao seu enquadramento em danos emergentes ou lucros cessantes, posto que dano patrimonial abrange o conceito de danos emergentes e lucros cessantes.[19]

Dúvidas surgem quanto à inclusão do dano de perda de chance na vertente do dano emergente ou do lucro cessante.

Neste sentido, Rute Teixeira Pedro refere que foi tema de discussão na doutrina e jurisprudência italianas. Inicialmente o dano de perda de chance foi inserido no âmbito dos lucros cessantes, contudo posteriormente abandonada pois, por falta da prova de certeza do dano à luz dos requisitos do art. 1223º do Código Civil italiano, a perda de chance nunca seria reparada.

Ponto assente que no domínio da perda de chance nos encontramos perante o desconhecido, carecendo-se dessa certeza e conforme refere a autora *Aqui apenas se demonstra – e tem que se demonstrar positivamente – a existência de uma possibilidade (maior ou menor) de se vir a alcançar aquele resultado. E é essa possibilidade (…) que o comportamento do agente destrói*. (Pedro, 2008: 224)

A garantia da certeza para efeitos de prova será relativa, não se confundindo com a incerteza que gira em volta da verificação da chance perdida.

---

[19] As dúvidas em relação à determinação do dano da perda de chance como sendo um dano emergente ou um lucro cessante foram sentidas no Ac. do STJ de 09 de Fevereiro de 2006, Proc. Nº 06B016, Relator Moitinho de Almeida. No referido Ac. o tribunal decidiu pela indemnização por perda de chance quando dispunha de dados suficientes para considerar que o que estava em causa era um lucro cessante.

No lucro cessante há um direito previamente constituído na esfera jurídica do prejudicado; na perda de chance não existe um direito sobre o resultado esperado.

A qualificação como dano emergente depende na afectação que irá reflectir ou sobre bens ou sobre direitos *já existentes na titularidade do lesado à data da lesão*, sendo necessário averiguar em que medida a chance integra património jurídico do lesado, o que pressupõe a susceptibilidade de avaliação pecuniária dificilmente conseguida através daquela teoria. (Varela, 2000: 1089)

Desde logo é afastada a integração como lucro cessante pelo facto de neste estar subjacente a prova de que o lucro teria sido efectivamente obtido. Numa situação de perda de chance não há garantia de que já se encontravam verificadas as condições necessárias para que o lucro viesse a ser obtido.

Assim a perda de chance será admitida não como lucro cessante mas como dano emergente, pois não se sabe a certeza de obtenção do lucro.

A este propósito Júlio Gomes refere que não há necessidade de se enquadrar a perda de chance numa destas categorias de danos pois, a diferença entre danos emergentes e lucros cessantes não implica uma diferenciação de regime. (Gomes, 2005: 25-26)

Rui Cardona Ferreira afasta o critério económico daí que rejeita a integração da perda de chance como sendo um dano emergente, patrimonial e autónomo pois *um dos requisitos normalmente exigidos para a determinação das relações ou situações jurídicas que integram o património de um certo sujeito é a sua suscetibilidade de avaliação pecuniária*.[20]

Refere o autor que, nos casos de perda de chance de ganho numa acção judicial está excluída *a hipótese de atribuir um valor de uso à perda de chance (…), também não parece que deva reconhecer-se-lhe um valor de troca, suscetível de ser determinado segundo as regras a que obedece o normal funcionamento de um mercado*.

Acrescenta o autor que *o círculo do dano patrimonial indemnizável é traçado pela comparação ou confronto entre a situação existente e a situação atual hipotética (cf. arts. 562.º e 566.º, n.º 2, do CC), sendo que, pela sua própria idiossincrasia, a expectativa ou a chance não se encontrarão refletidas na situação atual hipotética: como estádio de um*

[20] *Vide* Rui Cardona Ferreira *A Perda De Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, disponível em www.oa.pt.

processo em desenvolvimento, estas estão condenadas a consolidar-se e a transmutar-se no direito – ou, mais amplamente, na situação jurídica definitiva — ou, em alternativa, a desfazerem-se ou perderem-se irremediavelmente.

Também na jurisprudência *não se vislumbra, normalmente, qualquer indício quanto à fixação de um valor patrimonial autónomo de perda de chance, sendo este, via de regra, decalcado dos lucros cessantes (ou do prejuízo que poderia ter sido evitado). Pode, pois, afirmar-se que este dado corrobora, empiricamente, a convicção de que não está em causa um valor patrimonial próprio, mas simplesmente uma fração ou antecipação de lucros cessantes relativamente incertos*. (Ferreira: 2013, 1312)

Para o autor, será de admitir a perda de chance quando estejam em causa danos não patrimoniais.

O código civil admite a indemnização dos danos não patrimoniais art.496 nº1 CC.

Conforme refere Almeida Costa *a lei não os enumera, antes confia ao tribunal o encargo de apreciar, no quadro das várias situações concretas, socorrendo-se de factores objectivos, se o dano não patrimonial se mostra digno de protecção jurídica*. (Costa, 2013: 601)

Antunes varela dá conta que, a favor da solução negativa, tem-se argumentado a natureza irreparável destes danos contudo admite que *Entre a solução de nenhuma indemnização atribuir ao lesado, a pretexto de que o dinheiro não consegue apagar o dano, e a de se lhe conceder uma compensação, reparação ou satisfação adequada, ainda que com certa margem de discricionariedade na sua fixação, é incontestavelmente mais justa e criteriosa a segunda orientação.* (Varela, 2000: 800)

A tese seguida por Rute Teixeira Pedro, no âmbito da negligência médica, é a de admitir que a perda de chance assume contornos de dano moral. Para a autora a ressarcibilidade deve depender de um critério equivalente ao previsto no art.496º nº1 CC, caracterizado pelo grau de gravidade.

Por vezes, a perda de chance pode resultar na violação de um bem não patrimonial, contudo, refere Nuno Santos Rocha que o dano moral decorre da violação de um bem integrante da personalidade do lesado, enquanto na perda de chance o dano resulta da

violação de um interesse sério com probabilidades de gerar uma vantagem que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial.

Também no Ac. do TRP de 30 de Janeiro de 2012[21], num caso de responsabilidade civil do advogado, a perda de chance foi classificada como dano não patrimonial.

Atentos ao que acabamos de considerar, a perda de chance pode não apresentar necessariamente uma natureza patrimonial ou não patrimonial, dado que tal classificação será atribuída consoante o caso concreto.

A natureza dos bens será influenciada pela natureza dos bens *in casu*, sendo na prática a classificação do dano final a ter em conta como determinante da classificação do dano da perda de chance.

Segundo Yves Chartier *é o próprio grau de probabilidade da chance perdida invocada que, do mesmo passo, justifica a reparação e determina a fracção do ganho esperado, ou da perda que não tenha sido possível evitar, a indemnizar*. (Chartier: 1983, 32)

Pese embora o dano de perda de chance respeitar à eventual concretização futura de determinado resultado parece-nos que, deverá ser considerado como um dano presente. Ora vejamos, a chance é extinta aquando a verificação do facto ilícito, assim deve-se considerar como um dano presente.

Sustentando tal afirmação, veja-se o Ac. STJ 22 de Outubro de 2009[22] onde refere que *não se trata dum dano futuro, porque a natureza dos danos, para estes efeitos, há-de ser aferida tendo em conta a data da decisão judicial que os aprecia e, quando é proferida a decisão judicial de primeira instância, já se verificou a perda da chance (veja-se o presente caso em que, quando foi proferida aquela, já se consumara a não apreciação da pretensão da autora relativamente à classificação de "excelente"). Não vale aqui o critério da previsão – com toda a sua insegurança - que o artigo 564.º, n.º2 do Código Civil contempla*.

Ainda no Ac. STJ 05 de Fevereiro de 2013[23] *A «chance» ou oportunidade perdida merece a tutela do direito porque, à data da violação ilícita, integra o património jurídico*

[21] Proc. Nº 202/10.1TVPRT.P1, Relator Anabela Calafate, disponível em www.dgsi.pt.
[22] Processo 409/09.4YFLSB, relator João Bernardo, disponível em www.stj.pt.
[23] Processo 488/09.4TBESP.P1.S1, relator Hélder Roque, disponível em www.stj.pt.

do lesado, o seu património económico e moral, sendo ressarcível por consubstanciar "um dano certo, salvo quanto ao seu montante, onde acaba por emergir a perda de uma possibilidade actual, e não de um resultado futuro. É um dano presente que consiste na perda de probabilidade de obter uma futura vantagem, um acréscimo patrimonial, sendo, contudo, a perda de «chance» uma realidade actual e não futura, um bem jurídico digno de tutela, embora possa surgir no futuro, reportando-se ao valor da oportunidade perdida e não ao benefício esperado.

Quanto a sua classificação como dano autónomo, a teoria verdadeira de Chabas ergue-se a partir desse pressuposto: autonomia da chance. (Gomes, 2012: 21)

Neste sentido têm surgido críticas porque, não podendo ser objecto de *v.g.* compra ou doação, não se pode afirmar que a chance é um dano autónomo de natureza patrimonial. Para Júlio Gomes há existência autónoma de determinados bens na medida em que são susceptíveis de valorização, pese embora exista dificuldade em os submeter aos mencionados negócios jurídicos. (Gomes, 2012: 24)

Segundo Rute Teixeira Pedro, no âmbito da responsabilidade profissional do médico, não se admite indemnização por perda de chance quando o paciente veio a recuperar, porque na *verdade, as chances não se compreendem por si só,* sendo que, *falar em chances apenas é, por isso, uma realidade sem significado*. (Pedro, 2008: 387)

À primeira vista, parece que a autonomia atribuída à chance não é mais do que uma forma de se contornar a impossibilidade para responsabilizar o agente pelo dano final, no entanto, o dano final não se confunde com a chance perdida, apesar que dúvidas surgem quanto a sua interdependência na medida em que o cálculo da indemnização depende da consideração do dano final, dado que a chance perdida consubstancia um dano em si mesmo.

Esta autonomia é questionada também pelo facto de haver defensores de que o dano poderá constituir um dano patrimonial ou não patrimonial consoante a hipótese, pois, em última análise, é a classificação do dano final que determina tal categoria.

Rute Teixeira Pedro admite que *na consideração da chance em si mesma, se deve ter presente o seu carácter instrumental e intermédio em relação à obtenção do efeito final. Por consequência, parece mais correto fazer reflectir a natureza do quid lesado na determinação do montante indemnizatório*. (Pedro, 2008: 229)

3.3 Realidade e seriedade

Conforme dá nota Nuno Santos Rocha, as chances perdidas seriam aquelas que evitariam o dano final; sem a verificação do dano final nunca se poderão considerar as chances por perdidas. Por outro lado, terá de se verificar a não ocorrência da chance voltar a existir. O facto ilícito terá de ter como resultado a perda irreversível das chances que o lesado tinha de poder vir a alcançar a vantagem almejada.

Ao nível ressarcitório terá de se indagar se as chances perdidas detinham determinada consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido para que a perda possa ser considerada relevante.

Destes dois pressupostos decorre o que se designa por chances sérias e reais. Refere o mesmo autor que esta seriedade irá também reflectir-se na certeza do dano.

No campo da aferição da seriedade, esta terá de ser avaliada face ao caso concreto cabendo ao lesado demonstrar um grau relevante de probabilidade[24] de que, não fora o facto ilícito de terceiro, poderia ter alcançado o resultado almejado. Este grau de probabilidade deverá ter uma consistência mínima.[25]

De aplicação prática tanto na responsabilidade contratual como na responsabilidade extracontratual, desde que essa possibilidade seja real e séria de alcançar determinado objectivo mas por ato de terceiro se tenha frustrado de forma definitiva tal possibilidade.

Ainda sobre a sua natureza como atrás referimos, e para que nasça o dever de indemnizar, é necessário que a chance perdida seja séria e real, não havendo lugar a ressarcimento caso a chance seja aleatória. É imprescindível que a chance perdida represente um grau de probabilidade quanto à concretização de um resultado favorável ou ao afastamento de um prejuízo.

Esta seriedade é factor essencial na medida em que as simples esperanças subjectivas e danos meramente hipotéticos não são capazes de justificar a responsabilidade civil pela perda de chance.

---

[24] O grau de probabilidade será relevante para aferir o *quantum* indemnizatório.

[25] A este respeito, Nuno Santo Rocha refere o caso *Davies v. Taylor*, da *House of Lords*, onde se recusou a indemnização do dano da perda de chance de obtenção de alimentos do marido à viúva que deixou o marido cinco semanas antes da sua morte, já que não ficou demonstrada a probabilidade séria de poder haver uma reconciliação.

Para que seja imputado ao autor do facto ilícito a obrigação de reparar o dano, deve-se atentar para o carácter de certeza e seriedade do dano em concreto, isto é, se o mesmo é passível de motivar algum tipo de reparação civil. Provando-se que, caso não tivesse ocorrido facto ilícito, o lesado teria uma chance séria e real de conseguir o resultado esperado, fica configurada a responsabilidade civil pela perda dessa chance. Verifica-se a necessidade de, face ao caso concreto, analisar se o lesado poderia razoavelmente esperar a concretização e obtenção da vantagem, caso o desenvolvimento normal dos factos não tivesse sido descontinuado pela conduta ilícita.

