

**DANO DE PERDA DE CHANCE  
E A SUA PERSPECTIVA  
NO DIREITO PORTUGUÊS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

---

**Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa**

JUÍZA DE DIREITO



# O DANO DE PERDA DE CHANCE E SUA PERSPECTIVA NO DIREITO PORTUGUÊS

*“A questão é”, disse Alice, “se você pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes”.*

LEWIS CARROL, *Alice do Outro Lado do Espelho* (Livros de Bolso Europa-América, 1996).

*“(...) Proponho, pois, uma nova ética profissional, sobretudo, mas não só, para os cientistas da natureza. Proponho que ela assente nos doze princípios a seguir enunciados (...)*

*1. O nosso saber conjectural objectivo vai sempre mais além daquilo que um indivíduo consegue dominar. Não existem pois autoridades. Isto é igualmente válido no que se refere a especializações.*

*2. É impossível evitar todos os erros ou sequer todos os erros em si mesmo evitáveis. São constantemente cometidos erros por todos os cientistas. A antiga noção de que é possível evitar o erro, e que portanto é obrigatório evitá-lo, deve ser revista: ela própria está errada.*

*3. Naturalmente que continua a ser nossa tarefa evitar, sempre que possível, os erros, mas precisamente para os evitar, temos de compreender antes de mais, muito claramente, como é difícil evitá-los e que ninguém o consegue, inteiramente, não o conseguem também os cientistas criativos, que se deixam guiar pela sua intuição: a intuição também nos pode induzir em erro.*

*4. Mesmo as teorias mais bem confirmadas podem ocultar erros; cabe especialmente ao cientista procurar esses erros. A constatação de que uma teoria bem comprovada ou de que um processo de ampla aplicação prática enfermam de erro pode constituir uma descoberta importante.*

*5. Há, pois, que modificar a nossa atitude face aos nossos erros. É aqui que deve começar a nossa reforma ético-prática. Pois que a antiga atitude ético-profissional leva a que se dissimulem, a que se encubram os erros e a esquecerem-se tão rapidamente quanto possível.*

*6. O novo princípio básico é o de que para aprendermos a evitar*

*tanto quanto possível os erros, temos que aprender precisamente com eles. Encobrir os erros constitui, pois, o mais grave pecado intelectual.*

*7. Devemos, por conseguinte, procurar constantemente os nossos erros. Quando os detectarmos, há que gravá-los na memória, analisá-los sob todos os ângulos, para irmos até ao fundo.*

*8. A atitude autocrítica e a sinceridade são, por consequência, um dever.*

*9. Já que devemos aprender através dos erros que cometemos, devemos igualmente aprender a aceitar, ou melhor, a agradecer que os outros nos alertem para esses erros. Se chamamos a atenção dos outros para os erros que cometem, teremos que ter sempre presente o facto de nós próprios cometermos os mesmos erros. E convém não esquecer que os maiores cientistas os cometeram. Não pretendo certamente dizer com isto que os nossos erros são, em regra, desculpáveis. O que não podemos é negligenciar a nossa vigilância. Não obstante, é humanamente inevitável continuar a cometer erros.*

*10. Temos que compreender claramente que precisamos dos outros (e os outros de nós) para descobrirmos e corrigirmos os erros, e, em particular, precisamos daqueles que tenham crescido não só com ideias diferentes mas em ambientes distintos. O que também implica tolerância.*

*11. Convém que saibamos que a autocrítica é a melhor crítica, mas que a crítica através dos outros é uma necessidade. É praticamente tão útil quanto a autocrítica.*

*12. A crítica racional deve ser sempre específica – deve indicar as razões específicas por que determinadas afirmações, ou determinadas hipóteses parecem ser falsas e determinados argumentos não parecem ser válidos. A crítica racional deve ser norteadada pela ideia de uma aproximação à verdade objectiva. Neste sentido, deve ser impessoal.*

*Peço-lhes que considerem as formulações que acabo de apresentar como simples propostas. Elas pretendem mostrar que, mesmo no domínio da ética, se podem fazer propostas discutíveis e susceptíveis de aperfeiçoamento."*

*KARL POPPER, Em Busca de um Mundo Melhor (Fragmentos, 1989).*

## INTRODUÇÃO

Refere-se, usualmente, que às vezes pede-se demasiado da responsabilidade civil.

Porém, certo é que cada vez mais a voragem dos acontecimentos, com a multiplicação de riscos de ocorrência de danos, e com a complexificação dos processos causais, demanda a intervenção deste instituto, cujos postulados tradicionais vão sendo postos em causa.

Não só se têm desenvolvido novos esquemas conceptuais que permitem a imputação de danos, como por exemplo a “culpa de organização”, como, por outro lado, tem-se vindo a evidenciar e autonomizar toda uma nova panóplia de danos.

Mas também ao nível da aferição do nexos causal se assiste a uma alteração do paradigma tradicional, alteração que não é nova em outros sistemas jurídicos, mas que apenas começou a ganhar visibilidade no nosso ordenamento nos anos mais recentes.

O problema da perda de oportunidade diz respeito, não à teoria da causalidade jurídica ou de imputação objectiva, mas à teoria da causalidade física – tanto assim que a primeira (teoria da perda de oportunidade) leva a um alargamento dos casos de responsabilidade, enquanto que a segunda (teoria da causalidade jurídica ou de imputação objectiva) leva a uma restrição dos mesmos. 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.

A doutrina da perda de chance propugna, em tese geral, a concessão de uma indemnização quando fique demonstrado, não o nexos causal entre o facto e o dano final, mas simplesmente que as probabilidades de obtenção de uma vantagem, ou de evitamento de um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis.

Teve origem na prática judicial, e refere-se em regra a casos em que a vítima se encontra, de certo modo, numa situação de desigualdade de armas relativamente ao agente porque carece de conhecimentos e meios para apreciar (e demonstrar) se houve ou não causalidade. Visa assim corrigir tal desequilíbrio, auxiliando a vítima perante tais dificuldades de prova. Trata-se de uma técnica a que se recorre, pois, para ultrapassar as dificuldades de prova do nexos causal, pretendendo-se com a mesma evitar-se a solução drástica, e em muitos casos injusta, a que conduz o modelo tradicional do *tudo ou nada*.

Com o presente estudo pretende-se delinear o recorte desta figura, analisar o seu desenvolvimento, os seus fundamentos, pressupostos e campos de aplicação, bem como os critérios de indemnização pela mesma propostos; e, finalmente, averiguar se a mesma tem cabimento no nosso Direito constituído.

## **I. O instituto da responsabilidade civil – noção, finalidades, evolução do instituto e pressupostos (análise geral)**

### **1. Noção e enquadramento geral**

A responsabilidade civil é, de acordo com a lei portuguesa, uma das fontes das obrigações.

Segundo Rui Alarcão<sup>1</sup>, a mesma pode definir-se, genericamente, como a obrigação imposta a uma pessoa de reparar um prejuízo causado a outrem.

Citando Carneiro da Frada<sup>2</sup>, cabe “à ordem jurídica estabilizar expectativas e tutelar condicionantes, envolvimentos e relações da existência humana, protegendo-a de contingências muitas vezes perturbadoras. Nessa sua missão geral (...), compete-lhe também distribuir os diversos riscos de danos e definir os termos em que alguém é convocado a suportar um prejuízo sofrido por outrem (mediante a indemnização). Através da responsabilidade civil tutela-se ou promove-se a institucionalização de uma certa ordenação de bens pelo Direito, pelo que as normas reguladoras da imputação dos danos são, sob este ponto de vista, regras secundárias (ou de tutela) com respeito àquelas que, explícita ou implicitamente, compõem e definem essa ordenação de bens (as normas ordenadoras ou primárias são um *prius* em relação àquelas)”.

Este instituto abrange tanto os casos em que o que está em causa é o incumprimento de uma obrigação em sentido técnico, ou seja, de obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei – e que integram a latamente, embora não rigorosamente, designada *responsabilidade contratual*, apelidada por outros Autores por responsabilidade obrigacional<sup>3</sup> –, como os casos em que a responsabilidade emerge da violação de direitos absolutos ou de disposição legal destinada a proteger interesses alheios, ou da prática de actos que, apesar de lícitos, causam prejuízo a outrem – *responsabilidade extracontratual*<sup>4</sup>.

O Código Civil trata da mesma em locais distintos: nos arts. 483.º a 510.º (responsabilidade por factos ilícitos e pelo risco) e nos arts. 798.º a 812.º (responsabilidade contratual).

Porém, alguns aspectos comuns aos dois tipos de responsabilidade (contratual e

---

<sup>1</sup> RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pag. 206.

<sup>2</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, 2006, pag. 60.

<sup>3</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 7.ª edição revista e actualizada, 1991, pag. 509, e em especial nota (1).

<sup>4</sup> ANTUNES VARELA, *obra citada*, pag. 509.

extracontratual) estão regulados, por sua vez, nos arts. 562.º a 572.º, mormente naquilo que respeita à determinação dos danos indemnizáveis (nexo de causalidade entre o facto e o dano), às formas de indemnização e ao cálculo do seu montante.

Em disposições dispersas, consagraram-se casos de responsabilidade civil extracontratual por factos lícitos causadores de danos – como, por exemplo, nos arts. 1348.º, n.º 2 e 1349.º, n.º 3, ambos do Código Civil.

De salientar ainda que existe um conjunto de casos que não se enquadram bem quer na categoria da responsabilidade civil extracontratual, quer na categoria da responsabilidade civil contratual. A tal se refere Carneiro da Frada<sup>5</sup>, mencionando “as constantes interferências entre o delito e o contrato, assim como o aparecimento de imputações de danos que parecem (poder) reivindicar autonomia em relação a esses termos de referência. Esta área problemática, correspondente às responsabilidades “intermédias” ou “não alinhadas”, pode identificar-se genericamente, a título propedêutico, como a de “terceira via” da responsabilidade. Para ilustrar a heterogeneidade de espécies que nela se albergam poderão desenvolver-se, além da *culpa in contrahendo* ou de algumas espécies agrupadas habitualmente no cumprimento defeituoso do contrato, por exemplo, a questão da responsabilidade de terceiros por violação do crédito, o contrato com eficácia de protecção para, ou contra, terceiros e, ainda, a responsabilidade pela confiança”.

## **2. Finalidades e tendências de evolução**

Tal como salienta Pessoa Jorge<sup>6</sup>, problema importante é o de saber qual a função a atribuir à responsabilidade civil: se uma função punitiva (ou punitiva-preventiva), se uma função reparadora.

Continuando a citar Pessoa Jorge, na primeira concepção, a responsabilidade civil constitui a sanção, a retribuição, do acto ilícito civil, podendo estar-lhe ainda associada uma função de prevenção ou dissuasão, apresentando-se a responsabilidade civil como uma forma de desencorajar a prática de novos actos produtores de danos, quer pelo próprio agente quer pelas outras pessoas.

Já na segunda concepção, a função da responsabilidade civil consiste em reparar o

---

<sup>5</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *obra citada*, pags. 62-63.

<sup>6</sup> PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Livraria Petrony, 1968, pags. 47 e segs..

dano causado ao lesado, restituindo este último ao estado em que se encontraria se não tivesse havido lesão.

Analisados os preceitos legais vigentes no sistema jurídico português, a visão tradicional apenas reconhece à responsabilidade civil a função meramente reparadora: a existência de prejuízos é pressuposto ou requisito da responsabilidade civil, visando esta reparar nada mais do que o prejuízo sofrido (dano como pressuposto e como limite máximo da indemnização).

No entanto, recentemente a discussão foi novamente relançada, conforme nos dá conta Paula Meira Lourenço<sup>7</sup>.

Já Pessoa Jorge<sup>8</sup> entendia que, mesmo quanto à responsabilidade meramente civil, e apesar de parecer que, à face da nossa lei, a função primária é a reparadora – pois mesmo nos casos em que, na graduação da indemnização, se atende à gravidade do ilícito, nunca tal graduação é feita por forma a fixar uma indemnização superior ao prejuízo sofrido –, porém nem assim se pode deixar de se lhe reconhecer uma função, ainda que em plano secundário, punitiva e preventiva, presente nomeadamente quando, na graduação da indemnização, se atende à maior ou menor culpabilidade do agente (cfr. arts. 494.º e 496.º, n.º 3 do Código Civil).

Para Carneiro da Frada<sup>9</sup>, a mais importante das funções da responsabilidade civil é a ressarcitória, destinada a eliminar um dano. Deve, em todo o caso, dar-se especial atenção à função de prevenção, que aflora em algumas soluções legais, mormente nas que consagram a existência de responsabilidade civil por infracção de regras de agir. Para além desta, é objecto de discussão o alcance e o sentido de uma função retributiva. E, em articulação com o mecanismo do seguro, há que ponderar igualmente uma função social (re)distributiva.

Ainda segundo este Autor, as funções interagem e o modo como elas se configurem e harmonizem tem directo impacto na determinação do montante indemnizatório. De acordo com a visão tradicional, a função preventiva não pode suplantar a função ressarcitória, movendo-se dentro dos limites (máximos) que esta última consente. “No entanto, dentro de um entendimento da responsabilidade civil como instituto dirigido à protecção dos bens

---

<sup>7</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, 2006.

<sup>8</sup> PESSOA JORGE, *obra citada*, pags. 52.

<sup>9</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *obra citada*, pags. 64-72.

atribuídos pelo Direito, não se pode justificar axiomaticamente a restrição da indemnização ao espaço consentido pela finalidade reparatória. Essa finalidade tem de coordenar-se, afinal, com outros objectivos da ordem jurídica como sejam o respeito efectivo da liberdade individual, o funcionamento do mercado, etc.. As consequências jurídicas moldar-se-ão em conformidade. Será uma tutela adequada dos bens a determinar as consequências jurídicas, quer nos seus pressupostos, quer no seu conteúdo (quanto ao montante indemnizatório)”.

Sustenta o Autor que se tem vindo a citar que, se é certo que a finalidade preventiva não chega por si para justificar a indemnização, já que o risco de perigo ou a ameaça de um direito não desencadeia por si essa obrigação – razão pela qual a dimensão preventiva da responsabilidade civil se subordina, para efeitos indemnizatórios, aos requisitos gerais da responsabilidade civil –, porém a autonomização da função preventiva relativamente à ressarcitória, ou reparadora, permite o desenvolvimento da tutela que a responsabilidade civil proporciona no sentido da admissibilidade genérica de pretensões destinadas a evitar o dano antes que ele ocorra, perante a simples ameaça de lesão de uma posição ou interesse juridicamente protegido<sup>10</sup>.

Já quanto à finalidade punitiva, cujas fronteiras em relação à preventiva são inseguras, assinala, muito em resumo, que, em tese, “só haverá motivo para uma rejeição liminar de indemnizações punitivas dentro do pressuposto de que o fim da norma cuja infracção é sancionada com a indemnização se esgota em permitir ou desencadear a função reparatória da responsabilidade”. Mas, acrescenta, a perspectiva “de que a responsabilidade civil se encontra ao serviço da protecção dos bens em geral, desejavelmente eficiente, abre-lhe espaço. Sobretudo quando o impacto danoso da acção ilícita nas esferas individuais é ínfimo ou inexistente – pense-se na tutela de certos interesses colectivos ou difusos – e se verifica que tais interesses se revelam insuficientemente acautelados, quer pelo direito penal, quer, por exemplo, por mecanismos não individuais de defesa (v.g., atribuindo a associações representativas de tais interesses legitimidade para a sua defesa), urgindo por isso reforçar a sua protecção. No entanto, o reconhecimento de uma função punitiva pode ser abrir uma caixa de Pandora. Deste modo, ele só deveria discutir-se dentro de pressupostos e termos devidamente definidos: uma função punitiva é, à partida, estranha ao direito positivo português (cfr. o teor do art. 483 n.º 1 e do art. 798)”.

---

<sup>10</sup> Veja-se, desde logo, o disposto no art. 70.º, n.º 2 do Código Civil, nos termos do qual “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

Paula Meira Lourenço<sup>11</sup> elenca no seu trabalho várias manifestações da função punitiva da responsabilidade civil nos textos legais, bem como na doutrina e na jurisprudência nacionais. Citando nomeadamente Luís Menezes Leitão<sup>12</sup>, no “caso da responsabilidade por culpa, além da função principal de reparação do dano, existe também uma clara função preventiva e punitiva, a qual se demonstra pela diminuição da indemnização em caso de negligência (artigo 494.º); pela repartição da indemnização em função da culpa dos agentes, em caso de pluralidade de responsáveis (n.º 2 do artigo 497.º); pela redução ou exclusão da indemnização em caso de culpa do lesado (artigo 570.º), e pela normal irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil”.

Quanto ao direito positivo, destaca nomeadamente as normas do Código Civil que fazem depender a responsabilidade civil de determinado grau de culpa do agente (como, por exemplo, os arts. 814.º, n.º 1, 956.º, n.º 2, al. b), e 1323.º, n.º 4), que dão relevância ao grau de culpa na fixação do montante indemnizatório (art. 494.º), que determinam a repartição da indemnização em função da culpa do agente (art. 497.º, n.º 2), ou que determinam a redução ou exclusão da indemnização em caso de culpa do lesado (art. 570.º). E ainda o regime do n.º 2 do art. 1320.º, que prevê a possibilidade de ser paga uma quantia superior ao valor do dano, representando tal excesso um montante punitivo, uma quantia que visa punir o agente.

No que especialmente concerne à tutela jurídica da personalidade humana, salienta a Autora<sup>13</sup> que a sua tutela civil decorre do princípio geral da personalidade, consagrado no art. 70.º do Código Civil, do qual decorre um direito geral da personalidade física e moral, que não se esgota no elenco dos chamados direitos de personalidade. E, assim, o direito à vida ou à integridade física não se encontram especificamente previstos nos arts. 71.º a 80.º daquele Código, mas devem considerar-se abrangidos pelo princípio da tutela geral da pessoa humana.

A mesma Autora, citando Rabindranath Capelo de Sousa<sup>14</sup>, com o mesmo salienta que, na ordem jurídica interna, a tutela da personalidade humana é levada a efeito pela responsabilidade civil (danos patrimoniais e não patrimoniais), pelas providências preventivas e cautelares, e pela aplicação de uma sanção pecuniária compulsória.

Desenvolvendo este tema, e apoiando-se ainda na lição de Menezes Cordeiro, conclui

---

<sup>11</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *obra citada*, pags. 245 e segs..

<sup>12</sup> LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução – Da Constituição das Obrigações*, Almedina, 2000, pags. 251-252, *apud* PAULA MEIRA LOURENÇO, *obra citada*, pag. 248.

<sup>13</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *obra citada*, pags. 380 e segs..

<sup>14</sup> RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pags. 451 e segs., *apud* PAULA MEIRA LOURENÇO, *obra citada*, pag. 383.

a Autora no seguinte sentido<sup>15</sup>: “...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 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. É necessário levantar o “véu reparatório” que paira sobre a atribuição ao lesado de um montante em dinheiro, a título de os danos não patrimoniais, tarefa a que nos impele as seguintes considerações de MENEZES CORDEIRO: “*Quando estejam em causa valores morais – portanto: atinentes à pessoa, à família, à dignidade, à saúde e ao bom nome – a responsabilidade civil deve assumir uma postura mais avançada, retribuindo o mal e prevenindo ofensas (...). Há, pois, que facilitar a imputação aquiliana, no tocante a danos morais, quer aligeirando – tanto quanto a correcta interpretação da lei o permita – os seus pressupostos, quer reforçando as indemnizações* (sublinhado nosso).” Entendemos que o reforço da tutela dos valores relativos à pessoa humana pode ser alcançado pela responsabilidade civil, desde que esta assuma a sua dupla função punitiva (“*retribuindo o mal*”) e preventiva (“*prevenindo ofensas*”), a qual assume particular relevância na avaliação dos danos não patrimoniais, em relação aos quais é necessário, por um lado, aligeirar a verificação dos seus pressupostos, dado que esses danos são insusceptíveis de avaliação em dinheiro, pelo que a sua difícil determinação passa pela ponderação de critérios ligados à conduta do agente e à sua situação económica. E por outro lado, importa reforçar as indemnizações, ou seja, aumentar os montantes das compensações punitivas por danos não patrimoniais, em face da importância dos valores em causa, erigindo o Direito Civil como “o direito constitucional das pessoas” (...). Pelo exposto, **propõe-se a reafirmação da dupla função preventiva e punitiva da responsabilidade civil**, em vez da atribuição de uma indemnização com escopo reparador, que padece das *supra* referidas limitações”.

Cita, ainda a este propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/10/1996<sup>16</sup>: 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

---

<sup>15</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *obra citada*, pags. 384-385. A citação de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere-se à sua obra *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997, pags. 482-483.

<sup>16</sup> Relatado por Silva Paixão, e publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 460, pags. 444 e segs..

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”.

Respondendo à questão de saber se a necessidade de reforçar a tutela da personalidade humana, aliada ao aumento das dificuldades de determinação dos novos danos imateriais, pode permitir a atribuição ao lesado de um montante punitivo que acresça ao dano, a Autora responde do seguinte modo<sup>17</sup>: atendendo à relevância dos bens jurídicos abrangidos pelo princípio da tutela geral da pessoa humana, em caso de culpa muito grave do lesante é admissível a aplicação de um montante puramente punitivo, que acresça ao dano, porquanto o disposto no art. 70.º do Código Civil abre caminho a um tal agravamento, ao estabelecer no seu n.º 2 o seguinte: “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. Dentro dessas providências adequadas, o juiz pode atribuir ao lesado um montante punitivo, atento o bem jurídico em causa.

“Em suma, **a eficaz tutela dos valores subjacentes aos direitos de personalidade, exige a aplicação de um montante puramente punitivo, suportada pela função punitiva da responsabilidade civil, a efectuar** da ponderação da gravidade da conduta do agente e do direito violado, visando-se prevenir a adopção de tais comportamentos, quer pelo agente (prevenção especial), quer por terceiros (prevenção geral), e punir o autor da violação”<sup>18</sup>.

Além do critério da culpa grave do agente, como factor de ponderação do cálculo dos montantes punitivos, avança também com o critério do lucro obtido por aquele, mormente para os casos de violações culposas dos direitos de personalidade pelos meios de comunicação social, fabricantes de produtos perigosos ou defeituosos, ou causadores de danos ambientais ou ecológicos.

Ainda no que respeita à evolução do instituto, assinala-se que se tem progressivamente vindo a adoptar soluções de maior salvaguarda do lesado.

O modelo inicial centra-se na ideia de que, conforme observa Antunes Varela<sup>19</sup>, dos danos que cada um sofre na sua esfera jurídica só lhe será possível ressarcir-se à custa de outrem quanto àqueles que, provindo de facto ilícito, sejam imputáveis à conduta culposa de terceiro; os restantes, quer provenham de caso fortuito ou de força maior, quer sejam causados

---

<sup>17</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *obra citada*, pags. 395 e segs..

<sup>18</sup> PAULA MEIRA LOURENÇO, *obra citada*, pag. 400.

<sup>19</sup> ANTUNES VARELA, *obra citada*, pags. 626 e segs..

por terceiro, mas sem culpa do autor, terá de suportá-lo o titular dos bens ou direitos lesados, sendo uma espécie de preço que cada um tem de pagar por estar no mundo ou viver em sociedade. Tal modelo colocou a tónica na responsabilidade subjectiva, culposa, do lesante.

Porém, no mundo actual, altamente industrializado e tecnológico, verifica-se que as possibilidades de uma pessoa sofrer danos por força da actividade humana aumentou exponencialmente, ao mesmo tempo que se complexificaram os processos causais.

Tal como refere Almeida Costa<sup>20</sup>, os esquemas tradicionais de reparação de danos não se mostram preparados para responder satisfatoriamente a todas estas questões. Passou-se a acolher casos de responsabilidade civil independentemente de culpa (responsabilidade objectiva, mormente a responsabilidade pelo risco) e também de responsabilidade por intervenções lícitas; e a assistir-se a um movimento que intenta garantir a reparação de todo e qualquer dano ao lesado, independentemente do carácter culposo ou ilícito do acto que o produziu, num sentido que traduz uma socialização do risco ou do dano.

Desenvolveram-se, por outro lado, novos modelos que permitem a imputação de danos, como por exemplo o da “culpa de organização”, responsabilizando-se através da mesma os titulares de organizações por danos causados na respectiva actividade, nomeadamente nos casos em que se apura uma falha na organização causadora de um dano, dispensando-se a identificação do sujeito e da conduta concretos que conduziram àquele dano.<sup>21</sup>

Por outro lado ainda, tem-se vindo a evidenciar e autonomizar toda uma nova panóplia de danos<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 11.ª Edição Revista e Actualizada, Livraria Almedina, 2008, pags. 524 e segs..

<sup>21</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *obra citada*, pags. 86-87.

<sup>22</sup> Como, por exemplo, o dano de mera privação de uso do veículo – quanto à discussão que sobre o mesmo se gerou, veja-se, entre outros, ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, *Indemnização do Dano da Privação do Uso*, Livraria Almedina 2001; bem como LAURINDA GUERREIRO GEMAS, *A Indemnização dos Danos Causados por Acidentes de Viação – Algumas Questões Controversas*, em Revista Julgar, n.º 8, Coimbra Editora, pags. 44 a 53.

No domínio do dano corporal, veja-se a autonomização que tem vindo a ser feita de vários tipos de danos, tais como a dor, o prejuízo de afirmação pessoal, o prejuízo estético, o dano corporal em sentido estrito, o prejuízo da saúde em geral ou de longevidade, o prejuízo sexual, e ainda o prejuízo de auto-suficiência que imponha o auxílio de terceira pessoa – sobre tais questões, cfr., entre outros, MARIA MANUEL VELOSO, *Danos Não Patrimoniais*, em Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007, pags. 495 e seguintes; JOAQUIM JOSÉ DE SOUSA DINIS, *Dano Corporal em Acidentes de Viação – Cálculo da Indemnização em Situações de Morte, Incapacidade Total e Incapacidade Parcial – Perspectivas Futuras*, Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, 2001, I, pags. 5 e segs.; e MARIA AMÉLIA CONDEÇO AMEIXOEIRA, *O Panorama Nacional no Âmbito da Avaliação e Reparação do Dano Corporal em Vítimas de Acidentes de Viação – A Perspectiva do Magistrado*, em Revista Portuguesa do Dano Corporal, Novembro 1999, Ano VIII – N.º 9, ed. APADAC.

Ou seja, e em suma, nota-se uma crescente preocupação de assegurar a reparação dos danos sofridos pelo lesado.

### **3. Pressupostos (análise geral)**

A obrigação de indemnizar depende, em regra, da verificação dos seguintes pressupostos:

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

Já segundo Pessoa Jorge<sup>23</sup>, os pressupostos da responsabilidade civil podem reconduzir-se essencialmente a dois: o acto ilícito e o prejuízo reparável, integrando-se o nexo de imputação no primeiro pressuposto e o nexo de causalidade no segundo.

O presente estudo deter-se-á, primordialmente, na análise dos pressupostos do dano e do nexo de causalidade entre aquele e o facto.

Apesar de os pressupostos indicados apresentarem-se enunciados como sendo autónomos entre si, e perfeitamente individualizados, porém tal discriminação não significa necessariamente que sejam conceitos estanques.

Na realidade, em alguns casos resulta que entre os pressupostos da responsabilidade civil existe permutabilidade ou fungibilidade, interferindo dialeticamente entre si.

O “sistema móvel” de que fala Wilburg<sup>24</sup> tem, pois, campo de aplicação nomeadamente na análise dos elementos da ilicitude e da culpa (podendo permitir, por exemplo, a conclusão de que, em caso de culpa grave, a mesma leve à verificação do pressuposto da ilicitude). Mas também entre os pressupostos do dano e do nexo causal, como se procurará evidenciar em seguida.

---

<sup>23</sup> PESSOA JORGE, *obra citada*, pags. 55-56.

<sup>24</sup> Cfr. R. GUICHARD ALVES, *A ideia de um sistema móvel, em especial no domínio da responsabilidade civil. Apresentação da tradução de Walter Wilburg “Desenvolvimento de um sistema móvel no Direito Civil”*, Revista Direito e Justiça, Vol. XIV, 2000, Universidade Católica.

## II. O dano

### 1. Noção e classificações

A lei portuguesa não define o que se deve entender por dano. Tal trabalho deve ser desenvolvido, pois, pela Doutrina e pela Jurisprudência, na interpretação dos textos legais.

O conceito geral de dano compreenderá toda a ideia de destruição ou alteração, em sentido negativo, de uma situação favorável.

Não nos devemos, porém, quedar por uma noção circunscrita, naturalística, de dano, antes se devendo adoptar um conceito normativo<sup>25</sup>.

Tal como salientam Juan Manuel Prévot e Ruben Alberto Chaia<sup>26</sup>, não basta conceber o dano como um fenómeno de ordem física “naturalística”, devendo antes tratar-se de um fenómeno juridicamente qualificado. Assim se evidenciam os elementos que estruturalmente integram o dano: o elemento material ou substancial, constituído pelo facto físico e que representa o seu núcleo interior; e o elemento formal proveniente da norma jurídica, representado pela reacção suscitada no ordenamento jurídico em consequência da perturbação causada no equilíbrio social e da alteração prejudicial de um interesse juridicamente tutelado.

Na obra agora referida, os Autores descrevem a evolução histórica do conceito de dano pela forma que se passa a sintetizar<sup>27</sup>.

Segundo uma perspectiva histórica, podem sistematizar-se progressivamente três concepções para definir o dano: a primeira interpreta-o como uma modificação da realidade material, ou seja, como uma alteração ou supressão de um bem; para a segunda concepção, radica na diminuição ou alteração do património do lesado; e, para a terceira, a essência do dano reside na lesão do interesse protegido.

Em direcção semelhante, Bianca<sup>28</sup> manifestou-se no sentido de o significado de dano poder ser concebido segundo três perspectivas. Antes de mais, pode ser entendido como evento lesivo, ou seja, como o resultado material ou jurídico no qual se concretiza a lesão de um interesse juridicamente relevante. No entanto, também pode ser apreendido como um efeito económico negativo, ou como a sua liquidação pecuniária.

a) Antigamente, apenas eram protegidos os direitos pessoalíssimos

---

<sup>25</sup> Cfr. CARNEIRO DA FRADA, *obra citada*, pags. 89-90.

<sup>26</sup> JUAN MANUEL PRÉVOT/RUBEN ALBERTO CHAIA, *Pérdida de Chance de Curación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, pags. 4-5.

<sup>27</sup> JUAN MANUEL PRÉVOT/RUBEN ALBERTO CHAIA, *obra citada*, pags. 9-18.

<sup>28</sup> MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile – Vol. V*, Milano, Guiffirè, 2004, *apud* JUAN MANUEL PRÉVOT/RUBEN ALBERTO CHAIA, *obra citada*, pag. 10.

absolutos: a vida, a integridade corporal (nos seus aspectos puramente físicos) e a propriedade. O dano era apreendido apenas na sua faceta naturalística, como ablação ou diminuição de um bem ou direito. Assim, a lesão de um direito ou bem patrimonial tinha como consequência um detrimento de idêntica natureza, enquanto que a lesão de bens não patrimoniais desencadeava necessariamente prejuízos de natureza moral ou espiritual. Da natureza do bem ou direito atingido resultava a classe ou tipo de dano causado. Ora, se é certo que o conceito jurídico de dano pressupõe uma tal ablação/diminuição do bem ou direito, porém não se esgota nelas, pois centra o seu objecto e conteúdo não no bem afectado, mas sim nos interesses, patrimoniais ou não patrimoniais, que o lesado tem ligados àquele bem ou direito. Ao que acresce que não é correcto afirmar-se que a lesão de um bem ou direito não patrimonial tenha como corolário necessário um dano de idêntica natureza, pois não raramente a lesão de um bem ou direito de natureza não patrimonial geram danos patrimoniais, e vice-versa. A superação desta concepção faz-se quando se deixa de colocar o acento tónico no direito subjectivo e se passou a localizá-lo no interesse, visto que a partir de então passam a integrar o campo da tutela indemnizatória outras situações jurídicas subjectivas.

b) Continuando a citar Juan Manuel Prévot e Ruben Alberto Chaia, foi talvez Carnelutti<sup>29</sup> quem, pela primeira vez, vislumbrou a importância do interesse jurídico como elemento caracterizador do conceito de dano – para este Autor, o dano não atinge o bem em si, mas sim a conexão da pessoa com o bem, ou seja, a relação existente entre um sujeito que experimenta uma necessidade e o bem apto a satisfazê-la. O dano fica, assim, definido como a lesão de um interesse juridicamente protegido, ou tutelado, quando não de um interesse juridicamente relevante, ou de qualquer interesse socialmente apreciável, ou simplesmente de interesses *tout court*. O objecto do dano, em sentido jurídico, é sempre um interesse humano, susceptível de ser tutelado pelo direito. O interesse perfila-se assim como uma situação de proveito através da qual a pessoa satisfaz as suas necessidades mediante o gozo de determinados bens.

c) Uma terceira posição define o dano pelas repercussões ou consequências que a acção lesiva gera, seja no património, seja no espírito do lesado. Assim, a lesão é o evento fáctico desvalioso inerente a um acontecimento. Ao invés, e tecnicamente, o dano integra-se em todas as repercussões prejudiciais do dito evento lesivo. Se o que decidisse a existência e extensão do dano fossem o bem ou interesse violados, a indemnização devia ser

---

<sup>29</sup> FRANCESCO CARNELUTTI, *Il Danno e Il Reato*, Bs. As., Libreria El Foro, 2004, pags. 256 e segs., *apud* JUAN MANUEL PRÉVOT/RUBEN ALBERTO CHAIA, *obra citada*, pag. 12.

mais ou menos uniforme para cada espécie de lesão. O dano é um elemento ulterior à lesão. Concebendo-se o dano como a ofensa ou lesão a um direito ou interesse, então todo o acto ilícito, por definição, produziria dano. Assim, o dano não se identifica com a mera lesão de um direito ou interesse, que é pressuposto daquele, sendo antes a consequência prejudicial que se desprende da referida lesão. Entre a lesão e o dano existe uma relação de causa e efeito; o dano ressarcível é este último.