Sustenta alguma doutrina que a chance perdida, para ser considerada de séria e real, deve ter um grau de probabilidade de 50% de obtenção do resultado esperado.

Exemplo do critério seriedade e realidade é o famoso caso "Show de Milhão".

Um participante do programa televisivo deparou-se com a última pergunta que, caso respondesse correctamente, valia R$1.000,000,00 (um milhão de reais), no entanto achou por bem salvaguardar o prémio já acumulado no valor de R$500,000,00 (quinhentos mil reais).

Posteriormente, o participante veio a saber que nenhuma das alternativas postas pelo programa poderia ser a resposta à questão formulada, tendo por isso intentado uma acção judicial para se ver ressarcida das perdas e danos que teve.

A questão foi sendo discutida e apreciada até que chegou ao Supremo Tribunal de Justiça, tendo este aplicado a teoria da perda de chance.

Entendeu o tribunal que, por mais que se disponibilizasse alguma alternativa como sendo a resposta correta à questão formulada, não se poderia afirmar com certeza absoluta que o participante iria acertar a resposta, por falta de seriedade do dano em concreto. Objectivamente o participante tinha 25% de chances de acertar a resposta, posto que haviam quatro alternativas possíveis à questão formulada.

Decidiu o tribunal condenar a empresa em 25% do valor final esperado, que no caso representava os R$500,000,00 (quinhentos mil reais), representando a quantia de R$125,000,00 (cento e vinte e cinco mil reais) a título de indemnização pela perda de uma chance.

O critério da seriedade deixa algumas dúvidas na medida em que o lesado que tenha perdido a chance pouco séria não terá direito à respectiva indemnização. Para que a admissibilidade da perda de chance seja plena e coerente não pode depender de tal exigência sobretudo porque existirão sérios riscos de verificação de arbitrariedades.

Assim, parece que devia ser irrelevante tratar-se de uma oportunidade de 2% ou 60% ou de uma oportunidade muito provável ou improvável, se não for possível apurar valores concretos de probabilidade. Em ambos os casos, aquele que vê a sua oportunidade extinguir-se devia ter direito a uma indemnização. O critério da seriedade numa maior ou menor medida deve ser reflectido no valor da indemnização.

A crítica muitas vezes apontada no sentido do aumento destes casos em tribunal vê-se ultrapassada na medida em que nos casos em que a perda de chance mostra pouca seriedade os lesados se vêem afastados de intentar a respectiva acção tendo em conta os custos a suportar com a mesma e o valor da indemnização.

A nosso ver, o critério traçado pela medida dos 50% de probabilidade de concretização de chance não é favorável pois que provoca algumas discrepâncias. Entendemos que independentemente da respectiva probabilidade devem considerar-se todas as oportunidades.

A admissibilidade da aplicação da figura da perda de chance deve ser encarada como um aperfeiçoamento face à teoria do tudo ou nada. Caso se adopte pela admissibilidade consagrando-se o limite dos 50%, o lesado que não provar que a sua oportunidade beneficiava de uma probabilidade superior a 50% fica sem nada.

Claro que terá de se tratar de uma oportunidade de que a pessoa efectivamente beneficie, e não de uma utopia.

A jurisprudência que admite a ressarcibilidade da perda de chance sublinha que a chance perdida tem de ser séria, consistente, com razoável grau de probabilidade, havendo quem fixe então o critério da sua quantificação em percentagem (superior a 50%), o que, como foi referido, não é esse o nosso entendimento.

3.4 A certeza do dano

Apenas umas breves notas acerca da certeza do dano, e no seguimento do que atrás ficou dito.

Do estatuído nos arts. 562º, 563º, 564º CC decorre que o dano, para ser ressarcível, tem de ser certo.

Ora, quer isto dizer que o dano não pode ser meramente eventual.

Acerca da certeza do dano, Júlio Gomes refere que *Tradicionalmente exige-se, para que o dano seja ressarcível, que o mesmo seja certo (…). O dano meramente eventual não é ressarcível, porque falta o requisito da certeza. E é evidente que esta certeza é uma*

certeza apenas relativa, não absoluta (…) *O critério é inevitavelmente influenciado pela capacidade imperfeita de prever os eventos em razão dos limites do conhecimento humano, sempre que se entra no campo do hipotético* (…) *a exigência que o dano seja certo é não apenas imposta pelo bom senso, mas é também necessária para a aplicação do princípio de que a indemnização não deve enriquecer o lesado. Mas esta exigência de certeza suscita sérias dificuldades, porque a vida social não é feita de certezas matemáticas. A certeza a que aqui se faz referência é apenas uma probabilidade suficiente. É este relativismo da certeza, que explica a possibilidade de reparar o dano futuro*. (Gomes, 2008: 291-292)

Exige-se a uma certeza da existência da possibilidade séria de conseguir uma vantagem ou de evitar uma desvantagem mas não há certeza se essa vantagem ou desvantagem seria alcançada não fosse o facto do agente.

O fato do agente causou a incerteza quanto ao nexo causal.

Quanto à certeza do dano se o dano de perda de chance é considerado como possível ou provável nunca será certo.

A única certeza é que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria num prejuízo.

Se classificarmos o dano de perda de chance como dano emergente afasta o problema da certeza do dano na medida em que a indemnização será pela própria perda de chance de obter o resultado esperado e não propriamente do resultado em si. A indemnização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos.

Distingue-se o resultado perdido, da chance de consegui-lo.

Conforme refere Júlio Gomes *Há incerteza no dano mas certeza na probabilidade*. (Gomes, 2005: 28)

3.5 Nexo de causalidade

Como já referido supra, nexo de causalidade é a ligação que existe entre o facto praticado pelo autor da lesão e o dano.

Para que a perda de chance possa vingar é necessário, também, provar o nexo de causalidade, isto porque a conduta do autor da lesão é causa directa e imediata desse mesmo nexo causal.

Dado que nas situações onde se verifica a perda de chance o lesado ficou privado de obter o resultado almejado, pelo facto de um terceiro o privar da oportunidade de ver

este resultado concretizado, fica claro que também não se pode afirmar que o resultado se iria concretizar não fosse a ocorrência facto.

Nos casos de perda de chance não se mostra claro a chance propriamente dita, contudo ponto assente é que esta se extinguiu por força de actuação de outrem. Assim, para os defensores da teoria verdadeira da perda de chance, existirá um nexo causal entre o facto praticado por outrem e a perda de chance, adiantando-se a avaliação do dano para um momento em que é possível estabelecer o nexo de causalidade, ignorando-se o momento final e considerando um momento intermédio. O problema do nexo de causalidade é contornado através do auxílio do pressuposto dano.

A regra do nexo de causalidade afasta a admissibilidade da perda de chance pela incerteza que subjaz em se saber se o dano, não fosse a actuação de terceiro, não se teria verificado.

Segundo Menezes Cordeiro admitindo o preenchimento do nexo de causalidade caso a caso, não deixando de atribuir relevância ao escopo da norma violada, ainda assim será difícil delimitar se esse escopo inclui a protecção de perdas de chance.

Com já referido supra, Chabas propôs duas teorias: a teoria verdadeira e a teoria falsa. A teoria verdadeira propunha a consagração da perda de chance como um novo dano, intermédio, distinto do dano final. A teoria falsa passaria por uma atenuação das exigências ao preenchimento do nexo de causalidade.

A dificuldade que surge na demonstração do nexo de causalidade podia ser ultrapassada pelo recurso à ideia de um sistema móvel.

Em tese, a sujeição a um sistema móvel aplica-se ao preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil motivando uma reflexão interligada dos vários pressupostos, proporcionando uma observação de todos os elementos do caso concreto no seu conjunto.

Caso haja uma incerteza em torno do nexo de causalidade esta poderá ser contornada através de um juízo específico da conduta do autor da lesão atribuindo-se um maior relevância ao pressuposto da culpa em detrimento do nexo de causalidade.[26]

---

[26] Neste sentido Carneiro da Frada e Paulo Mota Pinto, ob. Cit.

Nos casos em que a perda de chance se fundamenta na negligência do autor da lesão será incompreensível admitir-se a aplicação deste regime com base no domínio da culpa sobre o nexo de causalidade. Tanto mais que o sistema móvel não pode ser usado como meio de escape da verificação do nexo de causalidade.

Como referimos, os defensores da teoria verdadeira da perda de chance admitem que existe um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo lesante e a perda da chance, por se antecipar a apreciação do dano para um momento no qual é possível estabelecer esse nexo, passando a considerar-se um momento intermédio em detrimento ao momento final. Deste modo preenche-se o nexo de causalidade com base no sucedido em fase anterior, como também a mera chance passa a preencher o conceito de dano.

Com o peso assumido pela regra da *conditio sine qua non* no estudo da teoria da perda de chance e do nexo de causalidade, dúvidas são suscitadas pois, mesmo admitindo o artificialismo de ficcionar um dano intermédio, relativamente ao qual se estabeleceria o nexo de causalidade, se aceitarmos a teoria verdadeira a evolução da probabilidade da chance é tão incerta que não se pode afirmar que a chance não teria de qualquer forma sido reduzida ou extinta por outro facto, não existindo certezas sobre se a acção do lesante constituirá uma *conditio sine qua non*, não do dano final, mas da própria perda de chance.

O disposto no art. 563º CC ao utilizar o advérbio de modo provavelmente, não está a reclamar que todos os danos sejam rigorosamente provados, ainda que haja quem entenda que o preceito legal serve para incluir no propósito da indemnização por responsabilidade civil os lucros cessantes, esses sim susceptíveis de prova, mas nunca de uma prova rigorosa, pois estamos a falar de danos que se projectam no futuro. Assim, passar-se-ia a valorizar um nexo de causalidade probabilístico em vez de casuístico, uma vez que se está a lidar com benefícios por definição aleatórios.

Rui Cardona Ferreira apresenta como possível o recurso à aplicação da teoria da conexão do risco de acordo com a qual o resultado danoso, neste caso a perda da chance, deve ser imputado ao agente quando a respectiva conduta tenha criado ou aumentado um

risco não permitido ou, nos casos de omissão, não tenha eliminado ou diminuído esse risco, nos termos que seriam exigíveis.[27]

Defende o autor que a teoria da conexão do risco conduz às mesmas soluções da tradicional teoria da causalidade adequada da doutrina civilista, no entanto, sujeitar a indemnização à exigência elevada da *conditio sine qua non* pode significar a criação de responsabilidade ou a isenção de responsabilidade, quando o circunstancialismo objectivo, factual ou normativo, caracterizador das situações em causa, se traduza na impossibilidade de satisfazer tal exigência afirmando-se a imputação quando o agente aumentou, nos casos em que se verifique, o risco não permitido tendo este sido detectado e o resultado venha a consistir na respectiva materialização e a exclusão da imputação quando risco possa ser detectado nem tenha sido materializado.

Este autor propõe que se relativize o estatuído no art.563º CC, por forma a que a teoria da causalidade aí consagrada não obste a que, em determinado número de casos, nomeadamente no domínio da perda de chance, se recorra à teoria da conexão do risco e ao alargamento do especto de imputação, prescindindo do crivo da *conditio sine qua non*.[28] (Ferreira, 2011: 341 e 342)

O único nexo causal certo e provado é o que liga ilícito às oportunidades perdidas.

3.6 Determinação do *quantum* indemnizatório e respectivo critério

Uma outra questão suscitada é a do *quantum* indemnizatório do dano de perda de chance, que medida e que factores são a considerar para estabelecer um montante indemnizatória pela perda de chance.

Para aferir o valor da chance devemos ter em consideração a probabilidade que esta tinha para se concretizar.

Relativamente ao *quantum* indemnizatório a estabelecer ao lesado que veja frustrada a sua chance, deve utilizar-se um critério de probabilidade posto que é nesse domínio que estamos presentes.

---

[27] *Vide* neste sentido Ac. do TRL de 14 de Julho de 2015, Relator Manuel Marques, disponível em www.dgsi.pt.

[28] Para o autor citado, o dano decorrente da perda de chance seria um verdadeiro lucro cessante.

Deve ter-se em atenção o caso concreto, fazendo-se uma avaliação casuística que tenha em consideração as particularidades do caso concreto. Tal avaliação releva não só para saber se a perda de oportunidade é juridicamente relevante, mas também para efeito de cálculo da respectiva indemnização.

Deve-se fazer uma avaliação do grau da aleatoriedade da chance de alcançar o resultado no momento em que ocorreu o facto, pois esta chance possui um valor, mesmo sendo de difícil quantificação, devendo-se indemnizar por um valor económico dessa chance.

Para delimitar o valor da indemnização o Juiz deve, perante o caso concreto, fazer um juízo de valor de maneira equitativa, buscando encontrar a melhor solução. Chegados ao valor da chance perdida, deve atentar para o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, porque o valor da indemnização jamais poderá ser igual ou superior ao que receberia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada.

Sendo autónomo ao dano final, o valor da indemnização por perda de chance deve ser aferido com relação ao grau de probabilidade. Assim, deve proceder-se à avaliação do dano final e posteriormente fixar-se o grau de probabilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável. Obtido o valor percentual este será aplicado ao valor correspondente à avaliação do dano final. Não sendo possível concluir o grau de probabilidade, deverá o tribunal socorrer-se do previsto no art.566º nº3 CC *Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados*.

Também para Nuno Santos Rocha terá de se proceder às três operações distintas:

- primeiro, avaliar qual o valor económico do resultado almejado;

- segundo, aferir a probabilidade que existia de o alcançar, não fosse a ocorrência do facto ilícito, valor este calculado numa percentagem;

- terceiro, aplicar o segundo valor ao primeiro, obtendo-se assim o valor pecuniário da chance perdida.

O princípio da reparação integral dos danos não se mostra ferido pelo facto do montante indemnizatório pela chance perdida ser calculado com base no dano final, nem que para isso se esteja a conceder apenas uma indemnização parcial.

Consubstanciando num dano específico e autónomo, a sua reparação terá de ser na medida do dano sendo assim integralmente reparado.

O montante indemnizatório pela perda de chance, como bem se compreenderá, será inferior ao montante do dano final na medida em que o que se está a ressarcir é a probabilidade do resultado e não o resultado em si.

Em regra deve ser afastado entendimento que seguiu o STJ no Ac. de 22 de Outubro de 2009[29] onde admite que a indemnização deve ser igual ao dano final desde que afastado o art. 494º CC, e dado que no caso concreto o comportamento do agente foi doloso.

Sendo distinto do dano final deve-se aferir o valor da oportunidade perdida e não o valor do benefício almejado, sob pena de se confundir a sua possibilidade com a sua efectiva concretização; parte-se do dano final para proceder à quantificação do dano intermédio da perda de chance.

Neste sentido pronunciou-se o STJ no Ac. de 26 de Outubro de 2010[30], seguindo como referência para o cálculo da respectiva indemnização três critérios referidos acima:

- em primeiro lugar definir o valor a ser atribuído ao dano final;

- em segundo, calcular a probabilidade de obtenção da oportunidade perdida ou do evitamento do prejuízo;

- por último, com base nos dois valores anteriormente obtidos, calcular o montante da indemnização;

Uma via alternativa de cálculo do montante da indemnização, recorrendo-se a uma percentagem do dano final calculado com base na diferença das probabilidades existentes antes e depois da intervenção ilícita de terceiro, por forma afastar uma possível privação total de indemnização pela perda de chance.[31]

---

[29] Citando o Ac. *o quantum indemnizatório obedece, entre nós, ao princípio da reparação integral do artigo 562.º do Código Civil. (...) Decerto que o artigo 494.º pode levar a redução do montante indemnizatório, mas ali não está, a nosso ver, o caso da incerteza sobre o dano ou sobre o nexo de causalidade. Sendo ainda certo que o preceito se refere a condutas culposas, quando muitas das que estão na base da perda de chance (como a do presente caso) são dolosas. Não se justifica, entre nós, a redução do montante indemnizatório que os franceses levam a cabo*. Proc. Nº 409/09.4YFLSB, Relator João Bernardo, disponível em www.stj.pt.

[30] Proc. Nº 1410/04.OTVLSB.L1.S1, Relator Azevedo Ramos, disponível em www.stj.pt.

[31] *Vide* neste sentido o Ac. do STJ de 14 de Março de 2013, Proc. Nº 78/09.1/VLSB:L1.S1, Relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em www.stj.pt.

4. O panorama no direito português

Com as considerações tecidas anteriormente acerca do conceito de perda de chance no capítulo a ele dedicado, importa observar o que a respeito tem considerado a nossa doutrina e o que os nossos tribunais.

Ainda que pontualmente seja entendido entre nós, quer na doutrina quer na jurisprudência, que a figura da perda de chance não dispõe de fundamento legal no direito português certo é que, como foi mencionado anteriormente neste trabalho, o âmbito de aplicação do conceito da perda de chance tem sido vasto, contudo é nalgumas áreas mais específicas que o mesmo se tem diversificado.

Analisaremos primeiramente as correntes doutrinárias nacionais a respeito, passando a uma análise da aplicação prática pelos nossos tribunais.

4.1 Na doutrina

Podemos agrupar em três as posições doutrinais sobre a perda de chance.

Em primeiro, parte da doutrina não reconhece a ressarcibilidade da perda de chance pois não a vê como um dano e tendo a responsabilidade civil, *prima facie*, uma função ressarcitória, não havendo prejuízo não haverá lugar a indemnização pois não se estabelece o nexo causal com o dano final.

Já numa segunda posição doutrinal admite que a perda de chance é uma questão de causalidade. Haverá lugar a indemnização desde que se demonstre, o nexo de causalidade entre o facto e a elevada probabilidade da perda de chance advir desse facto ilícito.

Por último, uma terceira posição considera a perda de chance no âmbito do dano classificando como dano intermédio diferente do dano final desde que se verifiquem os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Passando por fazer referência a alguns nomes que se mostram contra aplicação da figura encontrámos Paulo Mota Pinto. Este autor, apoia-se na falta de disposição legal para que a indemnização pela perda de chance vingue entre nós.

Paulo Mota Pinto vê o problema na perspectiva do *âmbito de proteção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão – que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo – bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de*

oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar. (Pinto, 2008: 1106)

Pese embora não seja um problema de enquadramento nos pressupostos da responsabilidade civil refere o autor que *a decisão substancial a tomar é sobre se o âmbito de protecção garantida pela norma violada ou pelo bem afectado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão – que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo – bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar (como garante de não verificação do risco na percentagem aumentada*). (Pinto 2009: 1106)

Também para Menezes Cordeiro refere que *não é possível condenar alguém a pagar – o que tem, sempre, um sentido expropriativo ou confiscatório – se não se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano* e que *ao mandar indemnizar pela perda de chance, dispensando, com isso, a prova da causalidade, está-se a proceder a uma (re)distribuição do risco não prevista na lei*. (Cordeiro, 2014: 288)

Numa vertente intermédia surge Carneiro da Frada restringindo a sua aplicação à responsabilidade contratual *a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa «chance» a bem jurídico protegido pelo contrato,* já no tocante à responsabilidade delitual *esse caminho é bem mais difícil de trilhar: a primeira alternativa do art.483.º, n.º 1 não dá espaço e, fora desse contexto, tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da «chance»*. (Frada, 2011: 104)

Júlio Gomes, também numa posição intermédia, admitindo a indemnização por perda de chance, desde que essa chance se tenha consolidado sendo necessário demonstrar uma aceitável probabilidade, razoabilidade, seriedade ou verosimilhança da chance perdida, isto para que não se trate de uma suposição hipotética. (Gomes, 2012: 28-29)

Já quanto à sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico, Rute Teixeira Pedro, no seu trabalho sobre responsabilidade civil do médico, admite a sua aplicação, mas só nessa vertente.

Admite esta autora que quando *um sujeito se encontra num estado que lhe propicia a possibilidade – a chance – de alcançar um determinado resultado favorável, e em que, em virtude de um comportamento de um terceiro, essa possibilidade fica irremediavelmente perdida* haverá lugar à ressarcibilidade do dano de perda de chance desde que verificados os seguintes requisitos:

- terá de existir um determinado resultado positivo – a obtenção de uma vantagem ou a não concretização de uma desvantagem – que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se apresenta certa;

- é necessário que, apesar desta incerteza, a pessoa se encontre numa situação de poder vir a alcançar esse resultado"; a pessoa terá, portanto, de estar investida de uma chance real de consecução da finalidade esperada;

- é indispensável que se verifique um comportamento de terceiro, susceptível de gerar a sua responsabilidade, e que elimine de forma definitiva as (ou algumas das) existentes possibilidades de o resultado se vir a produzir. (Pedro, 2008: 179)

A doutrina tradicional opõe-se à admissibilidade por considerar demasiadamente incerta a sua demonstração, o que contraria o carácter certo exigido para o dano. Ainda, admitir a indemnização pela perda de chance proporciona desvios à regra do nexo de causalidade.

Segundo Rute Teixeira Pedro a perda de chance é um dano, sendo este ressarcível desde que a lesão dos interesses dos particulares ligados a esse dano corresponda à violação de uma norma legal ou de um vínculo obrigacional pré-constituído, que conceda protecção directa àqueles interesses.

Segundo Menezes Cordeiro, defensor da segunda vertente doutrinária, a perda de chance é um problema de causalidade não sendo possível condenar alguém a indemnizar outrem se não se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Em consonância com a tese da ressarcibilidade da perda de chance, Carneiro Da Frada sustenta que na responsabilidade contratual haverá lugar ressarcimento por perda de chance sempre e quando as partes assim o prevêem no contrato; já na responsabilidade extracontratual estará dependente da *possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da chance*. (Frada, 2006: 104)

Rui Cardona Ferreira vê o problema numa perspectiva de causalidade na medida em que se verifique um grau elevado de probabilidade do dano ter sido causado pelo facto ilícito, contrariando a tese de que a perda de chance é um dano patrimonial, emergente e autónomo.

Sustentando a terceira via doutrinária, Rute Teixeira Pedro defende a aplicação do conceito de perda de chance, mas considerando-a apenas no âmbito da responsabilidade civil do médico, como já referimos. Para a autora, a perda de chance será um dano intermédio e autónomo do dano final, sendo ressarcível desde que verificados os demais requisitos da responsabilidade civil.

A chance comportará uma possibilidade séria de obter um resultado favorável, ainda que incerto, cabendo ao lesado provar que foi o comportamento do lesante que eliminou de forma definitiva as possibilidades de o resultado se vir a produzir.

No trabalho recente apresentado por Nuno Santos Rocha este admite a sua aplicação por forma a afastar as injustiças decorrentes da aplicação de um modelo tradicional.

Na mesma linha de pensamento de Rute Teixeira Pedro, Nuno Santos Rocha acrescenta, porém, a necessidade da verificação do dano final para que se possa considerar a chance como perdida, sob pena de subsunção de meras situações de riscos ao conceito da perda de chance.[32]

Carneiro da Frada e Paulo Mota Pinto contornam a dificuldade de demonstração entre o facto e o dano pela aplicação da teoria do sistema móvel.[33] A solução deste sistema passa por atendendo aos elementos do caso concreto no preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil e perante uma maior incerteza face ao nexo de causalidade este ser satisfeito por se atribuir maior peso ao pressuposto da culpa. As críticas apontadas face à aplicação deste sistema passam desde logo pela insuficiência da sua aplicação nos casos de negligência. Perante tal adversidade os autores propõem outras soluções.

Carneiro da Frada para contornar o problema quanto à demonstração nexo de causalidade propõe que se deva considerar a perda de chance como um dano em si mesmo quando o que esteja em causa seja uma perda de chance.

Paulo Mota Pinto considerando a falta de fundamento legal no nosso ordenamento jurídico para a admissibilidade da figura da perda de chance propõe a aplicação da inversão

---

[32] Neste sentido ac. do STJ de 30-09-2014, Proc. Nº 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1, Relator Mário Mendes, disponível em www.stj.pt.

[33] Cfr. refere Raul Guichard na sua obra, a este sistema desenvolvido por Wilburg subjaz a ideia de que as consequências jurídicas resultam de um jogo de "elementos móveis" posicionando esses elementos tidos como decisivos nas hipóteses das normas e, atendendo ao respectivo peso, propôs "soluções elásticas" dirigidas às especificidades de cada caso. Citando Guichard *No que apresentou sucintamente as consequências do seu ponto de partida através de uma série de exemplos retirados não só do direito delitual mas também, como a hipótese do negócio usurário, do direito contratual. Desde modo, foi reconhecido o significado normativo dos enunciados ou proposições comparativas no direito e abriu-se a possibilidade de substituir os rígidos enunciados «regra/excepção» por flexíveis e abertas relações «quanto mais/mais». Em tempos de uma cada vez mais deplorada avalancha legislativa, este acesso metodológico para a superação de complexas questões jurídicas, é – agora como antes, e em alto grau – actual, pois mostra um caminho para «evitar a inevitável casuística» de normas rígidas conformadas segundo o esquema da conexão entre hipótese e consequência*.

do ónus da prova e a redução da indemnização pela aplicação do art. 494º CC solucionando assim os problemas suscitados.

Para os autores Rute Teixeira Pedro e Menezes Leitão a perda de chance é tida como uma dano emergente pois consideram que chance é um benefício já adquirido pelo lesado devendo ser a indemnização calculada tendo em conta o grau de probabilidade de concretização dessa chance.

Júlio Gomes aborda a questão na perspectiva da causalidade. Este autor defende que a perda de chance não tem potencialidade para vingar entre nós como fundamento de uma pretensão indemnizatória. No entanto, admite que em casos muito pontuais em que a chance está de tal forma solidificada que representa um bem merecedor de tutela jurídica.