Concluem os Autores que se tem vindo a citar que, nesta conformidade, o termo dano assume um duplo significado: o primeiro, relativo ao interesse jurídico (dano injusto); o segundo, ao invés, funda-se nas consequências que se devem reparar (prejuízo). Quando se fala do dano em relação com a obrigação de indemnização, a expressão assume o significado de prejuízo valorizável em termos económicos, e abrange tanto o dano emergente, como o lucro cessante, como os danos morais.

Por cá, segundo Antunes Varela<sup>30</sup>, dano é a lesão causada no interesse juridicamente tutelado.

Já na definição de Almeida Costa<sup>31</sup>, dano ou prejuízo é toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica. As distinções que se podem fazer, quanto à espécie e natureza do dano, são as nomeadamente seguintes, segundo este Autor:

- distingue-se entre *danos patrimoniais* e *danos não patrimoniais* consoante sejam ou não susceptíveis de avaliação pecuniária. Os primeiros, incidentes sobre interesses de natureza material ou económica, reflectem-se no património do lesado; os segundos reportam-se a valores de ordem espiritual, ideal ou moral. O mesmo facto pode provocar danos das duas espécies, como sucede com uma difamação de que resultem sofrimentos morais mas também perdas económicas, mercê da diminuição da clientela profissional;

- outra classificação passa pela distinção entre *danos pessoais* (produzidos em pessoas) e *danos não pessoais* (produzidos sobre coisas);

- também se distingue entre *dano real* – o prejuízo que o lesado sofreu em sentido natural, que pode analisar-se nas múltiplas formas possíveis de ofensa de interesses ou bens alheios juridicamente protegidos, de ordem patrimonial ou não patrimonial (por exemplo, privação da vida, ferimentos, dores físicas, afectação do bom nome, estrago numa coisa, etc.) –, e o *dano de cálculo* – consistente na expressão pecuniária do prejuízo, cabendo neste domínio uma avaliação abstracta (objectiva) ou concreta (subjectiva, apurando-se a

---

<sup>30</sup> ANTUNES VARELA, *obra citada*, pags. 591-592.

<sup>31</sup> ALMEIDA COSTA, *obra citada*, pags. 591-599.

diferença para menos produzida no património do lesado);

- outra classificação a considerar é a que se faz a partir do *dano emergente* e do *lucro cessante*. O primeiro compreende a perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado, ao passo que o segundo refere-se aos benefícios que este deixou de obter em consequência da lesão, ou seja, ao acréscimo patrimonial frustrado (cfr. art. 564.º, n.º 1 do Código Civil);

- a lei também distingue entre *danos presentes* e *danos futuros*. Estaremos perante uns e outros consoante já se tenham verificado ou não no momento considerado. Os danos futuros são, nos termos do art. 564.º, n.º 2 do Código Civil, indemnizáveis desde que previsíveis; os mesmos subdividem-se em *certos* e *eventuais*, consoante a sua produção se apresente como infalível ou apenas possível;

- outra distinção deve ser feita entre *danos directos* – que resultam imediatamente do facto – e *danos indirectos* – os demais.

## **2. A certeza do dano**

Dispõe o art. 562.º do Código Civil que “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, nos termos do art. 563.º do mesmo Código, “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

De harmonia com o art. 564.º:

“1. O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.

2. Na fixação da indemnização pode o Tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior”.

Destes normativos legais desprende-se a conclusão que o dano ressarcível, mesmo que futuro, tem que ser certo, e não meramente eventual.

Conforme refere Pessoa Jorge<sup>32</sup>, só o prejuízo certo pode ser reparado, não podendo

---

<sup>32</sup> PESSOA JORGE, *obra citada*, pags. 386-387.

sê-lo o mero prejuízo possível ou eventual, de verificação duvidosa. “Quanto aos danos emergentes, a qualificação do prejuízo como certo ou incerto não suscita grandes dúvidas; já o mesmo se não pode dizer dos lucros cessantes que, reportados a um futuro hipotético (frustração de ganhos que se *teriam* obtido, *se não fosse a lesão*), nunca se apresentam com carácter de certeza absoluta (...). A *certeza* dos lucros cessantes, bem como dos prejuízos futuros, baseia-se, pois, na evolução normal (e, portanto, provável) dos acontecimentos”.

Júlio Gomes<sup>33</sup> analisa este requisito da certeza do dano da seguinte forma: “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 lucro cessante nunca existiu, e não chegará a existir. “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 propósito da demonstração da existência de um lucro cessante, a referência tradicional de que o dano deve ser certo não nos deve, pois, induzir em erro. O lucro cessante é, necessariamente, uma realidade hipotética que não chegou a verificar-se e se situa no domínio das probabilidades. Assim, a certeza da existência de um lucro cessante não pode nunca ser uma certeza matemática, mas será apenas uma certeza meramente relativa (...)”.

E acrescenta que “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”.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> JÚLIO GOMES, *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, Volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, 2008, pags. 291-292.

<sup>34</sup> JÚLIO GOMES, *obra citada*, pag. 291, nota (7).

### III. O nexu causal

#### 1. Enquadramento geral

Para que um dano seja reparável através do instituto da responsabilidade civil, exige-se que entre o facto e o dano exista uma ligação, que o facto seja causa do dano.

Tal requisito é patente quer no art. 483.º (“danos resultantes da violação”), quer no art. 563.º já cima transcrito, quer ainda no art. 798.º (“responsável pelo prejuízo que causa ao credor”), todos do Código Civil.

Conforme afirma Almeida Costa<sup>35</sup>, não há que “ressarcir todos e quaisquer danos que sobrevenham ao facto ilícito, mas tão-só os que ele tenha na realidade ocasionado, os que possam considerar-se pelo mesmo produzidos (art. 563.º). O nexu de causalidade entre o facto e o dano desempenha, conseqüentemente, a dupla função de *pressuposto* da responsabilidade e de *medida* da obrigação de indemnizar”.

Também Juan Manuel Prévot e Ruben Alberto Chaia<sup>36</sup> referem, citando por sua vez Franzoni, que, na responsabilidade civil, a causalidade assume uma dupla finalidade: imputa ao responsável o facto ilícito e estabelece quais as conseqüências prejudiciais que se traduzem em dano ressarcível.

Decorre dos arts. 562.º e 563.º do Código Civil que, na tarefa de apuramento do nexu causal, deve ser formulado um duplo juízo.

Seguindo neste passo Rute Teixeira Pedro<sup>37</sup>:

- num primeiro momento deve averiguar-se se o acto do agente foi, em concreto, uma condição *sine qua non* da produção do dano. Deve reconstruir-se o encadeamento de acontecimentos que precederam a ocorrência do dano e retirar desse *iter* factual o acto desvalioso praticado pelo agente. Se se concluir que, em tal caso, o lesado não teria sofrido o dano em apreço, então o acto constitui uma condição da sua verificação. É a regra chamada no Direito norte-americano de *but for test*, segundo a qual há causalidade quando se puder responder afirmativamente à seguinte pergunta: o dano verificar-se-ia caso a conduta do demandado faltasse? (*would the plaintiff's harm have occurred «but for» the defendant's conduct?*) A relação causal consubstancia, neste momento, um puro fenómeno natural, pertencendo ao mundo do *ser*. O juízo de causalidade física é, assim, um exame

---

<sup>35</sup> ALMEIDA COSTA, *obra citada*, pag. 605.

<sup>36</sup> JUAN MANUEL PRÉVOT/RUBEN ALBERTO CHAIA, *obra citada*, pag. 33.

<sup>37</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008, pags. 148-151.

hipotético e retrospectivo realizado após o facto, encaminhado para a verificação da condicionalidade necessária do facto ilícito na produção do dano. No caso das causalidades por omissão, a operação de determinar se se verifica ou não o nexa causal impõe que se configure o desenrolar dos acontecimentos que teria tido lugar caso não tivesse faltado a acção positiva omitida<sup>38 39</sup>;

- não bastando uma ligação meramente natural entre os factos para que se considere um deles como a causa jurídica da verificação de um outro, é necessário corrigir as conclusões extraídas no primeiro momento acima aludido, adequando-as a critérios jurídicos. A questão que neste momento se coloca é a de saber se, do ponto de vista jurídico, o acto do agente deve ser considerado causa do dano. Aqui, entram em jogo as doutrinas que visam restringir a aplicação da doutrina da *conditio sine qua non*, acima aludida, de onde se destacam a doutrina da causalidade adequada e a doutrina do fim tutelado pelo contrato ou pela norma legal infringida<sup>40</sup>. Também neste domínio é que deve ser ponderada a doutrina do aumento do risco, formulada por Claus Roxin<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado*, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, 2007, pags. 247-249.

<sup>39</sup> O mesmo sucede nos sistemas canadense e australiano, segundo relata LARA KHOURY em *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pags. 16 e segs.: “*The cause in fact process inquires whether the defendant in fact caused the damage. This step involves a mainly factual inquiry resolved by the production of evidence and the drawing of inferences from that evidence. At this stage, the question is whether the defendant’s act or omission should be excluded from the events which contributed to the plaintiff’s loss (...). Factual causative inquiry is most frequently carried out with the assistance of the but-for-test which has met with near universal acceptance as a tool for achieving the determination*”. A Autora relata, porém, que em face das limitações que este teste apresenta (nomeadamente nos casos em que o dano é causado por dois ou mais eventos que se conjugaram para produzir o resultado final, mas em circunstâncias tais que qualquer um dos eventos seria suficiente para produzir o dano final individualmente), os Tribunais ingleses, australianos e canadenses têm feito uma aplicação não rígida da regra, recorrendo a outros testes, reconhecendo que o *but-for-test* necessita de ser complementado por considerações de justiça e política legal, e decidindo por considerar demonstrado o nexa causal em casos em que não seria possível, perante as provas produzidas, afirmar que o acto ou omissão do demandado causara o dano segundo o *but-for-test*. Neste sentido, a decisão tomada no caso *Bonnington Castings v Wardlaw* (1956), que em síntese envolvia o caso de um operário exposto, no seu emprego, a sílica emanada de um martelo pneumático bem como de um outro equipamento relativamente ao qual os proprietários da fábrica não faziam a manutenção necessária a evitar a sua obstrução. O operário contraiu pneumoconiose e processou o empregador. Demonstrou-se que tal doença foi causada pela acumulação gradual de finas partículas de sílica; e que, apesar de as duas fontes de pó terem contribuído para causar a doença, não era possível estabelecer qual a proporção que era proveniente do equipamento relativamente ao qual o empregador não tinha feito a manutenção devida. Apesar de tal impedir que, segundo o *but-for-test*, se considerasse demonstrado que, não fora a omissão, por parte da entidade empregadora, da manutenção necessária do equipamento, o operário não teria sofrido a referida doença, o Tribunal mesmo assim deferiu a pretensão do demandante com base na circunstância de que a omissão da entidade empregadora contribuíra materialmente para a doença (*material contribution test*, segundo o qual é bastante que se demonstre que o acto do demandado contribuiu materialmente para a produção do dano, mesmo que o seu acto, isoladamente considerado, não fosse suficiente para o produzir).

<sup>40</sup> Para maiores desenvolvimentos, veja-se, entre outros, ANTUNES VARELA, *obra citada*, pags. 879-702; e ALMEIDA COSTA, *obra citada*, pags. 760-767.

<sup>41</sup> A este respeito, veja-se, entre outros, LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 271 e segs..

A doutrina da causalidade adequada, segundo a doutrina e jurisprudência maioritárias, é a que foi tida em conta pelo legislador.

Refere-se nomeadamente no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Janeiro de 2010<sup>42</sup> que “o nosso ordenamento jurídico consagra a doutrina da **causalidade adequada**, na sua formulação negativa: «o facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que se mostre, por sua natureza, de todo inadequado e o haja produzido apenas em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais». Para além disso, 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. Por isso, com inteira razão, a dogmática moderna 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 dois momentos acima referidos também evidenciam a distinção que deve ser feita entre questão de facto e questão de direito. Tal como se assinala no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 2009<sup>43</sup>, “o juízo sobre a causalidade integra, por um lado, matéria de facto, certo que se trata de saber se na sequência de determinada dinâmica factual um ou outro facto funcionou efectivamente como condição desencadeante de determinado efeito. E, por outro, matéria de direito, designadamente a determinação, no plano geral e abstracto, se aquela condição foi ou não causa adequada do evento, ou seja se, dada a sua natureza, era ou não indiferente para a sua verificação”.

Considerando, pois, que o primeiro momento de análise da relação causal passa pela verificação da existência de um nexa causal naturalístico, refere-se a doutrina francesa, citada

---

<sup>42</sup> Processo n.º 670/04.0TCGMR.S1, relatado por Álvaro Rodrigues, publicado na internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>43</sup> Processo n.º 292/04.6TBVNC.S1, relatado por Salvador da Costa, publicado na internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

por Luis Medina Alcoz,<sup>44</sup> à denominada regra da indivisibilidade da causa, pois esta supõe um vínculo etiológico, no plano da realidade objectiva, que ou *é* ou *não é*. Assim, no plano do Direito, apenas se pode afirmar ou negar o nexo causal. O mesmo é dizer que ou o nexo causal se tem por certo e demonstrado, ou por certo e indemonstrado, sem que se deva falar, estritamente, de graus, níveis, fracções ou quotas de causalidade. E por isso se diz que a responsabilidade civil se baseia numa concepção científico-natural ou newtoniana da causalidade.

Porém, tal regra, segundo salienta o Autor – e que constitui o fundamento teórico da responsabilidade solidária dos co-responsáveis do dano –, não se coaduna bem nomeadamente com os casos em que existe intervenção concorrente de terceiros que determine uma repartição da indemnização segundo as quotas de contribuição causal de cada um; ou com os casos em que se aceita a redução da indemnização por intervenção de actuação culposa do lesado, na medida da contribuição causal deste; bem como com a utilização deste critério nos casos de força maior concorrente. Ou seja, e em síntese, a redução do alcance da responsabilidade em função de quotas de causalidade proporcionadas pela presença de factores causais não imputáveis ao agente danoso, ou às probabilidades de que não foi este quem provocou a lesão, não se coaduna bem com o princípio da indivisibilidade causal.

## **2. A prova do nexo causal**

Citando Luis Medina Alcoz<sup>45</sup>, o problema da perda de oportunidade diz respeito, não à teoria da causalidade jurídica ou de imputação objectiva, mas à teoria da causalidade física. Uma hipótese de perda de oportunidade pode colocar-se quando não se logra a prova de que um determinado facto foi causa física de um determinado dano. Esta apreciação é de ordem fáctica e chega-se a ela aplicando as regras e standards probatórios que impõem o Direito processual e o Direito de responsabilidade civil. A questão da presença ou ausência de causalidade transfere-se, assim, para a teoria geral do conhecimento judicial ou da valoração da prova.

Segundo tal perspectiva, uma hipótese de oportunidade perdida coloca-se apenas quando o julgador, depois de aplicar as regras e critérios positivos que orientam e limitam a sua capacidade de valoração, não encontra um grau suficiente de probabilidade para optar

---

<sup>44</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 244-247.

<sup>45</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pag. 264.

pela hipótese segundo a qual o agente *causou* o dano. A questão que, de imediato, se coloca é, então, a de determinar qual é esse grau suficiente de probabilidade e quais são as regras ou critérios a que se deve recorrer para o calcular, pois de tais respostas depende a consideração de que se está perante hipóteses de causalidade demonstrada ou perante hipóteses de causalidade não demonstrada – sendo estas últimas as que concernem à perda de chance e à doutrina da sua reparação<sup>46</sup>.

A prova do nexos causal compete, em regra, ao lesado/demandante, nos termos do art. 342.º, n.º 1 do Código Civil, enquanto facto constitutivo do direito de indemnização de que se arroga.

Nos termos do art. 655.º do Código de Processo Civil, o Tribunal aprecia livremente as provas, decidindo os juízes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto. Apenas quando a lei exija, para a existência ou prova do facto jurídico, qualquer formalidade especial, não pode esta ser dispensada.

Consagra esta disposição, como regra, o princípio da livre apreciação da prova.

A este respeito, escreveu-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Março de 2007 o seguinte<sup>47</sup>: “O princípio da “livre apreciação das provas” tem vindo a ser historicamente desenvolvido desde a Revolução Francesa, como necessária decorrência dos princípios da “imediação”, da “oralidade” e da “concentração”, também eles adquiridos a partir da mesma época. Impõe o assinalado princípio que cabe ao Juiz, uma vez produzida a prova, tirar as suas conclusões “... sem obediência a uma tabela ditada externamente, mas em perfeita conformidade ... com as regras da experiência e as leis que regulam a actividade mental” (Alberto dos Reis in “Código de Processo Civil Anotado”, vol. III, pág. 245). Cabe, enfim, ao julgador apreciar livremente as provas, decidindo segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto – art.º 655º n.º 1 do Cod. Proc. Civil (a cujo diploma pertencem os demais preceitos a citar sem menção de origem). Como assinala Miguel Teixeira de Sousa, “... Algumas das provas que permitem o julgamento da matéria de facto controvertida e a generalidade daquelas que são produzidas na audiência final (...) estão sujeitas à livre apreciação do Tribunal (art.º 655º n.º 1): é o caso da prova pericial (art.º 389º C.C., art. 591), da inspecção judicial (art.º 391º C.C.) e da prova testemunhal (art.º 396º C.C.). Esta apreciação baseia-se na prudente convicção do Tribunal sobre a prova produzida (art.º 655º n.º 1), ou seja, em regras da ciência e do raciocínio e em máximas da experiência. Estas

---

<sup>46</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 275.

<sup>47</sup> Processo n.º 06S1824, relatado por Sousa Grandão, publicado na internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

podem conduzir à prova directa do facto controvertido ou à ilação desse facto através da prova de um facto indiciário: neste último caso, a prova fundamenta-se numa presunção natural ou judicial (cfr. art.º 351º C.C.)” (in “Estudos Sobre o Novo Processo Civil”, pág. 347). Contudo, o princípio em análise circunscreve-se às provas que estejam sujeitas à “livre apreciação do julgador”, o que sucede com aquelas que se mostram enunciadas na transcrição anterior. É que a lei, em contrapartida, também estabelece imperativamente o valor de determinados meios probatórios, como acontece – verificados que estejam os pressupostos por ela estabelecidos – com os documentos e a confissão. Trata-se da chamada “prova legal” ou “vinculada”, cuja apreciação está vedada ao julgador de facto, sob pena de se haverem por não escritas as respostas que sobre tal matéria eventualmente recaírem – n.º 2 do citado art.º 655º e art.º 646º n.º 4”.

Ainda sobre esta questão, considera-se particularmente interessante a fundamentação do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26 de Maio de 2009<sup>48</sup>: “Há que considerar que no nosso ordenamento vigora o princípio da liberdade de julgamento ou da livre convicção segundo o qual o Tribunal aprecia livremente as provas, sem qualquer grau de hierarquização, e fixa a matéria de facto em sintonia com a sua prudente convicção firmada acerca de cada facto controvertido – art. 655.º do CPC. Perante o estatuído neste artigo pode concluir-se, por um lado, que a lei não considera o juiz como um autómato que se limita a aplicar critérios legais apriorísticos de valoração. Mas, por outro lado, também não lhe permite julgar apenas pela impressão que as provas produzidas pelos litigantes produziram no seu espírito. Antes lhe exigindo que julgue conforme a convicção que aquela prova determinou e cujo carácter racional se deve exprimir na correspondente motivação – cfr. J. Rodrigues Bastos, Notas ao CPC, 3.º, 3.ª ed. 2001, p. 175. Na verdade prova livre não quer dizer prova arbitrária, caprichosa ou irracional. Mas quer dizer prova apreciada em inteira liberdade pelo julgador, sem obediência a uma tabela ditada externamente, posto que em perfeita conformidade com as regras da lógica e as máximas da experiência – cfr. Alberto dos Reis, Anotado, 3.ª ed. III, p. 245. (...). Por outro lado há que ter em conta que as decisões judiciais não pretendem constituir verdades ou certezas absolutas. Pois que às mesmas não subjazem dogmas e, por via de regra, provas de todo irrefutáveis, não se regendo a produção e análise da prova por critérios e meras operações lógico-matemáticas. Assim: «a verdade judicial é uma verdade relativa, não só porque resultante de um juízo em si mesmo passível de erro, mas também porque assenta em prova, como a

---

<sup>48</sup> Processo n.º 3178/03.8TJVN.F.P1, relatado por Carlos Moreira, publicado na internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

testemunhal, cuja falibilidade constitui um conhecido dado psico-sociológico (...). Acresce que a convicção do juiz é uma convicção pessoal, sendo construída dialecticamente, para além dos dados objectivos fornecidos pelos documentos e outras provas constituídas, nela desempenhando uma função de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis e mesmo puramente emocionais. (...). Efectivamente, com a produção da prova apenas se deve pretender criar no espírito do julgador um estado de convicção, assente num grau de probabilidade o mais elevado possível, mas em todo o caso assente numa certeza relativa, porque subjectiva, do facto (...). Uma tal convicção existirá quando e só quando o Tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável (...). Nesta conformidade – e como em qualquer actividade humana – existirá sempre na actuação jurisdicional uma margem de incerteza, aleatoriedade, e, até, falibilidade, vg. no que concerne à decisão sobre a matéria de facto. Mas tal é inelutável e está ínsito nos próprios riscos decorrentes do simples facto de se viver em sociedade onde os conflitos de interesses e as contradições estão sempre, e por vezes exacerbadamente, presentes, havendo que conviver – se necessário até com laivos de algum estoicismo e abnegação – com esta inexorável álea de erro ou engano. O que importa, é que se minimize o mais possível tal margem de erro. O que passa, tendencialmente, pela integração da decisão de facto dentro de parâmetros admissíveis em face da prova produzida, objectiva e sindicável, e pela interpretação e apreciação desta prova de acordo com as regras da lógica e da experiência comum. É que a verdade que se procura, não é, nem pode ser, uma verdade absoluta – porque assente em premissas de cariz matemático –, mas antes uma verdade político-jurídica, a qual é consecutiva se a sentença convencer os interessados directos: as partes – e, principalmente, a sociedade em geral, do seu bem fundado: isto é, a sentença valerá acima de tudo se for validada e aceite socialmente”.

Verifica-se, pois, que nestas decisões, bem como na Doutrina em que as mesmas se fundamentam, o juízo de prova não está dependente da ultrapassagem de um determinado limiar matemático de probabilidade, antes se fazendo apelo a conceitos de outra natureza, como sejam “a verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável” ou “estado de convicção assente num grau de probabilidade o mais elevado possível”.

Passando revista a outros sistemas jurídicos, podemos constatar que as soluções adoptadas quanto ao standard de prova exigido para a demonstração de um facto, nomeadamente a prova do nexa causal naturalístico, variam.

A expressão *standard de prova* descreve o grau de probabilidade de ocorrência de um

facto que a parte, sobre quem impende o ónus da sua prova, deve alcançar.

Tal como menciona Lara Khoury<sup>49</sup>, nos sistemas de Inglaterra, Canadá, Austrália e Québec a regra é a de que o nexo causal deve ser provado segundo o balanço de probabilidades. Já o sistema francês exige que tal nexo seja provado com certeza.

Mais detalhadamente, explica a Autora que, nos primeiros sistemas, o nexo causal não tem que ser provado com certeza absoluta ou matemática; a prova é considerada suficiente quando leva à conclusão de que a existência do facto probando é mais provável do que o inverso (regra do *more probable than not*). Não é necessário, assim, que seja altamente provável, muito provável ou substancialmente provável. Mas, por outro lado, não é suficiente provar que existe uma *possível* relação causal entre o facto e a lesão. Este critério é entendido usualmente como determinando que o demandante deve demonstrar que a probabilidade de o demandado ter causado a lesão é superior a 50%. Porém, os Tribunais não fazem cálculos probabilísticos rigorosos quando avaliam se este requisito foi preenchido, antes procedem intuitivamente, baseando-se na impressão geral recolhida através da análise das provas produzidas, nomeadamente periciais.

Este critério é também considerado como consagrando uma *regra do tudo ou nada*: uma vez demonstrado que o nexo causal existe, segundo o balanço das probabilidades, é atribuída a indemnização total do dano, não se efectuando qualquer redução da mesma em conformidade com a maior ou menor probabilidade de o dano não ter ocorrido na ausência da prática do facto por parte do demandado. Correspondentemente, se tal grau de probabilidade não for atingido, a pretensão do demandante é julgada totalmente improcedente, apesar de se constatar que existe uma possibilidade de o demandado ter causado o dano ao demandante<sup>50</sup>.

Em França, o standard de prova é, em teoria, muito diferente, visto que exige a demonstração certa da relação causal entre o facto e o dano, sem deixar margem para dúvida. O standard é alto, fazendo apelo à íntima convicção do julgador. Este standard mais exigente tem um efeito óbvio na forma como o sistema judicial francês responde à problemática da causalidade incerta, visto que a incerteza probatória é mais facilmente aceitável num sistema de balanço de probabilidades. A íntima convicção exigida aos juízes franceses pode, segundo a Autora que se tem vindo a citar, levar a que os mesmos criem normas substantivas com impacto directo no resultado da demanda, em vez de os levar a alcançar tais resultados através da aplicação de regras probatórias mais flexíveis.

Porém, este requisito aparentemente rígido não é aplicado no seu sentido absoluto.

---

<sup>49</sup> LARA KHOURY, *obra citada*, pags. 34 e segs..

<sup>50</sup> Sobre esta questão, cfr. ainda, entre outros, LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pag. 283.

Trabalhos doutrinários reconhecem que a vida nem sempre é feita de certezas matemáticas e que as condições nas quais o debate judicial é conduzido, bem como a necessidade de encontrar uma solução, aumentam as dificuldades sentidas na procura da verdade, reconduzindo não raramente o juízo de prova a um juízo de probabilidade e verosimilhança. Assim, nalguns casos, os juízes franceses baixam o standard de prova e consideram a certeza donexo causal demonstrada com base num juízo de grau de probabilidade suficiente, ou num juízo de previsibilidade objectiva do dano. Na prática, uma probabilidade muito alta é suficiente.

Relativamente ao Direito espanhol, e em geral, aos ordenamentos da Europa Continental, relata Luis Medina Alcoz<sup>51</sup> que os mesmos impõem um standard de persuasão bastante rigoroso para apreciar a existência do nexocausal. Este é afirmado quando é muito alto o grau de probabilidade de que o dano tenha sido produzido pelo suposto agente danoso, de acordo com as regras da crítica são as quais, neste ponto, se concretizam na apreciação da normalidade e regularidade dos acontecimentos.

Segue-se o princípio da regularidade, também denominado de critério *do que acontece normalmente*, o que implica afirmar a causalidade natural quando se chega à conclusão de que o curso normal das coisas, caso não tivesse intermediado o facto ilícito, conduziria à obtenção de um ganho ou ao evitamento de um dano.

O que acontece normalmente não é, sem mais, aquilo que tem mais probabilidades de ocorrer, mas sim o que muito provavelmente acontece ou tem bastantes possibilidades de suceder.

Ainda que os juristas deste espaço continental sejam tradicionalmente mais avessos do que os do espaço anglo-saxónico à tradução dos critérios probatórios em fórmulas percentuais, segundo o Autor que agora se cita pode dizer-se que, através do modelo da regularidade ou normalidade, tais sistemas situam o limiar de convicção, persuasão ou certeza num ponto situado entre os 50% e os 90% (fixando o Autor, por razões de operatividade e clareza da exposição, convencionalmente em 80%).

Estas considerações permitem situar com maior precisão as hipóteses de perda de chance, ou de oportunidade, dentro da teoria geral da causalidade e da sua prova: tais hipóteses colocam-se, no âmbito da *Common Law*, quando as probabilidades de causalidade não superam o limiar dos 50%; na cultura jurídica da Europa continental, colocam-se quando

---

<sup>51</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 284-289.

tais probabilidades não ultrapassam uma barreira situada nos 80%. Se tais níveis forem alcançados respectivamente, deverá afirmar-se o nexo de causalidade; se não, então ter-se-á que entender que o facto ilícito não foi condição *sine qua non* da não obtenção da vantagem pretendida, podendo nessa altura, e só então, equacionar-se uma hipótese de perda de chance.

Ainda para Luis Medina Alcoz<sup>52</sup>, a busca da verdade dos factos, imposta como directriz que há-de inspirar a actividade judicial, determina que a valoração das provas não pode entender-se como uma actividade incontrolável que, sem estar sujeita a qualquer género de regras, traduza as íntimas convicções do julgador sendo-lhe alheia qualquer noção de racionalidade; deve, antes, ser vista como uma actividade jurídica, sujeita a uma metodologia racional, consistente na aplicação de regras, ou pautas, para eleger a hipótese mais provável de entre as diversas reconstruções possíveis de ordem fáctica. Tais pautas são as regras da crítica sã ou do critério humano, tal como acima referido.

Assim, a prova da causalidade é a prova de um facto (hipotético) cuja valoração está submetida a pautas racionais que, baseadas na probabilidade, tendem a garantir que quem seja condenado a reparar um dano seja quem efectivamente o causou<sup>53</sup>. Por isso pode dizer-se que a causalidade é uma noção irredutivelmente probabilística; as proposições causais estabelecem correlações estatísticas, apenas verdadeiras em determinadas condições e somente com alguma probabilidade.

Fazendo referência ao nosso Código Civil, salienta o Autor que se vem citando<sup>54</sup> que esta ideia está explicitada no art. 563.º, o qual dispõe que o lesante responde apenas pelos danos que *provavelmente* o lesado não teria sofrido se não fosse a lesão.

Em qualquer caso, continua o Autor<sup>55</sup>, há que distinguir dois juízos probabilísticos:

- um destinado a averiguar a probabilidade de que, faltando o facto ilícito, deixaria de produzir-se o dano (causalidade física);

- e outro dirigido a determinar a probabilidade de a causa física provada, conforme o juízo causal anterior, ser normalmente adequada ou idónea para produzir o resultado lesivo (causalidade jurídica ou imputação objectiva).

Independentemente do standard probatório que se adopte – e, no caso do Direito

---

<sup>52</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 268-269.

<sup>53</sup> O que está em harmonia com a finalidade ressarcitória do instituto da responsabilidade civil, segundo a qual este instituto tem como função transferir o custo do dano do património jurídico de quem o sofre para o de quem *verdadeiramente* o causa – cfr. LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pag. 275.

<sup>54</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 269-270.

<sup>55</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 270-271.

português, o mesmo estará, em meu entender, no patamar do alto grau de probabilidade –, concorda-se que, e tal como acima referido, uma hipótese de oportunidade perdida apenas se coloca quando o julgador, depois de valorada toda a prova produzida, não encontra um grau suficiente de probabilidade para optar pela hipótese segundo a qual o agente causou o dano.

Adiantando um pouco a exposição que se seguirá, em tese geral a doutrina da perda de chance propugna a concessão de uma indemnização quando fique demonstrado, não o nexo causal entre o facto ilícito e o dano final, mas simplesmente que as probabilidades de obtenção de uma vantagem, ou de evitamento de um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis.

Tal como afirma Luis Medina Alcoz<sup>56</sup>, a perda de oportunidade apresenta-se em situações que podem qualificar-se tecnicamente de incerteza, onde a probabilidade causal se situa entre dois extremos: por um lado, o limiar de seriedade da chance, localizada na probabilidade nula ou irrelevante; por outro lado, o limiar da certeza da causalidade, situada na alta probabilidade. Através destes dois limiares, importa, pois, distinguir três tipos de hipóteses:

- a perda de oportunidade genérica, imperfeita, simples ou comum, abaixo do limiar de seriedade da chance, e que não dá direito a qualquer reparação.;

- a perda de oportunidade superespecífica, superqualificada, ou perfeita, igual ou acima do limiar da certeza da causalidade, e que determina a afirmação do nexo causal entre o facto e o dano final;

- a perda de oportunidade específica, qualificada, situada entre os dois limiares, e que pode dar lugar à actuação da doutrina da perda de chance. São os casos de chances sérias e reais, que expressam probabilidades consideráveis, malgrado serem insuficientes para efeito de afirmação do nexo causal.

---

<sup>56</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 316-317.

## IV. A perda de chance – perspectiva geral e desenvolvimento da teoria

### 1. As hipóteses de perda de chance (ou de oportunidade)

A perda de chance<sup>57</sup> consubstancia a perda da possibilidade de obter um resultado favorável.

Os campos de aplicação da doutrina da perda de chance são vários e podem ser classificados segundo diversos critérios, nomeadamente o do sector ou contexto em que o dano se pode produzir, ou o da natureza da vantagem final cuja possibilidade de obtenção foi afastada.

Seguindo a sistemática, para fins de exposição, proposta por Luis Medina Alcoz<sup>58</sup>, podemos encontrar as classificações que se passam a indicar.

#### 1.1. Classificação consoante o contexto em que se produzem

Em primeiro lugar, encontramos os casos de **oportunidade de vitória em jogos de sorte ou azar** cujo resultado favorável é, por definição, imprevisível.

Tal sucede, por exemplo, em jogos de lotaria ou similares: o lesado comprou um bilhete de lotaria com um prémio de 10.000,00 € que o organizador do jogo deveria colocar num chapéu. Extraiu-se um bilhete que não era o do lesado, apurando-se posteriormente que o organizador do jogo não chegara a colocar o bilhete do lesado no chapéu de onde seria extraído o bilhete vencedor. Não pode afirmar-se que o organizador causou a perda dos 10.000,00 € porque, em qualquer caso, era pouco provável que o lesado ganhasse, mas já se pode afirmar que se frustrou uma possibilidade de ganho. Tendo o lesado, no caso concreto, 0,1% de probabilidade de obter o prémio, a aplicação da teoria da perda de chance leva a que se valore o seu dano em 10,00 €

Depois, temos os **casos de oportunidade de vitória em competições desportivas**.