Segundo este autor a perda de chance é enquadrada como um lucro cessante e para efeitos do cálculo da indemnização deve-se ter em conta o grau de aleatoriedade relativa à possibilidade de realização da chance. Citando o autor *quando a chance ou oportunidade se tenha 'densificado' e fosse mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se considere existir já um lucro cessante suficientemente 'certo' para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade*. (Gomes 2008: 360)

Na questão suscitada acerca da aplicação da perda de chance no âmbito da responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual Carneiro da Frada, com já havíamos referido, admite a aplicação no âmbito da responsabilidade contratual, nos casos em que devido a uma celebração de um contrato que não veio a ser cumprido, o lesado perdeu a chance de celebrar um outro contrato.

Na mesma linha de pensamento, Júlio Gomes salienta que a origem da perda de chance estava ligada à responsabilidade civil contratual (…) *alguns Autores, mormente italianos, não deixam de sublinhar que é mais fácil admitir a existência de tal dano no domínio do negócio jurídico e, designadamente, do contrato*. (Gomes, 2012: 19)

Por se basear no facto de ser o próprio contrato a prever o objecto da prestação podendo incluir a perda de oportunidades.

Face aos diferentes regimes de prova, na responsabilidade contratual o lesado tem do seu lado a presunção de culpa prevista no art. 799º CC tendo um ónus de prova mais leve, em oposição do que se passa na responsabilidade extracontratual, bem como por não incluir, tal presunção, o nexo de causalidade.

Em contraposição ao supra referido, Menezes Cordeiro defende que o disposto no art.799º nº1 CC pressupõe uma noção de *faute*, de origem francesa, que inclui culpa, ilicitude e nexo de causalidade.

Para alguns autores não há base jurídica legal que sustente a sua aplicação, para outros há que considerar como um dano autónomo e ainda outra vertente defendem um novo exame à teoria da causalidade adequada.

4.2 Na jurisprudência

Na jurisprudência portuguesa o tema da perda de chance tem sido tratado nas mais variadas vertentes, desde a responsabilidade civil do mandatário forense, a responsabilidade civil por acto médico, assim como na responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas.

Para além das áreas destacadas, a figura da perda de chance também já foi invocada, entre nós, em questões de ordem laboral.

Face ao direito constituído são várias as orientações seguidas, se por um lado há decisões que obstam à aplicação desta figura, por outro lado surgem decisões que admitem a sua ressarcibilidade como dano autónomo.

Considerando algumas decisões, veja-se o Ac. do STA de 29 de Novembro de 2005[34]. Em causa está a inexecução de uma sentença que anulou um acto de adjudicação de um concurso público, o que provocou a inerente perda da *probabilidade de vencer o concurso* pois *ao não ser retomado o procedimento concursal por via da anulação do acto teve perda de um direito de permanecer no concurso e ver apreciada a sua proposta, e obter a final a posição de vencedor do concurso*.

O tribunal afirma que o dano é real mas de difícil liquidação e o cálculo só pode ser efectuado com recurso à equidade, cfr. o art. 566º nº3 CC. Entendeu ainda que *Não estão em causa, directamente, danos emergentes e lucros cessantes em razão do acto administrativo apreciado no recurso contencioso. Do que se trata é de determinar uma*

[34] Proc. Nº 041321A, Relator Alberto Augusto Oliveira, disponível em www.dgsi.pt.

indemnização pela perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença lhe teria proporcionado.

Efectuada a ponderação de certos critérios tidos em conta pelo tribunal, considerou equilibrado avaliar aquela indemnização no valor de €11.700,00[35].

Também num outro acórdão do STA de 24 de Outubro de 2006[36] é levantada a questão da perda de chance.

No caso em apreço, ocorreu o afastamento ilegal durante dez anos de um Guarda Fiscal tendo este perdido a oportunidade de vir a ser promovido a cabo, assim como de progredir na carreira, deixando de auferir de uma remuneração superior. Verificados os pressupostos do art. 483º CC, tal constitui um dano indemnizável.

Na decisão proferida é salientado que a perda da possibilidade de ter progredido na carreira constitui *um dano decorrente daquele afastamento ilegal e, portanto, indemnizável, verificados que estão os pressupostos do artº483º do CC (facto ilícito e culposo, dano e nexo de causalidade), mas não através da condenação do Estado a pagar ao Autor as diferenças salariais entre o posto de soldado e o de cabo, como foi decidido e muito menos aumentando para o dobro esses montantes* (…) *mas sim pela fixação, na falta de outros elementos, de uma importância que se afigure justa e razoável para compensar essa perda de chance, ou seja, com recurso à equidade (artº566º, nº3 do CC).*

Nesta decisão a ressarcibilidade do dano de perda chance de progressão de carreira do Guarda Fiscal é admitida, dado que a chance de ascensão ao posto de cabo era elevada. O *quantum* indemnizatório foi determinado através da regra da equidade prevista no art. 566º nº3 CC, considerando adequado 50% do montante da indemnização fixada pelas diferenças salariais.

Também no Ac. do STJ de 22 de Outubro de 2009[37] é levantada a questão da perda de chance.

---

[35] O acórdão em apreço teve um voto de vencido. O Conselheiro Rosendo Dias José entendeu que *para obter ressarcimento dos danos pela perda de uma oportunidade de negócio é necessário que o demandante demonstre de forma convincente que se não ocorressem vícios no procedimento seria provavelmente o adjudicatário do contrato. De modo que considero sem base segura a causalidade entre o facto e o dano, o que equivale a falta de prova da causalidade, que à exequente incumbia, pelo que pela regra do ónus da prova decai nesta pretensão*.

[36] Proc. Nº 0289/06, Relator Fernanda Xavier, disponível em www.dgsi.pt.

[37] Proc. Nº 409/09.4YFLSB, Relator João Bernardo, disponível em www.stj.pt.

Uma professora apresentou a sua candidatura à avaliação extraordinária, para efeitos de reconhecimento de mérito excepcional, tendo visto indeferido o seu pedido pelo facto do Presidente do Conselho Directivo da escola não ter proferido o parecer necessário, sabendo que a informação fundamentada era um dos elementos do processo de candidatura, como vem provado na matéria de facto. Conforme o referido acórdão *Face aos factos provados não sabemos se a autora seria ou não classificada de "Excelente". É certo* (…) *que se trata duma profissional que se procurou valorizar e investir na sua carreira (pontos 7 e 40), com bom currículo, mas falta saber-se muito do que poderia justificar ou não a menção de "Excelente"* (...). Refere ainda que a autora *tinha a esperança que lhe fosse atribuída a menção de excelente*.

A propósito dos factos, o douto acórdão chama à colação a figura da expectativa jurídica e da perda de chance, afastando à partida a figura da expectativa jurídica pois, conforme refere *A protecção legal não está, em termos gerais, na nossa lei pelo que só nos casos específicos onde ela existe se poderá, a nosso ver, falar de expectativas jurídicas"* citando Pessoa Jorge, Oliveira Ascensão e Galvão Teles. Assim, *o "iter" seguido pela autora apenas poderá considerar-se tutelado se dever ser acolhida a figura da perda de chance ou de perda de oportunidade.*

Este acórdão faz a distinção entre duas vertentes: a jurídica e a factual.

Face à vertente jurídica, é salientado que a perda de chance não é um dano futuro pois a sua natureza é aferida tendo em conta a data da decisão judicial, não valendo o critério estabelecido no art. 564º nº 2 CC. A certeza do art. 483º CC cede à previsibilidade do art. 564º CC, afastando a sua aplicação analógica aos casos de perda de chance.

Quanto ao *quantum* da indemnização, em contraposição ao defendido no acórdão STA mencionado supra, o art. 562º CC prevê a reparação integral dos danos e a excepção do art. 494º refere-se a condutas culposas e não à incerteza do dano ou ao nexo de causalidade, o que não justifica no caso a redução do montante indemnizatório.

Relativamente à inversão do ónus da prova art. 342º ss CC, cabendo ao agente que afastou a chance provar que esta não conduziria à vantagem invocada, é entendido que não tem lugar pois tanto é difícil para o lesado provar o conteúdo da chance como para o agente lesante. Tudo se resume ao plano factual: a *convicção própria de quem julga a matéria de facto*. A proibição do *non liquet* não quer dizer, conforme refere o acórdão, *que se considerem provados apenas os factos correspondentes a certeza absoluta* (…) *Nadando no mar da incerteza, o juiz de facto acrescenta a esta a sua convicção em ordem a transformá-la em certeza fictícia, ou em negação desta*. (…) *o juiz, não alcançando o*

grau de convicção que lhe permita a decisão factual, tem, se necessário for, a ajuda da lei. Quer o recurso às presunções judiciais (artigo 351.º do Código Civil) quer a atenção ao artigo 516.º do Código de Processo Civil, permitem-lhe alcançar, ainda em plano factual, a fixação que corresponda, ou mais aproximadamente corresponda, à justa composição do litígio.

Conforme o entendimento seguido nesta decisão, conclui-se pela revogação da condenação do réu à indemnização por danos patrimoniais a título da perda das diferenças salariais que deixou de auferir, mantendo-se a indemnização a título de danos não patrimoniais.

Na jurisprudência é comum vermos o termo perda de oportunidade de ganho para situações que, a nosso ver, se enquadram no âmbito da temática de perda de chance.

A este respeito pronunciou-se o mesmo tribunal no Ac. de 16 de Dezembro de 2010[38].

Em apreço, o caso de um estudante de Design Industrial que, por virtude de um acidente de viação cuja responsabilidade foi atribuída por culpa exclusiva do condutor do outro veículo, ficou a padecer de uma incapacidade permanente parcial (IPP).

Analisando o acórdão, naquilo a que para o presente trabalho diz respeito, o estudante reclamou a quantia de €14.000,00 a título de remunerações não recebidas durante um ano, devido ao atraso na conclusão do curso de designer, conforme refere o acórdão *não fica a menor dúvida de que, por causa das lesões sofridas no acidente, o A. 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, que poderia ter à sua disposição* (…) *embora indemonstrado o efectivo prejuízo necessariamente associado à real obtenção de trabalho remunerado, não pode deixar de ser, em si mesmo, considerado como um dano ou prejuízo. Um tal dano, desde logo pela sua natureza, suscita as maiores incertezas e grandes dificuldades de valoração, (…) Tal dificuldade remete necessariamente para critérios de equidade, como previsto no art. 566º-3 C. Civil. Para além dos elementos referidos, não pode deixar de ponderar-se ser pouco provável, face aos ensinamentos da experiência, a colocação imediata na profissão,*

[38] Proc. Nº 4948/07.3TBVNG.P1.S1, Relator Alves Velho, disponível em www.stj.pt.

com os inerentes reflexos nas prestações respeitantes a subsídio de férias e 13º mês. Contudo, o tribunal decidiu, segundo um juízo de equidade, atribuir uma indemnização de €7.000,00.

Ainda acerca da temática da perda de chance profissional decorrente do tipo de deficiência por virtude de acidente de viação, pronunciou-se o mesmo tribunal no Ac. de 10 de Novembro de 2016[39].

Na sua fundamentação, a perda de chance é vista como um problema de nexo de causalidade e não como um dano em si mesmo.

É discutida a questão de indemnização por perda de chance que no acórdão recorrido não foi tida em conta, *sabendo nós que a procura de emprego não se restringe, nos dias de hoje, aos contactos presenciais, também por esta via seria precipitado estabelecer qualquer nexo causal entre a referida incapacidade e as eventuais oportunidades de emprego que para a A. estivessem disponíveis, na altura.*(…) *ainda aí seria necessário diferenciar também, com rigor, essas oportunidades, objectivamente consolidadas, das meras expectativas sujetivas da A.. É que só a perda daquelas oportunidades poderia ter interferência directa na esfera jurídica da A., em termos patrimonialmente relevantes. As expectativas, nunca; sob pena de alargamento discricionário do nexo de imputação objectivo, que, a nosso ver, o ordenamento jurídico não consente, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.*

Refere ainda que *como reparação da perda de capacidade de ganho / "dano biológico", segue-se a orientação deste Tribunal* (…) *de procurar ressarcir as consequências da afectação, em maior ou menor grau, da capacidade para o exercício de outras actividades profissionais ou económicas, susceptíveis de ganhos materiais. Trata-se das consequências patrimoniais do denominado "dano biológico", expressão que tem sido utilizada na lei, na doutrina e na jurisprudência nacionais com sentidos nem sempre coincidentes.*

É salientado que a indemnização pela perda da capacidade de ganho, conforme entendimento seguido pelo Ac. desse mesmo tribunal de 10 de Outubro de 2012[40], *tem*

[39] Proc. Nº 175/05.2TBPSR.E2.S, Relator Lopes do Rego, disponível em www.stj.pt.
[40] Proc. Nº 632/2001.G1.S1, Relator Lopes do Rego, disponível em www.stj.pt.

como base e fundamento, quer a relevante e substancial restrição às possibilidades de exercício de uma profissão e de futura mudança, desenvolvimento ou reconversão de emprego pelo lesado, implicando flagrante perda de oportunidades, geradoras de possíveis e futuros acréscimos patrimoniais, frustrados irremediavelmente pelo grau de incapacidade que definitivamente o vai afectar; quer a acrescida penosidade e esforço no exercício da sua actividade diária e corrente, de modo a compensar e ultrapassar as graves deficiências funcionais que constituem sequela irreversível das lesões sofridas.

O presente acórdão aborda a temática da perda de chance muito liminarmente considerando, no entanto, que a perda das oportunidades objectivamente consolidadas podem ser objecto de indemnização posto que só essas oportunidades tem interferência directa na esfera jurídica do lesado.

No domínio da responsabilidade civil profissional dos advogados assistimos a uma corrente favorável à ressarcibilidade da perda de chance.

O Ac. do STJ 29 de Abril de 2010[41], sobre o mandato forense, no âmbito de um recurso interposto atempadamente pelo advogado dos aqui recorrentes que apesar de tempestivo não foi o mesmo alegado e em consequência foi considerado deserto sendo os ora recorrentes condenados nas respectivas custas do incidente.

Citando o acórdão *só após a notificação do despacho a declarar a deserção, o recorrente lhes comunicou que não alegara por, na sua perspectiva o recurso ser inviável; tal provocou nos recorridos "um desconforto geral*.

Os ora recorrentes entendem que o advogado devia ser condenado e indemnizá-los pela perda de chance de verem a sua pretensão ser apreciada pelo tribunal superior.

O STJ entendeu que 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*.

Neste acórdão em questão a perda de chance foi enquadrada como um problema de causalidade e não como sendo um dano autónomo. Se por outro lado o tribunal

[41] Proc. Nº 2622/07.0TBPNF.P1.S1, Relator Sebastião Póvoas, disponível em www.stj.pt.

conseguisse provar que o recurso tinha uma alta probabilidade de resultar no vencimento da acção estaríamos perante um problema que seria contornado pela aplicação da teoria da causalidade adequada do art. 563º CC, preenchendo assim todos os pressupostos da responsabilidade civil.

Caso a probabilidade do vencimento da acção fosse escassa decidia-se pela irresponsabilidade do mandatário judicial.[42]

Um outro acórdão que faz referência à temática objecto do presente trabalho, no âmbito da responsabilidade do mandatário forense, é o Ac. do STJ de 28 de Setembro de 2010[43], um advogado interpôs uma contestação fora do prazo o que levou ao seu desentranhamento do processo. Em consequência todos os factos alegados pelo seu cliente foram dados por confessados.

Neste acórdão o entendimento seguido é o reconhecimento do dano da perda de chance como sendo um dano emergente, autónomo e ressarcível, distinto do dano final.

Citando o acórdão, *se o próprio advogado, por negligência sua, não contesta a acção, é claro que retirou ao seu cliente a possibilidade de se defender naquela acção,* (…) *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.*

No tocante ao *quantum* indemnizatório o tribunal entendeu que 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*.

---

[42] Neste sentido tinha decidido o TRP no acórdão recorrido, de 27 de Outubro de 2009, Proc. Nº 2622/07.0TBPNF.P1, Relator Maria do Carmo Domingues *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. 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 se o Recorrente tivesse apresentado alegações e o recurso não fosse julgado deserto*.

[43] Proc. Nº 171/2002.S1, Relator Moreira Alves, disponível em www.stj.pt.

Também o Ac. do STJ de 14 de Março de 2013[44] faz referência à perda de chance no âmbito da responsabilidade civil do mandatário forense. Neste caso, os autores pretendem a condenação do mandatário judicial por este não ter apresentado o requerimento para os meios de prova apesar de ter sido notificado, provocando o decaimento naquela acção.

Do peticionado na presente acção pretendem ser indemnizados pela perda do direito à restituição em dobro do sinal prestado garantido por direito de retenção, pela possibilidade de serem executados pela ocupação do imóvel e ainda pela perda da oportunidade de verem a sua pretensão apreciada judicialmente.

Entendeu este tribunal que só se pode suscitar o problema da perda de chance quanto à questão da restituição do sinal em dobro pois o facto de o advogado não ter apresentado o requerimento probatório foi motivo da não procedência do pedido. Sustentou este tribunal que havia uma probabilidade de pelo menos 50% de procedência ou não procedência do pedido daí que a não apresentação da referida prova tenha sido causa adequada do dano da perda de chance de procedência da excepção.

No tocante à indemnização esta seria fixada segundo os critérios do art. 566 nº3 CC.

Quanto à questão levantada a respeito ao direito de retenção entendeu o STJ que *pode ter-se como seguro que os autores não tinham qualquer chance de lhes ser reconhecido o direito de retenção que invocaram, para garantia do direito à devolução do sinal em dobro, na acção em que foram réus. Esta afirmação não resulta de nenhum juízo sobre o regime aplicável; mas sim da verificação de que, na acção concreta, a falta de apresentação do requerimento de prova foi irrelevante para este efeito*.

Nesta decisão o STJ admitiu que a perda de chance seria o dano intermédio e só em relação a este dano se analisa a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil.

Relativamente à aplicação do art. 566º CC para cálculo da respectiva indemnização a aplicação deste não inviabiliza o princípio da reparação integral dos danos consagrado no art. 562º, isto porque, considerando a perda de chance como um dano específico e autónomo a sua reparação será na medida do próprio dano sendo também ela integral.

[44] Proc. Nº 78/09.1TVLSB.L1.S1, Relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em www.stj.pt.

No Ac. de 01 de Julho 2014[45] do mesmo tribunal, o caso versa sobre uma defensora oficiosa que apresentou intempestivamente uma contestação e em consequência foram dados por confessados os factos alegados pelo autor. Este entende que foi violado o seu direito à defesa e que a sua condenação na acção de regresso movida pela seguradora se deveu a actuação ilícita da sua defensora oficiosa. Levantou-se a questão da figura da perda de chance.

Entendeu o STJ entendeu que ainda que fosse apresentada tempestivamente a contestação o desfecho seria o mesmo: a condenação do réu.

Na sua fundamentação, refere o acórdão *A perda de chance relaciona-se com a circunstância de alguém ser afectado num seu direito de conseguir uma vantagem futura, ou de impedir um dano por facto de terceiro. A dificuldade em considerar a autonomia da figura da perda de chance no direito português, resulta do facto de ser ligada aos requisitos da responsabilidade civil extracontratual – art. 483º, nº1, do Código Civil – mormente ao nexo de causalidade. Com efeito, um dos requisitos da obrigação de indemnizar, no contexto da responsabilidade civil ex contractu, ou ex delictu, é que exista nexo de causalidade entre a conduta do responsável e os danos sofridos pelo lesado por essa actuação culposa*.

Quanto ao nexo de causalidade *Para que se considere autónoma a figura de "perda de chance"* (…) *importa apreciar a conduta do lesante não a ligando ferreamente ao nexo de causalidade – sem que tal afirmação valha como desconsideração absoluta desse requisito da responsabilidade civil – mas, antes, introduzir, como requisito caracterizador dessa autonomia, que se possa afirmar que o lesado tinha uma chance [uma probabilidade, séria, real, de não fora a actuação que lesou essa chance], de obter uma vantagem que probabilisticamente era razoável supor que almejasse e/ou que a actuação omitida, se o não tivesse sido, poderia ter minorado a chance de ter tido um resultado não tão danoso como o que ocorreu.* (…) *Não devem assimilar-se os planos do dano e da causalidade, com implicação na perspectiva de excluir como dano autónomo a perda de chance, nem esta figura deve ser aplicada, subsidiariamente, quando se não provou a existência de nexo de causalidade adequada entre a conduta lesiva por acção ou omissão*

[45] Proc. Nº 824/06.5TVLSB.L2.S1, Relator Fonseca Ramos, disponível em www.stj.pt.

e o dano sofrido, já que existe sempre uma álea, seja quando se divisa uma vantagem que se quer alcançar, ou um risco de não conseguir o resultado desejado.

É referido que no caso de perda de chance não se pretende *indemnizar a perda do resultado querido, mas antes a da oportunidade perdida, como um direito em si mesmo violado por uma conduta.*

O ponto principal é saber se a conduta da advogada, de não apresentar a contestação, contendeu com *um sério, real e muito provável desfecho favorável da acção para o Autor*. Considerando que o mesmo havia sido condenado, na sentença transitada em julgado, por ter provocado um acidente de viação enquanto condutor sob a influência de álcool e atentos à presunção do art. 674º-A do CPC, *teremos que afirmar que, com contestação ou não, na acção de regresso, as probabilidades, as chances do Réu (ora Autor/recorrente) não ser condenado, não se anteviam providas de razoável grau de êxito, no sentido em que, ante a prova que pudesse oferecer não teria reais probabilidades de ser absolvido; ademais, fora condenado por duas sentenças transitadas em julgado no que respeita à sua grave conduta causadora de um acidente de viação causalmente ligado ao facto criminoso de conduzir sob a influência do álcool*.

Entendeu o tribunal que a probabilidade do autor não ser condenado era mínima, não credível *e, por isso, não se pode afirmar que a conduta omissiva e censurável da Ré Advogada tenha sido a causa directa, imediata de não ter sido absolvido na acção de regresso, implicando perda dessa chance*.

Neste sentido, o Ac. do TRP de 14 de Junho de 2016 [46] relativamente à perda de chance no seguimento de um recurso interposto por uma advogada, tendo o mesmo sido rejeitado por extemporâneo, o autor foi condenado tendo os outros três arguidos visto as suas penas suspensas em virtude do respectivo mandatário ter apresentado recurso em tempo devido. Pretende o autor que a advogada seja condenada com vista a ser ressarcido dos prejuízos que teve pela não interposição atempada, por parte da mandatária, do respectivo recurso nomeadamente pela perda de chance.

Conforme é salientado no presente acórdão, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a perda de chance *consubstancia a perda de possibilidade de obter um*

[46] Proc. Nº 540/13.1T2AVR.P1, Relator Tomé Ramião, disponível em www.dgsi.pt.

resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável, sendo considerado como um dano autónomo, intermédio, configurável como dano emergente e ressarcível diferentemente do dano final, já que nestas circunstâncias a fixação da indemnização total ou a sua recusa pura e simples não satisfazem o escopo da justiça material.

É feita referência ao Ac. de 05 de Maio de 2015[47] onde é enfatizado que a perda de chance deve ser considerada como *um dano atual, autónomo, consubstanciado numa frustração irremediável* (…) *de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida, ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer, não fosse essa omissão (nexo causal). Para haver indemnização, o dano da perda de oportunidade de ganhar uma ação não pode ser desligado de uma consistente e séria probabilidade de a vencer.*

Os venerandos Conselheiros salientam ainda o entendimento de boa parte da doutrina e jurisprudência que admite a viabilidade legal de a indemnização por responsabilidade civil contratual ou extracontratual *abranger o dano traduzido na perda de probabilidade (perda de chance) de obtenção de uma futura vantagem, resultante da interposição de uma conduta omissiva de um terceiro que dessa forma a afastou, considerando essa mesma perda um dano autónomo.*

O entendimento seguido por parte da jurisprudência do STJ é a de que *a probabilidade atual, e não meramente futura, da obtenção dessa vantagem, e a frustração da mesma determinada por ato ou omissão de terceiro, pode constituir só por si um bem digno de proteção jurídica.*

Relativamente ao quantum indemnizatório, consubstanciando a perda de chance num dano presente embora subjacente à probabilidade de obter uma vantagem futura reconhecendo que se trata *de um bem jurídico digno de tutela"*, o mesmo deve ser calculado tendo em consideração o valor da oportunidade perdida, isto é, " *das probabilidades de o lesado obter o benefício que poderia resultar do aproveitamento da chance, e não do benefício esperado, se bem que, perante a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de determinar o valor exato dos danos, haja que recorrer a critérios de equidade, sempre na base do grau de probabilidade de obtenção da vantagem pretendida*.

[47] Proc. Nº 614/06.5TVLSB.L1.S1, Relator Silva Salazar, disponível em www.stj.pt.

O mesmo acórdão refere que, de harmonia com o Ac. do STJ de 01 de Julho de 2014[48] *No caso de perda de chance não se visa indemnizar a perda do resultado querido mas antes a da oportunidade perdida, como um direito em si mesmo violado por uma conduta que pode ser omissiva ou comissiva; não se trata de indemnizar lucros cessantes ao abrigo da teoria da diferença, não se atendendo à vantagem final esperada*. Para que a perda de chance seja considerada autónoma e integrada no património do lesado, como um valor que não lhe pode ser negado, é necessário avaliar a conduta do lesante *não a ligando ferreamente ao nexo de causalidade – sem que tal afirmação valha como desconsideração absoluta desse requisito da responsabilidade civil – mas, antes, introduzir, como requisito caracterizador dessa autonomia, que se possa afirmar que o lesado tinha uma chance [uma probabilidade, séria, real, de não fora a atuação que lesou essa chance], de obter uma vantagem que probabilisticamente era razoável supor que almejasse e/ou que a atuação omitida, se o não tivesse sido, poderia ter minorado a chance de ter tido um resultado não tão danoso como o que ocorreu*.