Estas competições também são marcadas por factores aleatórios, para além da habilidade dos praticantes e dos resultados obtidos em provas anteriores, entre outros. A conjugação de todos esses factores ajuda na tarefa de previsão do resultado das provas futuras.

---

<sup>57</sup> Sobre a etimologia e significado da palavra chance, e a sua distinção relativamente a outros conceitos (como sejam o do risco e o da álea) cfr. nomeadamente RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 179-187; e LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 60-62.

<sup>58</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 64-79.

Um dos exemplos clássicos, para continuar a citar Luis Medina Alcoz, é o das competições hípcas. O transportador de um cavalo de corrida chega tarde ao hipódromo, quando a competição já se tinha iniciado. Não se pode afirmar que o proprietário do cavalo perdeu o prémio correspondente ao campeão, mas já se pode afirmar que perdeu a oportunidade de o obter.

Mas também aqui se incluem outros tipos de competição desportiva, como sejam a automobilística ou as corridas de atletismo.

Quanto a estas últimas, relembra-se ainda um caso relativamente recente, e famoso: nos Jogos Olímpicos de 2004, na prova da maratona, o brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima estava em primeiro lugar, com 28 segundos de vantagem sobre o segundo colocado, quando faltavam seis quilómetros para terminar a corrida. Nesse momento, o atleta foi interceptado por um homem, que o empurrou para fora da pista contra o público, levando a que se desequilibrasse e caísse. Somente após alguns segundos, graças à intervenção de alguns espectadores, o atleta brasileiro conseguiu desvencilhar-se do agressor e voltar a correr. Vanderlei foi, após esta ocorrência, ultrapassado por outros dois maratonistas e terminou a prova em terceiro lugar. Não se pode afirmar, também aqui, e com segurança, que Vanderlei Cordeiro de Lima, não fosse o ataque que sofreu, teria ganho a prova – entretanto, outros concorrentes poderiam ultrapassá-lo. No entanto, pode-se afirmar que a intercepção que sofreu, e o tempo que perdeu para retomar a corrida – sendo certo que uma paragem deste tipo tem ainda como consequência a perda do equilíbrio físico-psíquico e da concentração necessários à optimização da prova –, levaram a que perdesse uma oportunidade de ganhar tal prova.

Quanto às provas automobilísticas, Luis Medina Alcoz relata o caso em que os Tribunais italianos indemnizaram um piloto que foi excluído ilicitamente por uma equipa de participar nas corridas previstas, privando-o assim da possibilidade de aceder à Fórmula 1.

**Temos também os casos de oportunidade de vitória em processos judiciais, procedimentos administrativos e concursos privados.**

São os casos, por exemplo, em que um mandatário judicial, por esquecimento, não propõe uma acção antes de o direito do seu cliente prescrever, ou não contesta a acção no prazo devido e leva a que os factos alegados pela contraparte sejam considerados confessados, ou não interpõe recurso da decisão que foi desfavorável ao seu cliente. Com tal actuação, o advogado impossibilitou que a pretensão do seu cliente fosse sujeita à apreciação do Tribunal, ou à sua reapreciação em sede de recurso. A vitória judicial, incerta, ficou porém

irremediavelmente afastada com a actuação do advogado.

Ou os casos em que a pessoa contratada para o efeito por uma empresa comunica tardiamente ao seu cliente a notificação de uma liquidação fiscal, impedindo que a pudesse impugnar por decorrência do prazo respectivo.

Ou os casos em que um concorrente, num concurso público, é afastado ilicitamente do concurso pelo promotor do mesmo.

Ou os casos em que um trabalhador não é admitido a um concurso interno, com vista à sua promoção, por ter sido irregularmente avisado do mesmo.

Em todos estes casos, a obtenção do benefício está subordinada ao êxito de um procedimento (judicial, administrativo ou privado) e, nomeadamente, depende da maneira que uma entidade (o juiz, a administração ou o empresário) aprecia determinados factos, aplica certas regras e realiza concretas valorações.

São casos em que não se pode afirmar, com absoluta segurança, que o conteúdo da decisão judicial, administrativa ou privada teria sido distinto caso não tivesse interferido o facto ilícito, mas em que se sabe com certeza suficiente que a vítima perdeu uma oportunidade de obter uma decisão favorável.

Em quarto lugar, aparecem os casos (mais problemáticos) de **oportunidade de cura e de oportunidade de sobrevivência**.

Continuando a citar Luis Medina Alcoz, também aqui a álea terapêutica, intrínseca à actividade médico-sanitária, pode colocar numerosas questões de perda de oportunidade. A Medicina não é uma ciência exacta, de tal maneira que é frequente que enfermidades que parecem curáveis não entrem em remissão, apesar da adequada aplicação de um tratamento que, noutras vezes, tem êxito; e, ao invés, sucede também por vezes que se vençam patologias aparentemente insuperáveis.

Por isso, em muitos casos, não se consegue saber com segurança se o paciente teria respondido favoravelmente a um determinado tratamento, ainda que se saiba que tal tratamento devia ter sido aplicado e que, ao não o ter sido, se sacrificou culposamente uma oportunidade de recuperação ou de prolongamento da vida.

Existem inúmeros exemplos deste tipo de casos, nomeadamente na prática judiciária dos vários sistemas jurídicos<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Para análise dos mesmos, cfr., entre outros: LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 69-70; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 240-262; LARA KHOURY, *obra citada*, pags. 96-114; JENNY STEELE, *Tort Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, University Press, 2007, pags. 252 e segs..

Será o caso, no exemplo avançado por Júlio Gomes<sup>60</sup>, de um paciente que é transportado para um hospital por suspeita de um tumor maligno, mas os médicos não agem imediatamente e demoram cerca de sete semanas a tomar medidas, as quais se impunham com a máxima urgência. O paciente vem a morrer um ano depois, sendo que não se pode determinar com certeza se o paciente teria sido salvo caso as medidas urgentes tivessem sido imediatamente adoptadas, mas pode apurar-se que as suas chances de sobrevivência seriam, nessa hipótese, de 60%.

Outro caso, muito citado<sup>61</sup>, é o que foi decidido pelos Tribunais ingleses e denominado *Hotson v. East Berkshire A.H.A.*: um rapaz em idade escolar estava a baloiçar-se numa corda atada a uma árvore quando caiu, ficando gravemente magoado na anca. Foi conduzido ao hospital, onde foi apenas ligado o seu joelho, ignorando-se a lesão na anca, e não tendo sido nomeadamente submetido a radiografia por razões desconhecidas. Só após cinco dias regressou ao hospital, onde foi então diagnosticada tal lesão, sendo operado no dia seguinte, de urgência. Apesar da operação, ficou com sequelas para o resto da vida. Ficou demonstrado que era provável que tais sequelas tenham sido consequência da queda, mas que, de qualquer modo, existiam 25% de chances que o rapaz recuperasse caso tivesse sido tratado de imediato. O Tribunal da 1.<sup>a</sup> instância entendeu que tais chances foram perdidas por negligência dos demandados; que era possível, mas não provável, que existissem ainda vasos sanguíneos intactos em número suficiente para que a operação tivesse êxito. “Por outras palavras, se fosse uma questão de causalidade, o queixoso deveria ver improcedente o seu pedido, mas o juiz considerou que se tratava antes de uma questão de avaliação do dano e concedeu 25% da quantia a que o queixoso teria direito se se pudesse considerar que a operação teria sucesso. A *Court of Appeal* manteve a decisão, tendo alguns dos juízes argumentado que a perda de chance de cura era um dano em si mesmo. Na *House of Lords*, todavia, a decisão foi rejeitada por unanimidade”.

Outro caso, também relatado por Júlio Gomes<sup>62</sup>, decidido pelos Tribunais espanhóis, descreve-se da seguinte forma: a mão amputada de um trabalhador foi conduzida, por um comportamento negligente do empregador, para a clínica em gelo sintético e não em gelo natural. Não foi possível verificar se o fracasso na reimplantação da mão amputada se ficou a dever a essa circunstância porque, mesmo que o membro não tivesse chegado ao hospital como chegou, num estado de congelação tão avançado, não é seguro, nem sequer em

---

<sup>60</sup> JÚLIO GOMES, *obra citada*, pag. 296.

<sup>61</sup> Cfr. LARA KHOURY, *obra citada*, pags. 98-100; JENNY STEELE, *obra citada*, pags. 252 e segs.; e JÚLIO GOMES, *obra citada*, pags. 298-299. Segue-se de perto o relato do caso que é feito por este último Autor.

<sup>62</sup> JÚLIO GOMES, *obra citada*, pag. 300.

condições normais, o êxito da operação. O que se indemnizou foi, por isso, apenas a perda de oportunidade de efectuar a operação de reimplantação em condições normais.

Relata ainda Rute Teixeira Pedro<sup>63</sup> outras hipóteses: perda de chance de suportar sequelas menores; perda ou redução de chance de obter uma melhoria do estado de saúde; perda de chance de escapar a uma enfermidade.

Realça Luis Medina Alcoz<sup>64</sup>, no entanto, que, no campo da responsabilidade sanitária, há situações que podem colocar problemas de perda de oportunidade em que os elementos de incerteza derivam, não da imprevisibilidade dos resultados da Ciência Médica, mas da imprevisibilidade da conduta do próprio lesado.

É o caso de o dano dever-se ao incumprimento do dever de informação dos riscos a que o paciente se expõe – ausência de consentimento informado.

Também Rute Teixeira Pedro<sup>65</sup> faz uma menção destacada a este tipo de situações, em que o que se censura ao médico não é uma falha técnica, mas sim o incumprimento do dever de informação quanto aos riscos – que acabam por se concretizar – de uma determinada terapia. “Nestas situações, a dúvida inscreve-se, não no que concerne à contribuição causal do comportamento adoptado pelo médico para a verificação do dano (acção) ou da eficácia do acto por ele omitido para evitar esse dano (omissão) – como nas hipóteses de perda de chance de cura ou sobrevivência –, mas no que respeita ao sentido da decisão que seria tomada pelo doente se lhe tivessem sido prestadas todas as informações devidas quanto aos riscos do tratamento a implementar. Teria, assim, esclarecido, prestado o seu consentimento ou recusar-se-ia a prestá-lo? (...). Ora, a dificuldade de aceder a posteriori a uma resposta inequívoca, num ou noutro sentido, àquela questão e, portanto, face à falta de prova da efectiva repercussão do cumprimento do dever de informação sobre a decisão do doente em consentir a prática do acto que lhe fora prescrito, o dano de perda de chance aparece como um dispositivo a que o julgador lança mão para proferir uma decisão condenatória do médico. Nestes casos, fala-se da “perda de uma chance de tomar uma decisão de natureza a evitar o dano”, ou da “*perte de chance d’éviter les inconvénients*” possíveis de uma terapia, ou a “*perte de chance de refuser l’intervention*” (...).”

Em quinto lugar, Luis Medina Alcoz destaca os **casos de oportunidade comercial**.

---

<sup>63</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 262-265.

<sup>64</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 70-71.

<sup>65</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 265-270. Cfr., ainda a este propósito, ANDRÉ GONÇALVES DIAS PEREIRA, *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*, em *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005, pag. 487, em especial a nota (132).

São os casos de responsabilidade pré-contratual, quando uma das partes, confiando na conduta mantida pela outra durante as negociações – que lhe fez crer que iriam celebrar o contrato –, descarta vias alternativas de lucro (oferta de um terceiro sujeito). Nestas hipóteses, a deslealdade da contraparte pode impedir que se saiba com segurança qual teria sido a vontade da parte defraudada, ou seja, o que faria caso soubesse, desde o princípio, que a contraparte iria abandonar injustificadamente as negociações, e mais concretamente se a parte inocente teria aceite o convite do terceiro a celebrar o contrato com este. São situações em que a vítima perde, não os ganhos que teria obtido com o contrato com o terceiro, mas a possibilidade de ter outorgado tal contrato – sendo certo que, ainda que se saiba que a parte defraudada teria aceite o convite do terceiro a contratar, no entanto pode desconhecer-se o conteúdo preciso desse hipotético contrato, e não se pode descartar a possibilidade de as partes deste último não o cumprirem. Daí que seja normal que não se possa garantir que as negociações frustradas tenham privado a vítima do benefício que lhe teria trazido a conclusão do outro contrato, mas apenas que lhe cercearam uma possibilidade real de o obter.

## 1.2. Classificação consoante a natureza do dano final

Seguindo, também aqui, o estudo de Luis Medina Alcoz<sup>66</sup>, podemos então considerar, em primeiro lugar, a **oportunidade económica** e a **oportunidade pessoal**.

O dano pode afectar o património económico do lesado ou o seu património pessoal (constituído quer pelo património biológico – vida e integridade físico-psíquica – quer pelo património moral ou espiritual).

Assim, e no que respeita à perda de oportunidade, a vantagem de cuja possibilidade de alcance se gozava inicialmente, e que desaparece pela actuação do lesante, pode ser económica (v.g. a possibilidade de ser promovido num concurso profissional e, consequentemente, ver aumentada a retribuição salarial) ou pessoal (v.g. a possibilidade de prolongamento do tempo de vida ou de cura).

A oportunidade de sucesso em processos judiciais pode assumir ambas as vertentes: tanto pode assumir uma vertente económica (veja-se o caso de uma acção judicial destinada a obter a condenação de um devedor no pagamento de um determinado crédito e à qual não foi dada seguimento porque o advogado do demandante não propôs a acção antes do termo do

---

<sup>66</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *obra citada*, pags. 74-79.

prazo da prescrição do referido crédito, tendo o demandando invocado, com sucesso, a prescrição do direito do demandante), como uma vertente pessoal (será o caso das acções judiciais em que se pretende a tutela de um direito da esfera do património pessoal, como por exemplo uma acção de reconhecimento da paternidade ou de divórcio).

O mesmo no que concerne às provas desportivas ou concursos em que o seu ganho implica maior honorabilidade para o vencedor: para além da perda de oportunidade de ganhar o prémio de natureza económica que o concurso preveja, existe a perda de oportunidade de alcançar a menção honorífica respectiva (v.g. o caso dos atletas em provas particularmente conceituadas, como os Jogos Olímpicos, ou o caso dos concursos de beleza, ou o caso dos prémios atribuídos para premiar um desempenho artístico, etc.).

Outra distinção que pode ser feita é a existente entre a **oportunidade de captação de lucro** e a **oportunidade de evitar um dano**.

Dentro dos danos, encontramos o *dano emergente* – prejuízo causado em bens já existentes na titularidade do lesado à data da lesão – e o *lucro cessante* – constituído pelos benefícios que o lesado deixa de auferir por causa do facto ilícito, mas a que ainda não tinha direito à data da lesão. A distinção tem sido colocada mais em relevo no campo do dano patrimonial, mas importa verificar que o dano emergente também pode ser um dano não patrimonial (v.g. a doença sofrida pelo lesado)

De qualquer modo, partindo desta classificação, podem por sua vez distinguir-se os casos em que a vantagem final consistiria no evitamento de um dano dos casos em que tal vantagem se analisa como a obtenção de um incremento patrimonial.

Além disso, a oportunidade perdida pode ser **directa** ou **indirecta** (ou consequencial).

São directos, ou primários, os danos imediatamente derivados do facto ilícito; ao invés, são indirectos, ou secundários, os danos que apenas indirectamente resultam daquela conduta lesiva.

Vejamos o seguinte caso: o lesante, actuando de forma ilícita, agride o lesado, causando-lhe uma incapacidade física permanente (dano directo). O lesado exercia uma profissão no âmbito da qual, para poder ser promovido, necessitava de superar determinadas provas físicas (como sucede, por exemplo, com as forças de segurança), entre outras provas. A incapacidade de que ficou a padecer em consequência da actuação do lesante determinou, por sua vez, que o lesado não consiga superar tais provas físicas e, conseqüentemente, arredou em definitivo a possibilidade de vir a ser promovido no futuro. Não é seguro que, não fora a

actuação ilícita do lesante, o lesado seria necessariamente promovido, até porque a promoção dependia de outros factores. No entanto é seguro que, por causa daquela actuação, a oportunidade de vir a ser promovido ficou irreversivelmente afastada (perda de oportunidade como dano indirecto).

Noutros casos, a perda de oportunidade decorre directamente do facto ilícito: será a situação da perda de oportunidade de cura, ou o caso de perda de oportunidade de ganhar a lotaria no caso de o promotor da mesma se ter negligentemente esquecido de colocar o bilhete do demandante no local de onde seria feita a extracção do bilhete premiado.

Existe uma outra classificação a considerar, qual seja aquela que se pode fazer entre **oportunidade passada** e **oportunidade futura** – sendo que o momento temporal a ter em conta, para ser feita tal distinção, é a do momento em que se efectiva a liquidação do dano, e não o momento do facto causador do mesmo.

Para ilustrar tal distinção, o Autor que se tem vindo a citar dá o seguinte exemplo: quando um diagnóstico tardio pode ter sido a causa da gangrena que afectou a perna do paciente, pode dizer-se que o médico sacrificou uma oportunidade passada de cura porque, ao tempo da liquidação judicial, a lesão corporal e o dano moral consequente já se produziram; mas, se o paciente era um atleta profissional, pode ainda falar-se de perda de oportunidade futura para se referir os ganhos que já não obterá e que poderia obter caso continuasse a competir profissionalmente.

Acrescenta o Autor que, por vezes, ao tempo da liquidação, o facto ilícito pode não ter ocasionado qualquer tipo de dano, sendo porém possível que um dano apareça posteriormente, sem que se possa assegurar a sua conexão causal com aquele facto ilícito. Trata-se, por exemplo, da hipótese do médico que expõe, negligentemente, o seu paciente a radiação e, ainda que tal circunstância não lhe tenha provocado cancro, aumenta em 30% as probabilidades de vir a sofrer de cancro no futuro. Nestes casos, a vítima ainda não sofreu um dos possíveis efeitos do facto ilícito, mas aumentou-se o risco dos mesmos se virem a materializar no futuro.

Apesar do paralelismo, entende-se que estas hipóteses de aumento de risco não devem ser vistos como casos de perda de chance, pelas razões que adiante melhor se explicitarão.

Ainda no que concerne a esta classificação, e mais concretamente à oportunidade futura, a mesma revela as dificuldades que, por vezes, se levantam ao intérprete na tarefa de

distinguir o dano final, na vertente de lucro cessante, da perda de oportunidade de obtenção de um ganho no futuro.

Conforme refere Rute Teixeira Pedro<sup>67</sup>, foi discutida na doutrina e jurisprudência italianas a questão de saber se o dano de perda de chance deve ser considerado como um dano emergente ou como um lucro cessante. E, nessa discussão, houve um período inicial em que o dano de perda de chance foi infrutiferamente inserido no âmbito dos lucros cessantes, concepção que foi abandonada porquanto, à luz dela e dos requisitos legais constantes do art. 1223.º do Código Civil italiano, a perda de chance nunca seria reparada, pois para existir um lucro cessante ressarcível era necessária a prova da certeza desse dano – e, portanto, a prova dos factos constitutivos do ganho perdido, sem que fosse provada a existência de outros factos que impedissem o surgimento desse mesmo ganho. Mas, como salienta a Autora, nos casos de perda de chance mantemo-nos no campo do desconhecido, porque neles não se consegue demonstrar, com a certeza necessária, nem a obtenção do resultado esperado nem a reunião de todos os pressupostos de que ele dependia. “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”.

O que nos remete para o campo do dano emergente: a perda da oportunidade, a ser admitida como dano juridicamente relevante, será sempre um dano emergente, pois com a actuação do agente, a oportunidade ficou desde logo perdida, ainda que tal oportunidade fosse referida à obtenção futura de ganhos.

Mas sobre tal conclusão se debruçará o presente trabalho mais à frente.

## **2. Desenvolvimento da teoria – perspectiva histórica e de direito comparado**

Tal como salienta Luis Medina Alcoz<sup>68</sup>, a teoria da perda de chance tem origem na prática judicial, e refere-se em geral a casos em que a vítima se encontra, de certo modo, numa situação de desigualdade relativamente ao agente porque carece de conhecimentos e

---

<sup>67</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 224-226.

<sup>68</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, n.º 30, Segundo Trimestre, 2009, pags. 32 e seguintes (disponível na internet em <http://www.asociacionabogadosrcs.org//doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d588191bc9123527>).

meios para apreciar se houve ou não causalidade. A teoria em apreço visa corrigir tal desequilíbrio, auxiliando a vítima perante tais dificuldades de prova.

Trata-se de uma técnica a que se recorre no âmbito quer da responsabilidade contratual, quer da responsabilidade extracontratual (e mesmo pré-contratual, conforme acima referido) para ultrapassar as dificuldades de prova do nexos causal, pretendendo-se com a mesma evitar-se a solução drástica, e em muitos casos injusta, a que conduz o modelo tradicional do *tudo ou nada*.

A teoria da perda de chance, ou oportunidade perdida, tem ainda a consequência de distribuir entre as partes o peso da incerteza, colocando o agente a responder apenas em proporção da medida em que foi o causador do dano.

A mesma foi desenvolvida por forma a obter-se uma solução que se pretende equilibrada, adequando-se ao sentimento da comunidade jurídica de repugnância perante situações em que, segundo o modelo tradicional, o agente era exonerado em consequência das dificuldades probatórias, dificuldades estas, aliás, causadas pelo próprio facto ilícito. Mas, por outro lado, a aplicação de tal teoria também evita outro resultado igualmente injusto, qual seja o de obrigar o demandado a reparar um dano que pode não ter causado, ou causado totalmente.

Salienta-se ainda que a aplicação do modelo tradicional do *tudo ou nada* em casos como os apontados leva a que as finalidades de prevenção e de ressarcimento da responsabilidade civil sejam insatisfatoriamente alcançadas. Na realidade, a finalidade de prevenção será promovida com maior eficácia se os lesados forem compensados pelas suas oportunidades perdidas, suportando o lesante essa compensação. Por outro lado, ao reparar-se a oportunidade perdida, estar-se-á a reparar, e a reparar apenas, o dano efectivamente causado pelo agente, o que poderá não suceder com o modelo do *tudo ou nada*.

Seguindo o relato que é feito por Rute Teixeira Pedro<sup>69</sup>, as primeiras aplicações desta teoria ocorrem no século XIX, em França, em casos onde se averiguava a responsabilidade de um “*officier ministériel*” por ter impossibilitado o recurso de uma decisão judicial, bem como nos já referidos casos de competições com cavalos de corrida. O acolhimento da figura pela jurisprudência francesa foi-se multiplicando, sendo amplamente reconhecida na actualidade. Quanto à doutrina francesa, a aceitação da teoria da perda de chance é unânime, segundo refere, de tal modo que a discussão passa hoje pela determinação das condições de que

---

<sup>69</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 192-198.

depende a ressarcibilidade da perda de chance e dos critérios de apuramento do montante indemnizatório. Tal unanimidade não se estende, porém, à aplicação da mesma no âmbito da responsabilidade do médico, enquanto perda de uma chance de cura ou de sobrevivência.

Ainda no que concerne ao sistema francês, e mais concretamente à perda de chance na responsabilidade médica, salienta Lara Khoury<sup>70</sup> que, em vários casos, a questão da perda de chance foi abordada com base na premissa de que tal perda é, no essencial, um tipo de dano autónomo.

Visto que os Tribunais civis hesitam, como regra, em conceder indemnizações de danos hipotéticos e futuros, passaram a exigir que a chance seja real e séria. Para além disso, o grau de probabilidade com que a chance se concretizaria deve ser tomado em consideração na avaliação do dano.

Desde 1965 (ano da decisão judicial tomada num caso semelhante ao acima referido caso *Hotson v. East Berkshire A.H.A.*), e apesar de algumas críticas ferozes expressadas pela doutrina, que em muitos casos os Tribunais franceses ordenaram o ressarcimento de oportunidades perdidas em situações envolvendo responsabilidade médica. Em algumas decisões, a doutrina de perda de chance foi aplicada mesmo com o reconhecimento expresso da incerteza que rodeava a existência de um nexo causal entre o facto ilícito e o dano – nestes casos, a reparação é justificada, expressa ou implicitamente, com o facto de a perda de chance ser independente do dano final, e estar em relação directa com o facto ilícito.

No entanto, a indemnização concedida apenas cobre uma parte do dano final. Apesar disso, na fundamentação das decisões não transparece ser entendimento de quem as toma que se está apenas a compensar de forma parcial o dano do lesado; ao invés, porque o dano é redefinido como perda de chance, a reparação é considerada como sendo integral.

Porém, como nos dá conta a obra que agora se segue de muito perto, algumas decisões, sem repudiar a teoria, condenaram julgamentos baseados na perda de chance quando a causalidade entre a falta e o dano final não é demonstrada, argumentando que tal juízo exclui automaticamente a possibilidade de haver nexo causal entre o facto ilícito e a perda de chance.

A decisão da *Cour de Cassation* datada 17 de Novembro de 1982 será emblemática desta perspectiva: o demandado, médico, havia injectado ar no nariz do paciente enquanto procedia a uma cirurgia; tal actuação foi considerada negligente, pois criou um risco de

---

<sup>70</sup> LARA KHOURY, *obra citada*, pags. 110-114.

embolia atenta a presença de um corte, não faltoso, revelado por uma hemorragia. E, efectivamente, houve ar que entrou nas veias do paciente, seguindo-se uma embolia, a qual levou a que o mesmo ficasse permanentemente incapacitado. Porém, não se logrou ligar a embolia à actuação negligente do demandado, porque a mesma podia ter sido causada pelo ar normalmente contido nos sinos nasais. Apesar disso, a *Cour d'Appel* compensou o demandante pela perda da chance de evitar a embolia. Tal decisão foi condenada pela *Cour de Cassation* com base na circunstância de a perda de chance apenas poder ser utilizada para avaliar danos.

Esta decisão, de que agora se dá nota, foi já descrita como um golpe de estado, conforme reporta Lara Khoury na obra agora citada. Mas também foi interpretada como limitando a função da perda de chance à definição do dano e como uma forma de lembrar que esta teoria não deve ser utilizada para passar por cima da falta de demonstração da causalidade. Argumentou-se, neste sentido, que a *Cour de Cassation* apenas se limitou a reafirmar que, para se poder concluir que existe causalidade entre o facto ilícito e a alegada perda de chance, então a falta do médico teve que desempenhar algum papel na produção do dano. Estas posições, porém, contradizem a tese segundo a qual a perda de chance é um dano autónomo, avançado ou intermédio em relação ao dano final, bem como a consideração de que a causalidade deve ser provada apenas entre o facto ilícito e esse dano intermédio (e não já entre a falta e o dano final).

Outra interpretação desta decisão vai no sentido de o caso ilustrar a regra segundo a qual a perda de chance não pode ser aplicada como contra-medida relativamente à falta de prova da causalidade, apenas se podendo aplicar quando existem fortes chances de evitar o dano. Consequentemente, a perda de chance não pode ser convocada em hipóteses onde estão presentes causas alternativas do dano, como sucede no caso supra descrito.

Apesar destas divergências, os Tribunais franceses, depois de 1982, continuaram a admitir a reparação pela perda de chances, mesmo em casos em que existia incerteza quanto aonexo causal entre o facto ilícito e o dano final.

Também Luis Medina Alcoz<sup>71</sup> se refere a tal evolução. A configuração da perda de chance como dano ressarcível corresponde, nas suas palavras, a uma doutrina de cunho jurisprudencial, surgida quase simultaneamente em finais do século XIX e princípios do século XX, sem que sejam visíveis influências recíprocas, quer em países de Direito Civil

---

<sup>71</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 130 e segs..

(França), quer em países da *Common Law* (Inglaterra, Estados Unidos e Canadá), em casos de responsabilidade por incumprimento contratual.

Através desta doutrina pretendia-se conceder indemnização a quem perdia uma oportunidade de vitória num processo ou concurso por culpa de um devedor relapso.

Em Inglaterra, a primeira decisão judicial que indemnizou a perda de chance, apresentando-se assim como o *leading case* na matéria, remonta a 1911: trata-se do caso *Chaplin v. Hicks*, da *Court of Appeal*, que admitiu a ressarcibilidade da possibilidade frustrada de ganhar um concurso de beleza<sup>72</sup>.

Nos Estados Unidos, existem vários antecedentes jurisprudenciais do princípio do século XX no âmbito da *Law of Contracts*, mas os Autores estão, segundo relata Luis Medina Alcoz<sup>73</sup>, de acordo em que a doutrina da perda de chance apenas se começou a desenvolver a partir do supra referido caso *Chaplin v. Hicks*, que proporcionou uma nova abordagem aos problemas da perda de oportunidade em todo o âmbito da *Common Law*. E, assim, encontram-se decisões dos Tribunais norte-americanos que aplicam a teoria, como por exemplo num caso em que se reconheceu ao demandante o valor da oportunidade de ganhar o prémio disputado numa feira de gado, frustrada pelo atraso no transporte dos animais; ou ao demandante que não pode obter o galardão de melhor vendedor porque a sua empresa anulou o concurso, privando-o da possibilidade de vitória.

No Canadá, segundo o mesmo Autor, o Tribunal de Apelação do Ontário aplicou em 1925 esta teoria num caso similar, sendo que neste país se sentiu a influência quer da doutrina de perda de oportunidade seguida nos Estados Unidos, quer a influência da jurisprudência francesa, sobretudo nos litígios resolvidos pela *Cour d'Appel* do Québec, em última instância.

Da evolução da teoria nestes sistemas, nos últimos anos, bem como na Austrália, nos dá conta nomeadamente Lara Khoury<sup>74</sup>, concluindo no sentido de, malgrado a sua preponderância nos casos de negligência médica apreciados em França, já as outras jurisdições não estão tão rendidas pelos benefícios da mesma, apesar de em Inglaterra e na

---

<sup>72</sup> A descrição que é feita do caso pelo Autor que agora se cita (pag. 132) é a seguinte: um agente teatral realizou um concurso de beleza, com o compromisso de contratar como actrizes durante três anos as 12 candidatas que ele egeria de entre as 50 mais votadas pelos leitores de uma publicação periódica, pagando 20 libras esterlinas mensais às 4 primeiras, 16 às 4 seguintes e 12 às restantes. A demandante foi uma das pré-seleccionadas, mas o agente não lhe comunicou a data agendada para a entrevista pessoal prevista nas regras do concurso, de modo que não foi uma das 12 elegidas no final. A sua pretensão foi considerada procedente com o reconhecimento de uma indemnização de 100 libras. A explicação técnica do caso assentou na consideração de que a demandante tinha uma possibilidade, em quatro, de ser escolhida, pelo que essa chance constituía um valor económico que, ao ser-lhe subtraído, devia dar lugar à indemnização correspondente.

<sup>73</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 131-132.

<sup>74</sup> LARA KHOURY, *obra citada*, pags. 98-114 e 140-141.

Austrália não se terem tomado posições definitivas contra tal teoria<sup>75</sup>.

Apesar da raiz comum entre os vários sistemas da *Common Law*, porém, e segundo afirma Luis Medina Alcoz<sup>76</sup>, enquanto que em particular no Reino Unido, Canadá e Austrália é frequente a utilização da figura da perda de oportunidade em casos em que o dano (cuja ligação causal com o facto ilícito é apenas possível) tem natureza económica ou patrimonial, já nos Estados Unidos (e apesar de existir um corpo doutrinário e jurisprudencial muito articulado no que respeita à perda de oportunidade) as jurisdições que recorrem à figura fazem-no apenas em casos de danos pessoais produzidos no âmbito médico.

Quanto à Europa Continental, os países nórdicos e da Europa Central são, em geral, avessos à figura, mas os demais aplicam-na com frequência em casos de danos de natureza tanto económica como pessoal, sobretudo em casos de responsabilidade de profissionais forenses e de saúde.

No que concerne à Alemanha, Júlio Gomes<sup>77</sup> dá conta do estado da mesma da seguinte forma: nesse sistema, a doutrina da perda de chance é praticamente desconhecida.

Paulo Mota Pinto<sup>78</sup> refere-se à apreciação que a doutrina alemã tem feito sobre esta figura, mas referindo que neste país prevalecem soluções com base na alteração do ónus da prova, através da admissão de inversões do ónus e da facilitação da prova da causalidade. Assim, por exemplo, a partir da negligência grosseira, dever-se-ia facilitar a prova da causalidade, ou mesmo alterar o respectivo ónus, mas sempre mantendo a alternativa na afirmação ou negação da causalidade.

Refere, por sua vez, Ribeiro de Faria<sup>79</sup> que a teoria da perda de chance, neste país, tomou a designação da teoria da elevação do risco.

Já quanto ao caso italiano, refere Rute Teixeira Pedro<sup>80</sup> que, apesar das discussões

---

<sup>75</sup> Também Júlio Gomes descreve a situação, no que respeita ao direito inglês, como uma “em que o reconhecimento da perda de chance se tem revelado mais titubeante”, encontrando-se tantos casos que parecem orientar-se no sentido do reconhecimento da figura (ou, pelo menos, no sentido de facilitar a demonstração da causalidade pelo lesado), como outros casos em o modelo mais tradicional é reafirmado – cfr. JÚLIO GOMES, *obra citada*, pag. 297-299.

<sup>76</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 37-38.

<sup>77</sup> JÚLIO GOMES, *obra citada*, pags. 300-301.

<sup>78</sup> PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Volume II*, Coimbra Editora, 2008, pags. 1103 a 1107, nota (3103).

<sup>79</sup> RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias, *Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, em “Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos”, U. Porto Editoria, pag. 287.

<sup>80</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 193-194.

doutriniais em redor da figura, ela tem sido acolhida pela jurisprudência em matérias variadas, nomeadamente no direito do trabalho (ressarcimento de prejuízos causados à carreira profissional dos trabalhadores, nomeadamente traduzidos na perda de ocasiões de progressão na mesma).

Relata Luis Medina Alcoz<sup>81</sup>, quanto à Itália, que a doutrina da perda de chance tem sido, posteriormente, aplicada em muitos outros casos: frustração da possibilidade de prosseguir negociações comerciais; da oportunidade de vitória em processo ou procedimento competitivo de contratação ou função pública; ou de possibilidade de sobrevivência.

O mesmo Autor refere ainda o caso da Argentina<sup>82</sup>, onde, por influência dos Direitos francês e italiano, se reconheceu a ressarcibilidade da oportunidade de obter ganhos através de um novo emprego, uma actividade empresarial ou uma actividade desportiva. Do mesmo modo, a doutrina da chance tem vindo a ser aplicada para valorar o dano que sofre quem perde uma possibilidade séria e real de sobrevivência e para quantificar a diminuição patrimonial sofrida pelos pais em consequência do falecimento de um filho menor, calculando a possibilidade razoável de ajuda que este poderia ter proporcionado àqueles.

No entanto, e no que respeita ainda à Argentina, Juan Manuel Prévot e Rubén Alberto Chaia<sup>83</sup> apresentam uma visão crítica à teoria da perda de chance nos casos da perda de oportunidade de cura. Para os Autores, a questão requer um exame a partir de uma perspectiva de causalidade. Se existe culpa médica e, como resultado da mesma, o paciente morre ou sofre um dano na sua saúde que o profissional podia ter evitado, tivesse agindo diligentemente, então temos um dano certo e não apenas uma simples perda de chance de cura.

Porém, Autores partem da seguinte afirmação de princípio: naquelas situações em que o paciente está doente, com a sua saúde prejudicada, debilitada ou diminuída, cujas sequelas, caso não sejam tratadas, levarão irreversivelmente à morte, o acto médico negligente actua como um “agravante” ou “acelerador” porque não interrompeu o curso causal da enfermidade (ao demorar o acto médico ou ao errar no método utilizado para combater a doença).

Ou seja, e se bem compreendemos a ideia da obra que agora se aprecia, para os seus Autores uma actuação negligente do médico nestes termos é sempre causa do dano final,

---

<sup>81</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pag. 39.

<sup>82</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 39-40.

<sup>83</sup> JUAN MANUEL PRÉVOT/RUBÉN ALBERTO CHAIA, *obra citada*, pags. 265-277.

ainda que não seja a única causa: “O dano médico, se bem que se exterioriza legalmente mediante a morte ou a lesão do paciente, estruturalmente está dado pelo facto de não ter interrompido o curso causal natural da enfermidade, seja por meio de uma conduta omissiva (não fazer), errónea (fazer mal) ou tardia (fazer depois do tempo) e, por conseguinte, este será parcialmente responsável pelo seu aporte causal ao desenlace final”. O intérprete deverá distinguir a influência causal da culpa médica e das predisposições do doente, separando a parte que corresponde a cada uma; a imputabilidade é parcial, pois várias causas cooperam para provocar o resultado danoso final.

Continuando a citar estes Autores, para os mesmos “Erroneamente se diz que, como o paciente está doente ou afectado de antemão, em todo o caso o acto negligente priva a vítima das probabilidades de cura ou melhoria. Cremos o contrário: existe aqui um evidente “nexo causal” entre o acto culposo do profissional e o dano, pois por mais que a cura ou sobrevivência sejam actos em si aleatórios, a permanência que o cumprimento da prestação prometida pode ter superado leva indefectivelmente a um agravamento da enfermidade com sequelas irreparáveis (...). O único dano reparável é o devido ao acto terapêutico, médico ou cirúrgico. Portanto, quando o acto ilícito foi praticado sobre um indivíduo doente, a indemnização deve então ser limitada às consequências do agravamento causado pela intervenção, descontando do prejuízo final o estado anterior constatado.”

Os Autores manifestam-se contra a importação acrítica que a jurisprudência e doutrina argentina fizeram da figura da perda de chance, visto que o habitat natural da mesma é o direito francês, onde a opinião dominante vai no sentido de não admitir a divisão da obrigação indemnizatória. Assim, perante a impossibilidade de recorrer à “concausa” como alternativa válida para resolver certos casos de negligência médica, os juristas franceses viram-se compelidos a dar uma solução a estes casos particulares, com características próprias, que não encontravam a sua justa medida nas suas concepções ou dogmas tradicionais. Por outro lado, o limiar de certeza exigido na clássica concepção francesa para ter como demonstrado o nexo causal situa-se perto dos 100%.

Ao invés, para os Autores, o dano resultante da prática médica produz-se geralmente pela concorrência do facto ilícito do médico e das condições preexistentes do paciente, existindo uma verdadeira “concausa” entre o facto da vítima (as suas condições preexistentes) e o facto do lesante, devendo a indemnização ser proporcional à incidência causal de cada uma dessas contribuições.

Para os Autores, esta concepção de “concausa” é a que melhor se adequa ao Código Civil argentino, rejeitando assim a necessidade de se recorrer à figura da perda de chance

como dano (autônomo) intermédio.

Quanto à perda de chance tradicional, relativa à perda de possibilidade de obter um prêmio, ganhar um concurso, etc., entendem estes Autores que a indemnização dessa perda infringe de maneira flagrante o regime de imputação de consequências prescrito pelo art. 901.º do Código Civil argentino, segundo o qual tal simples expectativa comporta uma consequência mediata não previsível. Tal obstáculo desaparece, porém, se o que se indemniza é o dano causado por não ter participado, concorrido ou competido<sup>84</sup>.

Também o conceito tem sido bem aceite no Brasil, quer na doutrina<sup>85</sup> quer na jurisprudência<sup>86</sup>.

Para Luis Medina Alcoz<sup>87</sup>, sendo a oportunidade perdida uma técnica de origem judicial, porém o seu desenvolvimento caracterizou-se, desde o seu nascimento, quer nos sistemas de Direito Civil, quer nos sistemas da *Common Law*, por corresponder ao impulso proporcionado pela doutrina científica.

Mesmo nos países onde a noção de chance apareceu pela primeira vez em decisões judiciais, a doutrina cumpriu um papel fundamental, propondo tal teoria como resposta

---

<sup>84</sup> JUAN MANUEL PRÉVOT/RUBÉN ALBERTO CHAIA, *obra citada*, pags. 90-91.

<sup>85</sup> Cfr., entre outros, SÉRGIO SAVI, *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*, Ed. Atlas, 2006; e RAFAEL PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, Ed. Atlas, 2007.

<sup>86</sup> Veja-se, por exemplo:

- o Acórdão n.º 70020745089 de Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Décima Oitava Câmara Cível, de 30 Agosto de 2007 (em <http://br.vlex.com/vid/44691344>);

- a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (5. Câmara) “*Civil. Responsabilidade civil. Falha do atendimento hospitalar. Paciente portador de pneumonia bilateral. Tratamento domiciliar ao invés de hospitalar. Perda de uma chance. 1. É responsável pelos danos, patrimoniais e morais, derivados da morte do paciente, o hospital, por ato de médico de seu corpo clínico que, após ter diagnosticado pneumonia dupla, recomenda tratamento domiciliar ao paciente, ao invés de interná-lo, pois, deste modo, privou-o da chance (perte d'une chance) de tratamento hospitalar, que talvez o tivesse salvo. 2. Apelação provida. Voto vencido. Apelação Cível n.º 596070979. Relator: Desembargador Araken de Assis. Porto Alegre, 15 de Agosto de 1996*”. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/jprud2/ementa.php](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php);

- a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3. Câmara). “*Civil. Embargos infringentes. Responsabilidade civil de entidade hospitalar. Casa de saúde e maternidade. Óbito de recém nascido. Apnéia idiopática seguida de paradas cardiorrespiratórias. Demora no encaminhamento do paciente para unidade de terapia intensiva. Serviço hospitalar defeituoso. Fato do serviço caracterizado. Indenização. danos material e moral. Responsabilidade civil objetiva. Teoria da “perda de uma chance”. Recurso conhecido e provido. Embargos Infringentes n.º 2002.005.00446. Relator: Desembargador Werson Rego. Rio de Janeiro, 3 de junho de 2003*”. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>;

- e a decisão do de Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Nona Câmara Cível, de 18/09/2009, disponível na internet em <http://jurisprudenciabrasil.blogspot.com/2009/10/jurid-responsabilidade-civil-hospital.html>.

<sup>87</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 34-35. Com maior desenvolvimento, ainda em *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 127-181.

iniludível para outros casos, tentando ainda encontrar os fundamentos dogmáticos que a compatibilizam com a teoria geral da causalidade. Noutros ordenamentos, por outro lado, a teoria da perda de chance foi postulada na literatura científica antes de ser trabalhada em decisões judiciais (como por exemplo em Itália). Existem, ainda, ordenamentos em que não se conhece esta teoria (Suíça), mas, não obstante, a literatura jurídica reivindica a sua utilização.

No caso espanhol, foram os Tribunais e o Conselho de Estado quem abordou o tema da perda de oportunidade. O conceito não consta dos textos legais gerais sobre responsabilidade (Código Civil e Lei n.º 30/1992 do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum). Apesar disso, a teoria da perda de chance penetrou o sistema espanhol a partir de finais dos anos oitenta do século XX através dos Tribunais, que seguiram os ordenamentos francês e italiano; do Conselho de Estado; e do legislador que, por influência da Directiva 92/13/CE, consagrou o direito a uma indemnização ao licitador que tinha contado com “possibilidades reais” de lhe ser feita a adjudicação caso a tramitação do procedimento de contratação tivesse sido seguido sem irregularidades – cfr. art. 112.º da Lei n.º 31/2007, de 30 de Outubro, sobre procedimentos de contratação em sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Ainda sobre a experiência espanhola, relata o Autor<sup>88</sup> que a jurisprudência move-se actualmente entre duas tendências antitéticas: uma, tradicional, que parece estar em fase de superação, e que inspirar-se-á no paradigma mecanicista newtoniano para afastar a indemnização de danos certos quando se apresenta um mínimo de dúvida quanto ao nexo causal; e outra, nova, que parece estar a impor-se, e que admite a relatividade do conhecimento humano para reparar danos ainda que sem prova patente do nexo causal. A Primeira Sala do Supremo Tribunal, nomeadamente, tem consolidado uma jurisprudência que é favorável à aplicação da doutrina da oportunidade perdida em casos de responsabilidade civil de profissionais forenses, tendo admitido ainda a ressarcibilidade das chances de cura na decisão de 10 de Outubro de 1998, depois de as Audiências Provinciais terem inaugurado uma importante linha jurisprudencial favorável à aplicação da teoria da perda de oportunidade no âmbito médico-sanitário<sup>89</sup>.

O mesmo se passa no contencioso administrativo, tendo a Audiência Nacional, em 2002, admitido pela primeira vez a ressarcibilidade da oportunidade de cura ou sobrevivência

---

<sup>88</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 40-42. Para mais desenvolvimentos, do mesmo Autor, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 183-239.

<sup>89</sup> Dando conta de várias decisões em que foi considerada a teoria da perda de oportunidade, e em que tal perda foi maioritariamente considerada como um dano moral, veja-se ainda CARMEN PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, *Daño Moral por Incumplimiento de Contrato*, Editorial Aranzadi, 2006, pags. 79-110.

e, a partir de então, vindo a aplicar a teoria da chance com bastante rigor e muita frequência no âmbito da responsabilidade patrimonial da Administração de saúde. Ultimamente, tal tem vindo a ser seguido também em algumas decisões das Salas de Contencioso Administrativo de alguns Tribunais Superiores de Justiça e do Tribunal Supremo.

Fora do âmbito da responsabilidade dos profissionais forenses ou de saúde, são raras as decisões de tribunais espanhóis que acolhem a figura. No entanto, encontram-se já decisões que alargam a sua aplicação a outros campos, como sejam o das chances laborais, o da chance de evitar o pagamento de uma indemnização por negligência de um corretor de seguros, o da chance de aceder a uma determinada profissão por não se ter podido comparecer no concurso respectivo em consequência de um acidente, e o da chance de vitória em concursos e em procedimentos administrativos competitivos.

Assim, fazendo o balanço do desenvolvimento da teoria, Luis Medina Alcoz<sup>90</sup> refere que, depois de ter sido criada nos sistemas jurídicos francês e inglês em casos de incumprimento contratual, a teoria da perda de oportunidade circulou:

- horizontalmente, penetrando outros ordenamentos nacionais, como o dos Estados Unidos, Canadá, Austrália, Holanda, Itália e Argentina;

- verticalmente, alcançando organizações europeias e internacionais de diversa natureza (nomeadamente Conselho e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias; Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; e Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT<sup>91</sup>) que, depois de a identificar através do método comparado, a recolheram e aplicaram em alguns dos seus instrumentos.

Veja-se, quanto a esta última afirmação, o caso da Directiva 92/13/CE que, no seu art. 2.7 dispõe o seguinte: “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

---

<sup>90</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 33-34.

<sup>91</sup> No art. 7.4.3 dos Princípios sobre os Contratos Comerciais Internacionais, aprovados em 1994 no seio desta entidade (UNIDROIT), pode ler-se o seguinte (cfr., na internet, em <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf>:

*(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.*

transposição desse direito e que teria tido uma **possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação**” (sublinhado meu).

A doutrina da perda de chance também pode ser encontrada, por exemplo na decisão do caso Farrugia pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias<sup>92</sup>, que aprecia uma situação em que é pedida uma indemnização por perda da possibilidade de obter uma bolsa de investigação, decorrente de um acto da Comissão<sup>93</sup>. Apesar de denegar a indemnização ao demandante, porém não rejeita a teoria em apreço, antes discute os seus pressupostos: *“In the present case, concerning non-material damage flowing from the applicant's loss of his chance to pursue his studies and research in the United Kingdom, the requirement that such damage be actual presupposes that the applicant must establish at least that his application satisfied the substantive conditions for being accepted, so that it was only the Commission's unlawful refusal, in so far as it was based on erroneous grounds regarding his nationality, which deprived him of the chance of having his application taken into consideration for award of the fellowship requested”*.

Confira-se também o art. 163.º, n.º 1, al. b) da Parte Geral do Código Europeu dos Contratos, segundo o qual o dano patrimonial ressarcível compreende nomeadamente o lucro cessante, do qual faz parte a perda de oportunidade de ganho que possa considerar-se – com certeza razoável – causada e que deve avaliar-se em função do momento do incumprimento ou da mora<sup>94</sup>.

Já no art. 3.106 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil se consagra o seguinte<sup>95</sup>: “Causas incertas no âmbito da esfera do lesado. O lesado deverá suportar o prejuízo na medida correspondente à probabilidade de este ter sido causado por uma actividade, ocorrência ou qualquer outra circunstância que se situe no âmbito da sua própria esfera, incluindo eventos naturais”.

Qual a base filosófica que fundamenta a teoria da perda de oportunidade?

Neste ponto, sustenta Luis Medina Alcoz<sup>96</sup> que o surgimento e consolidação da teoria

---

<sup>92</sup> Quanto à jurisprudência, na matéria, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cfr. LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 153-167.

<sup>93</sup> Cfr., na internet, em [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61994A0230](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61994A0230).

<sup>94</sup> Cfr., em tradução para a língua espanhola, na internet em <http://209.85.229.132/search?q=cache:8gmpzOliSwgJ:www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%2520legales/TR-PAVIA.DOC+Codigo+europeo+de+contratos&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt>.

<sup>95</sup> Cfr., na internet, em [http://civil.udg.es/tort/principles/text\\_pt.htm](http://civil.udg.es/tort/principles/text_pt.htm).

<sup>96</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoría...*, pags. 35-36. Cfr. ainda, do mesmo Autor, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 80-83.

da perda de oportunidade se deve a várias razões, sendo uma das mais importantes a tomada de consciência, relativamente recente no mundo do Direito, que o conhecimento humano é imperfeito e limitado e que apenas pode ser explorado em termos de probabilidade.

Atenta a forma clara, e desassombrada, como expõe o seu entendimento, permito-me fazer uma citação mais alargada do mesmo:

*“O pensamento filosófico e jurídico em relação com o conhecimento dos factos tem evoluído a partir de uma fase primitiva, em que imperava uma concepção mágica, até ao momento actual, em que se adoptou a óptica racional. O motor desta transformação foi, em boa medida, o pensamento iluminista que, influenciado pelos avanços científicos e pelo paradigma mecanicista newtoniano, depositou uma confiança cega no conhecimento empírico, como veículo capaz de proporcionar certezas inquestionáveis. Esta ideia projectou-se quase sem variação para o campo das ciências jurídicas, havendo autores que chegaram a crer que a verdade obtida processualmente pode ser reflexo fiel do efectivamente sucedido. A nível teórico, ou académico, entendimentos deste género só foram defendidos por uma “minoría epistemológica positivista” que concebia o conhecimento como um processo guiado por normas seguras; mas a prática processual, sobretudo a da Europa continental, escudou-se na regra do livre arbítrio ou convicção para deixar-se dominar pela ideia de que os factos podem e devem provar-se com toda a certeza. Muitos ilustres reconheciam que a certeza dos factos nunca é absoluta ou objectiva, mas não os juristas, provavelmente porque não prestavam atenção ao problema do facto e da sua prova, e centraram as suas preocupações na teoria da interpretação das normas.*

*Na dogmática jurídica imperou, assim, o desprezo dos factos. O estudo das questões de ordem fáctica foi relegado para segundo plano, por detrás da análise dos conceitos, ignorando-se que a maioria dos julgamentos são “pleitos sobre factos”. Por isso, os juristas têm tido dificuldades para reconhecer que “na Terra a verdade é uma questão de grau” e têm acreditado que os factos devem ficar demonstrados com absoluta certeza. Sem embargo, os avanços científicos, especialmente os desenvolvimentos da física quântica [<sup>97</sup>], demonstraram manifestamente, mais do que nunca, que o mundo físico não se rege por leis causais, mas sim probabilísticas, do tipo “se X, então Y numa percentagem Z”. Acabou por impor-se o critério segundo o qual o conhecimento empírico, relativamente ao qual o conhecimento judicial não é mais do que um dos seus tipos, não permite saber com absoluta certeza se um facto, como facto causal, é verdadeiro; mas sim tentar encontrar o seu grau de*

---

<sup>97</sup> Não deixa de ser expressivo que um dos mais essenciais enunciados da física quântica seja denominado de princípio da incerteza de Heisenberg.

*probabilidade a partir dos elementos de juízo disponíveis e determinadas regras de racionalidade.*

*O conhecimento dos factos fundamenta-se, pois, na probabilidade, não na certeza absoluta, o que significa que sempre há lugar para a discrepância entre o efectivamente sucedido e o efectivamente demonstrado. A possibilidade de tal discrepância percebe-se especialmente no processo, pelos limites adicionados do conhecimento judicial dos factos; e sente-se intensamente como um problema em alguns deles, pela insuficiência dos elementos de juízo em que apoiar as declarações dos factos provados. É isso que ocorre em muitos assuntos de responsabilidade civil, em relação com a causalidade, onde, às vezes, a impossibilidade de a demonstrar não elimina a suspeita de que pode ter-se verificado no mundo real. Esta suspeita explica, em grande medida, o surgimento da doutrina da oportunidade perdida. É uma técnica que, de certo modo, regula a incerteza segundo o entendimento de que, às vezes, fere o sentimento de justiça que a vítima fique sem reparação por um dano que, provavelmente, não teria sofrido não fosse o facto ilícito, ou que a contraparte fique obrigada a reparar um prejuízo que pode não ter causado”.*

### **3. Em Portugal**

#### **3.1. Na Doutrina**

No nosso país, não é abundante a referência a esta questão.

Porém, progressivamente, a mesma tem vindo a ser abordada quer na Doutrina quer na Jurisprudência.

Vai-se tentar dar conta do que a este respeito já se escreveu em ambos os domínios.

Sinde Monteiro<sup>98</sup> refere-se ao dano de perda de chance, sustentando que o “carácter de dano indemnizável da *perte d’une chance* não é hoje seriamente contestado pela doutrina francesa e também entre nós nada parece opor-se à sua ressarcibilidade, respeitados que sejam os “*garde-fous*” colocados por aquela doutrina e jurisprudência. Não será noutros termos que teremos de raciocinar, por exemplo na hipótese em que um advogado omite a interposição de um recurso, fazendo perder ao seu cliente a possibilidade (*chance*) de vir a obter ganho de

---

<sup>98</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989, pags. 297-300.

causa. Nem sequer é exacto que nestas hipóteses apenas haja direito a uma indemnização parcial; também aqui vale o princípio da indemnização integral, só que os juízes devem ter em conta tanto a existência como o grau da álea que afecta a realização da *chance perdue*".

Quanto à chance de cura ou sobrevivência, o Autor analisa a jurisprudência francesa que segue a teoria da perda de chance nestes casos, interpretando-a no sentido de o dano concreto (a morte ou agravamento do estado do doente), relativamente ao qual não foi feita prova bastante do nexo causal, ser substituído por "um diminutivo abstracto deste prejuízo (perda da oportunidade de não morrer ou de se curar), hipoteticamente atribuído à culpa do médico em razão do perigo a que expõe a saúde do doente".

Álvaro Dias<sup>99</sup>, por sua vez, sustenta que a perda de chance é um dano tão digno de indemnização como qualquer outro, desde que se consiga fazer prova de todos os requisitos ou pressupostos da obrigação de indemnizar, mormente a certeza do dano e o nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano. "Se configurarmos a perda de chance como uma lesão do direito à integridade ou incolumidade do património do respectivo titular, facilmente nos damos conta que a mesma se nos depara como um dano certo (salvo quanto ao seu montante) onde acaba por emergir a perda de uma possibilidade actual, e não de um resultado futuro. A possibilidade perdida configura-se assim como um bem patrimonial, uma entidade económica e juridicamente avaliável, cuja perda produz um dano actual e ressarcível".

Carneiro da Frada<sup>100</sup>, a este respeito, refere-se ao dano conhecido por "perda de chance" como um exemplo da actual relevância da causalidade puramente probabilística. "Uma das formas de resolver este género de problemas é a de considerar a perda de oportunidade como um dano em si, como que antecipando o prejuízo relevante em relação ao dano final (apenas hipotético, v.g., da ausência de cura, da perda do concurso, do malograr das negociações por outros motivos), para cuja ocorrência se não pode asseverar um nexo causal suficiente. Mas então tem de se considerar que a mera possibilidade de uma pessoa se curar, apresentar-se a um concurso ou negociar um contrato consubstancia um bem jurídico tutelável. Se no plano contratual, a perda de oportunidades pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa "chance" a bem jurídico protegido pelo contrato), no campo delitual esse caminho é bem mais difícil de trilhar: a primeira alternativa

---

<sup>99</sup> JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, 2004, fls. 250-255.

<sup>100</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *obra citada*, pags. 103-104.

do art. 483 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”. Ainda assim, surgem problemas, agora na quantificação do dano, para a qual um juízo de probabilidade se afigura indispensável. Derradeiramente, não podendo ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados (cfr. o art. 566 n.º 3) ”.

Júlio Gomes<sup>101</sup> apresenta uma visão ainda crítica no que a esta teoria respeita. Considera que a operação de “antecipação” do dano é algo artificial. Por outro lado, sendo certo que o reconhecimento do dano de perda de chance se insere numa “tendência para a ampliação gradual do dano ressarcível”, porém “coloca um sem número de problemas, quer ao nível conceptual, quer ao nível prático. Em primeiro lugar, não é claro se o dano de perda de chance deve ser concebido como uma modalidade de dano emergente ou de lucro cessante. Em segundo lugar, mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação, e isto porque o prejuízo da perda de chance se insere num processo dinâmico que iria, eventualmente, desembocar num outro prejuízo definitivo. Mas o problema conceptual mais grave consiste em saber até que ponto é que, por detrás desta fachada unitária, a chamada “perda de chance” não encobre, no fundo, questões distintas que se situam em dois planos, que importa separar, ainda que interfiram entre si: o plano do dano e o plano da causalidade. Ao nível prático, todos os sistemas que admitem o dano da perda de chance têm que colocar exigências quanto ao tipo de chance que estão dispostos a tutelar: como se verá, terá de tratar-se de uma chance séria ou de uma expectativa que não poderá ser meramente fáctica”.

Acrescenta o Autor que a chance, não possuindo, enquanto tal, um valor económico próprio, não pode portanto qualificar-se como uma entidade patrimonial autónoma. Por outro lado, o método de dupla avaliação propugnado pelos defensores da teoria para determinação do *quantum* indemnizatório comporta “uma grande margem de arbitrariedade”.

Além disso, segundo o seu entendimento, a doutrina da perda de chance não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, constituindo uma ruptura, 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 art. 563.º do Código

---

<sup>101</sup> JÚLIO GOMES, *obra citada*.

Civil, não se afigurando adequado introduzir, de uma maneira tão dissimulada, um reconhecimento da causalidade probabilística”.

E conclui no sentido de se lhe afigurar que “a mera perda de chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória”. Esclarecendo tal afirmação, afirma que “Na medida em que a doutrina da perda de chance seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, parece-nos que a mesma deverá ser rejeitada entre nós, ao menos de *jure condito*. Devê-lo-á ser também, na medida em que ela pretenda, por outra via, facilitar o ónus probatório do lesado (...). Perfilam-se, aliás, mesmo da perspectiva do direito a constituir, outras soluções, porventura mais adequadas, do que a autonomização da perda de chance: pense-se, por exemplo, na inversão do ónus da prova, adoptada na Alemanha, no plano da responsabilidade médica, ou na chamada “prova aparente” (...). Admitimos, no entanto, um espaço ou dimensão residual da perda de chance no Direito português vigente, mas que não corresponde, de todo, ao caso em apreço: referimo-nos a situações pontuais, tais como a situação em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado de um concurso ou de uma fase posterior de um concurso. Trata-se de situações em que a chance já se “densificou” o suficiente para, sem se cair no arbítrio do juiz, se poder falar do que TONY WEIR apelidou de “uma quase propriedade”, um “bem”. Finalmente, registre-se que não é sequer necessário recorrer à perda de chance como auxiliar de quantificação do dano, já que, entre nós, o lucro cessante, uma vez demonstrada a sua verosimilhança, pode ser fixado pelo tribunal, segundo critérios de equidade”.

De qualquer forma, acentua que não se pode “deixar de reconhecer as virtualidades e os méritos da doutrina da perda de chance. Ela denuncia as limitações e as eventuais injustiças do princípio do tudo ou nada (...) actualmente vigente”.

Ainda em Portugal, sobre o dano da perda de chance já se pronunciou Afonso de Melo, a respeito da responsabilidade civil do advogado<sup>102</sup>: “No caso, porém, de o constituinte se lamentar de ter prescrito o seu direito de ser indemnizado porque o advogado não intentou a acção em devido tempo, como é? Se toda a acção tem um resultado aleatório, como pode ele afirmar que a acção judicial omitida teria sido julgada (total ou parcialmente) procedente? Que indemnização deixou de receber por culpa do advogado? Qual a situação que existiria e

---

<sup>102</sup> AFONSO MELO, *Responsabilidade Civil de Mandatário Judicial*, em Boletim da Ordem dos Advogados n.º 26, Maio e Junho de 2003, pags. 26 e seguintes, disponível na Internet em [http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=12955&idr=2932&ida=12973](http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=12955&idr=2932&ida=12973).

deve ser reconstituída se a acção tivesse sido proposta (art. 562º do Código Civil)? Os tribunais franceses e italianos têm usado o conceito de “*perte d’une chance*”, de aliás multusos, para julgarem que tal perda (da oportunidade de ganhar a acção) constitui para o autor um dano patrimonial em si (há decisões do Supremo Tribunal espanhol no sentido de que se trata de um dano moral). Não vá sem se dizer que a Cour de Cassation já decidiu que a noção de “*perte d’une chance*” não pode servir para contornar dificuldades da prova quanto aonexo causal. Por cá a perda de uma “*chance*” tem sido utilizada, sem usar o nome, quando o lesado alega danos derivados de ter perdido a oportunidade de concorrer a uma promoção profissional ou de se apresentar a exame, donde resultou um atraso na carreira ou no percurso académico. Considera-se provado o dano quando demonstrado que o lesado tinha toda a probabilidade de ter êxito no concurso ou no exame. Ora, recentemente, o Acórdão do STJ de 03/02/99, CJ VII, 2, p. 73 (mal sumariado nesta parte), decidiu precisamente, invocando a teoria da causalidade adequada, que procedia a acção contra o advogado que por inércia culposa deixara prescrever o direito do autor, porque resultava plenamente provável que o mesmo autor conseguisse provar na acção proposta fora de prazo, os danos que sofreu em consequência de acidente de viação. Este julgamento hipotético é aplicado na Alemanha e na Itália, discutindo-se se deve ser avaliado segundo o ponto de vista do juiz da acção ou como teria presumivelmente decidido o juiz da acção falhada ou omitida (uma reconstrução de um processo imaginário). Um caso apenas, felizmente, tive de decidir, com os adjuntos, sobre responsabilidade civil do advogado (deixara prescrever, relativamente a um acidente de viação, o direito do seu constituinte). Este intentou a acção contra o advogado, invocando a sua responsabilidade, tal como teria sido proposta a acção contra a seguradora do responsável pelo acidente. Provada a responsabilidade deste e provados os danos, o advogado foi condenado a indemnizar o autor pelos danos, pois não tinha proposto a acção deixando prescrever o direito do seu constituinte”.

Paulo Mota Pinto<sup>103</sup>, a este respeito, realça que as soluções de facilitação probatória, incluindo a da inversão do ónus da prova, e que se mantêm no campo do “tudo ou nada” deparam-se com objecções baseadas nos princípios da igualdade e da proporcionalidade e na ideia de justiça individualizadora. “Com efeito, todas elas, por mais que facilitem a prova da causalidade, são obrigadas a admitir a existência de um “*ponto de viragem*” (“*tipping point*”) a partir de um limiar relevante, a partir do qual um pequeno acréscimo (ou diminuição) terá

---

<sup>103</sup> PAULO MOTA PINTO, obra citada, pags. 1103 e segs., nota (3103).

um efeito *desproporcionadamente favorável (ou desfavorável)*. Têm, por isso, sido propostas soluções do tipo *proporcional* ou “*gradualista*”, desde logo, graduando o requisito da *causalidade* (a ideia de uma mera “causalidade possível”, com a correspondente responsabilidade proporcional, para que se inclina a doutrina austríaca e algumas propostas na doutrina holandesa e alemã, se necessário a partir de uma generalização do regime da incerteza em casos de “causalidade alternativa incerta” (...), mas reduzindo a indemnização proporcionalmente à probabilidade (...). Outra abordagem do tipo “*gradualista*”, mas que se apresenta sob o perfil do “bem” atingido, é justamente a da *autonomização da protecção da chance* como ressarcível. Segundo esta, em casos de causalidade probabilística (...) pode dizer-se que o evento lesivo privou o lesado de determinadas oportunidades (...), as quais devem ser ressarcidas. Para tanto, dever-se-ia condenar o lesante pelo prejuízo que se verificou, ou vai verificar, mas reduzindo o montante da indemnização *na razão da probabilidade de que o dano se tivesse igualmente produzido se o lesante não tivesse destruído a chance ou a oportunidade*”.

Porém, para este Autor, as teorias “gradualistas”, tendo a aparente vantagem de evitar uma passagem brusca da ausência do dever de indemnizar à responsabilidade total, porém pagam-na com a dispensa da própria consumação da lesão do bem, a indução de um excesso de responsabilização e insegurança e, sobretudo, com o efeito de transformar o lesante em garante da probabilidade de sucesso de cada titular da chance quando esta, por definição, não oferecia nada garantido. O problema fundamental reside em saber se o âmbito da protecção garantida pela norma violada ou pelo bem afectado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão, ou seja, se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo.

Conclui que esta solução, a aceitar-se, só de *jure condendo*, e sempre exigindo um limiar mínimo de relevância da chance. Porém, entende que por ora não parece que exista base jurídico-positiva para sustentar a indemnização pela perda de chances. Ao invés, parece ser mais fácil optar pela solução da inversão do ónus da prova, ou da facilitação da prova, da causalidade e do dano, com posterior redução por aplicação do art. 494.º do Código Civil.

Conforme se relata no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 2009<sup>104</sup>, a este respeito pronunciou-se ainda Armando Braga, em *A Reparação do Dano Corporal da Responsabilidade Extracontratual*, pag. 125: “O denominado dano de perda de

---

<sup>104</sup> Publicado na Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 2009, tomo III, pags. 152-158, relatado por João Bernardo. Nesta publicação, vem referido inicialmente que o Acórdão é datado de 22 de Novembro de 2009 mas, a final, consta a data de 22 de Outubro de 2009, que é a data que também consta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (processo n.º 409/09.4YFLSB).

chance tem sido classificado como dano presente. Este dano consiste na perda de probabilidade de obter uma futura vantagem, sendo, contudo, a perda de chance uma realidade actual e não futura. Considera-se que a chance de obter um acréscimo patrimonial é um bem jurídico digno de tutela. A vantagem em causa que poderia surgir no futuro, deve ser aferida em termos de probabilidade. O dano da perda de chance reporta-se ao valor da oportunidade perdida (estatisticamente comprovável) e não ao benefício esperado. O dano da perda de chance deve ser avaliado em termos hábeis, de verosimilhança e não segundo critérios matemáticos, sendo o quantum indemnizatório fixado atendendo às probabilidades de o lesado obter o benefício que poderia resultar da chance perdida. É precisamente o grau de probabilidade de obtenção da vantagem (perdida) que será decisivo para a determinação da indemnização”.