Na decisão proferida, o STJ recusou a existência de perda de chance por a ter analisado no plano da causalidade, ainda que o entendimento dominante do STJ seja a indemnização por perda de chance como uma nova espécie de dano, desde que esta se mostre relevante e substancial, sendo irrelevante que nestes casos de responsabilidade civil do mandatário forense se trate de uma obrigação de meios.

Ao nível da responsabilidade médica o Ac. do STJ de 15 de Outubro de 2009[49] refere alguns pontos interessantes.

No caso, a filha dos demandantes, lesada, submeteu-se a uma intervenção cirúrgica. Nessa sequência, acabou por sofrer uma paragem cardio-respiratória tendo vindo a falecer três dias depois.

Em sede de primeira instância foi julgada a acção totalmente improcedente por não provada e em consequência a absolvição dos Réus.

Em segunda instância o Tribunal da Relação decidiu pela condenação dos demandados ao pagamento de uma indemnização por erro grosseiro dos demandados ao não terem procedido de imediato após a paragem cardio-respiratória à entubação

[48] Proc. Nº 824/06.5TVLSB.L2.S1, Relator Fonseca Ramos, disponível em www.stj.pt.
[49] Proc. Nº 08B1800, Relator Rodrigues dos Santos, disponível em www.stj.pt.

orotraqueal da paciente só a tendo realizado minutos depois de terem constatado que a paciente não recuperava. Nenhum dos demandados logrou provar a inexistência do nexo causal entre o dano morte e a actuação e o erro de tratamento cometido. Entendeu-se ainda que o demandado A não ilidiu a presunção que o onerava por não ter conseguido provar sua alegação factual de que a paragem cardio-respiratória sofrida pela lesada tinha decorrido de choque anafiláctico, pois se após um procedimento cirúrgico simples as condições do paciente são piores do que as que tinha antes de se submeter ao procedimento, se presume que houve uma terapia desajustada ou negligente execução profissional.

O acórdão teve dois votos de vencido. A fundamentação da posição que teve vencimento foi a de que *O tribunal recorrido tira presunções manifestamente a partir de factos não constantes dos autos e que não são factos notórios* e os autores não provaram quaisquer factos que permitam concluir pelo cumprimento ou incumprimento dos Reús, nem que tenha havido qualquer conduta lesiva chegando a afastar-se a culpa dos médicos pois, ao que tudo indica, a conduta foi diligente e adequada.

Dos factos provados resulta que o estado de saúde da paciente não fazia prever *qualquer contra-indicação para a administração anestésica e* sedação concluindo-se que não era de prever que a paciente sofresse uma paragem cardio-respiratória e consequentemente viesse a falecer.

Também não ficou provado o nexo causal entre a paragem cardio - respiratória e o choque anafiláctico, nem nenhuma violação *das leges artis*.

Quanto ao nexo de causalidade, *é sabido que a doutrina da causalidade adequada, sobretudo na área jurídico-penal, vai cedendo o passo às novas teorias da imputação objectiva, designadamente à teoria do incremento do risco, moderada pelo critério do âmbito da tutela da norma, o certo é também que, no caso, e como atrás se disse já, o ónus da diligência recai sobre o médico desde que o lesado faça prova da existência do vínculo contratual (evidentemente nos casos em que haja contrato, porque em caso de responsabilidade extra-contratual terá de fazer prova até da culpa do autor da lesão - art° 487° do C.Civil).*

Como no caso em apreço se trata de responsabilidade contratual, aos autores cabia provar os pressupostos da responsabilidade contratual (contrato e nexo causal), cabendo aos médicos ilidir a presunção de culpa a que se refere o art. 799º nº1 CC.

Acontece que os autores não lograram fazer prova da violação das regras da arte e da conexão causal entre a conduta médica e o dano morte, como os próprios Réus

provaram a diligência com que actuaram, diligência esta que será aferida pelo conceito, não do *bonus pater familias*, mas do médico médio, do *reasonable doctor*.

No voto de vencido a que para o nosso estudo cabe fazer referência é o do Conselheiro Oliveira Vasconcelos.

Fazendo referência aos factos provados e aos não provados, o Conselheiro chama à colação a obra de Rute Teixeira Pedro referindo, em suma, o seguinte *Um médico obriga-se não só a não prejudicar o aproveitamento das possibilidades (chances) de que o paciente dispõe de sucesso terapêutico, empregando a bagagem de meios (científicos e técnicos) com que ele está apetrechado, mas sobretudo a não abortar uma acreditada possibilidade médica de êxito.* (…) *Assim, quer se funde na responsabilidade contratual, quer na responsabilidade extracontratual, necessário é que o médico pratique um facto (positivo ou negativo), ilícito, culposo e que cause um dano ao doente. Em princípio e de acordo com as normas da distribuição do ónus da prova – cfr. nº1 do artigo 342º do Código Civil – caberá ao autor/doente alegar e provar os factos demonstrativos da verificação daqueles pressupostos. No entanto, o encargo probatório que recai sobre o doente – um leigo na matéria, com um acesso, muitas vezes dificultado, ao registo médico – revela-se muito pesado* (…) *Assim, um médico incorre numa situação de incumprimento quando se desvie do padrão de comportamento diligente e competente, a que, como profissional da área, deve obedecer.* (…) *Considerando a obrigação que um médico assume de prestar assistência a um determinado paciente, pode-se concluir que o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (chances) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado imediato – a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade.* (…) *A ausência da verificação daquele resultado facilita a demonstração do incumprimento da obrigação de não destruir as possibilidades de êxito terapêutico, de que o doente dispunha. A insatisfação do interesse final ou mediato, arrastando a insatisfação do interesse imediato ou intermédio, poderá funcionar como indício ou demonstração "prima facie" do inadimplemento da obrigação de não destruição das possibilidades de êxito terapêutico. Demonstrado o incumprimento desta "outra" obrigação, caberá ao médico, para afastar a responsabilização pelo "dano de destruição das possibilidades (ou chances)" provar que aplicou a diligência ou aptidão que lhe era exigível – por outras palavras, que satisfez o interesse mediato – mas que por razões que não podia prever ou não podia controlar, a finalidade pretendida se gorou e as chances existentes se perderam. Perante a falta de consecução daquele "outro resultado" devido poderá, e deverá, ser aplicado o regime*

geral da responsabilidade obrigacional, sem necessidade de operar qualquer desvio, nomeadamente quanto à presunção de culpa do devedor genericamente consagrada.

Salienta ainda o erro científico não releva para o direito, mas sim a causa humana do mesmo. Para que surja a obrigação de indemnizar exige-se que a verificação do erro assuma uma configuração tal que torne o agente merecedor de um juízo de reprovação.

Na relação médico-doente existe um desequilíbrio que se reflecte no plano probatório, na medida em que o paciente é um sujeito particularmente enfraquecido por força da patologia que o afecta, e pelo carácter especializado da prestação médica bem como pelo desnível de conhecimentos e preparação técnico-científica entre ambas as partes.

O Conselheiro Oliveira Vasconcelos, no seguimento da sua fundamentação, levanta a questão de saber se a *actividade dos réus nada teve a ver com o que posteriormente veio a acontecer, nomeadamente com a morte da EE* questão suscitada com base *"no que acima ficou dito sobre a presunção de culpa que impendia sobre os réus."*

Dado que a paciente não revelava qualquer contra indicação à realização da intervenção e à administração da anestesia, conclui *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* e *Face à matéria de facto dada como provada não se pode extrair com segurança qualquer conclusão sobre a diligência dos réus, ou seja, se a sua actuação se desviou ou não do padrão de comportamento diligente e competente.*

Ora, se não se pode concluir sobre o resultado imediato, pode concluir-se pelo resultado mediato: a morte da paciente.

Com a morte *perdeu-se a oportunidade, a chance, do aproveitamento da oportunidade que a EE tinha de ser operada com êxito. E de acordo com o que acima ficou exposto, eram os réus que tinham de alegar e provar que aplicaram a aptidão e diligência possível, mas que por razões que não podiam prever* ou não podiam controlar, a finalidade pretendida – a lipoaspiração, com a preliminar anestesia local – se gorou e as chances existentes se perderam.

Como os Réus alegaram que a bradicardia se ficou a dever a uma reacção alérgica grave aos anestésicos (choque anafiláctico), mas não conseguiram provar tal facto, não ilidiram a presunção de culpa que sobre eles recaía *não demonstraram qualquer causa externa à sua actuação que tenha estado na origem da bradicardização* daí que se presume a culpa.

Também em relação aos acontecimentos posteriores à ocorrência da bradicardia, fica-se sem saber se os procedimentos efectuados pelos réus foram os mais adequados, actuando com um razoável e mediano grau de perícia e competência, restando a dúvida se, perante a bradicardia não deviam imediatamente ter colocado a paciente em decúbito dorsal em vez de a manter no decúbito ventral e, visto tratar-se de uma lipoaspiração de uma doente obesa, se o posicionamento ideal para permitir uma ventilação correcta não era desde logo o decúbito dorsal e estando na posição de decúbito ventral, se não deviam imediatamente fazer a entubação orotraqueal em vez de começar por fazer a ventilação manual. Também não ficou provado que as doses anestésicas administradas tenham sido as correctas.

Conclui o venerando Conselheiro *Por tudo o que acabou de se escrever, entendo que se verificam no caso concreto em apreço os pressupostos para os réus indemnizarem os autores, pelo que negaria a revista e confirmaria o acórdão recorrido.*

Um outro caso que chamamos à colação é o apreciado pelo TRL no Ac. de 14 de Julho de 2015[50].

No âmbito de um contrato de prestação de serviços celebrado entre a autora e uma empresa de instalação de alarmes foi levantada a questão da perda de chance.

Foi alegado que *a conduta omissiva da ré fez perder a autora a chance de, através do accionamento do alarme, evitar um prejuízo, isto é, a concretização do furto ou pelo menos evitar a extensão dos danos*, posto que a moradia da autora foi assaltada de diversas vezes, não tendo o alarme funcionado devidamente.

No acórdão é analisada a perda de chance no plano da causalidade. Refere o acórdão que *uma hipótese de perda de oportunidade apenas pode colocar-se verdadeiramente quando não se alcança a prova de que um determinado facto foi causa física de um determinado dano final. É essa a situação que ocorre nos autos, pois que não se provaram factos que permitam formular um juízo de causalidade naturalístico. Trata-se de um caso em que existe uma efectiva impossibilidade de prova por parte da autora em satisfazer o ónus de demonstrar, e com toda a probabilidade, de que o furto não teria sido concretizado, não fora o comportamento da ré*. (…) *Sustenta-se que, para efeitos de*

[50] Proc. Nº6987/13.6TBOER.L1-1, Relator Manuel Marques, disponível em www.dgsi.pt.

verificação do nexo de causalidade, se deve colocar o acento tónico não no resultado final, mas nas possibilidades de ele ser atingido (é necessário que o acto ilícito e culposo seja a causa jurídica da perda da chance).

Os MM. Juízes Desembargadores na fundamentação do acórdão apresentam várias formulações para a teoria da perda de chance. Referem que para alguns autores a perda de chance deve considerar-se como sendo um dano autónomo, conforme defende Patrícia Cordeiro da Costa e Rute Teixeira Pedro, contudo admitem e seguem a tese defendida por Rui Cardona Ferreira porque *tratando-se de um dano autónomo, é difícil explicar que para a sua indemnizabilidade se exija um determinado grau de gravidade, pois que, no direito português, em princípio, todos os danos patrimoniais são indemnizáveis – arts. 562º, 564º e 566º, n.º 2, do CC.*

O entendimento seguido pelos MM. Desembargadores, citando Rui Cardona, propugnam que *em face do direito português, não se pode caracterizar a perda de chance como um dano patrimonial autónomo e que haverá que trilhar outro caminho, mediante a revisão da teoria da causalidade normalmente adoptada, configurando a perda de chance como uma modalidade ou um critério da causalidade entre o facto lesivo e o dano final ocorrido,* posto que o consenso não é unânime em saber se o art. 563º consagra a teoria da causalidade adequada. Conforme o autor, deve-se recorrer ao contributo de Claus Roxin no direito penal admitindo em certos casos o recurso da teoria da conexão do risco *de acordo com a qual, o resultado danoso deve ser imputado ao agente quando a respectiva conduta tenha criado ou aumentado um risco não permitido ou, nos casos de omissão, não tenha eliminado ou diminuído esse risco, nos termos que seriam exigíveis*.

Socorrendo-se deste entendimento, decidem com base na teoria da conexão do risco onde o juízo hipotético, sobre as consequências da falta de funcionamento do alarme, passa pela aferição do grau de risco de verificação do resultado danoso.

Na fixação do quantum indemnizatória recorrem também à regra da equidade, cfr. art. 566º nº3 CC.

Como acabamos de evidenciar, a jurisprudência portuguesa tem realizado um esforço no sentido da aplicação/admissibilidade da teoria aos casos concretos, contudo a teoria ainda se encontra longe de estar consagrada no nosso ordenamento jurídico, dado que a construção doutrinária sobre o tema se mostra escassa daí que resulte, também, a nosso ver, um número reduzido de decisões onde o conceito é invocado.

Para além disso as decisões mostram-se dispares não havendo um consentimento generalizado acerca da teoria da perda de chance.