Quanto a Rute Teixeira Pedro, mostra-se favorável ao acolhimento da teoria da perda de chance, sintetizando seu estudo<sup>105</sup> da seguinte forma:

- a figura da perda de chance “aparece para garantir a tutela ressarcitória a posições jurídicas de sujeitos, que reúnem alguns dos requisitos propiciadores de um efeito final benéfico, mas de consecução incerta. Se, por um acto ilícito e culposo de um terceiro se inviabilizar a obtenção desse resultado, não é possível afirmar a responsabilidade daquele sujeito pela perda do mesmo, dado que se desconhece o decurso que os acontecimentos apresentariam, na ausência daquele acto, e portanto, não se pode dar por assente o nexos causal exigido entre esse acto e a frustração do resultado. Perante o défice (*rectius* ausência) de protecção proporcionado, por este meio, às referidas posições – que se apresentam merecedoras de tutela jurídica, dada a conexão com o resultado final, por elas, propiciado – equaciona-se a tutela reparatória da entidade intermédia que, nessas posições se pode individualizar: a possibilidade de alcançar o resultado final”;

- o acolhimento da figura no nosso ordenamento em geral, e no domínio da responsabilidade do médico em particular, depende da sua consideração como uma espécie de dano. “Tratar-se-á, assim, de um dano que apresenta a peculiaridade de se reportar à lesão de uma entidade que se caracteriza por uma aleatoriedade intrínseca – a *chance*. Há, assim, uma projecção ao nível do dano da incerteza da consecução do resultado final, dissociando-se esse resultado da possibilidade de ele ser obtido. Tratando-se de entidades distintas, a respectiva lesão originará danos, também eles diferenciados. Porém, o carácter instrumental do elemento

---

<sup>105</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 457-464.

intermédio – *chance* – face ao elemento final (resultado) reflectir-se-á necessariamente no ressarcimento do malogro daquele – quer no que respeita à determinação do *quantum* reparatório devido (que constituirá um menos face ao ressarcimento da perda do resultado), quer no que concerne ao *an* dessa reparação (que só deve ocorrer, na falta de reparação da perda do resultado)”;

- aceite tal figura, “a sua aplicação no âmbito da responsabilidade civil do médico apresentará um vasto leque de potencialidades, no que respeita a um conjunto de situações, em que existe um elevado grau de incerteza quanto à verificação de certos eventos ou à conexão existente entre eles – será o caso das hipóteses em que se detecta um erro de diagnóstico ou de escolha de uma terapia, mas também as situações em que na implementação de um tratamento adequado à afecção detectada sejam destruídas certas potencialidades propiciadoras de um determinado resultado positivo futuro de verificação incerta. Parece, no entanto, de excluir a aplicação da figura da perda de chance, quando o resultado esteja dependente, em exclusivo, de uma decisão do próprio doente lesado (a sua opção, quanto á prestação do consentimento para um determinado acto médico). Faltarão, nesse caso, a componente aleatória a que a figura visa responder, e que existe independentemente do exercício da vontade do sujeito detentor das chances consideradas. O comportamento deste pode, porém, influir no aproveitamento das mesmas, o que deverá relevar, à luz das normas disciplinadoras do concurso do acto do lesado para a produção ou agravamento do dano da perda de chances”;

- com a aceitação da figura, cumpre-se a função reparatória da responsabilidade civil, sendo certo ainda que a mesma “permite uma conformação dos efeitos ressarcitórios à especificidade do dano ocorrido – destruição das chances –, e ao contexto em que ele ocorre – em que se verifica um concurso de múltiplos factores idóneos a impedir o sucesso terapêutico –, permitindo a repartição do risco probatório entre doente e médico, de acordo com uma distribuição da álea inerente ao acto médico consentido”;

- “contra a admissão da perda de chance, como uma espécie autónoma de dano, não há nenhum argumento decisivo. Entre nós, ele poderá ser aceite, respeitado que é o esquema tradicional de responsabilidade civil (...). Não se negam, porém, as fragilidades da figura, nem se escamoteiam as dificuldades que a sua aplicação no concreto domínio da responsabilidade civil do médico apresenta – o artificialismo da noção, as dificuldades do julgador no apuramento do montante indemnizatório e do doente na prova das chances existentes, assim como o facto de haver uma parte do dano sofrido que fica por reparar”.

### 3.2. Na Jurisprudência

Quanto à jurisprudência, na mesma podem encontrar-se decisões que admitem a ressarcibilidade, face ao direito português constituído, da perda de chance; decisões que a negam; e decisões que, não se baseando na doutrina da perda de chance – negando-a ou não a referindo como fundamento –, acabam por atribuir indemnizações em situações que, a meu ver, se enquadram na problemática da perda de chance ou de oportunidade.

Voltando a convocar a ajuda do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 2009, acima referido, transcreve-se o que no mesmo consta quanto a decisões anteriormente tomadas por Tribunais superiores sobre esta questão: “Olhando para a jurisprudência, vemos que este Tribunal já decidiu que: “No caso dos autos, como a possibilidade de a recorrente ganhar o concurso estava envolta em manifesta álea, por dependente da vontade de outrem, que não os contraentes, pelo que era imprevisível (no sentido de coisa fortuita ou acidental que ocorreria ou deixaria de ocorrer), não poderá ser imputado esse facto – não ter ganho o concurso – à recorrida, como consequência ainda do incumprimento do contrato celebrado. Só esta conclusão é compatível com o conceito de causalidade adequada, sendo que o lesante é responsável por todos os prejuízos que “necessariamente” resultem do não cumprimento do contrato.” (Ac. de 6.3.2007, processo n.º 07A138, que se pode ver em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). E, no Acórdão de 16.06.2009, processo n.º 1623/03.1TCLRS.S1, com texto no mesmo sítio: “Não se encontrando a possibilidade de a autora ser vencedora do concurso público a que se pretendia submeter, apenas, dependente da sua vontade, mas, também, do entendimento e querer do júri do concurso de selecção, o que, de todo o modo, era um dado imprevisível, no sentido de coisa fortuita ou acidental, que ocorreria ou poderia deixar de acontecer, mas que não é susceptível de demonstração, não pode imputar-se à ré o facto de aquela não ter ganho o concurso, em virtude da sua exclusão preliminar, como consequência, necessária e directa, do incumprimento contratual da obrigação de entrega atempada da proposta que deveria fazer chegar à entidade destinatária da mesma. O dano do não vencimento do concurso, mesmo superada que fosse a exclusão proveniente da apresentação intempestiva da proposta, não pode ser considerado como uma lesão que a autora, provavelmente, não teria sofrido, em virtude de a sua selecção e escolha, também, depender de um juízo de discricionariedade técnica e científica. Não existe nexo causal entre o acto danoso da entrega intempestiva da proposta pela ré e o facto de a autora ter sido excluída do concurso público a que se pretendia candidatar através da mesma” (...).”.

Nesse Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 2009, analisava-se um caso em que a demandante, professora, em consequência de uma conduta ilícita do demandado, não viu a sua candidatura à obtenção de uma classificação de “Excelente” apreciada, o que a prejudicou na progressão na carreira. Não se considerou demonstrado, no caso, que a demandante teria sido classificada de “Excelente”, não fosse a conduta do demandado. O Supremo Tribunal de Justiça considerou que o “iter” seguido pela demandante apenas poderia considerar-se tutelado se devesse ser acolhida a figura da perda de chance/oportunidade.

A este respeito, entendeu-se nesta decisão o seguinte: “Quanto à vertente jurídica, logo constatamos que, na ordem interna portuguesa, a figura da perda de chance não tem tido um tratamento, quer a nível doutrinário, quer a nível jurisprudencial, que permita guindá-la a um capítulo autónomo dentro do direito dos danos e (ou) da relação de causalidade. Mais constatamos 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.º 2 do Código Civil contempla. Mantêm-se, portanto, os contornos que se vêm sedimentando no tempo relativos, quer aos danos, quer aonexo de causalidade. Quanto aos danos, o que nos importa é o da certeza, emergente do artigo 483.º. Certeza essa que cede dando lugar à “previsibilidade” só no caso do artigo 564.º. Esta referência a “previsibilidade” afasta a aplicação deste preceito, por analogia, aos casos de perda de chance porque nestes, no momento em que se julga, não se estabelece já qualquer raciocínio relativamente ao que é previsível. Tudo se passou e só se o preceito se referisse a “probabilidade” poderia valer, analogicamente, para aqui. Paredes-meias com a certeza dos danos, caminham as regras da causalidade adequada, interpenetrando-se em ordem a pensar-se, não só se o dano se verificou, como se se está numa relação causal com a conduta do agente. O acolhimento da teoria da causalidade adequada – comum entre nós – não deixa de encerrar a que a antecede logicamente da “*conditio sine qua non*” ou da equivalência de condições. Antes de indagar se a causa foi adequada à produção do dano, deve o intérprete verificar se foi “*conditio sine qua non*” dele. Não o tendo sido, falece logo a relação causal. (...). Por outro lado, 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 (...). Outrossim, não se descortina, nos artigos 342.º e seguintes do Código Civil, a nosso ver e sempre com respeito por entendimentos diversos, uma inversão do ónus de prova, no sentido de caber ao agente que afastou a chance provar que esta não conduziria à vantagem invocada. A “extrema dificuldade de prova do facto” não inverte o critério legal de inversão do ónus da prova (...). Aliás, na maioria dos casos em que se levanta a questão da perda de chance, tanto é difícil ao autor provar que o conteúdo da chance veria a luz do dia, como ao réu que não veria. Do que vem sendo exposto, resulta o nosso entendimento de que, no plano jurídico (...) a perda de chance não leva a indemnização, quer total, quer parcial, relativamente aos benefícios que poderiam resultar da sua concretização. Tudo repousa, afinal, no plano factual, no círculo que é traçado pela figura da convicção própria de quem julga a matéria de facto (...).”

Concluiu-se nesta decisão, em consequência do entendimento nela defendido, que a demandante não podia ser indemnizada relativamente à perda de vencimentos que invocou (decorrente da não progressão na carreira), apenas se lhe reconhecendo o direito a ser indemnizada, a título de danos não patrimoniais, pela não consideração da pretensão de obter a classificação de “Excelente”, pela frustração de não ter visto tal pretensão apreciada, sendo certo que havia ficado provado que tal causara à demandante profunda angústia, ansiedade, desgosto, frustração e tristeza.

Ainda sobre perda de oportunidade de progressão na carreira, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 24 de Outubro de 2006<sup>106</sup>, que aliás também era convocado na fundamentação do supra referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Novembro de 2009.

Lê-se no seu sumário que “I – Tendo ficado provado nos autos que, por força de afastamento compulsivo ilegal durante dez anos, o Autor, então soldado da Guarda Fiscal, viu irremediavelmente perdida a possibilidade de ser promovido a cabo e afastada a possibilidade ulterior de progresso na carreira, e, conseqüentemente, de poder vir a usufruir de estatuto e remunerações superiores, tal constitui um dano indemnizável, verificados que estão os

---

<sup>106</sup> Processo n.º 0289/06, na internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), relatado por Fernanda Xavier.

pressupostos do art. 483.º do CC (o facto ilícito e culposo, o dano e o nexo de causalidade). II – Na falta de outros elementos, a fixação da indemnização pelo dano referido em I, deve ser feita com recurso à equidade”.

Na fundamentação da decisão, consta nomeadamente o seguinte: “Assim, e contrariamente ao decidido, não se pode ter como seguro que o Autor só não ascendeu ao posto de cabo pelo facto de ter estado ilegalmente afastado da Guarda Fiscal durante cerca de dez anos. Na verdade e como refere o recorrente Estado, o Autor não era titular de um direito subjectivo à graduação ao posto de cabo ou sargento, mas apenas titular do direito de poder ascender na carreira. Assim, o que se pode concluir face ao que se encontra provado, é que por força do referido afastamento compulsivo ilegal, o autor viu irremediavelmente perdida a possibilidade de ser promovido a cabo e afastada a possibilidade ulterior de progresso na carreira, nomeadamente à categoria de sargento (...), ou seja, viu ser-lhe negada, definitiva e ilegalmente, a possibilidade de exercer um direito estatutário que lhe assistia, o *direito à progressão na carreira*. Ora, o facto de lhe ter sido negada a possibilidade de progressão na carreira, embora condicionada a determinados pressupostos, sendo que alguns se poderiam ter verificado durante o período em que esteve afastado, como é o caso da promoção por classificação em curso, impossibilitou definitivamente o Autor de poder concorrer e ser promovido ao posto de cabo, como se provou e, conseqüentemente, de poder vir a auferir de estatuto e remunerações superiores. A perda definitiva da possibilidade de ter progredido na carreira constitui, sem dúvida, um dano decorrente daquele afastamento ilegal e, portanto, indemnizável, verificados que estão os pressupostos do art. 483.º 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, como pede o Autor, no recurso subordinado, 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 (art. 566.º, n.º3 do CC). Dado que decorre dos autos que a possibilidade do Autor ter ascendido ao posto de cabo era elevada (...), considera-se adequado, em juízo de equidade, que o valor desta indemnização seja fixado em 50% do montante da indemnização fixada, a título de diferenças salariais, no tribunal *a quo*”.

Sobre uma questão semelhante se pronunciou o Acórdão do Tribunal da Relação de

Coimbra de 29 de Janeiro de 2008<sup>107</sup>.

Nesta decisão, apreciou-se o caso de uma vítima de acidente de viação causado, de forma ilícita e culposa, por um condutor segurado pela demandada, uma companhia de seguros. Provou-se que o demandado, guarda prisional de profissão, ficou a sofrer de incapacidade física permanente, em consequência do acidente, que o impedia de superar determinadas provas físicas necessárias à promoção na sua carreira.

Na decisão da primeira instância, escreveu-se nomeadamente o seguinte: “o acidente de viação aqui em causa afastou irremediavelmente a chance do Autor em ser promovido a sub-chefe. Não é certo que, não fosse o acidente, o Autor fosse promovido. Mas é certo que por causa do acidente não o será mais. Tal tem reflexos no património do Autor, pois que (...) caso fosse promovido o seu património seria beneficiado ao longo dos anos de vida do Autor. Salienta-se ainda que, considerando a classificação que obteve no curso de formação inicial de guardas prisionais masculinos, a probabilidade de o Autor ser promovido era bastante forte”.

Consequentemente, nessa decisão da primeira instância decidiu-se atribuir ao demandante uma quantia a título de indemnização pela perda de chance na promoção da carreira, individualizada relativamente à indemnização do dano futuro de perda de capacidade de ganho em consequência da incapacidade permanente parcial de que ficou a padecer.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra acima identificado entendeu-se que o dano da perda de chance trata-se de uma construção doutrinária e legal aceite em alguns países europeus, mas que seguramente não se evidencia como balizada pelo nosso direito constituído. “Com efeito, a nossa lei civil apenas consente o ressarcimento dos danos futuros *previsíveis*, entendendo-se aqui por *previsibilidade* a existência de um nexo de *causalidade adequada* entre o facto e o dano. Só os *benefícios prováveis que o lesado deixou de obter em consequência da lesão* são de eleger na interpretação do art.º 564, n.ºs 1 e 2 do CC. É esse o alcance da expressão, contida no n.º 2 do artigo, “*desde que sejam previsíveis*”. Fora deste âmbito, estão, sem dúvida, os benefícios hipotéticos mas não prováveis (...). Ora o dano da perda de *chance ou oportunidade* não representa como é óbvio um dano efectivo e confirmado de perda de uma vantagem, benefício, lucro ou incremento patrimonial do respectivo perdedor. Substancia-se apenas na impossibilidade de acesso a uma determinada situação da qual poderia advir tal vantagem ou benefício efectivo. Porque esta eventualidade não é *razoavelmente previsível ou adequadamente esperável* é que se fala de mera *chance ou*

---

<sup>107</sup> Não publicado, tanto quanto é do meu conhecimento. O n.º do processo é 5414/03.1TBLRA.C1.

*oportunidade* de ganho. O que tem de ser *causado* pelo facto é apenas a situação que podia gerar o lucro ou benefício. Se for *provável e adequada* a perda do benefício económico, ou seja, o ganho, do que se trata é já de um *dano indirecto*, que *pode perfeitamente* – tal como o *directo* – ser desencadeado pelo processo causal com a génese no facto do lesante”.

De qualquer modo, esta decisão acaba por reconhecer ao demandante direito a ser indemnizado pelo afastamento do mesmo no acesso à promoção profissional: do “... acervo fáctico transparece com clareza que o acidente dos autos corporizou, à luz da experiência e dos elementos conhecidos, o factor *certo* e *determinante* do afastamento do A. no acesso à promoção profissional. *Mais* do que para a perda da *mera chance ocasional* de ser aprovado naquele concreto concurso, por causa da prova com função *eliminatória*, tudo aponta para o *definitivo* não incremento do património do A.. Não importa averiguar se, para além dessa prova eliminatória, era *previsível* que o A. conseguisse ser aprovado mediante a prestação das restantes provas estabelecidas para o concurso; o que avulta é o facto de ser de **esperar** que, por subsistir a natureza eliminatória do *teste*, o A., por causa do acidente, *não mais* chegue a ascender ao posto superior em ulteriores concursos, ficando *sempre impedido* de ser aprovado e, travado na progressão profissional, de alcançar o inerente *benefício*. Diga-se, aqui, entre parêntesis, que até era *provável* que o A. conseguisse a sua aprovação no acesso a que se candidatara, visto ter obtido superior aproveitamento no curso de formação de guardas prisionais de 1995-1996. Por tudo o que dito fica se revela a incoerência do enquadramento no caso no mero dano dito de “*perda de chance*” ou de *perda de oportunidade*”.

Com todo o respeito por este entendimento, parece-me que este é precisamente um dos casos em que a questão se insere no enquadramento da teoria da perda de chance/oportunidade, por tudo o que já ficou dito acima.

De qualquer forma, como se disse, a decisão em análise atribuiu uma indemnização por esta impossibilidade de aceder à promoção na carreira, distinta do dano futuro decorrente da perda de capacidade de ganho, entendendo aquela impossibilidade como um dano “efectivo”, por contraposição ao “mero dano de perda de chance”.

Relativamente à responsabilidade civil de profissionais forenses, existem algumas decisões, de entre as quais o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Maio de 2008<sup>108</sup>, onde a dado passo se discorre da seguinte forma: “Não se duvida, pois, que a falta de comparência da Ré à audiência de julgamento agendada, sem avisar o Autor de que deveria

---

<sup>108</sup> Processo n.º 3578/2008-6, na internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), relatado por Granja da Fonseca.

comparecer nesse dia, com as respectivas testemunhas, e ao deixar o recurso deserto, consubstancia inexecução ilícita e culposa da obrigação de assistência técnica da Ré ao Autor e foi causa necessária para que o ora Autor tivesse sofrido danos, em virtude da condenação “de preceito” no pedido (...). A indemnização mede-se pela extensão do dano ocorrido, podendo o juiz reduzir equitativamente o *quantum debeatur* se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano perpetrado. Pergunta-se, então, qual deverá ser o valor da indemnização a ser paga pela Ré, no caso em apreço (...). Salvo melhor opinião, pensamos que se deveria aplicar aqui o conceito de “perda de chance”, já que é impossível afirmar que o lesado sairia vencedor, sendo absolvido, ou, pelo menos, que não seria condenado, naquele montante, dada a sua posição de Réu, se o julgamento se tivesse realizado. Assim, deverá a indemnização ser prudentemente arbitrada pelo juiz, atendendo às peculiaridades do caso concreto. Entendemos, com efeito, que o que deve ser indemnizado é a ausência da possibilidade de o constituinte ter tido a sua pretensão apreciada pelo Tribunal *a quo* e não o valor que esse processo lhe poderia eventualmente propiciar ou, pelo menos, obrigar a despender. Assim, servindo-nos da equidade, consideramos adequada uma indemnização que não ultrapasse os dois mil euros, sensivelmente metade do valor da acção e das respectivas custas, na proporção”.

Em sentido semelhante, cfr. também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27 de Outubro de 2009<sup>109</sup>, cujo sumário reza o seguinte: “I – 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. II – O que se deve aplicar aqui é o conceito de «perda de chance» já que é impossível afirmar que os Autores sairiam vencedores, obtendo a revogação da [sentença] se o Recorrente tivesse apresentado alegações e o recurso não fosse julgado deserto. III – Mostra-se adequada a indemnização fixada, com recurso à equidade, em €20.000,00 (vinte mil euros) sensivelmente metade do valor daquela acção”.

Nesta decisão, além de se reconhecer o direito à indemnização agora referida, pela perda de chance, decidiu-se ainda também atribuir uma indemnização aos lesados a título de compensação do dano não patrimonial consistente no desconforto sentido por estes, e causado pela omissão culposa do demandado, “ao verem-se impossibilitados de reagir a uma decisão

---

<sup>109</sup> Processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1, na internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), relatado por Maria do Carmo Domingues.

que lhes foi desfavorável, de ver apreciados pelo Tribunal Superior o que entendiam ser os seus direitos”.

Ainda no domínio da responsabilidade do advogado, veja-se também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Novembro de 2009<sup>110</sup>, que segue um entendimento diferente.

No mesmo, analisou-se um caso em que a advogada da autora não contestou uma acção de despejo movida contra esta; em virtude da falta de contestação, o Tribunal que julgou essa acção de despejo considerou os factos articulados pelo senhorio confessados, e julgou a acção procedente, condenando a autora a despejar o locado.

Em primeira instância, a acção foi julgada procedente, condenando-se a advogada a pagar determinada quantia em dinheiro a título de indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa em apreço alterou a decisão da primeira instância, condenando a ré a pagar à autora o que vier a liquidar-se, no incidente respectivo, como sendo o equivalente à diferença entre o valor locativo mensal do andar que a autora habitava como arrendatária e o valor por ela pago, a título de renda, pelo respectivo uso, multiplicada pelo número de meses que decorrerão entre a data do despejo e aquela em que a autora atingirá os 79 anos de idade, mantendo no mais o decidido em primeira instância.

Fundamentou a decisão agora transcrita no seguinte: “Tendo sido condição da decisão judicial de despejo decretada, de modo algum se pode dizer que à produção desse resultado fosse, em princípio e segundo as regras da experiência comum, totalmente irrelevante a falta de contestação em causa, sabido como é que esta gera, necessariamente, a confissão dos factos articulados pelo autor. O nexo de causalidade adequada está, assim, demonstrado, sem necessidade de prova de outros factos ou circunstâncias por parte da apelada. Contrariamente ao que defende a apelante, era sobre ela que impedia o ónus de demonstrar que ao despejo decretado fora absolutamente indiferente o facto de não ter apresentado contestação – art. 342.º, n.º 2 –, já que a acção, mercê de outras circunstâncias, sempre seria julgada procedente”.

Num contexto diverso, veja-se ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9

---

<sup>110</sup> Publicado na Colectânea de Jurisprudência das Relações de 2009, tomo V, pags. 75-79, relatado por Rosa Maria Ribeiro Coelho.

de Fevereiro de 2006<sup>111</sup>, em cujo sumário se lê o seguinte: “O dano deve ser apreciado em concreto. Assim, tendo um contrato promessa de compra e venda de imóvel sido objecto de resolução por culpa de terceiro (penhora indevida) a indemnização do prejuízo sofrido (perda de oportunidade de venda nas condições estabelecidas no contrato promessa) não deve coincidir com a diferença entre o preço de aquisição do imóvel e o estabelecido naquele contrato, pois ignora-se se este preço resulta de uma valorização do imóvel ou é atribuível a quaisquer outras razões”.

A nível da responsabilidade médica, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Outubro de 2009<sup>112</sup> aprecia várias questões interessantes, sendo que neste trabalho apenas se irá focar a questão relativa à perda de oportunidade.

Dos factos provados resulta, e em síntese, o seguinte:

- a filha dos demandantes – adiante denominada de lesada – decidiu submeter-se a uma intervenção de lipoaspiração, tendo escolhido para realizar a intervenção um dos demandados, médico – adiante designado por demandado A;

- antes da submissão à cirurgia, por indicação do demandado A, a lesada realizou exames médicos que não revelaram qualquer contra-indicação à realização da intervenção;

- a lesada deu o seu consentimento à operação e, posteriormente, foi para a sala de operações e sujeita a anestesia local, sendo que administração da anestesia foi realizada com a intervenção do outro demandado, médico anestesista – adiante designado por demandado B;

- o estado de saúde da lesada não fazia prever qualquer contra-indicação à administração de anestesia e sedação;

- o demandado A iniciou a administração da anestesia local. Logo antes, o demandado B, como anestesista a quem competia fazer uma sedação consciente, para a intervenção cirúrgica ser mais suportável pela doente, devido à duração e ao incómodo do acto, começou a administrar as drogas para fazer a sedação vigil;

- a lesada sofreu uma paragem cardio-respiratória aquando da administração da anestesia local, com sedação, tendo vindo a falecer posteriormente.

Na decisão recorrida (que condenara os demandados ao pagamento de uma indemnização) entendeu-se que os demandados tinham praticado um erro grosseiro ao não

---

<sup>111</sup> Processo n.º 06B016, na internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), relatado por Moitinho de Almeida.

<sup>112</sup> Processo n.º 08B1800, na internet em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), relatado por Rodrigues dos Santos.

terem procedido de imediato, após a paragem cardio-respiratória que a falecida sofreu, aquando da administração da anestesia local com sedação, à entubação orotraqueal da paciente, só tendo realizado tal entubação quando constataram, muitos minutos depois, que a paciente não recuperava, sendo certo que nenhum dos demandados logrou provar a inexistência de qualquernexo causal entre o dano morte e o erro de tratamento por eles cometido. Entendeu-se ainda nessa decisão recorrida que o demandado A não lograra ilidir a presunção de culpa que o onerava, visto não ter conseguido provar a sua alegação fáctica de que a paragem cardio-respiratória sofrida pela lesada tinha decorrido de choque anafilático, sendo certo que, se depois de uma intervenção cirúrgica simples as condições do paciente são piores do que as anteriores, se presume que houve uma terapia inadequada ou negligente execução profissional.

Na posição que fez vencimento – o Acórdão teve dois votos de vencido –, adoptou-se um entendimento diverso: “O tribunal recorrido tira presunções manifestamente a partir de factos não constantes dos autos e que não são factos notórios. Depois, divergimos do entendimento aí expresso, quanto a presunções, ónus da prova, como se vem explanando. *In casu*, se bem compulsamos os autos, vistos os factos, não vislumbramos que os AA tenham provado quaisquer factos que permitam concluir pelo cumprimento ou incumprimento dos RR. Aliás, bem se pode dizer até que tal matéria não só não integra qualquer conduta lesiva por banda dos médicos como chega mesmo a afastar eventual culpa destes, revelando uma conduta – tudo indica – diligente e adequada (...). Ademais, ficou provado que o estado de saúde da paciente não fazia prever qualquer contra-indicação para a administração anestésica e sedação (...). Por outro lado, não ficou provado onexo causal entre a paragem cárdio-respiratória e o choque anafilático. Portanto, não resultou provada qualquer violação das *leges artis!* (...). Em resumo, não resultou provado que a paragem cardio-respiratória da jovem paciente, de que resultou a morte, fosse consequência da conduta errada ou indevida de qualquer dos médicos, nem sequer de choque anafilático. Perfunctoriamente se referirá que em teoria, é possível a imputação objectiva do resultado à conduta (por acção ou omissão) de acordo com a doutrina ou teoria da causalidade adequada entre nós consagrada (matéria de direito). Porém se 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 - artº 487º do C.Civil). No caso *sub judicio* como se trata de responsabilidade contratual, aos AA. caberia apenas, em tese, fazer prova dos pressupostos da responsabilidade contratual (contrato e nexu causal), porque a prova da diligência caberia aos médicos, por força da presunção da culpa na responsabilidade contratual, a que se refere o artº 799º, nº 1 do CCivil. Ora, singularmente, o que sucede é que não só os AA 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”.

Num primeiro voto de vencido (Conselheiro João Bernardo), entendeu-se que os réus médicos não cumpriram o ónus que sobre eles impedia de demonstrarem que não agiram culposamente.

O segundo voto de vencido (Conselheiro Oliveira Vasconcelos) prende-se nomeadamente com a questão central deste trabalho. No mesmo, pode ler-se nomeadamente o seguinte: “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. Tal aproveitamento verifica-se mediante a adopção de um comportamento atento, cuidadoso e conforme às “*leges artis*” – que constitui, em suma, a tradicional obrigação principal (de meios) assumida pelo profissional de saúde. 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 (...). Parece não haver dúvidas que quer o réu CC – porque, apesar de cirurgião, iniciou a administração da anestesia local – quer o réu DD – porque, como anestesista, administrou drogas à EE para fazer a sedação vigíl – estiveram na

origem do facto que originou a bradcardização desta e subsequentes consequências, ou seja, a administração da anestesia local. Mas esta actividade dos réus nada teve a ver com o que posteriormente veio a acontecer, nomeadamente com a morte da EE? Esta pergunta é feita com base no que acima ficou dito sobre a presunção de culpa que impendia sobre os réus. Na verdade e uma vez que a EE não revelava qualquer contra indicação à realização da intervenção – e, conseqüentemente, à administração da anestesia – temos que concluir que o resultado imediato que se pretendia – a lipoaspiração, antecedida da anestesia local – estava perfeitamente ao alcance dos réus, tendo em conta as reais possibilidades – *chances* – que ela apresentava. 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. Mas se não se pode retirar qualquer conclusão sobre o resultado imediato, pode, no entanto e infelizmente, concluir-se pelo resultado mediato: a morte da EE. Sendo assim, com esta 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 (...). 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”.

Rute Teixeira Pedro<sup>113</sup> refere ainda outras decisões dos Tribunais portugueses onde a questão da perda de chance podia ser equacionada.

Refere nomeadamente que a perda de chance “paira nas entrelinhas de decisões judiciais portuguesas, estando subjacente a algumas delas em que os tribunais expendem um raciocínio semelhante ao que subjaz a esta teoria, sem, no entanto se lhe referirem. Tal ocorrerá, por exemplo, nalguns Acórdãos em que, na sequência da morte de uma pessoa, se discute se aqueles, que no futuro poderiam vir a encontrar-se numa situação fundamentadora de um pedido de alimentos face ao falecido, podem arrogar-se um direito a indemnização perante o autor do facto ilícito e culposo causador da morte do eventual futuro obrigado a alimentos. Está, aqui, presente a questão de saber se, quando o n.º 3 do art. 495.º se refere àqueles “que podiam exigir alimentos”, abarca apenas aquelas pessoas que tinham direito a

---

<sup>113</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 232-236.

alimentos, no momento da lesão, ou também aquelas que, não os podendo exigir nessa data, poderiam vir a ser titulares desse direito no futuro”<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> No sentido de não admitir uma tal indemnização, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Janeiro de 2002, publicado na Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, ano 2002, tomo I, pags. 61-64: “De todo o modo, o certo é que não pode prever-se se os pais da J... poderão vir a carecer de alimentos. E não sendo previsíveis com segurança bastante esses pretensos danos futuros, não podia a Relação proferir a mencionada condenação...”.

Cfr. ainda o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Junho de 1996 (publicado no BMJ n.º 458, pags. 299-305), que confirmou a decisão recorrida que atribuía à filha do falecido uma indemnização pela “frustração do seu direito a alimentos”. No entanto, este Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça seguiu uma fundamentação diversa da seguida na decisão recorrida: “Se se tiver em conta que o direito a qualquer prestação de alimentos se extingue com a morte do obrigado, nos termos do artigo 2013.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil, teremos de concluir que, no caso concreto, se não pode, rigorosamente, falar em danos materiais emergentes da frustração da concretização futura e eventual do direito a uma pensão de alimentos que o falecido teria a obrigação de prestar, caso a menor deles viesse a necessitar. A frustração de concretização de um direito legalmente existente, mas ainda não determinado na respectiva expressão económica, por ter a natureza de eventual e futuro, como é o direito a haver alimentos entre familiares, não corresponde, assim, a qualquer dano material emergente ao facto ilícito, pelo que o seu enquadramento nessa categoria, feito, quer pela demandante, quer pela decisão recorrida, se mostra incorrecto. A circunstância, porém, de tal enquadramento estar errado não significa que, atentos os especiais vínculos alimentares existentes na relação pais-filhos (os quais, para o caso em apreço, instituem um dever legal específico de alimentação do pai para com o filho), a frustração da correspondente expectativa em resultado de um acto ilícito não possa gerar uma obrigação de indemnizar, fundada na produção de danos da natureza não patrimonial, consistentes, precisamente, na mencionada frustração de tal legítima expectativa”.

Esta decisão teve um voto de vencido com o seguinte teor: “... voto apenas a conclusão, mas não adiro à tese da integração dos danos derivados para a menor C... da perda do direito a haver alimentos do pai na categoria dos danos não patrimoniais. Antes entendo que estes se subsumem na categoria dos danos patrimoniais futuros previsíveis, a que o tribunal pode atender nos termos do artigo 564.º, n.º 2, do Código Civil”.

## V. A teoria da perda de chance – formulação, pressupostos e análise crítica

### 1. Formulação geral e análise dos seus pressupostos

A doutrina da perda de chance, ou da perda de oportunidade, permite indemnizar a vítima nos casos em que não se consegue demonstrar que a perda de uma determinada vantagem é consequência segura do facto do agente (por não se ter demonstrado que as probabilidades de a vítima não ter sofrido o dano, não fora o facto do agente, alcançam um nível suficiente para formar a convicção de que o agente provocou o dano), mas em que, de qualquer modo, há a constatação de que as probabilidades de que a vítima dispunha de alcançar tal vantagem não eram desprezíveis, antes se qualificando como sérias e reais.

Ficam de fora do campo da sua aplicação os casos em que se formou a convicção razoável em como o agente provocou o dano bem como os casos em que se formou a convicção oposta.

O seu campo de aplicação situa-se, conforme supra referido, entre dois limites: um constituído pela probabilidade nula ou desprezível em como o facto do agente causou o dano (onde não há lugar a qualquer indemnização), e o outro constituído pela alta probabilidade que se converte em razoável certeza (dando lugar à reparação integral do dano final, visto afirmar-se o nexos causal entre o facto e este dano).

Ficam também de fora as situações de utilidade potencial que, constituindo oportunidades, são comuns ao desenvolvimento das pessoas, ou seja, o conjunto de situações *genéricas* de utilidade possível de que goza qualquer indivíduo – expectativas gerais não tuteladas.