Ainda que na maioria a aplicação da teoria tenha enfoque nos casos de responsabilidade civil do mandatário forense, como tivemos oportunidade de ver, pode ser suscitada nos mais variados casos concretos.

5. Posição adoptada

Como tivemos oportunidade de analisar, e de acordo com o exposto, o conceito de perda de chance acarreta dificuldades, quer ao nível da sua aceitação como um dano quer ao nível da demonstração do nexo de causalidade.

Nos vários casos aqui considerados o que se verificou é que o resultado final da perda de chance, quer se considere um dano quer um problema de causalidade, possuía sempre um carácter económico relevante.

Quando a chance se mostre como séria e real poderá ser considerada como um bem jurídico autónomo, pertencente ao património do lesado e já existente à altura da lesão.

Quando o facto ilícito produza uma séria e real perda de chance, de obter um resultado favorável ou de evitar um prejuízo, não basta que a perda de chance seja vista apenas como uma lesão ao património de outrem, terá ainda de se aferir no caso concreto quais as chances merecedoras de tutela jurídica consubstanciando bens jurídicos tuteláveis, trabalho esse que cabe ao julgador.

Nos casos de responsabilidade civil contratual a admissibilidade da figura da perda de chance não será difícil de aceitar, já que o acordo das partes pode prever essa situação; já no tocante à responsabilidade civil extracontratual não é tão liminar essa inclusão, contudo defendemos que se por um lado o resultado útil não se encontra previsto num contrato, por outro lado já o bem jurídico tutelado estará numa norma legal, *v.g.* saúde, vida, integridade física, entre outros, podendo ser aplicado em ambas as situações. Defendemos, assim, pela aplicação da teoria em todos os domínios da responsabilidade civil.

Aceitamos que se faça uma artificialidade das chances, na medida em que essas chances têm uma correlação com o resultado útil final.

Conforme refere Nuno Santos Rocha as chances seriam *o bem jurídico ainda numa fase embrionária, à espera do seu nascimento, para que nele se pudessem fundir e desaparecer porque não mais necessárias*.(Rocha, 86: 2014)

A todo modo não aceitamos que o prejuízo fique a cargo da pessoa que viu a sua esfera jurídica afectada por acto ilícito de terceiro, devendo impor-se a obrigação de ressarcimento e/ou reparação à pessoa cujo comportamento provocou a lesão.

Ora, se a lei impõe a obrigação de reparar os danos através do instituto da responsabilidade civil não entendemos o porquê de o dano da perda de chance, assim compreendido, ficar por reparar.

Atribuindo ao património o conjunto de todos os valores juridicamente protegidos, a tutela efectiva e eficaz desses bens não pode restringir-se apenas aos bens corpóreos e materiais tendo de estender-se a outras categorias de bens não tão perceptíveis ao conhecimento humano mas que se encontram presentes no património do lesado, incluindo as chances perdidas.

Com a emancipação do dano da perda de chance não ocorre nenhuma distorção aos pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente do nexo causal. Este verificar-se-á com relação não ao facto ilícito e ao resultado final que o lesado esperava alcançar mas antes em relação ao primeiro e a perda de possibilidade de alcançar o segundo. Perante o art. 563º CC competirá ao lesado provar esta causalidade, e provando-a terá, nessa medida, de ser reparado.

É certo e sabido que conceito de dano tem evoluído, ampliando-se a novas realidades.

A perda de chance deve, no nosso entendimento, ser abordada como um dano e não como um problema de nexo de causalidade.

Nos acórdãos que acabamos de referir vemos que se a perda de chance for vista como um problema de causalidade poucas ou nenhumas são as margens deixadas para a sua aplicação. Por outro lado, se a perspectiva for enquadrada como uma questão de dano tanto mais fácil será a sua aceitação.

No tocante à certeza do dano da perda de chance apesar de no domínio das probabilidades nela subjaz uma certeza: que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria num prejuízo.

Autónomo do dano final, o valor da indemnização por perda de chance deve ser aferido com relação ao grau de probabilidade, porque o valor da indemnização jamais poderá ser igual ou superior ao que receberia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada Assim, deve proceder-se à avaliação do dano final e posteriormente fixar-se o grau de probabilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável. Obtido o valor percentual este será aplicado ao valor correspondente à avaliação do dano final.

Sendo a perda de chance um dano distinto do dano final no nosso entendimento não é admissível que em relação ao *quantum* indemnizatório o valor daquele seja igual ao valor do dano final. Não sendo possível concluir o grau de probabilidade e o valor exacto do dano, deve o tribunal socorrer-se do previsto no art. 566º nº3 CC *Se não puder ser*

averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.

Defendemos que a indemnização por perda de chance é uma probabilidade real de alguém obter um resultado favorável ou evitar um determinado prejuízo.

Quanto ao nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano final ainda que seja difícil provar desde que se torne evidente e real o dano intermédio da perda de chance, este deve ser ressarcido. Teremos de analisar o dano intermédio da perda de chance à parte do dano final, vendo na perspectiva de um dano autónomo. Nesta linha de raciocínio o modelo tradicional da responsabilidade civil não sofre alteração. O nexo de causalidade será visto entre o facto ilícito e o resultado final que o lesado espera alcançar – a perda de chance de obter o resultado final - cabendo ao lesado fazer prova do prejuízo invocado, nos termos do art. 563º CC.

A nosso ver, não se colocarão muitas dificuldades em integrar na previsão legal do art. 483º CC os comportamentos gerados de perdas de chance nem quanto à sua admissibilidade enquanto danos juridicamente reparáveis.

Se por um lado a aplicação da teoria da perda de chance é, na responsabilidade civil contratual admissível.

Relativamente aos critérios para aferir do *quantum* indemnizatório, entendemos que, desde que verificados todos os pressupostos da responsabilidade civil e se provada a consistência da chance perdida, sua seriedade e realidade de alcançar o resultado final, considerando que a mesma é diferente do dano final ainda que com ele interrelacionada, o montante da indemnização não deve corresponder ao valor global do dano final. Rejeitamos o entendimento seguido no STJ no Ac. de 22 de Outubro de 2009[51], já referido supra.

Por aplicação do art. 494º CC, deve ser reduzido, sem violação do princípio da reparação integral dos danos art. 566º CC pois que o dano a indemnizar é diferente do dano final. Considerando a perda de chance como um dano específico e autónomo a sua reparação será na medida desse próprio dano, sendo também ela integral. O critério

[51] Proc. Nº 409/09.4YFLSB, Relator João Bernardo, disponível em www.stj.pt.

estabelecido pelo art. 566º nº3 CC passa por alcançar a solução justa do caso concreto e não pelo arbítrio.

Assim, o dano que nasce com a actuação ilícita de terceiro e é distinto do dano final e assim, também a indemnização deve reflectir essa diferença[52] pois que a perda de chance consiste na perda da probabilidade de obter uma vantagem futura. Essa vantagem deve ser aferida em termos de probabilidade, *reportando-se o dano de perda de chance ao valor da oportunidade perdida e não ao benefício esperado*. Teremos sempre de ter presente o seu carácter instrumental e intermédio em relação à obtenção do resultado final.

A indemnização refere-se à reparação da chance perdida, logo, deve ser correspondente à medida da referida chance.

Relativamente ao cálculo da indemnização:

- primeiro teremos de aferir o valor do dano final;

- segundo, aferir a probabilidade da chance, valor esse que será traduzido em percentagem;

- por último, e com base nos dois resultados anteriores, calcular o montante indemnizatório.

Quanto aos critérios a seguir com vista à ressarcibilidade da perda de chance, seguimos o entendimento do Ac. do TRL de 18 de Setembro de 2012[53] e Rute Teixeira Pedro:

-a existência de um determinado resultado positivo futuro que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não se mostra certa;

-a existência de uma chance real de aquisição da finalidade esperada;

-a verificação de um comportamento de terceiro, susceptível de gerar responsabilidade, que elimina de forma definitiva as possibilidades existentes de o resultado se vir a produzir. (Pedro, 2008: 198-203)

Uma vez que neste tipo de acções não se pode reconstituir a situação anterior ao evento lesivo também não é possível determinar o valor exacto dos danos cfr. arts. 562º e 566º nº3 CC.

---

[52] Cfr. entendimento seguido no Ac. do STJ de 26 de Outubro de 2010, Relator Azevedo Ramos, Proc. Nº 1410/04-OTVLSB.L1.S1, disponível em www.stj.pt.

[53] Proc. Nº 2409/08.2TVLSB.L1-7, Relator Graça Araújo, disponível em www.dgsi.pt.

Conforme refere Rute Teixeira Pedro *no cálculo do valor indemnizatório não poderá ser esquecida nem a autonomia do dano a ressarcir, nem a sua íntima relação com a perda, em definitivo, do resultado que a chance, antes de ser perdida, podia propiciar. O mesmo é dizer que, na consideração da chance em si mesma, se deve ter presente o seu carácter instrumental e intermédio em relação à obtenção do efeito final.* (Pedro, 2008: 229-230)

Como já se referiu a admissibilidade da aplicação do conceito de perda de chance deve ser encarado como um aperfeiçoamento face a teoria do tudo ou nada. Nem 8 nem 80, nem a chance pode ser ressarcida no valor do dano final nem ficar por ressarcir com base neste critério. Claro que terá de se tratar de uma oportunidade de que a pessoa efectivamente beneficie, e não de uma fantasia.

Propugnamos ainda que o conceito da perda de chance dever incluir quer casos de perda de oportunidade num sentido literal, isto é, quando efectivamente a oportunidade se extinguiu, quer os casos em que ocorre apenas uma redução do grau de probabilidade da mesma.

O que significa que, admitindo que a chance constitui um valor considerável para merecer tutela jurídica, não há justificação para no fim fazer depender tal tutela de probabilidades. "*Se a chance é um bem autónomo, condição necessária e suficiente para que a chance seja ressarcida é a subsistência de uma possibilidade de resultado, seja qual for a sua probabilidade*". (Gasparini, 2008: 344)[54]

Mesmo que a perda de oportunidade seja admitida apenas como uma atenuação do nexo de causalidade, a respectiva indemnização não corresponderá ao valor correspondente ao do dano final afastando-se das soluções de tudo ou nada.

Como referimos supra, para que se considere autónoma a figura de perda de chance como um valor que não pode ser negado ao titular e que está contido no seu património, importa apreciar a conduta do lesante não a ligando inflexivelmente ao nexo de causalidade.

Esta autonomia terá de ser relativa. No entanto, existe uma relação na medida em que as chances terão de ser chances de alguma coisa.

---

[54] Citação de Gomes, 2012. *Ainda sobre a figura (...)* , p.28, nota 51.

Conforme refere René Savatier, na tradução da sua obra, "*Normalmente, o simples facto de as chances de dano terem sido aumentadas por acção ou omissão faz apenas possível, mas não certa, a ocorrência desse dano. Todavia, tal facto pode ter contribuído, se outras circunstâncias levarem a pensar que, na ausência das chances, o dano não teria ocorrido. Além do mais, a relação de causalidade sendo certa entre o facto alegado e a chance de dano criada, a vítima poderá ser indemnizada do valor dessa chance, caso esse valor seja apreciável em dinheiro*". (Savatier, 1951: 8)

Entendemos que a chance de obter um resultado favorável ou de se evitar um prejuízo, por si só, já está integrada no património jurídico do lesado e assim susceptível de ser indemnizada.

A chance não pode ser indagada como a perda de um resultado favorável, mas sim como a perda da possibilidade de obter aquela vantagem e desde que esta perda seja séria e real ela integrará o património do lesado possuindo valor económico podendo assim ser indemnizada.

A perda de chance pode definir-se como a perda de um estado de coisas favoráveis.

O dano intermédio será indemnizável na medida que foi causa do dano final.

Além do facto e do dano exige-se que entre os dois elementos exista uma ligação: que o facto constitua causa do dano. Não há que ressarcir todos e quaisquer danos que sobrevenham ao facto ilícito, mas tão só os que tenham na realidade ocasionado, os que possam considerar-se pelo mesmo produzidos (Costa, 2001: 554-555)

Apenas serão indemnizáveis as chances sérias e reais, pelo que importa averiguar se a possibilidade perdida gozava de um determinado grau de consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido.

Não se consegue demonstrar que a perda de determinada vantagem é consequência segura do facto de terceiro, mas que as probabilidades de alcançar tal vantagem não são desprezíveis mas sim sérias e reais .

A exigência de certeza na teoria do tudo ou nada é afastada pela concepção de uma causalidade probabilista.