Ao invés, só se enquadram na noção de chance as possibilidades relevantes e consistentes de obter um resultado útil, e de que gozava *concretamente* o lesado. A chance, para ser ressarcível, tem que estar suficientemente fundada e caracterizada, expressando um grau não insignificante de probabilidade de que o lesado teria obtido a vantagem esperada, não fora o facto do agente.

A perda de chance assume assim uma natureza dúplice no que à certeza respeita: exige-se a certeza da existência de uma possibilidade séria de conseguir uma vantagem ou de evitar uma desvantagem; mas está-se perante a incerteza de que tal vantagem/evitamento de desvantagem teriam sido alcançados caso o facto do agente não tivesse ocorrido.

Mas impõe-se realçar que, em certos casos onde essa combinação se verifica, no entanto a doutrina da perda de chance não tem aplicação:

- os casos em que, maugrado afirmar-se a existência de uma possibilidade séria de conseguir uma vantagem, porém não se sabe se a vítima a perdeu em consequência do comportamento do agente, subsistindo ainda a possibilidade de a obter no futuro (v.g. uma promoção laboral perdida por facto ilícito do empregador que cometeu uma irregularidade no concurso interno respectivo, impedindo que o trabalhador concorresse, não será indemnizável através da perda de chance se o Tribunal puder anular o concurso já realizado e mandar repeti-lo, podendo o trabalhador então aceder a esse segundo concurso com vista à almejada promoção). Na realidade, a perda de chance só será indemnizável como tal se a perda for inexorável, irreversível, irremediável;

- os casos em que a chance se refere a um dano final ainda não verificado, mas que se pode vir a verificar futuramente. Por exemplo, uma pessoa foi sujeita a radiação em consequência de um acto ilícito de terceiro; à data da apreciação, a primeira ainda não padece de qualquer dano que possa ter sido causado pela exposição à radiação, apenas se sabendo que esta última aumentou o risco de, no futuro, vir a sofrer um tal dano. Isto sem prejuízo de a pessoa em causa poder ser indemnizada pelo dano moral correspondente à angústia forte que passou a sentir por receio de vir a contrair uma doença em consequência daquela exposição (dano psíquico), dano este que é distinto da perda de oportunidade de não vir a contrair uma doença causada pela radiação a que foi exposta. Quanto a esta última situação, o futuro pode vir demonstrar que a pessoa exposta à radiação não contraiu qualquer doença ou enfermidade, pelo que não se deve atribuir, neste momento, qualquer indemnização a este título. Caso o dano final se venha a concretizar, então aí se poderá equacionar a atribuição de uma indemnização por intervenção da doutrina da perda de chance (ou a reparação integral do dano final, caso se demonstre, com segurança suficiente, o nexos causal entre a exposição à radiação e este dano final)<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Esta conclusão não é unânime, conforme nos dá conta LUIS MEDINA ALCOZ, em *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 97-98, ainda que a teoria que defende a ressarcibilidade deste tipo de dano não parta do conceito de perda de chance, mas sim do conceito de *criação ou aumento de um risco duradouro*. A mesma propugna que, nestes casos, denominados de criação de um risco duradouro, há que atribuir uma indemnização proporcional à importância do risco criado, partindo da consideração geral que tal risco se pode configurar como um dano certo e actual, distinto do dano futuro que pode vir a concretizar-se ou não.

Esta teoria (criação/aumento de um risco duradouro) não se confunde com outras teorias com denominações semelhantes, nomeadamente com:

- a teoria de incremento de um risco, ou de causalidade atenuada, utilizada por vezes pela jurisprudência para apreciar causalidades que não se demonstram segundo os standards probabilísticos normais;

- a teoria com o mesmo nome elaborada no âmbito do Direito Penal por Claus Roxin, já acima referida, e que nega relevância jurídica a certas causas físicas provadas;

- a teoria do risco criado ou do risco específico, correspondente ao risco que implica a realização de actividades, ou utilização de instrumentos, caracterizados por uma intrínseca perigosidade que exige que se veja tal actividade/utilização como geradora de responsabilidade, independentemente da demonstração da culpa do autor do facto (responsabilidade objectiva);

Sintetizando, refere Luis Medina Alcoz<sup>116</sup> que a teoria da perda de oportunidade aplica-se em casos de incerteza causal:

a) *estrita*, ou seja, aquela que expressa uma probabilidade causal séria, não desdenhável, que, sem alcançar o nível máximo que permite ter por certo o facto causal, supera o nível mínimo que permite assegurar que o agente não causou o dano;

b) *irreversível*, ou seja, quando se verifica que não há, razoavelmente, a possibilidade de, depois da decisão de liquidação do dano, se chegar à conclusão que o agente não o causou (ou porque, produzido o dano, há a possibilidade de obter-se posteriormente a sua reparação por outra via – cfr. o acima referido exemplo de anulação e repetição de um concurso irregular –, ou porque, não tendo o dano final ainda se produzido ao tempo da decisão de liquidação, pode nunca vir a materializar-se – cfr. o acima referido caso de exposição a radiação);

c) *intrínseca*, ou seja, quando quem a propicia não é a própria vítima. Assim, a teoria da perda de oportunidade aplica-se aos casos de falta de prova do nexos causal entre o facto e o dano final, quando o lesado, depois de esgotar os recursos que tinha à sua disposição, apenas consegue demonstrar que as possibilidades de obtenção de uma vantagem eram sérias e reais, não tivesse interferido o facto ilícito. “É a ideia de que a teoria da chance entra em jogo unicamente em casos de impossibilidade material de prova”.

A perda de chance apresenta-se assim como que um dano de “não saber”, de “não conseguir objectivamente demonstrar” o nexos causal entre o facto do agente e o dano final, quando foi precisamente o facto do agente que causou a situação de incerteza quanto àquele nexos causal.

Salienta ainda Luis Medina Alcoz<sup>117</sup> que, por vezes, confere-se um significado diferente à distinção entre incerteza extrínseca e incerteza intrínseca.

Assim, essa outra visão distingue entre:

---

- a teoria da assunção de risco, que postula que, quando o risco criado por outro é assumido pela vítima, está-se perante um caso de isenção da responsabilidade civil do primeiro;

- a teoria do risco de desenvolvimento, que se destina a restringir, em determinados casos, a teoria do risco específico como título de atribuição de responsabilidade e exonerar o agente em consequência de uma força maior que, por ser interna ou típica da actividade perigosa realizada, não teria em princípio força liberatória mas que o tem, nesses casos, em virtude da ausência de conhecimentos científicos ou técnicos com os quais se teria evitado o dano – cfr., no nosso ordenamento jurídico, o art. 5.º, al. e) do Decreto-Lei n.º 383/89, de 6 de Novembro (Responsabilidade Civil do Produtor), nos termos do qual o produtor não é responsável pelo produto defeituoso se provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito.

<sup>116</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 42-43.

<sup>117</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 43-45; e ainda em *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 99-103.

- incerteza extrínseca, abrangendo os casos em que a probabilidade de causalidade é necessariamente de 100% ou de 0%, mas o desconhecimento da maneira como se desenvolveu o processo etiológico real e verdadeiro impede a averiguação do sucedido;

- incerteza intrínseca, que ocorre quando se verifica um componente de aleatoriedade que impede radicalmente saber quais seriam as consequências futuras de um facto passado.

Para tal concepção, a aleatoriedade extrínseca está ligada a processos causais já determinados – não interrompidos –, que não se podem conhecer atenta a imperfeição do conhecimento humano. Já a aleatoriedade intrínseca está associada a processos causais indeterminados cujo conhecimento é ontologicamente impossível porque nunca ocorreram verdadeiramente. Partindo desta distinção, insiste-se em que o problema da perda de uma estrita chance não pode relacionar-se com um problema de pura dificuldade processual de prova (incerteza extrínseca), mas apenas a um problema de impossibilidade material, pela presença de elementos aleatórios que não são marginais (incerteza intrínseca). Assim, atendendo à produção do dano final, a perda de uma estrita chance supõe que se esteja, não perante um prejuízo não demonstrado mas teoricamente demonstrável, e sim perante um prejuízo que é, de *per si*, indemonstrável.

Penso que dois exemplos podem ajudar a esclarecer esta distinção:

- como exemplo de incerteza extrínseca está aquele em que um médico não faz determinado exame e só tardiamente se descobre que o paciente sofre de cancro. O doente vem, posteriormente, a morrer dessa doença. Teoricamente era possível apurar-se se o paciente podia curar-se, ou não, caso o exame tivesse sido feito no tempo devido mas, por dificuldades de prova, tal dúvida não foi resolvida;

- como exemplo de incerteza intrínseca está o acima descrito caso do bilhete de lotaria. Ao não ter sido colocado no local de onde seria extraído o bilhete premiado, é ontologicamente impossível saber qual seria o resultado caso tivesse sido lá colocado.

Na expressiva formulação de Zeno-Zencovich, citado por Rute Teixeira Pedro<sup>118</sup>, no segundo caso estamos perante “uma causalidade certa que produz um dano incerto”, enquanto que no primeiro caso estamos perante um dano certo produzido por uma causalidade incerta.

Porém, e com a ajuda de um outro exemplo, Luis Medina Alcoz<sup>119</sup> demonstra de forma impressiva, em meu entender, porque é que não é aceitável esta distinção, com estes

---

<sup>118</sup> VICENZO ZENO-ZANCOVICH, *Il Danno per la Perdita della Possibilità di una Utilità Futura*, em Rivista del Diritto Commerciale, Ano LXXXIV, 1986, Parte Segunda, pag. 214, *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pag. 282.

<sup>119</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 43-45.

contornos.

Assim, “Paula compra um título que lhe dá direito a extrair um feijão de uma bolsa escura que contém 100 feijões, dos quais 30 são dourados e 70 azuis. De acordo com as regras do jogo, ganhará um prémio de 100.000\$ se o feijão extraído for dourado, mas nada ganhará se for azul. Paula encarrega o seu advogado de guardar o título, mas este perde-o de forma negligente. A probabilidade de que o advogado tenha impedido que Paula obtenha o prémio é de apenas 30%, o que impede afirmar a existência de um nexo causal entre a culpa e a falta de obtenção do ganho. A incerteza, neste caso, é de carácter intrínseco, pois é ontologicamente impossível demonstrar que a probabilidade de obtenção do prémio é de 0% ou de 100%. O processo causal é incompleto e indeterminado, pois não se consegue averiguar o seu rumo, o qual não se vai produzir nunca. Consequentemente, aqui poder-se-ia aplicar a doutrina da perda de oportunidade. Sem embargo, tal já não sucederia se, por exemplo, Paula tivesse podido participar no jogo e, no preciso momento em que escolhia o feijão, e sem que desse tempo de o mostrar à luz, Paula tivesse sido empurrada de forma negligente, caindo e espalhando-se todos os feijões. Paula chegou a seleccionar um concreto feijão, mas não se sabe qual, visto que caiu no solo juntamente com os demais antes de ser retirado da bolsa. Neste caso, o processo causal desenvolveu-se por completo e pode assegurar-se que Paula teria ganho o prémio caso o feijão seleccionado fosse dourado, ou que teria perdido caso fosse azul. Paula não pode demonstrar que, por culpa do empurrão, deixou de obter 100.000\$, não pela intervenção de uma aleatoriedade intrínseca, mas sim pelas dificuldades que marcam o caso, pois são estas que impedem descobrir a cor do feijão efectivamente seleccionado. O ocorrido está na realidade das coisas, mas as limitações humanas e as circunstâncias do caso impedem de conhecê-lo. Na primeira hipótese, existe uma incerteza absolutamente insuperável (aleatoriedade intrínseca) que habilita o ressarcimento segundo a chance perdida; e no segundo existe uma incerteza superável (aleatoriedade extrínseca), mas que fica insuperada pelas dificuldades probatórias do caso, pelo que há que liberar o autor do comportamento culposo”.

E conclui o Autor então que “Não se pode aceitar esta distinção entre aleatoriedade intrínseca e extrínseca (...). Em qualquer caso, ainda que se admita a distinção, não parece que se possa fazer depender da mesma a aplicação da doutrina da oportunidade perdida. Há casos em que é impossível distinguir quando os processos causais parecem completos e preordenados ou incompletos e indeterminados. Ademais, e esta é a razão de maior peso, ainda que, em casos como os expostos *ad hoc*, a distinção se patenteie como possível, há que admitir que, na realidade, a conduta do agente danoso teve os mesmos efeitos práticos: a

acção culposa fechou as portas da percepção porque impediu a averiguação da cor do feijão (que se ia eleger ou que já estava seleccionado) e, conseqüentemente, comprovar se Paula teria ganho o prémio. Não se entende porque é que o lugar onde estava o feijão pode ter conseqüências tão díspares quando o relevante é comprovar que a vítima está materialmente incapacitada para provar o nexó de causalidade (...). Poder-se-á questionar a validade de uma teoria que permite a reparação sem prova patente da causalidade mas, se se admite, há que reconhecer que restringir sobre estas bases o seu campo de aplicação resulta algo arbitrário. O que fere o sentimento de justiça e explica a crescente utilização da técnica da chance é que a vítima não obtenha nada por causa da impossibilidade de provar um nexó causal possível, e não que essa impossibilidade se relacione com uma cadeia causal preordenada ou com outra indeterminada”.

Lapidariamente, afirma por fim: “O determinante é, não a fonte da ignorância (o acaso ou as limitações humanas), mas sim que esta subsista depois de a vítima ter tentado superá-la com os recursos probatórios que o ordenamento colocou à sua disposição. Assim, pois, se se admite a doutrina da oportunidade, não parece que possa restringir-se o seu âmbito de aplicação através de uma distinção de casos que, para todos os efeitos práticos, são materialmente iguais”.

Quais então os pressupostos exigidos para que se possa afirmar a admissibilidade da reparação com base na doutrina da perda de chance?

Em síntese, apontam-se os seguintes:

a) A chance tem que ser referida a um resultado positivo futuro (ganho de uma vantagem ou evitamento de uma desvantagem) que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não é certa;

b) A chance não pode referir-se a uma probabilidade nula, escassa ou insignificante. Antes tem que ser real e séria. Conforme refere Rute Teixeira Pedro<sup>120</sup>, para tal é “indispensável e suficiente que se demonstre a existência *in casu* de alguns dos requisitos que permitem a obtenção da vantagem pretendida ou o afastamento da desvantagem indesejada, sem que seja concomitantemente provada a presença de qualquer facto impeditivo ou extintivo desses resultados”;

c) A chance também não pode referir-se a uma probabilidade alta ou suficiente, caso em que se deve ter por provado o nexó causal entre o facto e o dano final,

---

<sup>120</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pag. 199.

reconhecendo-se ao lesado o direito à reparação total<sup>121</sup>;

d) A chance não pode ainda referir-se a casos em que o dano final, cuja relação causal é apenas possível, ainda não se tenha materializado<sup>122</sup>;

e) A chance não pode referir-se a casos em que acontecimentos futuros podem razoavelmente propiciar a sua reparação<sup>123</sup>;

f) A doutrina da perda de chance não tem aplicação quando o lesado tenha deixado de empregar os meios probatórios que, estando ao seu alcance, teriam podido formular um juízo mais seguro em torno da existência do nexo causal – afinal, o ónus da sua prova impende, em regra, sobre si (art. 342.º, n.º 1 do Código Civil), pelo que a falta de diligência do lesado na tarefa probatória não pode reverter em seu favor;

g) É necessário ainda, conforme refere Rute Teixeira Pedro<sup>124</sup>, que se verifique um comportamento de terceiro susceptível de gerar a sua responsabilidade e que elimina, de forma definitiva, as possibilidades (ou algumas) de o resultado se vir a produzir, constituindo essa eliminação de possibilidades o dano susceptível de reparação.

Rute Teixeira Pedro<sup>125</sup> elenca as seguintes características de que a *chance* se deve revestir, para a sua perda ser indemnizável:

- **neutralidade e aleatoriedade**, ou seja, a chance é neutral na medida em que contém, em potência, um enlace favorável e outro desfavorável, derivando tal neutralidade da natureza aleatória do decurso dos factos;

- **autonomia e actualidade** – a chance é uma realidade em si mesma, um valor actual e autónomo distinto da utilidade final que potencia. É ainda uma realidade presente: “... a chance representa não uma vantagem possível, mas uma possibilidade de uma vantagem. Possibilidade essa que aparece como uma entidade economicamente avaliável,

---

<sup>121</sup> Existe, porém, quem propugne uma solução diversa. Conforme refere Luis Medina Alcoz – LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pag. 45, nota 66 –, existe uma doutrina norte-americana minoritária que postula a aplicação do critério da responsabilidade proporcional à probabilidade causal em casos nos quais a medida probabilística encontrada é superior ao limiar de certeza, radicada no direito norte-americano em 50%, ou inferior ao nível mínimo de seriedade que, em regra, pressupõe a aplicação da doutrina da perda de chance e que se pode convencionalmente fixar na barreira dos 15%. São defensores desta posição J. H. King e J. Makdisi. O Autor faz a análise crítica desta posição em *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 367-377 e 425-432.

<sup>122</sup> Também aqui existe, segundo nos dá conta Luis Medina Alcoz – LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría...*, pag. 45, nota 67 –, uma posição minoritária que preconiza a aplicação de um critério de responsabilidade proporcional nas hipóteses de exposição ao risco – conforme, aliás, já acima explorado.

<sup>123</sup> Igualmente aqui existem posições contrárias, a que se refere Luis Medina Alcoz – LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pag. 45, nota 68 –, segundo as quais procedem estes casos, posição que se deve rejeitar, segundo o Autor, visto que se corre o risco de enriquecer a vítima ao atribuir-se-lhe uma indemnização pela perda de chance em situações em que, posteriormente, a vantagem almejada venha a concretizar-se. Sobre esta questão, cfr. ainda RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 202-203, nota (499).

<sup>124</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 200-205.

<sup>125</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 208-221.

dotada de existência actual”. A chance será merecedora da tutela do direito, o que sucede quando o acto do agente ofende posições jurídicas subjectivas do lesado;

- **seriedade**, sendo que, com esta exigência, pretende-se acautelar a verificação de uma das notas caracterizadoras do dano reparável, a sua certeza.

Salienta a Autora que é questão discutida saber quando se verifica tal seriedade, sendo que alguns Autores estabelecem um patamar mínimo de probabilidades para que a chance possa ser considerada, colocando tal limite nos 50%; segundo outro entendimento, será suficiente que a chance seja superior a zero, devendo o demandante provar factos constitutivos de uma probabilidade, ainda que mínima, sem que o réu prove factos impeditivos da consumação da chance. Assim, a consistência da chance apenas se repercute no montante reparatório, mas não na questão prévia da aceitação da sua admissibilidade.

Uma das circunstâncias que em regra contribui para a afirmação da seriedade da chance é a proximidade temporal da data em que o evento desejado (obtenção de vantagem/evitamento de prejuízo) se realizaria.

A mesma Autora relaciona ainda as características do *dano de perda* de chance:

- **dano autónomo**, enquanto dano substancialmente diverso do dano decorrente da perda do resultado por ela propiciado. “De facto, uma coisa é o prejuízo decorrente da perda de uma situação intermédia (por exemplo, da frustração da possibilidade de ganhar o prémio), outra diferente é o prejuízo decorrente do malogro do efeito final esperado (no mesmo exemplo, a perda do próprio prémio)”.

Não se ignora a relação estreita que existe entre o dano de perda de chance (dano intermédio) e o dano final, não só quanto à existência do primeiro mas também, como veremos adiante, quanto aos critérios da sua ressarcibilidade. No entanto, tal relação não invalida a consideração de que a perda de chance consubstancia um dano em si;

- **dano presente**, ou actual, na medida em que a chance, em princípio, se perde no próprio momento da verificação do acto ilícito;

- **dano emergente**, visto que, aceite a configuração da chance como uma realidade autónoma e parte integrante do património do lesado, então a sua perda é necessariamente um dano emergente;

- **dano certo**, visto que tem por objecto a perda da possibilidade actual de conseguir um resultado determinado, possibilidade que existia no momento da lesão. A certeza respeita, portanto, não à verificação do resultado possível que se pretendia, mas à sua inviabilização definitiva. Ou seja, o dano indemnizado não é o dano final incerto, mas a impossibilidade de evitar este último, a qual é certa.

Ainda a respeito das características do dano em apreço, poder-se-á colocar a questão de saber se é um dano de **natureza patrimonial** ou **extra-patrimonial**.

Penso que o dano de perda de chance pode assumir as duas vertentes, consoante o tipo de situações em causa.

Assim, por exemplo, se um escritor é impedido ilicitamente de integrar um concurso onde as obras literárias de vários autores serão consideradas, com vista à entrega de uma distinção honorífica e de um prémio monetário, a perda de chance de ganhar esse concurso traduz-se num dano patrimonial (relativo à perda da oportunidade de auferir o prémio monetário) e também num dano não patrimonial (relativo à perda da oportunidade de receber a menção honorífica).

Outro aspecto que releva do que se tem vindo a dizer sobre o dano de perda de chance é que o mesmo é claramente um **dano subsidiário**: apenas se recorre a ele quando seja impossível atribuir ao agente a reparação do dano final (a não obtenção da vantagem pretendida ou o não evitamento de um resultado desfavorável).

Assim, a perda de capacidade de ganho em resultado de uma incapacidade para o trabalho causada pelo agente não é um dano de perda de oportunidade, mas um dano final na vertente lucro cessante (perda segura da capacidade de ganho e, conseqüentemente, perda segura de ganhos futuros).

Diferente é o caso de a enfermidade causada pelo agente determinar a impossibilidade, por exemplo, de um jovem de 16 anos seguir a carreira de modelo, quando auspiciava a fazê-lo no futuro (veja-se o caso de o agente ter causado uma deformação grave no rosto da vítima). Não é seguro que, não fora o facto ilícito, o jovem conseguiria ter sucesso nos *castings* que lhe franqueariam as portas à carreira de modelo profissional, atenta a natureza altamente competitiva desta; mas é seguro, em termos de razoabilidade, que, em consequência daquele facto, já não mais o poderá fazer. Aqui, sim, a doutrina da perda de chance já tem campo de aplicação, devendo-se então averiguar nomeadamente da seriedade da chance ou oportunidade perdida.

## **2. Abuso da aplicação da teoria da perda de oportunidade?**

Uma das críticas que tem sido apontada a esta teoria reside no facto de poder dar lugar a uma atribuição indiscriminada de indemnizações, abrangendo casos em que a mesma não

tem justificação bastante.

Cientes de tal problema, desde cedo que os defensores da teoria têm vindo a elencar várias restrições – *garde-fous*, *floodgates* ou filtros, conforme refere Luis Medina Alcoz<sup>126</sup> –, limites criados para excluir a aplicação da doutrina em determinados casos.

As restrições avançadas por algumas vozes compreendem nomeadamente as seguintes:

- casos em que a ausência de prova do nexo causal está ligada a processos causais completos e determinados, em que a apreciação do elemento etiológico depende de um prognóstico em redor da conduta que teria adoptado a vítima caso não tivesse mediado o facto ilícito (doutrina da *Choice, Not Chance*). A esta problemática já acima foi feita referência. É o caso de, por exemplo, aquando uma intervenção cirúrgica, se ter criado um risco de que o paciente não fora convenientemente informado. Nestes casos, conforme refere Luis Medina Alcoz<sup>127</sup>, para avaliar se há nexo causal entre a omissão e o dano, há que questionar qual teria sido a vontade do paciente caso tivesse conhecido o risco a que se expunha. Salvo em casos muito excepcionais, o resultado deste exame será pouco concludente, arrastando um grau de probabilidade insuficiente para ter por demonstrado que a vítima, tivesse tido consciência do perigo que corria caso fosse sujeita à intervenção, teria deixado de aceitar submeter-se à mesma. Pode então encontrar-se a incerteza que permite o ressarcimento por via da teoria da perda de chance. De qualquer forma, refere o Autor, existe uma posição formulada na *Common Law*, e que encontra algum acolhimento na literatura espanhola, segundo a qual não se pode aplicar a doutrina da perda de chance neste tipo de casos com base no entendimento segundo o qual a produção do dano não depende, em última instância, do acaso, mas sim da vontade da própria vítima, negando-se que o lesado dispusesse de uma genuína possibilidade de evitar o prejuízo porque a sua decisão relativa à operação coloca um problema de eleição pessoal, e não de aleatoriedade. Subjaz a esta tese a ideia de que não pode aplicar-se a doutrina da perda de chance na ausência de uma aleatoriedade intrínseca, entendida como incerteza derivada do acaso, e não das dificuldades probatórias do caso. Porém, realça Luis Media Alcoz, quando a incerteza causal provém da dificuldade de prever um comportamento humano, o problema é materialmente o mesmo que em qualquer das outras hipóteses de chance: há uma margem de incerteza que a vítima não pode vencer com os recursos probatórios de que dispõe e que se traduz numa impossibilidade jurídica de apreciação da existência do nexo de causalidade. Conclui assim

---

<sup>126</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 46-47.

<sup>127</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 104-105, nota (184).

este Autor que não parece que haja fundamento dogmático para esta limitação do campo de aplicação da doutrina da perda de chance, desde que se admita a própria doutrina como técnica admissível<sup>128</sup>. Já Rute Teixeira Pedro<sup>129</sup> entende que a aplicação da noção aos casos de falta do devido esclarecimento se deve considerar duvidosa porquanto, quando se discute a verificação de um dano de perda de chance, averigua-se a possível influência do comportamento do agente lesante sobre o curso que a realidade factual seguiu, e não sobre o modo como o lesado poderia ter exercido a sua liberdade<sup>130</sup>. Porém, em meu entender, e concordando com Luis Medina Alcoz, não me parece que tal restrição deva ser aplicada;

- casos em que a dificuldade probatória consiste em averiguar o que teria ocorrido se o agente tivesse cumprido um dever (causalidade omissiva). Tal restrição, avança Rute Teixeira Pedro<sup>131</sup>, teria como fundamento o facto de o apuramento do nexó causal, quando se está perante uma omissão, apresentar uma maior complexidade, pois nesse caso ter-se-ia que determinar, construindo um cenário hipotético, em que o acto omitido tivesse sido praticado, o curso que os acontecimentos teriam seguido. Não se concorda com esta restrição, visto que, para efeitos jurídicos, a omissão de um acto por parte de quem tinha o dever de praticá-lo é equiparada à prática de um acto comissivo. Veja-se desde logo o exemplo do advogado que, de forma negligente, não contestou a acção, levando à condenação do cliente, e

---

<sup>128</sup> Sobre esta questão, cfr. ainda RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 265-270. Refere a Autora, a dado passo, que, dada a dificuldade de aceder *a posteriori* a uma resposta inequívoca à questão de saber o que decidiria o paciente caso tivesse sido devidamente informado sobre o risco da intervenção a que foi sujeito, e, “portanto, face à falta de prova da efectiva repercussão do cumprimento do dever de informação sobre a decisão do doente em consentir a prática do acto que lhe fora prescrito, o dano da perda de chance aparece como um dispositivo a que o julgador lança mão para proferir uma decisão condenatória do médico (...). A falta de informação prévia retirara ao doente a oportunidade de avaliar os riscos inerentes ao acto médico, comparando-os com os benefícios dele esperados, e a conseqüente eventual opção pela rejeição da terapia considerada”. Refere ainda a Autora, mais adiante (pags. 314-317), que a questão tem merecido respostas divergentes na Doutrina, de que dá conta, adiantando que, de todo o modo, “deverão ser considerados os danos de natureza não patrimonial derivados do desrespeito pela liberdade de escolha e autonomia do paciente, interesses jurídicos que o direito à informação visa tutelar e que constituirão objecto de um autónomo direito de personalidade”, podendo também “equacionar-se a reparação de outros danos integráveis numa categoria ampla (...) que apresenta uma vertente moral, que se traduz nas conseqüências da falta de preparação psicológica para os riscos que se poderiam, e vieram, a consumir, e uma eventual vertente patrimonial, relativa aos inconvenientes derivados da não adopção de precauções adequadas para evitar os inconvenientes da consumação dos riscos da terapia, no que concerne ao normal desenrolar da sua vida profissional”.

<sup>129</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 317-319.

<sup>130</sup> Ainda sobre a contribuição do lesado, a Autora reflecte sobre a situação de o lesado contribuir, ele próprio, para o malogro das chances de sobrevivência, de forma concorrente com o acto do médico. Aí “haverá, então, que atentar, para efeito da afirmação do âmbito da responsabilidade deste profissional, na contribuição do lesado para a destruição das chances que o médico se comprometera a aproveitar. Assim, considerando a disciplina consagrada no nosso ordenamento, verificados que sejam os requisitos de que depende o nascimento de uma obrigação de indemnizar a cargo do profissional, há que averiguar, à luz do disposto no art. 570.º, se a intervenção do lesado para a produção ou agravamento do dano – no caso, o dano da perda da chance – deverá traduzir-se na manutenção, diminuição ou exclusão da indemnização” – RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 318-319.

<sup>131</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 310-312.

que é um dos casos mais paradigmáticos da bondade da aplicação da teoria da perda de chance;

- casos em que o benefício não obtido é de natureza patrimonial (como sucede com a generalidade da jurisprudência norte-americana) ou, ao invés, de natureza pessoal (prática judicial alargada no âmbito da *Commonwealht*). Também não se concorda com esta restrição, por a chance poder referir-se a vantagens de uma ou outra natureza, conforme aliás já resulta dos exemplos que supra se foram avançando.

Luis Medina Alcoz<sup>132</sup> entende, a este respeito, que a selecção dos casos de restrição que tem sido feita resulta algo arbitrária e dificilmente justificável, opinião que se subscreve.

Outro campo que tem sido problemático e onde a teoria da perda de chance tem vindo a ser invocada por alguns é o das “*wrongful life actions*” e das “*wrongful birth actions*” – casos de “vida indevida” ou de “nascimento indevido”.

Segundo Paulo Mota Pinto<sup>133</sup>, podem distinguir-se três categorias de acções relacionadas com danos verificados em caso de concepção ou de nascimento indesejados de uma criança:

- hipóteses designadas como de “concepção indevida”, ou também de “gravidez indevida”, nas quais, venha ou não a ocorrer um nascimento, verifica-se uma gravidez indesejada em resultado de um erro médico, ou é concebido um feto com uma deficiência genética depois de os pais não terem sido informados – ou de terem sido incorrectamente informados – sobre os seus riscos genéticos, invocando os demandantes que a criança nunca teria nascido sem o erro médico;

- hipóteses de “nascimento indevido”, quando o evento lesivo levou a um nascimento indesejado, ou porque há um nascimento em resultado de uma situação de “concepção indevida”, ou porque, sendo a concepção desejada, verificou-se um nascimento na sequência de um erro médico que retirou à mãe a oportunidade de tomar uma decisão informada e tempestiva sobre a continuação ou a interrupção da gravidez, afirmando os demandantes que, se não fosse o evento lesivo, a criança nunca teria nascido;

- hipóteses de “vida indevida”, abrangendo os casos em que a acção, também com fundamento no facto de ter havido um nascimento indesejado, é proposta pela própria criança em causa, a qual pede uma indemnização por ter nascido.

---

<sup>132</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 104-105.

<sup>133</sup> PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, na Revista Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 7, Coimbra Editora, pags. 5-25.

Dentro das acções de “nascimento indevido” e “concepção indevida”, salienta o Autor, importa distinguir entre o “dano de planeamento familiar” (serão as decorrentes de esterilizações ou interrupções de gravidez mal sucedidas) e o dano resultante de uma deficiência da criança nascida.

Os danos que normalmente são invocados nestes dois tipos de acção são de natureza patrimonial (despesas acrescidas com o sustento da criança), bem como de natureza não patrimonial (compensação do sofrimento ligado à gravidez e ao nascimento e, nos casos de deficiência da criança nascida, o sofrimento ligado a esta deficiência).

A questão pode, de facto, ser colocada sob o prisma da teoria da perda de chance:

- caso o médico tivesse informado a mãe das malformações do feto, e a tempo de a mesma realizar uma interrupção voluntária da gravidez lícita, a mãe poderia ter optado por esta – a falta daquela informação atempada privou a mãe da oportunidade de realizar tal opção;

- ou, caso o médico tivesse informado os pais que a laqueação de trompas/vasectomia efectuada não tinha 100% de eficácia, havendo o risco de uma concepção, aqueles poderiam ter utilizado outros métodos contraceptivos complementares – a omissão de informação daquele risco privou os pais da oportunidade de utilizar estes métodos –, ou decidido não realizar a intervenção – a omissão de informação daquele risco também privou os pais da oportunidade de não realizar a intervenção por não ser totalmente eficaz.

Conforme refere Rute Teixeira Pedro<sup>134</sup>, “Este núcleo de *facti-species* apresenta uma grande proximidade com o que se reporta à perda de chance “*d’échapper par una décision plus judicieuse*” ao dano produzido por uma determinada terapia, já que, em ambos, a chance malograda respeita ao exercício de um direito de escolha (...). A sua individualização justifica-se, apenas, com o intuito de tornar mais evidente a extensão do âmbito de aplicação da noção, que faz incursões nos novos domínios que a medicina está a desbravar”.

Os Tribunais portugueses já foram chamados a apreciar uma situação deste tipo, que deu origem ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001, o qual, numa acção proposta pela criança, ainda menor, que nasceu com deficiências decorrentes de malformações do feto, julgou improcedente o pedido com base em três argumentos essenciais:<sup>135</sup>

- não ficou demonstrado o nexo de causalidade entre a actuação do médico e o

---

<sup>134</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 272-277.

<sup>135</sup> Este Acórdão vem publicado na Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 134, n.º 3933, pags. 371 e segs., sendo seguido de uma anotação da autoria de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, intitulada *Direito a Não Nascer?*, no mesmo número, pags. 377 e segs..

resultado verificado, visto que as deficiências não eram consequência daquela actuação;

- não existe consagração, na nossa ordem jurídica, de um “direito a não nascer”, e a vida não constitui um dano;

- o pedido de indemnização deveria ter sido formulado, não pela criança menor, mas pelos pais, enquanto titulares do direito eventualmente violado.

Fazendo uma resenha das posições da Doutrina e Jurisprudência estrangeiras e nacionais, Paulo Mota Pinto<sup>136</sup> tende a admitir a concessão de uma indemnização aos pais pelos danos patrimoniais ou não patrimoniais, em resultado do nascimento da criança indesejada, salvo, no caso dos danos não patrimoniais, quando se alegue como seu fundamento apenas o nascimento de uma criança saudável. Além disso, nos casos de nascimento de uma criança com deficiência, deve também aceitar-se o ressarcimento da própria criança, pelas suas necessidades acrescidas e até por danos não patrimoniais. No entanto, não recorre à teoria da perda de chance para fundamentar a sua posição.

### **3. Análise das críticas à construção teórica da perda de chance**

Uma das críticas mais comuns é dirigida à apontada circunstância de a teoria da perda de chance recorrer a um artifício, qual seja a da autonomização desta perda como dano.

Já acima se referiram várias dessas críticas.

Salienta ainda Luis Medina Alcoz<sup>137</sup> que a construção da teoria da perda de chance, cujo único sentido é o de proporcionar uma protecção que se julga devida, mas sem questionar o conceito tradicional de causa, não resiste a uma análise crítica. Tal construção faz depender a existência de um dano emergente, económico ou pessoal, das possibilidades cognitivas do juiz, ou seja, das informações de que o mesmo dispõe para formar um juízo em redor das circunstâncias fácticas do caso. Se tais informações demonstrarem uma probabilidade causal séria e não desprezível, afirma-se que a vítima perdeu um bem de natureza patrimonial ou moral; mas se, no mesmo caso, novos dados determinarem que tal probabilidade seja, na realidade, muito alta ou muito baixa, esse bem desaparece

---

<sup>136</sup> PAULO MOTA PINTO, *Indemnização em Caso de...*, pags. 7 e segs.. Sobre esta questão, cfr. ainda, para além das referências que são feitas na obra agora citada, VANESSA CARDOSO CORREIA, *Wrongful Birth e Wrongful Life: de Nicholas Perruche a Kelly Molenaar*, na Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade, 2007, Janeiro-Março, n.º 38, pags. 101-108. Quanto à jurisprudência espanhola, veja-se também CARMEN PÉREZ ONTIVEROS BAQUERO, *obra citada*, pags. 95-109 e 127-131.

<sup>137</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 49-50. Para maiores desenvolvimentos, do mesmo Autor, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 349-411.

“misteriosamente” para afirmar-se ou negar-se o nexo causal (e, assim, conceder-se ou negar-se a reparação total).

O problema, prossegue o Autor, é que não pode enjeitar-se facilmente a teoria da oportunidade perdida porque o reconhecimento de alguns casos de responsabilidade sem causa demonstrada é concebido, em geral, como justo. Os casos de perda de oportunidade são, pois, problemáticos ou anómalos porque, ao enfrentarmos os mesmos, surge a discordância entre a solução que decorre do modelo tradicional (negação da indemnização) e aquela que, segundo o sentimento geral, deveria proporcionar-se (concessão da indemnização).

A solução defendida por este Autor, no que respeita ao caso espanhol, passa por evitar as ficções e atentar-se nas normas em que a teoria da chance está consagrada, para constatar que as mesmas querem que, nas hipóteses factuais consideradas, surja a responsabilidade, ainda que não possa reputar-se como alta a probabilidade de que, sem a acção ilícita (ou com a conduta devida omitida), o dano deixaria de produzir-se. Deste modo, essas regras estabelecem um sistema alternativo de imputação causal que deixa de basear-se na ideia de que a causalidade *é* ou *não é* (tudo ou nada), segundo se supere ou não o limiar de certeza radicado na probabilidade alta. Trata-se, para o Autor, de um regime especial de imputação probabilística, que permite a entrada a uma ideia de causalidade meramente possível e que permite a reparação parcial de um dano eventual sem negar-lhe ficticiamente esta qualidade. “Colocada assim a questão ao Direito espanhol, a dificuldade não é pôr termo a uma teoria cujo âmbito operativo é potencialmente ilimitado. É concretizar até que ponto o recurso à analogia permite aumentar o inicialmente estreito campo aplicativo da doutrina da oportunidade perdida e a concepção causal probabilística que incorpora. O problema consiste, pois, em determinar se (e até que ponto) cabe projectar o princípio da causalidade probabilística que a Lei sancionou para um caso a hipóteses não previstas e em que resulta igualmente impossível conseguir o grau de certeza que, em regra, é preciso para ter por certo o facto causal e ordenar a reparação total do prejuízo causado”.

Outra crítica apontada é a de que incentivará os Tribunais a aplicar a teoria da perda de chance mesmo em casos em que o nexo causal entre o facto e o dano final está suficientemente demonstrado, bem como em casos em que o dano nada tem a ver com o facto ilícito, visto que, sem este, era muito provável que ocorresse na mesma – sendo assim o “paraíso para os juízes indecisos”, nas palavras de Savatier<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup>R. SAVATIER, citado por RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pag. 286.

Porém, tal crítica deve ser afastada, pois não é o eventual mau uso que se faça de determinada solução, neste ou naquele caso, que deve levar à sua rejeição geral.

Também se critica a dificuldade de estabelecimento de critérios seguros para a fixação da indemnização, levando a aplicação da teoria à fixação de quantitativos indemnizatórios “a olho”.

Não se nega essa dificuldade mas, como veremos adiante, é possível – e deve ser feito todo um trabalho nesse sentido – fixar critérios que permitirão reduzir a insegurança que se poderá surpreender nesta matéria.

Por outro lado, não é estranha ao mundo do Direito a ocorrência de situações em que a liquidação do dano também não obedece a critérios estritos – veja-se o caso dos lucros cessantes, dos danos futuros ou dos danos não patrimoniais, o recurso à equidade, e ainda o disposto no art. 494.º do Código Civil.

## **4. Soluções alternativas**

### **4.1. Teoria do tudo ou nada**

Para esta teoria, a que já se fez referência, a oportunidade perdida não é ressarcível porquanto, por definição, a sua presença pressupõe que não foi possível provar a relação causal entre o facto e a vantagem frustrada, estando-se assim perante um dano meramente eventual – e, como tal, não merecedor de tutela.

Define-a Luis Medina Alcoz<sup>139</sup> da seguinte forma: “Estamos perante o que pode denominar-se teoria da identificação total porque a oportunidade perdida se identifica com a vantagem frustrada ou, dito com mais rigor, porque a oportunidade perdida apenas tem entidade danosa se se puder assimilar ao dano final causado. Se a oportunidade perdida supõe a frustração de uma vantagem eventual, insegura, carecida de certeza, não constitui em absoluto um dano certo e, portanto, nega-se a sua ressarcibilidade. Se a oportunidade perdida supõe a frustração de uma vantagem segura, dotada de certeza, constitui um dano certo e, portanto, afirma-se a sua ressarcibilidade, mas segundo o entendimento de que tal dano consiste no desaparecimento da vantagem pretendida”.

---

<sup>139</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 321 e segs..

Assim, para esta teoria, a chance perdida, caso seja uma mera esperança, não consubstancia um dano; caso seja uma esperança fundada, constitui uma hipótese particular de lucro cessante ou de dano emergente, sem que haja necessidade de reafirmar a sua existência como um dano de natureza diversa.

É uma teoria do *tudo ou nada* porquanto, afirmada a causalidade, a indemnização correspondente ao valor total da vantagem; negada aquela, negada também é a indemnização.

Trata-se de uma teoria que, conforme relata Luis Medina Alcoz na obra e localização citadas, serviu historicamente para negar a responsabilidade, ou para a afirmar totalmente, em casos de causalidade concorrente e alternativa; e é o expediente a que actualmente se recorre para rejeitar a indemnização proporcional proposta pelas doutrinas da força maior concorrente e da responsabilidade por quota de mercado<sup>140</sup>.

Como é evidente, a teoria conduz a resultados muito díspares consoante o standard de prova que concretamente se adopte relativamente ao nexu causal.

Uma das vantagens desta teoria reside na circunstância de que a mesma está em perfeita sintonia com a visão clássica da causalidade e da certeza do dano, sendo assim mais facilmente defensável à luz do nosso Direito constituído.

No entanto, vai contra o disposto no art. 7.2 da já referida Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992 – sendo certo que, mesmo não tendo, tanto quanto se pode apurar, sido tal Directiva transposta para o Direito nacional, porém a mesma constitui um sinal eloquente sobre a forma como deve ser interpretado este último Direito<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> Sobre esta questão, que extravasa o objecto do presente trabalho, bem como sobre outros casos de “responsabilidade proporcional”, como lhe chama o Autor – incluindo os casos de culpa concorrente do lesado, de intervenção concorrente de terceiro, de força maior concorrente, de causa anónima ou de responsabilidade colectiva, e da responsabilidade por quota de mercado (*market share liability*), veja-se, entre outros, LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 128-126, ARIEL PORAT/ALEX STEIN, *Tort Liability Under Uncertainty*, Oxford University Press, 2001, pags. 57 e segs., e ainda 185 e segs., e ainda DIANA MONTENEGRO DA SILVEIRA, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Coimbra Editora, 2010.

<sup>141</sup> Recorde-se, a este propósito, o que foi decidido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, num caso referido precisamente a esta Directiva, no Acórdão da Sexta Secção de 24 de Setembro de 1998 – *EvoBus Austria GmbH contra Niederösterreichische Verkehrsorganisations GmbH (Növog)*: “Tendo em conta tais circunstâncias, o Tribunal de Justiça recordou, no n. 43 do acórdão *Dorsch Consult*, já referido, que a obrigação dos Estados-Membros, decorrente de uma directiva, de alcançar o resultado por ela previsto, bem como o seu dever, por força do artigo 5.º do Tratado CE, de tomar todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar a execução dessa obrigação se impõem a todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo, no âmbito das suas competências, as autoridades jurisdicionais. Daí resulta que, ao aplicar o direito nacional, trate-se de disposições anteriores ou posteriores à directiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, em toda a medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir desta forma o artigo 189.º, terceiro parágrafo, do Tratado CE (v. acórdãos de 13 de Novembro de 1990, *Marleasing*, C-106/89, *Colect.*, p. I-4135, n.º 8; de 16 de Dezembro de 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, *Colect.*, p. I-6911, n.º 20; e de 14 de Julho de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, *Colect.*, p. I-3325, n.º 26)”, isto mesmo no caso de, como sucedia com tal Directiva, a mesma não estar ainda transposta para o Direito nacional.

Por outro lado, contraria o sentimento material de justiça que, em alguns casos de causalidade não demonstrada, parece impor que se conceda uma indemnização ao lesado. Avultam os casos em que o lesado não consegue demonstrar o nexos causal, por este não poder ser demonstrado precisamente em consequência do facto ilícito do agente, que tornou impossível aquela prova.

O mesmo se diga no caso contrário, ao colocar a cargo do agente a responsabilidade pelo pagamento da indemnização integral de um dano que aquele pode não ter causado (totalmente).

Está ainda pouco de acordo com as concepções actuais relativas à imperfeição do conhecimento humano, sendo de certo modo uma teoria “arrogante” ao pretender estabelecer como algo insofismável um facto – ou a sua não verificação – relativamente ao qual não se logra ter a certeza absoluta de que o mesmo ocorreu, apenas se podendo fazer um juízo de probabilidade sobre essa ocorrência.

A consciência de que o conhecimento empírico é falível deve antes levar o Direito – uma ciência que, enquanto obra do Homem, necessariamente partilha da sua imperfeição – a conformar-se com a verdade possível, encontrando soluções para os casos concretos que estejam de acordo com essa constatação.

A tudo acresce que esta teoria do *tudo ou nada* faz recair, em regra, sobre o lesado a imperfeição do conhecimento empírico.

Luis Medina Alcoz<sup>142</sup> assinala também que os analistas económicos estão divididos quanto à comparação da teoria da perda de oportunidade contra a teoria do *tudo ou nada*.

Para os críticos da primeira, a responsabilidade que dela decorre pode acrescentar desmesuradamente os custos ao aumentar os casos em que se reconhece uma indemnização, aumentando assim o número de litígios, e ao criar uma fonte inesgotável de discussão em torno da concretização do grau de probabilidade de cada um dos possíveis agentes, atenta a relevância que tal questão tem na fixação da indemnização. Por outro lado, tal responsabilidade incentivaria em demasia, ou desincentivaria, os sujeitos, dificultando a adopção de medidas que minimizem as consequências lesivas dos comportamentos a um custo equilibrado ou adequado – isto porque o Direito, quando obriga um sujeito a reparar parte de um dano que, na realidade, não causou, incita a extremar as medidas de precaução, mas, quando obriga a compensar apenas parte do prejuízo que pode ter causado, desincentiva os sujeitos, pois não os leva a aumentar as cautelas necessárias a evitar resultados danosos.

---

<sup>142</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 50-51.

Ao invés, outros analistas sustentam a posição oposta: o *tudo ou nada* é ineficiente, porque deixa de dissuadir os agentes de decisões menos prejudiciais à colectividade. Como exemplo, o seguinte: um operador de energia nuclear pode utilizar dois procedimentos, “x” e “y”, sendo o segundo mais barato, mas mais perigoso porque aumenta o risco de que os empregados contraíam cancro em 33%. A concepção mais ortodoxa de causalidade exonera de toda a responsabilidade o empresário que tenha utilizado o processo “y” porque, quando um trabalhador sofre de cancro, as probabilidades de que aquele seja a causa não alcançam o limiar de certeza necessário. Por isso, é uma teoria ineficiente, porque incentiva o empresário a eleger “y” em vez de “x”. Além disso, está demonstrada a maior eficiência da responsabilidade probabilística em alguns casos, mormente nos casos recorrentes ou repetidos, em que o agente aplica sistematicamente a estratégia errada ao mesmo tipo de casos. Quando em tais hipóteses o nível de probabilidade de que tal profissional causou o dano não supera o limiar de incerteza, a teoria do *tudo ou nada* resulta ineficiente porque deixa de o motivar a actuar com maior diligência, modificando os seus procedimentos, visto que nunca estará obrigado a suportar uma indemnização. Quando, ao invés, as probabilidades alcançam o limiar da certeza, o sujeito estará incentivado em demasia, porquanto a regra do tudo ou nada o obriga a reparar a totalidade do dano. Mas se, com base numa regra de reparação proporcional, se obriga o agente a indemnizar na medida da probabilidade de que foi causador, este adoptará, segundo estes analistas, as adequadas precauções porque estará incentivado numa medida óptima, justa e equilibrada.

#### **4.2. Técnicas de facilitação probatória**

Estas técnicas são utilizadas ainda no domínio de uma teoria de *tudo ou nada*, pretendendo facilitar a prova do facto à pessoa sobre quem recai o ónus de o demonstrar.

Tais técnicas alteram a forma de valorar a prova, mantendo intocado, porém, o seu objecto, que, na problemática que nos ocupa, é primacialmente o nexos de causalidade.

Ao invés, na doutrina da perda de chance a probabilidade passa a ser ela mesma o objecto da prova.

Entram nesta categoria vários “remédios”, como sejam<sup>143</sup>:

- a prova por presunções judiciais, admitidas no nosso Direito no art. 351.º do

---

<sup>143</sup> A este respeito, cfr. nomeadamente RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 327-352 e LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 83-87.

Código Civil, e que permitem extrair de um facto conhecido um facto desconhecido. “O juiz poderá, recorrendo a presunções judiciais, *hominis* ou naturais, extrair da “relação de probabilidade típica, estabelecendo através de regras da experiência comum ou de regras técnicas, entre um facto e uma causa”, a afirmação do nexo causal entre o concreto comportamento do médico e o dano específico sofrido pelo doente, desde que, quer este comportamento, quer este dano, se reconduzam à espécie de causa e facto ali relacionados. Tal afirmação-presunção cederá se o médico provar que, no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre esse dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento”<sup>144</sup>;

- mecanismos semelhantes ao das presunções judiciais, como sejam a regra do “*id quoad plerumque accidit*”, segundo a qual “o que é evidente não necessita de demonstração, pelo que, quem alega um curso regular de acontecimentos ficará dispensado de os provar. Incumbirá a quem argú um desvio a um padrão de normalidade, a demonstração da verificação *in casu* dos factos atípicos”<sup>145</sup>;

- ou a prova *prima facie* ou de primeira aparência, também ela um meio semelhante ao da presunção judicial – “Através deste mecanismo de aligeiramento do ónus probatório, extrai-se de elementos que apresentam uma força de convencimento inferior ao da prova directa de um facto, um valor cognoscitivo semelhante ao desta, porque, provados aqueles elementos, aceita-se “em primeira aparência” demonstrado o facto controvertido. Tal inferência assenta na probabilidade de verificação de um dado evento que se retira da tipicidade apresentada pela factualidade provada, e justifica a exigência de um menor «grau» de prova para que o juiz considere assente o remanescente (e desconhecido) decurso factual ocorrido (...). A contraparte poderá, no entanto, destruir este “esboço” de imagem da realidade construído num primeiro momento, se provar a verificação de factos que tornem inverosímil aquele raciocínio lógico-conclusivo, pondo a nu o incumprimento do ónus que, em todo o momento, recaiu sobre o demandante. Tratar-se-á, portanto, de um instrumento que actua ao nível da valoração (livre) da prova (...), e não da distribuição do ónus probatório”<sup>146</sup>  
<sup>147</sup>,

- a regra probatória da “*Res ipsa Loquitur*”, que assenta em evidências circunstanciais na medida em que, perante os específicos contornos do caso concreto, e à luz da experiência e conhecimentos comuns, é possível extrair uma inferência sobre a verificação

---

<sup>144</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pag. 370.

<sup>145</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 338-339.

<sup>146</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 341-343;

<sup>147</sup> Sobre esta matéria, no campo da responsabilidade civil médica, cfr. ainda RIBEIRO DE FARIA, *obra citada*, pags. 212 e segs..

de determinada factualidade. Tal regra é assim semelhante aos mecanismos de facilitação probatória já referidos<sup>148</sup>;

- a teoria do aumento do risco, a qual, partindo da consideração de que o comportamento do agente criou objectivamente o risco de desencadeamento da lesão, suaviza o standard probatório, baixando o nível de probabilidades que normalmente seria necessário para ter por certo o facto da causalidade. Esta teoria é distinta, porém, da técnica presuntiva de facilitação de prova porquanto enquanto esta última não altera a teoria geral de causalidade, que impõe um determinado standard probatório, a primeira adopta uma correcção ou modulação pontual da concepção geral da causalidade física (reduzindo-a ao nível normalmente exigido de probabilidade)<sup>149</sup>.

Como se disse, estas técnicas são utilizadas ainda num sistema de *tudo ou nada*, relativamente ao qual se podem dirigir as restantes críticas já apontadas, tendo apenas a virtualidade de facilitar a prova do facto a quem tem o ónus de o demonstrar.

À parte tal consideração, na medida em que sejam respeitados os critérios que devem nortear o julgador na tarefa de apreciação da prova e de formação da sua convicção de maneira motivada e fundamentada, nos termos do princípio da livre apreciação da prova previsto no já aludido art. 655.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, o recurso às presunções judiciais e à prova *prima facie* não será de rejeitar – sobretudo no que respeita às primeiras, expressamente consagradas na lei, como já se referiu (art. 351.º do Código Civil).

Porém, uma crítica se pode dirigir em especial à teoria do aumento do risco, pois a mesma converte em formalmente certo algo (o nexos causal) que apenas é provável, sem que tal probabilidade atinja o limiar normalmente exigido para a prova de um facto.

### **4.3. Inversão do ónus da prova**

Numa versão mais radical da teoria da criação ou aumento do risco, está aquela segundo a qual quem der origem a uma situação que constitui uma fonte de perigo para terceiros, e se um desses terceiros sofrer um dano que constitui uma concretização normal desse perigo, deverá o primeiro, em princípio, responder por esse dano a menos que

---

<sup>148</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 344-347.

<sup>149</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida...*, pags. 84-85; e ainda *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 62-63.

demonstre que este não procedeu daquela fonte<sup>150</sup>.

Como fundamento desta teoria, refere Rute Teixeira Pedro na obra agora citada, está a consideração de que, em processos causais complexos, a demonstração pelo lesado da violação, por parte do agente, de um dever e da “consequente criação ou elevação de um risco de ocorrência de um dano, e da efectivação do mesmo, traduzirão já, por si, o cumprimento de uma tarefa probatória bastante, não lhe devendo ser exigido o esforço acrescido de elucidação sobre a concreta eficiência causal da inobservância do dever para o dano”.

Do mesmo passo, faz-se recair sobre a pessoa que violou o dever, e causou ou aumentou o perigo, a dificuldade sentida na apreciação do nexos causal, pois que foi ela quem criou o risco de impossibilidade de identificação da causa do dano.

Bom, para além das críticas que se podem assinalar à teoria do aumento do risco que apenas suaviza o standard probatório, e que aqui também são aplicáveis, acresce a de que tal inversão geral do ónus da prova não tem consagração geral no nosso Direito constituído – cfr. os arts. 342.º, n.º 1 e 344.º, n.º 1 do Código Civil<sup>151</sup>.

Na realidade, e tal como se referiu no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 2009, acima mencionado, “a extrema dificuldade de prova do facto não inverte o critério legal de inversão do ónus da prova”, sendo que o critério legal, previsto no art. 342.º do Código Civil, determina que o ónus da prova do nexos causal entre o facto e o dano recaia sobre o lesado.

Por outro lado, parece-me que a regra especial prevista no art. 344.º, n.º 2 do Código Civil não é necessariamente aplicável a estes casos, mas apenas àqueles em que,

---

<sup>150</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 352-364.

Cfr. ainda RIBEIRO DE FARIA, *obra citada*, pags. 217 e segs., no qual refere o caminho trilhado pela jurisprudência alemã no sentido da inversão do ónus da prova da causalidade no caso de erro grave do médico, bem como as críticas dirigidas a tal solução (seja por quem a pretende estender aos restantes casos de erro médico, seja para a afastar na totalidade). Referência especial à repartição do ónus da prova segundo zonas de perigo, em termos que tal repartição decorre da tarefa de determinar qual das partes, em função das circunstâncias, está mais perto delas para suportar por isso mesmo as consequências da falta de prova – segundo tal ideia, é precisamente o possível causador do dano, mormente nos casos de erro grosseiro, quem está em melhores condições de elucidar sobre o facto, a causa, porque esta se desenvolve ou desenrola no âmbito ou campo de acção que ele domina ou governa (pag. 248).

<sup>151</sup> Excepção a esta afirmação pode encontrar-se no campo dos acidentes de trabalho – cfr., em termos de progressão histórica, a Base V, n.º 4 da Lei n.º 2127 (“se a lesão, perturbação funcional ou doença forem reconhecidas a seguir a um acidente presume-se consequência deste”), o art. 6.º, n.º 5 da Lei n.º 100/97, de 13 de Setembro (“Se a lesão corporal, perturbação ou doença for reconhecida a seguir a um acidente, presume-se consequência deste”), o art. 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 143/99, de 30 de Abril (“A lesão constatada no local ou no tempo de trabalho ou nas circunstâncias previstas no n.º 2 do art. 6.º da lei presume-se, até prova em contrário, consequência do acidente de trabalho”), e o art. 10.º da Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro (“A lesão constatada no local e no tempo de trabalho ou nas circunstâncias previstas no artigo anterior presume-se consequência de acidente de trabalho”). Sucede que este regime é excepcional, e explicável pela natureza própria do regime legal dos acidentes de trabalho, onde se consagra uma socialização do risco para protecção do trabalhador.

culposamente – para alguns, apenas dolosamente –, a parte contrária impossibilitou a parte obrigada à prova de um facto de o provar, por actuação sobre os próprios meios de prova, sendo paradigmáticos os casos em que é destruído ou escondido um meio de prova determinante para a prova desse facto<sup>152</sup>.

A sua aplicação aos casos em que a impossibilidade ou dificuldade de prova deriva de actos ou omissões eles próprios integrados no processo causal que pode ter provocado o dano – e não de actos incidentes sobre os meios probatórios – é que se afigura mais duvidosa.

Onde este n.º 2 do art. 344.º do Código Civil pode ter uma aplicação importante é, tal como nos dá conta Rute Teixeira Pedro<sup>153</sup>, nas situações de destruição dolosa da ficha clínica do doente, por parte do médico, inviabilizando assim a prova do nexu causal.

#### **4.4. Outras construções**

Para além da posição defendida por Juan Manuel Prévot e Ruben Alberto Chaia, acima descrita, e para a qual se remete, encontram-se outros entendimentos que pretendem dar uma resposta distinta a esta problemática.

Mas, antes de passar a analisar os mesmos, uma observação quanto à posição defendida pelos Autores agora identificados.

Conforme acima foi referido, na sua proposta partem da seguinte afirmação de princípio: naquelas situações em que o paciente está doente, com a sua saúde prejudicada, debilitada ou diminuída, cujas sequelas, caso não sejam tratadas, levarão irreversivelmente à morte, o acto médico negligente actua como um “agravante” ou “acelerador” porque não interrompeu o curso causal da enfermidade (ao demorar o acto médico ou ao errar no medito utilizado para combater a doença).

---

<sup>152</sup> Sobre esta questão, cfr. RIBEIRO DE FARIA, *obra citada*, pags. 290 e segs.. Dá conta o Autor que nos trabalhos preparatórios do Código Civil, Vaz Serra equacionou uma dupla hipótese. Por um lado, a situação em que havia a destruição, a frustração da prova, da prova que se era obrigado a manter, a guardar, a antecipar, dos registos ou anotações que testemunhavam ou documentavam diligências ou actividades que era dever efectuar. Por outro lado, a situação em que a impossibilidade ou dificuldade de prova não resulta de actuações ou omissões da natureza precedente, mas sim das seguintes circunstâncias: quando não fosse exigível o cumprimento do ónus da prova por razões de justiça ou razoabilidade; ou porque de tornara impossível a prova; ou porque, no âmbito da causalidade e quanto aos danos atribuídos a profissionais, estes tinham exposto alguém a um perigo apto ou capaz de ter causado o dano. Porém, quando se passou ao texto definitivo do Código Civil, este segundo tipo de casos foi eliminado. Para Ribeiro de Faria, não custa a crer que o motivo de tal eliminação “tenha sido o de não se querer alargar a responsabilidade pela impossibilidade da prova para além das situações em que se tivesse o dever antecipado de exhibir na situação azada as provas deste ou daquele comportamento”, sem prejuízo de a redacção actual do preceito permitir a dúvida sobre se assim é ou não.

<sup>153</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 364-368.

Esta afirmação parece-me algo discutível. Na realidade, poderão ocorrer casos em que, por exemplo, um acto médico devido, e que foi omitido de forma negligente, no caso concreto não teria qualquer efeito interruptivo de um processo causal que se desenrolaria indiferente àquela omissão – mas em que, ainda em consequência da negligência médica, não se consegue provar que tal fosse assim na realidade, ou não.

Nestes casos, continua a haver uma incerteza causal, decorrente da impossibilidade – nomeadamente objectiva – de demonstrar que a omissão causou o dano em concreto ou que lhe foi indiferente, apesar de, em geral, o acto omitido ser idóneo a interromper o processo causal.

Se assim é, parece-me que não se poderá afirmar com segurança que a negligência médica actuou, no caso concreto, como agravante ou acelerador, por não ter interrompido o curso causal. Fica a hipótese de este sempre ter prosseguido inexoravelmente, sendo indiferente a omissão do médico.

Mas, ainda nestes casos, como se disse, estamos perante uma situação que pode convocar a aplicação da teoria da perda de chance, por se concluir que a omissão do médico impossibilitou que se soubesse qual a interferência concreta da mesma no processo causal, impedindo o lesado de provar o nexa causal entre a omissão e o dano.

Destaca-se, agora, a teoria proposta por Ariel Porat e Alex Stein<sup>154</sup>, que autonomizam o designado “*evidential damage*”, ou seja, dano probatório.

Pondo a tónica na circunstância de que foi o agente quem criou a complexidade probatória irreduzível através da sua conduta, apresentam a solução de autonomizar um dano – o dano probatório – para os seguintes casos<sup>155</sup>:

- casos em que o agente não é identificável (por exemplo, dois caçadores disparam ao mesmo tempo uma arma de caça e uma terceira pessoa ali presente é atingida por um dos disparos, não se logrando saber qual dos dois caçadores foi o autor do disparo que atingiu o lesado; ou os casos de *market share liability*);

- casos em que o lesado não é identificável (por exemplo, uma fábrica emite radiações que podem causar cancro, havendo a probabilidade estatística de a incidência de cancro, na área, aumentar em 25% . Porém, não existe prova que possa identificar quais as pessoas, de entre as que contraíram cancro depois de a fábrica começar a emitir radiação, que contraíram tal doença por causa desta radiação ou por outras razões);

---

<sup>154</sup> ARIEL PORAT/ALEX STEIN, *obra citada*.

<sup>155</sup> ARIEL PORAT/ALEX STEIN, *obra citada*, pags. 57 e segs., e ainda 185 e segs..

- casos em que a conduta ilícita pode ter causado, ou não, o dano (como, por exemplo, os típicos casos de perda de chance);
- casos em que o dano foi causado por vários agentes, separadamente – situações em que cada um dos agentes causou parte do dano, mas sem se conseguir apurar a medida de cada uma das contribuições;
- casos em que o dano é originado por um acto ilícito e culposo do agente e ainda por uma causa alheia, sem se conseguir determinar a medida em que cada um dos eventos contribuiu para o dano.

No que especificamente concerne à teoria da perda de chances, os Autores entendem que, por um lado, pode ser oposto um argumento epistemológico ao entendimento segundo o qual a chance perdida é um dano: a chance perdida significa o grau de conhecimento do julgador sobre os factos, e o balanço entre o seu conhecimento e a sua ignorância não é um dano<sup>156</sup>.

Por outro lado, apontam que esta teoria é inconsistente com a finalidade ressarcitória da responsabilidade civil, que exige a reparação integral do dano, apesar de reconhecerem que uma reformulação do conceito de dano talvez consiga conciliar a compensação das chances perdidas com aquela finalidade<sup>157</sup> – reformulação que, de todo o modo, recusam<sup>158</sup>.

Relativamente aos casos em que, por exemplo, por erro médico as chances de cura diminuíram e o paciente acaba por morrer (*Past Injury Case*), entendem que não é possível atribuir indemnização com base na teoria da perda de chances, visto que o facto do médico causou ou não causou o dano, não havendo uma possibilidade intermédia. Ao invés, nos casos em que, também por erro médico, as chances de cura diminuíram, mas ao tempo da decisão ainda não ocorreu o resultado (final) danoso (*Future Injury Case*), já sustentam que o médico deve compensar o paciente pela redução das chances de cura<sup>159</sup>.

Esta conclusão deve ser entendida com muitas cautelas, independentemente da tese que se perfilhe. Nos casos de *Future Injury*, e conforme acima já avançado, apenas vejo como defensável a indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pelo lesado em consequência de estar numa situação de incerteza quanto ao seu futuro (a maior angústia por ver as chances de cura reduzidas, as maiores despesas decorrentes da necessidade de um acompanhamento médico mais intenso, etc.).

Por outro lado, não me parece aceitável a interpretação que fazem da teoria da perda

---

<sup>156</sup> *Idem*, pag. 116.

<sup>157</sup> ARIEL PORAT/ALEX STEIN, *obra citada*, pags. 118-119.

<sup>158</sup> *Idem*, pag. 125.

<sup>159</sup> ARIEL PORAT/ALEX STEIN, *obra citada*, pags. 120-125.

de oportunidade, ou da perda de chance, quando referem que, à luz da mesma, se reconhece a viabilidade a uma pretensão indemnizatória nos casos de *Future Injury* por, nesse caso, o lesado ter ficado mais vulnerável, mas já não assim nos casos de *Past Injury* com o argumento de que, nesses casos, o seu bem-estar não ficou mais vulnerável do que estava antes do tratamento, pois na realidade o que sucedeu é que o lesado não recuperou da sua doença – pelo que, segundo os Autores, a única questão que se coloca, aqui, será a da competição da negligência do médico com outras causas potenciais do dano sofrido pelo lesado, o qual não pode beneficiar de qualquer possibilidade intermédia.

Como solução para estas hipóteses, os Autores propõem, pois, que o lesante seja responsabilizado por ter causado um *dano probatório* nos casos em que a incerteza, e a consequente impossibilidade de o Tribunal conhecer os factos com rigor, resulta do acto reprovável do lesante. Este pode então ser censurado pela incerteza do caso e correspondente risco de erro. Segundo a doutrina do *evidential damage*, o demandado será responsável pelo dano probatório se o seu acto censurável impossibilitou a acção do demandante, ou reduziu as possibilidades deste de demonstrar os factos necessários para ver ser julgado procedente um processo relativo ao dano directo<sup>160</sup>.

A virtualidade desta doutrina é ser aplicável a um conjunto variado de casos, acima elencados, e não só aos casos tipicamente associados à teoria da perda de chance.

No entanto, não me parece que tenha vantagens que permitam considerá-la como preferível a esta última teoria, no que tange ao campo de hipóteses em que ambas têm aplicação.

Por um lado, a crítica que lança à teoria da perda de chance de esta proceder à reformulação do conceito de dano é também aqui aplicável, ao ser criada a figura do “dano probatório”.

Ora, tal revela um considerável artificialismo na construção. Não é tanto por não se reconhecer um “direito à prova”<sup>161</sup>, mas por se entender que o dano em causa, a existir, está mais longe da norma tuteladora do direito subjectivo ou interesse legalmente protegido do lesado do que o dano da perda de chance ou oportunidade.

Vejam-se os seguintes exemplos dados pelos Autores<sup>162</sup>, que a meu ver patenteiam

---

<sup>160</sup> *Idem*, pags. 160-161.