Conforme Nuno Santos Rocha "*o único nexo causal certo e provado é o que liga o ilícito às oportunidades perdidas, e é este prejuízo que vai ser reparado e, como todos os prejuízos, terá de o ser integralmente*." (Rocha 2015: 68)

Conforme Rui Cardona Ferreira *podemos subscrever a afirmação de Júlio Vieira Gomes segundo a qual "(…) a doutrina da perda de chance não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, mas constitui antes uma rutura, mais*

ou menos «camuflada», com a conceção clássica da causalidade" acrescenta o autor *em nosso entender, tal rutura não se acha absolutamente vedada pelo art.563.º do CC, devendo deixar de ser camuflada e passar a ser assumida, não em termos ilimitados ou de aplicação geral, mas em pressupostos e com limites bem definidos. Só assim se promoverá a segurança jurídica e se poderá contribuir para a compreensão (e a necessária estabilização) da florescente jurisprudência em tema de perda de chance*.(Ferreira, 2013: 1329)

O nexo de causalidade será aferido, não entre o facto ilícito e o resultado final que a vítima esperava alcançar, mas entre o primeiro e a perda de chance de obter o segundo, e cabe à vítima de acordo com o art. 563º CC fazer a prova do prejuízo que invoca.

Júlio Gomes no sentido de que *a doutrina da perda de chance não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, mas constitui antes uma rutura, mais ou menos "camuflada", com a concepção clássica da causalidade. E mesmo que porventura se deva, de jure condendo, questionar sobre a suficiência da teoria da causalidade adequada, não se pode esquecer que a mesma foi consagrada entre nós no artigo 563º do Código Civil. Não se nos afigura adequado introduzir, entre nós, de maneira tão dissimulada, um reconhecimento da causalidade probabilística*. (Gomes, 2005: 38)

A admissibilidade da perda de chance no nosso ordenamento jurídico busca soluções justas e equitativas já que, por outro lado, a teoria do tudo ou nada não é suficiente para indemnizar muitos casos que merecem ser indemnizados.

É certo que alguma doutrina parece aceitar que os pressupostos da responsabilidade civil se moldem ou adaptem à figura da perda de chance, seja considerando que da mesma resulta a elevação da chance a um dano autónomo, seja propugnado que a mesma se adequa ao critério de causalidade com respaldo no nosso actual enquadramento legislativo.

A nosso ver, a admissibilidade da indemnização por perda de chance apresenta-se eficaz na resolução de decisões justas.

A chance ou oportunidade, enquanto parte integrante do património jurídico do lesado, merece ser tutelada pelo direito.

Conclusão

O regime da responsabilidade civil tem vindo a adaptar-se consoante o decorrer dos séculos.

Nos nossos dias, com o modelo tradicional de responsabilidade civil a que estamos habituados, urge fazer uma adaptação prática com o objectivo de busca de justiça e na ideia a ela subjacente de que o lesado não deve suportar os danos que outrem lhe causou o que levou a que tanto na doutrina como na jurisprudência se levantassem questões como a da perda de chance para assim se criarem mecanismos por forma a aumentar as possibilidades de reparação efectiva dos danos.

Temos assistido a uma evolução da responsabilidade civil por forma a dar resposta aos problemas, às novas realidades.

A teoria da perda de chance não pretende indemnizar vantagens não alcançadas, dado que o futuro é incerto e carecemos de meios adequados para conseguir provar qual seria o resultado final, mas antes, pretende indemnizar a perda de chance de obter um benefício ou de evitar um prejuízo, devendo ser uma chance séria e real dado que um dano meramente hipotético não é passível de indemnização.

O critério utilizado para aferir da perda de chance é o da probabilidade, daí que, para a sua fixação, seja considerado de acordo com aquilo que é plausível e intuitivamente verdadeiro, pois jamais seria possível afirmar com toda a certeza que o lesado teria alcançado aquela vantagem de poder chegar ao resultado esperado, até porque, como estamos dentro do campo da probabilidade, poderia nesse lapso de tempo ter ocorrido algum facto fortuito.

Entendemos que o Homem é um ser imperfeito, bem como o seu conhecimento, não sendo capaz de certezas absolutas, mas na busca do direito para realização da justiça devemo-nos adaptar as novas realidades que vão surgindo não deixando de decidir favoravelmente pela aplicação desta teoria da perda de chance desde que esta se mostre real e séria.

Entendemos que teoria da perda de chance é aplicável desde que preenchidos os respectivos pressupostos da responsabilidade civil a qualquer área e não só à responsabilidade civil do mandatário forense, responsabilidade civil por acto médico e responsabilidade civil do estado e demais entidades públicas

Em alguns casos consegue-se visualizar qual o prejuízo que o lesado suportou no entanto não se consegue vislumbrar qual o dano certo e determinado o que torna difícil a

ressarcibilidade da vítima daí que para que seja possível a reparação das chances perdidas é necessário que se as enquadre como se danos se tratassem sendo a chance uma probabilidade real de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Ponto assente é que a chance seja séria e real, excluindo-se as meras expectativas e as meras possibilidades fictícias.

O requisito que se procura na chance perdida não é o que certamente iria ocorrer. Requer-se apenas a oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo e não a certeza absoluta pois quando se tratar de ganho futuro e certo, estaremos em sede de lucro cessante.

A responsabilidade civil pela perda de chance é um tema relevante na medida em que estende a área de actuação da responsabilidade civil, dado que possibilita a indemnização do lesado por uma nova espécie de dano.

Entendemos que se uma pessoa se vê privado da chance de conseguir um lucro ou evitar um prejuízo, a figura perda de chance reconhece uma nova categoria de dano passível de indemnização, posto que a perda dessa chance possui um valor económico, o qual pode ser quantificado, independente do resultado final, desde que presente a possibilidade séria e real de conseguir esta vantagem. Nesta concorrência de factores passados e futuros, necessários e contingentes, existe uma consequência actual e certa.

A preocupação da jurisprudência tem sido evitar que essa excessiva dificuldade probatória conduza a situações de injustiça flagrante, afastando-se da ressarcibilidade situações merecedoras de tutela, assim surge a perda de chance nestas situações, em que há o rigor exigido na prova do nexo causal, pressupondo um elevado grau de probabilidade com a inerente dificuldade de prova e não exigindo uma certeza absoluta.

O agente apenas será obrigado a reparar o dano que efectivamente provocou, e resultará sempre num montante inferior ao dano final. A solução parece-nos equilibrada, assente numa ideia de justiça repugnando a ideia de irresponsabilidade por falta de sustentação probatória.

As finalidades da responsabilidade civil mostram-se por este meio realizadas porque tanto se previne já que o agente vai suportar as compensações das chances perdidas pela vítima, e a reparação pois ao se reparar a chance perdida apenas se estará a reparar o prejuízo efectivamente causado ao lesado.

As bases encontram-se criadas pela doutrina do direito comparado e pela jurisprudência sendo possível a sua transposição para o ordenamento jurídico português.

Facilitando a tarefa dos tribunais que cada vez mais são chamados a apreciar casos de perda de chance e aperfeiçoando os seus critérios de aplicação, nomeadamente quanto a fixação da indemnização.

Tendemos para o entendimento que as vantagens da sua aplicação serão menores que as suas desvantagens.

O conceito de dano tem vindo a evoluir, bem como o conceito de oportunidade perdida tem consagração no direito supranacional, como vimos anteriormente.

É fundamental que tanto a doutrina como a jurisprudência se versem mais concretamente no aprofundar de tal teoria de forma a que nos casos em que subjaz entre linhas nas decisões dos tribunais a aplicação perda de chance mas tão sublime que não permite ao leitor uma análise crítica dos fundamentos apresentados nas decisões.

Pese embora a criação do conceito datar do século XIX a mesma ainda carece de desenvolvimento e estudo aprofundado. As divergências suscitadas causam uma maior incerteza e dá azo a que um determinado dano fique por ressarcir por falta de prova de causalidade entre o facto e o dano.

O novo modelo de responsabilidade civil a que assistimos mais preocupado com a reparação da vítima onde se incluem os novos conceitos de dano mais amplo é forma eficaz para prosseguir os fins do direito: justiça e segurança jurídica.

O modelo tradicional do tudo ou nada fica muito aquém da realização da justiça.

Sendo o Homem um ser imperfeito e com todas as consequências dessa imperfeição não podemos exigir que na busca da justiça o caminho a trilhar seja a busca de certezas absolutas.

Ainda que se entenda que não há necessidade de alterar os pressupostos da responsabilidade civil para admitir a teoria da perda de chance, é nosso entendimento de que o legislador deverá ter em consideração no futuro o reconhecimento da perda de chance como um dano autónomo.

A questão levantada de que não se pode violar o direito positivo por criação jurisprudencial a nosso ver não tem cabimento desde logo que o direito positivo apesar de constituído não está a acompanhar todas as mudanças das novas realidades a que hoje assistimos.

Com a falta de previsão legal o que se assiste é à dificuldade que há na prática de aplicar a teoria aos casos concretos em que esta tem, ou poderá ter, aplicação o que acarreta uma disparidade no tratamento da teoria em casos semelhantes.

Temos por certo que o conceito de dano tem vindo a evoluir, tentando adaptar-se às novas realidades, devendo-se considerar a perda de chance como um dano autónomo.

Na busca de decisões justas e equitativas para os casos concretos, a perda de chance traduz-se numa tutela antecipada de bens jurídicos, surgindo, assim, como forma de solucionar casos em que seguindo o tradicional modelo do tudo ou nada acabariam sem indemnização.

Bibliografia

ALCOZ, Luis Medina. *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades*. Revista de Responsabilidade Civil e Seguro, p. 31-74. Disponível na Internet em: <http://www.asociacionabogadosrcs.org//doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d588191bc9123527>

CHARTIER, Yves. 1983. *La réparation du préjudice dans la responsabilité civil*. Paris: Dalloz

CORDEIRO, Menezes. 2014. *Tratado de Direito Civil Português, II – Parte Geral – Negócio Jurídico.* 4ª ed., Coimbra : Almedina

COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2013. *Noções Fundamentais de Direito Civil.* 6ª ed., revista e actualizada. Coimbra : Almedina

COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2001. *Direito das Obrigações* 9ª ed., Coimbra: Almedina

COSTA, Mário Júlio de Almeida. 2013. *Direito das Obrigações* 12ª ed., Revista e Actualizada, Coimbra: Almedina

COSTA, Patrícia Cordeiro da. 2016. *Causalidade, Dano e Prova - A Incerteza na Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina

EIRÓ, Vera. 2012. *A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas* - Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas, publicado pelo ICJP – 5 de Dezembro de 2012, p. 49-67

FERREIRA, Durval. 2016. *Dano da perda de chance*, Porto: Vida Económica

FERREIRA, Rui Cardona. 2011. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública).* Coimbra: Almedina

FERREIRA, Rui Cardona. 2013. *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, Revista da Ordem dos Advogados. Ano 73. Out./Dez. 2013. Lisboa p. 1301-1329. Disponível na Internet em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>

FRADA, Carneiro Da. 2006. *Direito Civil, Responsabilidade civil: o método do caso.* Coimbra: Almedina

FRADA, Carneiro Da. 2011. *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina

GASPARINI, Alessandro. 2008 *La perdita di chance: danno risarcibile ed acertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto*. Contratto e Impresa. Europa

GOMES, Júlio Manuel Vieira. 2005. *Sobre o dano da perda de chance*, Direito e Justiça, Vol. XIX, Tomo II, (9-47)

GOMES, Júlio Manuel Vieira. 2008. *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, em Studia Iuridica, 91, Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado, Coimbra: Coimbra Editora

GOMES, Júlio Manuel Vieira. 2012. *Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance*, Cadernos de Direito Privado, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, "Responsabilidade Civil", nº especial 02.Dezembro 2012. Braga: Cejur

GUICHARD, Raul. 2000. *A ideia de um sistema móvel, em especial no domínio responsabilidade civil. Apresentação da tradução do texto de Walter Wilburg "Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil"* Publicado em DJ, XIV, Tomo 3

HÖRSTER, Heinrich Ewald. 2007. *A Parte Geral do Código Civil Português – teoria Geral do Direito Civil*. 4ª reimpressão da edição de 1992. Coimbra : Almedina

LEITÃO, Luís Teles de Menezes. 2014. *Direito das Obrigações* Vol.I – Introdução. Da Constituição das Obrigações. 11ª ed., Coimbra : Almedina

LOURENÇO, Paula Meira. 2006. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*. Coimbra : Coimbra Editora

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. 2014. *Responsabilidade pela perda de chance de revitalização*. II Congresso de Direito da Insolvência. Coordenação: Catarina Serra. Coimbra: Almedina

PEDRO, Rute Teixeira. 2008. *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra: Coimbra Editora

PINTO, Carlos Alberto da Mota. 2005. *Teoria Geral do Direito Civil.* 4ª ed., Coimbra : Coimbra Editora

PINTO, Paulo Mota. 2008.2009. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo* Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. 2006, *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil, Um olhar sobre a jurisprudência*, 3ª ed., Coimbra

RAPOSO, Vera Lúcia. 2014, *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, Revista do Ministério Público, 138, Abril-Junho 2014, ano 35

ROCHA, Nuno Santos. 2014. *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina

SAVATIER, René. 1951. *La Responsabilité Civile*, 2ª ed., Paris

VARELA, João de Matos Antunes. 1996. *Das Obrigações em Geral* Vol. I 9ª ed., Coimbra : Almedina

VARELA, João de Matos Antunes. 2000. *Das Obrigações em Geral* Vol. I. 10ª ed., Coimbra : Almedina