<sup>161</sup> Pois o art. 20.º da Constituição da República Portuguesa consagra um tal direito, como decorrência do direito de acesso à justiça – neste sentido, cfr. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa, 1995, págs. 228 e segs.; o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Junho de 2004 (processo n.º 1107/2004-6, relatado por Fátima Galante, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 209/95, relatado por Armindo Ribeiro Mendes, em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>162</sup> ARIEL PORAT/ALEX STEIN, *obra citada*, pags. 77 e 169-170.

bem o apontado artificialismo (pese embora referidos a casos que não são tipicamente de perda de chance, porém são emblemáticos da crítica que agora se aponta). No primeiro exemplo, dois cães, cada um pertencendo a um dono diferente, atacam o lesado simultaneamente, não se conseguindo apurar que concretas lesões cada um dos cães causou ao lesado. O segundo é constituído pelo caso dos caçadores acima descrito. Referem os Autores que, quando o agente causou ilicitamente um dano directo ao lesado, como no caso dos cães, e, através da mesma acção, esbateu os limites entre a sua acção e outra acção de terceiro, igualmente ilícita e danosa, o agente deve responder pelo dano probatório sofrido pelo demandante. A mesma coisa no caso dos caçadores: aqui, cada um dos dois agentes pode não ter causado o dano directo que o lesado sofreu, mas seguramente ambos os agentes causaram um dano probatório ao lesado.

Parece-me, pois, e sempre ressalvado melhor entendimento, que se segue um caminho mais sinuoso e abstracto para chegar, no geral, aos mesmos resultados da teoria da perda de chance, nos casos em que esta se aplica.

Por outro lado, esta teoria do *evidential damage* leva à responsabilização mesmo em casos em que o agente impossibilitou ou dificultou a prova pelo lesado, não por actuar nos meios de prova, mas através de actos que fazem eventualmente parte do próprio curso causal objecto da prova – o que me parece uma extensão dificilmente justificável da responsabilidade, conforme acima já aludido quando se apreciou o regime do n.º 2 do art. 344.º do Código Civil.

Os Autores acabam também por fazer uma referência ao conceito de perda de chance para fundamentar a sua posição<sup>163</sup>: “A essência do *evidential damage* está na redução das *chances* da vítima de obter compensação do dano físico por si sofrido” (itálico meu).

Ainda a respeito das críticas que são lançadas à doutrina da perda de chance, e de construções alternativas à mesma, Luis Medina Alcoz<sup>164</sup>, reconhecendo que a doutrina de perda de chance permite responder satisfatoriamente a muitos dos casos de incerteza causal, porém critica a abordagem ontológica da mesma (esta visão já foi acima aflorada).

Considera um artifício dizer-se que, nos casos em que a probabilidade causal não é alta, mas apenas séria, a vítima perde uma propriedade anterior ou sofre um dano moral e, conseqüentemente, o dano indemnizado não é o dano final incerto, mas a possibilidade de o evitar, configurado como um dano *a se* de carácter económico ou pessoal. Adianta, tal como

---

<sup>163</sup> *Idem*, pag. 172.

<sup>164</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una nueva teoria...*, pags. 49-52.

já acima referido, que tais construções fazem depender a existência de um dano emergente das possibilidades de cognição do juiz, ou seja, das informações de que dispõe para formar um juízo sobre as circunstâncias de facto do caso. Se tais informações trazem uma probabilidade causal séria e não desprezível, afirma-se que a vítima perdeu um bem de natureza patrimonial ou moral; mas se, no mesmo caso, novos dados determinam que tal probabilidade é, na realidade, muito alta ou muito baixa, esse bem desaparece para afirmar-se ou negar-se a existência do nexu causal.

O problema é que, como se disse, a teoria da perda de oportunidade fornece soluções justas para casos que, segundo a teoria tradicional, não dariam direito a qualquer indemnização.

Para o Autor, então, podem evitar-se as ficções que, actualmente, defendem a maior parte dos autores e julgadores para encobrir que a teoria da chance colide com a teoria geral da causalidade e, em vez de se recorrer a ficções ou estratagemas jurídicos, deve reconhecer-se que a teoria da chance estabelece uma regra de *responsabilidade proporcional*, em virtude da qual o agente indemniza não o dano que causou, mas simplesmente o *dano que possivelmente causou* – trata-se, assim, de uma redefinição do conceito clássico de causalidade, expressando uma *mudança de paradigma ou revolução científica em sentido técnico*.

## **5. Posição adoptada e admissibilidade da teoria da perda de chance à luz do nosso Direito constituído**

A meu ver, a teoria da perda de chance ou perda de oportunidade resolve de forma satisfatória as questões levantadas nas situações a que se aplica, quer em termos de providenciar uma solução justa para o caso concreto, quer em termos de coerência lógica interna da construção.

A mesma apresenta-se como uma forma eficaz de tutela antecipada dos bens jurídicos protegidos.

A chance ou oportunidade perdida merece a tutela do direito porque, à data da lesão, integra o património jurídico do lesado (património económico e património moral), sendo susceptível de avaliação económica e jurídica.

Assim, a perda da chance é ressarcível por consubstanciar a lesão da integridade daquele património – património entendido como uma soma de todos os valores juridicamente

protegidos<sup>165</sup>.

Continuando a citar Rute Teixeira Pedro<sup>166</sup>, no nosso ordenamento, a ressarcibilidade existe na medida em que a lesão dos interesses dos particulares ligados a esse dano corresponda – como em regra sucede nas hipóteses que convocam o dano de perda de chance – à violação de uma norma legal ou de um vínculo contratual pré-constituído que conceda protecção (directa) àqueles interesses.

Na realidade, a chance perdida não deixa de ser um valor conexo a um outro bem do lesado, pelo que a norma que tutela e protege este último deve ser estendida para tutela daquela.

A chance não é, assim, apenas uma mera expectativa de facto, antes constitui uma das manifestações, embora dotada de autonomia enquanto bem, do outro bem jurídico com que está conexa. A norma tuteladora deste é, por sua vez, tuteladora daquela<sup>167</sup>.

Citando Rute Teixeira Pedro mais uma vez<sup>168</sup>, “A autónoma tutela reparatória das chances (reconhecendo que a respectiva destruição é danosa) traduz, apenas, a extensão da protecção jurídico-civilística a outras *camadas* que densificam o conteúdo de específicos bens jurídico-pessoais, derivados de e incluídos naquele direito geral. Representará uma defesa de segunda linha, que operará para garantir o funcionamento do instituto da responsabilidade civil (...). Ora, considerando a “«chance» perdida como um valor conexo a um bem do lesado”, não se exigirá, assim, que a chance, em si mesma, seja “susceptível de ser judicialmente accionada”, sendo suficiente que ela respeite “a um direito susceptível de se fazer valer judicialmente” (...). Desta forma, parece-nos que, entre nós, não se colocarão grandes dificuldades, quanto à subsunção no art. 483.º, dos comportamentos frustradores daquelas espécies de chances, nem quanto à sua consideração como danos juridicamente reparáveis. No que à responsabilidade contratual diz respeito, não se duvidará da relevância jurídica da violação das chances que constituem o objecto sobre que incide a prestação debitória (...)”.

---

<sup>165</sup> Cfr. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pag. 214, citando JÚLIO GOMES (*O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Porto, ed. Universidade Católica Portuguesa, 1998, pag. 252).

<sup>166</sup> *Idem*, pag. 214.

<sup>167</sup> Continuando a citar Rute Teixeira Pedro, no que diz respeito à personalidade, Costa Andrade contrasta a “continuidade” da tutela (e inerente ilicitude) civil da pessoa com a “irreduzível fragmentariedade” da protecção (e ilicitude) penal, na medida em que o direito penal restringe a respectiva tutela a dimensões especiais e nominadas da pessoa – cfr. MANUEL COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico. Sida: Testes Arbitrários. Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, 2004, pags. 62-63, *apud* RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pag. 383, nota (1021).

<sup>168</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 383-385.

A questão, parafraseando Alice (cfr. citação inicial), é, pois, a de saber se podemos fazer a palavra *dano* significar “tantas coisas diferentes”.

Tudo visto e considerado, nada obsta, em meu entender, à consideração da perda da chance como um dano em si, autónomo. O conceito de dano caracteriza-se pela sua plasticidade. É uma construção jurídica que tem vindo a evoluir no sentido de passar a abranger realidades que antes se entendia não poder conter. Veja-se, aliás, a polémica que tem rodeado a questão de saber se a mera privação do uso de um bem constitui um dano em si, havendo boa parte da Doutrina e da Jurisprudência que consideram que sim, mesmo que não implique depreciação ou destruição, ainda que parcial, do bem, nem se demonstre que o proprietário da coisa sofreu um qualquer outro prejuízo ou sofrimento psíquico em consequência de ter ficado privado do uso da coisa<sup>169</sup>.

Por outro lado, onexo causal entre o facto e o dano é afirmado: na realidade, o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado” constituído pela perda de chance. Este dano é, ainda, um dano certo: a chance foi irremediavelmente afastada por causa do acto do lesante. Assim, não se violam as regras gerais da responsabilidade civil que vigoram no nosso ordenamento jurídico.

Acresce que ao nosso Direito não são estranhos casos de divisibilidade causal, conforme se conclui da análise dos arts. 506.º, n.º 2 e 570.º do Código Civil.

Não se pode olvidar também que o conceito de oportunidade perdida já obteve consagração no direito supranacional, mais concretamente na Directiva 92/13/CEE, acima referida.

Aceita-se que a teoria tem algo de artificial: será, talvez, uma “mentira técnica” a que se referia Ihering, conforme é referido por Luis Cosculluela Montaner<sup>170</sup>. Mas é reclamada pelo Direito – sobretudo no nosso sistema, em que o standard probatório é elevado –, encontra sustentação suficiente nomeadamente no nosso Direito constituído, nos termos já referidos, e já se encontra suficientemente desenvolvida, quer nos seus fundamentos, quer nos seus pressupostos, quer ainda na delimitação do seu campo de aplicação, por forma a poder ser considerada uma ferramenta útil e eficaz na definição do justo e do injusto dentro do quadro legal considerado.

---

<sup>169</sup> Cfr. ANTÓNIO ABRANTES GERALDES, *obra citada* e, a título exemplificativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Outubro de 2009, processo n.º 1362/06.1TBVCD.S1, relatado por Oliveira Rocha, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). A solução a esta questão não é, porém, pacífica.

<sup>170</sup> LUIZ COSCULLUELA MONTANER, autor do Prólogo de *La Teoría de la Pérdida...*, de Luis Medina Alcoz, pag. 31.

Penso ser ainda a que menos críticas – ou menos intensas – reúne, assegurando não só o respeito pelo esquema tradicional da responsabilidade civil (através, é certo, de alguma reformulação do conceito de dano), mas também a satisfação, em primeira linha, da função reparatória da responsabilidade civil, acrescendo em segunda linha, e de forma subordinada àquela, a satisfação da função preventiva e mesmo punitiva.

Por outro lado, a sua configuração permite que se evite o mais possível a confusão entre a questão de facto e a questão de direito.

A divisão entre o julgamento da matéria de facto (cuja decisão implica a indicação dos factos provados, dos factos não provados e da respectiva fundamentação) e o julgamento de direito está consagrada na nossa lei processual – cfr. arts. 653.º e 659.º do Código de Processo Civil.

Na altura da prolação da sentença, o juiz tomará em consideração os factos provados, aplicando aos mesmos o direito.

Já lhe está vedado, em meu entender, convocar nesse momento as razões porque se considerou provados determinados factos e como não provados outros, razões essas que constam da motivação da decisão sobre a matéria de facto controvertida, proferida nos termos do art. 653.º do Código de Processo Civil.

Assim sendo, parece-me pouco compatível com tal sistema, legalmente consagrado no nosso Direito, uma solução que passe por fazer reflectir no montante da indemnização, no momento da aplicação do direito, e nomeadamente pela aplicação do disposto no art. 494.º do Código Civil, as razões que foram tidas em atenção no momento de julgar provado o nexo causal, mormente nos casos em que tal prova resultou da inversão do ónus de prova ou de outro tipo de técnicas de facilitação de prova.

Na realidade, e sempre ressalvado melhor entendimento, provado o facto, a maior ou menor consistência dos meios probatórios que determinaram tal juízo não deve ser tomada em atenção no momento da aplicação do direito ao facto.

Assim sendo, parece-me que a consagração da perda de chance como um dano autónomo alcança de forma mais satisfatória, e consentânea com o Direito constituído, a finalidade de fixação de uma indemnização adequada e proporcionada ao dano.

É importante, a meu ver, que se prossiga para uma aceitação mais generalizada desta

teoria, quer na Doutrina quer na Jurisprudência – e na prática dos Tribunais em geral<sup>171</sup>.

Tal permitirá o seu aperfeiçoamento e a afinação dos seus pressupostos e critérios, nomeadamente no que respeita aos critérios de fixação de indemnização (por forma a evitar as indemnizações “a olho” de que falam os críticos).

Sempre será melhor do que a situação actualmente constatada, em que em vários casos se aplica a teoria da perda de chance de forma não expressa, algo encapotada, não permitindo uma integral análise crítica dos fundamentos da decisão.

A crítica de que esta teoria não fornece uma solução para todos os problemas de incerteza causal não é, em meu entender, procedente.

Conforme já realçado em vários pontos deste trabalho, é tempo de ganhar consciência que o conhecimento humano é imperfeito e baseado em probabilidades.

Além disso, a circunstância de uma teoria não permitir uma resposta a todos os problemas de forma coerente não deve ser determinante para a sua adopção nos casos em que a mesma se justifique. Veja-se que, no campo da física, a tentativa de formular uma teoria única, que reúna de forma concordante a relatividade geral e a física quântica – a “Teoria de Tudo” – ainda não foi bem sucedida. Mas nem por isso se deve negar à relatividade geral e à física quântica validade, sendo cada uma destas teorias eficazes e operativas nos respectivos campos de aplicação, enquanto formas de aproximação à realidade.

Também não procede, na minha opinião, a crítica de que a adopção desta teoria levará a um aumento das acções a propor, nomeadamente no campo da responsabilidade médica.

Conforme refere Rute Teixeira Pedro<sup>172</sup>, tal efeito também se produziria como decorrência da utilização de um qualquer outro instrumento de simplificação da actividade processual do demandante.

Por outro lado, a este tipo de argumentação, em si, não deve ser dada muita relevância. O que interessa é que a solução seja fundada e conduza a resultados justos.

Ademais, estabilizada que seja uma posição num determinado sistema jurídico, mais facilmente os litígios poderão ser resolvidos pela via da composição amigável, sem necessidade de recurso à via contenciosa.

---

<sup>171</sup> Desde logo na forma como as acções de responsabilidade civil são propostas, passando a conter na alegação dos factos o cálculo de probabilidades do nexo causal, por forma a que possa constituir objecto de prova na acção.

<sup>172</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pag. 435.

Esta solução é aplicável em todos os sectores de responsabilidade – contratual e extracontratual e também pré-contratual – sendo-lhes, assim, transversal. Efectivamente, o problema que visa resolver diz respeito aos conceitos de dano,nexo causal, e sua prova, comuns a todos aqueles sectores.

Entendo ainda, e concordando com Luis Medina Alcoz, que não se deve fazer uma distinção entre causalidade intrínseca e causalidade extrínseca segundo a classificação criticada por este Autor, para apenas reconhecer à primeira condições de ressarcibilidade da perda de chance. O exemplo, acima descrito, do feijão dourado/azul é expressivo do desacerto, sempre ressalvado melhor entendimento, da opinião segundo a qual tal distinção deve ser feita, com as consequências apontadas.

## **6. Critérios de indemnização**

Refere Rute Teixeira Pedro<sup>173</sup> que, segundo certo entendimento, e uma vez demonstrada a existência de uma chance séria de se alcançar o resultado final, a indemnização deveria corresponder ao valor global desse resultado. Assim, a apreciação da consistência da chance relevaria apenas para efeitos de determinar a sua ressarcibilidade. Uma vez afirmada esta, a maior ou menor probabilidade de verificação do resultado final não teria repercussão no montante indemnizatório.

Porém, tal entendimento recusa reconhecer ao dano de perda de chance a sua especificidade e autonomia, acabando por o equiparar ao dano final.

Tal parece-me inaceitável, visto que o dano de perda de chance é distinto do dano final, pelo que a indemnização deve reflectir essa diferença. Esse reflexo é dado pela repercussão do grau de probabilidade no montante da indemnização a atribuir ao lesado.

A reparação da perda de uma chance deve ser medida, pois, com relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava.

Consequentemente, a indemnização não pode ser nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final: a indemnização deve, sim, corresponder ao valor da chance perdida.

Para tanto, devemos realizar uma tarefa de *dupla avaliação*:

---

<sup>173</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pags. 227-232.

- em primeiro lugar, proceder-se-á avaliação do dano final;
- seguidamente, fixar-se-á o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra traduzido num valor percentual. Saliente-se, porém, que o cálculo da probabilidade não pode ser deixado para momento posterior ao da decisão que aprecia o invocado direito à indemnização, nomeadamente para o incidente de liquidação previsto no art. 661.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, visto que tal operação é desde logo necessária para apurar se a chance perdida é séria e real.

Obtidos tais valores, resta aplicar o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, sendo que o resultado de tal operação constituirá a indemnização a atribuir pela perda da chance.

Assim, e por exemplo, se por acto negligente do médico o paciente perde 30 % de chances de sobrevivência e, posteriormente, vem a falecer sem que se logre estabelecer, com certeza, o nexó causal entre o facto do médico e a morte, a indemnização pela perda de chance de sobrevivência será calculada do seguinte modo:

- avaliação do resultado final morte – que, para efeitos de argumentação, se estabelece em €100.000,00;
- fixação do grau de probabilidade de evitamento do prejuízo, o qual é de 30%;
- aplicação desta percentagem àquele valor, fixando-se a indemnização em € 30.000,00.

O mesmo raciocínio no caso do bilhete de lotaria:

- o prémio era de €10.000,00, por exemplo;
- caso o bilhete tivesse sido colocado no local de onde seria extraído o bilhete vencedor, o lesado teria 10% de probabilidades de o seu bilhete ser o premiado;
- a indemnização será fixada, então, em €1.000,00.

Caso não seja possível determinar com rigor nomeadamente o grau de probabilidade, então o Tribunal deve recorrer à equidade para fixação do *quantum* indemnizatório, tal como prevê, aliás, o art. 566.º, n.º 3 do Código Civil.

Nos casos particulares da responsabilidade dos profissionais forenses, a avaliação da probabilidade de sucesso no litígio em questão – e relativamente ao qual a oportunidade de vitória ficou irremediavelmente perdida por acto ou omissão negligente do advogado – passa pela realização daquilo que se tem chamado de “juízo dentro do juízo” (*trial within the trial*):

nas palavras de Luis Medina Alcoz<sup>174</sup>, o juiz está, nestes casos, obrigado a realizar uma representação ideal do que teria sucedido no processo caso não tivesse ocorrido o facto negligente do advogado, avaliando o grau de probabilidade de vitória nesse processo. Assim, o curso dos acontecimentos que é preciso imaginar para averiguar se houve nexo causal é o curso do processo judicial que não chegou a começar, ou que não foi contestado, ou relativamente ao qual não foi interposto o recurso, etc.; e o grau de probabilidade de que o lesante foi o causador do dano é o grau de prosperidade da referida acção/contestação/recurso.

Ora, este “juízo dentro do juízo” é de facto essencial quer na determinação da existência de uma chance séria de vitória no processo, quer posteriormente na fixação do *quantum* indemnizatório.

Não creio que deva ser julgado procedente o argumento de que, contra uma tal operação, se opõe a força de caso julgado alcançada no processo relativamente ao qual foi praticado o acto danoso.

Questão a discutir será, porém, a de saber se a avaliação da probabilidade de vitória no processo deve ser feita segundo o ponto de vista do juiz da acção de responsabilidade civil movida contra o advogado, ou se passa por averiguar como teria presumivelmente decidido o juiz da acção “falhada ou omitida”<sup>175</sup>. Tal distinção poderá ser particularmente relevante quanto a questões jurídicas relativamente às quais os juízes em causa tenham opiniões conhecidas divergentes. Parece-me que o segundo prisma de avaliação – o do juiz da acção “falhada” – é o que mais se coaduna com a noção de oportunidade perdida, a qual deve ser avaliada o mais possível com referência ao caso concreto.

Não se ignora que o cálculo da probabilidade de vitória na acção “falhada” será mais ou menos dificultado consoante o tipo de acto ilícito em causa: será mais fácil nos casos em que, por exemplo, o advogado não interpôs recurso da decisão proferida em primeira instância, deixando que a mesma transitasse em julgado; será, ao invés, mais complexo quando o advogado não propôs a acção (prescrevendo entretanto o direito), não contestou, ou não apresentou tempestivamente requerimento probatório. Neste último caso, a sorte da acção “falhada”, caso não tivesse ocorrido o acto faltoso, dependeria em muito maior grau do julgamento da matéria de facto, mais difícil de prever, sendo certo ainda que será difícil replicar na acção de responsabilidade civil movida contra o advogado o julgamento que

---

<sup>174</sup> LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, pags. 52-54. O Autor dá ainda conta que uma corrente jurisprudencial espanhola nega a viabilidade do “juízo dentro do juízo” por se recusar a examinar se o nexo causal ocorreu ou não, não apreciando a probabilidade de que o cliente do lesante tinha de vencer o processo, não fora a negligência deste último.

<sup>175</sup> AFONSO MELO, *obra citada*.

ocorreria naquela outra acção – desde logo, uma das partes da acção “falhada” não é parte na acção de responsabilidade civil, pelo que, em regra, faltará nesta última todo o *apport* que por aquela parte seria levado para a “acção falhada”, mormente ao nível dos meios probatórios, sendo assim mais difícil de prever qual seria o desfecho da mesma.

No caso do dano não patrimonial, quando o dano final assume as características exigidas pelo art. 496.º do Código Civil para a admissibilidade da sua compensação, entendo que, por via de regra, a perda da chance de evitar esse dano também satisfará tais requisitos, desde que cumulativamente se verifiquem as restantes características de que a chance se deve revestir para que a sua perda seja ressarcível enquanto dano autónomo (nomeadamente seriedade, dignidade e consistência).

Uma questão que se pode revelar problemática, aceitando-se a ressarcibilidade da perda de chance, prende-se com as situações em que há um chamado “terceiro pagador”, e de que é exemplo o regime previsto para a Segurança Social e para o pagamento das prestações devidas por morte de um beneficiário da mesma.

Nos termos do art. 70.º da Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro), “No caso de concorrência pelo mesmo facto do direito a prestações pecuniárias dos regimes de segurança social com o de indemnização a suportar por terceiros, as instituições de segurança social ficam sub-rogadas nos direitos do lesado até ao limite do valor das prestações que lhes cabe conceder”.

No mesmo sentido já dispunham os regimes anteriores (cfr. art. 26.º da Lei n.º 28/84, de 14.08, artigo 66.º da Lei n.º 17/2000, de 08.08 e art. 71.º da Lei n.º 32/2002, de 20.12).

Vejamos então a seguinte hipótese:

- um médico omitiu um determinado acto e, com isso, reduziu as chances de sobrevivência de um paciente (beneficiário da Segurança Social) em 30%;
- posteriormente, o paciente morre, sem se conseguir asseverar se o acto omitido pelo médico causou a morte, apenas se sabendo que reduziu as chances de sobrevivência na proporção referida.

Poderá a Segurança Social sub-rogar-se na posição dos lesados (familiares da vítima identificados no art. 496.º, n.º 2 do Código Civil) e obter do médico o pagamento das

prestações por morte pagas, a deduzir à indemnização?<sup>176 177</sup>

Pode argumentar-se que não, porquanto a prestação da Segurança Social destina-se a “reparar” o dano final (no caso, a morte) e não a perda de chance, pelo que não haveria a identidade pressuposta pelo regime legal acima descrito – adoptando-se assim uma visão muito estrita do conceito de autonomia da perda de chance relativamente ao dano final.

Em sentido contrário, partindo da relação estreita existente entre o dano de perda de chance e o dano final, admite-se que tal sub-rogação tenha lugar, argumentando-se que as prestações sociais, ao “reparar” o dano final, “reparam” também a perda das chances de o evitar.

Sob reserva de melhor apreciação, parece-me que esta segunda posição é a mais adequada. Sendo o dano de perda de chance um dano avançado em relação ao dano final, uma “defesa de segunda linha”<sup>178</sup> do mesmo bem jurídico, a admitir-se a sub-rogação nos casos em que a indemnização se refere ao dano final, parece-me lógico que se admita a mesma também nos casos em que se indemniza a perda de chance de o evitar.

Na realidade, o dano de perda de chance é subsidiário relativamente ao dano final. O primeiro é indemnizado quando o lesado não consegue estabelecer o nexu causal entre o facto do lesante e o dano final. Caso conseguisse estabelecer tal nexu, a sub-rogação ocorreria. Não se vê porque, então, se há-de colocar o lesado em melhor posição (permitindo a cumulação da indemnização com as prestações sociais) do que aquela que em que poderia estar caso provasse o nexu causal entre o facto e o dano final.

Mas, então, e assim sendo, coloca-se uma segunda questão: pode a sub-rogação ser feita, até ao limite das prestações sociais pagas, sobre todo o montante indemnizatório pago a título de indemnização da perda de chance, ou apenas sobre a parte proporcional à probabilidade fixada (no caso, 30%) – sempre sem exceder, como parece evidente visto estar-se perante a figura da sub-rogação nos direitos do lesado, o montante indemnizatório pago ou a pagar pela perda de chance?

Relata Claire Beraud<sup>179</sup> que a jurisprudência francesa está dividida neste ponto.

---

<sup>176</sup> Isto no caso de se reconhecer o direito à sub-rogação neste caso, visto que a questão não é pacífica. Sobre a polémica, veja-se por exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Setembro de 2004 (processo n.º 0411905, relatado por Élia São Pedro, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>177</sup> Sobre esta problemática, veja-se, quanto ao caso francês, CLAIRE BERAUD, *La Réparation d'une Perte d'une Chance – Sous la Direction de Madame le Professeur CECCALDI-GUEBEL*, disponível em [www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf](http://www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf), pags. 32-35. Seguir-se-á muito de perto este trabalho na exposição que se segue. Assinala-se, porém, que entretanto o sistema legal francês mudou com a Lei n.º 2006/1640, de 21 de Dezembro de 2006.

<sup>178</sup> RUTE TEIXEIRA PEDRO, *obra citada*, pag. 383.

<sup>179</sup> CLAIRE BERAUD, *obra citada*, pag. 34.

Para quem entende que a recuperação das prestações sociais pagas apenas pode ser feita na percentagem correspondente à probabilidade de realização da chance, o argumento está em que o nexo causal entre o facto e o dano final – sendo este que determina o pagamento das prestações sociais – apenas está demonstrado nessa proporção. Pelo que o nexo causal existente entre as prestações sociais e o facto danoso só pode existir nessa mesma proporção, a única de que a vítima se pode prevalecer.

Também sob reserva, e na decorrência da mesma argumentação que sustentei para justificar a circunstância de tender para admitir a sub-rogação nestes casos, parece-me que a sub-rogação pode ser feita na íntegra, tendo apenas como limites as prestações pagas, por um lado, e a indemnização atribuída/a atribuir pela perda de chance.

Esta questão, diga-se em jeito de conclusão, tem a virtualidade de mostrar bem a relação estreita que existe entre o dano de perda de chance (dano intermédio) e o dano final, relação essa que, de qualquer modo, e a meu ver, não afasta a autonomia do primeiro.

Coimbra, 30 de Abril de 2010

*Patrícia Helena Leal Cordeiro da Costa*

## BIBLIOGRAFIA GERAL

- ALARCÃO, Rui, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983.
- ALCOZ, Luis Medina, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado*, Thomson – Civitas, Editorial Aranzadi, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, n.º 30, Segundo Trimestre, 2009, pags. 32 e seguintes (disponível na internet em <http://www.asociacionabogadosrcs.org//doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb1fd7fe71cf931d588191bc9123527>).
- ALVES, R. Guichard, *A ideia de um sistema móvel, em especial no domínio da responsabilidade civil. Apresentação da tradução de Walter Wilburg “Desenvolvimento de um sistema móvel no Direito Civil”*, Revista Direito e Justiça, Vol. XIV, 2000, Universidade Católica.
- AMEIXOEIRA, Maria Amélia Condeço, *O Panorama Nacional no Âmbito da Avaliação e Reparação do Dano Corporal em Vítimas de Acidentes de Viação – A Perspectiva do Magistrado*, Revista Portuguesa do Dano Corporal, Novembro 1999, Ano VIII – N.º 9, ed. APADAC.
- ANDRADE, Manuel Costa, *Direito Penal Médico. Sida: Testes Arbitrários. Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora, 2004.
- BAQUERO, Carmen Pérez Ontiveros, *Daño Moral por Incumplimiento de Contrato*,
- BERAUD, Claire, *La Réparation d’une Perte d’une Chance, Sous la direction de Madame le Professeur CECCALDI-GUEBEL*, disponível em [www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf](http://www.droit.univ-paris5.fr/AOCIVCOM/01memoir/BeraudM.pdf).
- BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, Vol. V*, Milano, Guiffrè, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco, *Il Danno e Il Reato*, Bs. As., Libreria El Foro, 2004.
- CORDEIRO, António Menezes, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997.
- CORREIA, Vanessa Cardoso, *Wrongful Birth e Wrongful Life: de Nicholas Perruche a Kelly Molenaar*, na Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade, 2007, Janeiro-Março, n.º 38.
- COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, 11.ª Edição Revista e Actualizada, Livraria Almedina, 2008.
- DIAS, João António Álvaro, *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, 2004.
- DINIS, Joaquim José de Sousa, *Dano Corporal em Acidentes de Viação – Cálculo da Indemnização*

- em Situações de Morte, Incapacidade Total e Incapacidade Parcial – Perspectivas Futuras*, Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça, 2001, I.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, 2006.
- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Livraria Petrony, 1968.
- GEMAS, Laurinda Guerreiro, *A Indemnização dos Danos Causados por Acidentes de Viação – Algumas Questões Controversas*, em Revista Julgar, n.º 8, Coimbra Editora.
- GERALDES, António Santos Abrantes, *Indemnização do Dano da Privação do Uso*, Livraria Almedina 2001.
- GOMES, Júlio *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, Volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Porto, ed. Universidade Católica Portuguesa, 1998.
- KHOURY, Lara, *Uncertain Causation in Medical Liability*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações, Vol. I – Introdução – Da Constituição das Obrigações*, Almedina, 2000
- LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, 2006.
- MELO, Afonso, *Responsabilidade Civil de Mandatário Judicial*, em Boletim da Ordem dos Advogados n.º 26, Maio e Junho de 2003, pags. 26 e seguintes, disponível na Internet em [http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559&idsc=12955&idr=2932&ida=12973](http://www.oa.pt/Publicacoes/Boletim/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=12955&idr=2932&ida=12973).
- MONTEIRO, António Pinto, *Direito a Não Nascer?*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 134, n.º 3933.
- MONTEIRO, J. Ferreira Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989.
- PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, 2008.
- PEREIRA, André Gonçalves Dias, *O Dever de Esclarecimento e a Responsabilidade Médica*, em *Responsabilidade Civil dos Médicos*, Coimbra Editora, 2005.
- PINTO, Paulo Mota, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wronful Birth” e “Wrongful Life”)*, na Revista Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 7, Coimbra Editora.
- \_\_\_\_\_, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Volume II*, Coimbra Editora, 2008.

- PORAT, Ariel e STEIN, ALEX, *Tort Liability Under Uncertainty*, Oxford University Press, 2001.
- PRÉVOT, Juan Manuel e CHAIA, Ruben Alberto, *Pérdida de Chance de Curación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.
- RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias, *Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica*, em “Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos”, U. Porto Editorial.
- SAVI, Sérgio, *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*, Ed. Atlas, 2006.
- SILVEIRA, Diana Montenegro da, *Responsabilidade Civil por Danos Causados por Medicamentos Defeituosos*, Coimbra Editora, 2010.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa, 1995.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995.
- STEELE, Jenny, *Tort Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, University Press, 2007.
- VARELA, João de Matos Antunes *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 7.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, 1991.
- VELOSO, Maria Manuel, *Danos Não Patrimoniais*, em Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume III – Direito das Obrigações, Coimbra Editora, 2007.

# ÍNDICE GERAL

Pags.

INTRODUÇÃO .....	3
I. O instituto da responsabilidade civil – noção, finalidades, evolução do instituto e pressupostos (análise geral) .....	4
1. Noção e enquadramento geral .....	4
2. Finalidades e tendências de evolução .....	5
3. Pressupostos (análise geral) .....	12
II. O dano .....	13
1. Noção e classificações .....	13
2. A certeza do dano .....	16
III. O nexo causal .....	18
1. Enquadramento geral .....	18
2. A prova do nexo causal .....	21
IV. A perda de chance – perspectiva geral e desenvolvimento da teoria .....	29
1. As hipóteses de perda de chance (ou de oportunidade) .....	29
1.1. Classificação consoante o contexto em que se produzem .....	29
1.2. Classificação consoante a natureza do dano final .....	34
2. Desenvolvimento da teoria – perspectiva histórica e de direito comparado.....	37
3. Em Portugal .....	50
3.1. Na Doutrina .....	50
3.2. Na Jurisprudência.....	58
V. A teoria da perda de chance – formulação, pressupostos e análise crítica .....	71
1. Formulação geral e análise dos seus pressupostos .....	71
2. Abuso da aplicação da teoria da perda de oportunidade? .....	79
3. Crítica da construção teórica da perda de chance .....	84
4. Soluções alternativas .....	86
4.1. Teoria do tudo ou nada.....	86
4.2. Técnicas de facilitação probatória .....	89
4.3. Inversão do ónus da prova .....	91
4.4. Outras construções .....	93
5. Posição adoptada e admissibilidade da teoria da perda de chance à luz do nosso	

Direito constituído .....	98
6.    Critérios de indemnização .....	103
 BIBLIOGRAFIA GERAL .....	 109