



UNIVERSIDADE  
PORTUCALENSE

INDEMNIZAÇÃO POR PERDA DE CHANCE

(dissertação de mestrado – especialização em ciências jurídico-processuais)

de

FERNANDO AUGUSTO SAMÕES

Apresentada na Universidade Portucalense

Sob a orientação da

Professora Doutora Mónica Martinez de Campos

Agosto de 2015

FERNANDO AUGUSTO SAMÕES

INDEMNIZAÇÃO POR PERDA DE CHANCE

Dissertação de mestrado – especialização em ciências jurídico-processuais

Trabalho realizado sob a orientação da Professora Doutora Mónica  
Martinez de Campos

Departamento de Direito



UNIVERSIDADE  
PORTUCALENSE

Agosto de 2015

## INDEMNIZAÇÃO POR PERDA DE CHANCE

### Resumo:

Nascida em França, em 17/7/1889, a figura da perda de chance expandiu-se pelo mundo inteiro, sobretudo na segunda metade do século passado, sendo, hoje, aceite na maioria dos países e algumas organizações internacionais.

Apesar de continuar a ser controversa, sendo negada por alguns, ela revela-se um instrumento privilegiado para a realização do Direito justo, no domínio da responsabilidade civil, tanto contratual como extracontratual.

Como tal, penetrou no nosso ordenamento jurídico, muito embora ainda não permita a elaboração de uma teoria geral.

De qualquer modo, não obstante os vários critérios utilizados para a sua classificação e os campos de aplicação, entendemos que a perda de chance deve ser tratada como uma nova espécie de dano e não como uma questão de causalidade.

Tal dano, consistindo na perda da possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável, é autónomo, diferente do dano final, e é passível de indemnização no quadro da actual legislação.

Assim o tem entendido, recentemente, a maioria da jurisprudência que se vem adiantando ao labor científico da doutrina nacional, sendo que uma reduzida parte dela também já aceita a perda de chance como um dano autónomo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, responsabilidade contratual, responsabilidade delitual, nexos de causalidade, dano autónomo, dano certo e actual, resultado favorável, resultado desfavorável, acto médico, consentimento do lesado, função administrativa, contratação pública, mandato forense, cálculo da indemnização.

## COMPENSATION FOR LOSS OF CHANCE

### Abstract:

Born in France, on 17/7/1889, the figure of loss of chance has expanded all over the world, especially on the second half of the last century, being accepted today in most countries and some international organizations.

Despite continuing to be controversial, being denied by some, it proves to be a privileged instrument for the accomplishment of fair Law, in the civil liability domain, both contractual and extracontractual.

Therefore, it entered in our legal system, although still not allow the elaboration of a general theory.

Anyway, despite the several criteria used for its classification and its fields of application, we perceive that the loss of chance should be treated as a new kind of damage and not as a matter of causality.

Such damage, defined as the loss of the possibility of getting a favorable outcome or avoiding an unfavorable one, is autonomous, different from the final damage, and subject to compensation according to existing legislation.

So has been understood, recently, by most of the jurisprudence that has been advancing to the scientific work of the national doctrine, and a reduced part of it has also accepted the loss of chance as a standalone damage.

Key-words: Civil responsibility, contractual liability, non-contractual liability, causal link, autonomous damage, sure and present damage, favorable outcome, unfavorable outcome, medical procedure, victim's consent, administrative function, public contracting, forensic mandate, calculation of compensation.

## ÍNDICE

1.	Introdução .....	6
2.	A responsabilidade civil – considerações gerais .....	7
	2.1. Noção e enquadramento .....	7
	2.2. Pressupostos .....	10
	2.2.1. Dano .....	13
	2.2.2. Nexo de causalidade .....	15
3.	A figura da perda de chance .....	17
	3.1. Noção .....	17
	3.2. Origens e evolução histórica .....	19
	3.2.1. Em geral .....	19
	3.2.2. No direito comparado .....	21
	3.2.2.1. França .....	21
	3.2.2.2. Itália .....	23
	3.2.2.3. Outros países .....	25
	3.2.3. Em Portugal .....	27
	3.2.3.1. Na doutrina .....	27
	3.2.3.1.1. Situações específicas .....	32
	3.2.3.1.1.1. Responsabilidade civil por acto médico .....	33
	3.2.3.1.1.2. Responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas .....	40
	3.2.3.2. Na jurisprudência .....	42
	3.2.3.2.1. Responsabilidade civil do mandatário forense .....	43
	3.2.3.2.2. Responsabilidade civil por acto médico .....	49
	3.2.3.2.3. Responsabilidade civil na função administrativa .....	50
4.	Apreciação crítica .....	56
5.	Posição adoptada .....	59
6.	Critérios de indemnização .....	62
7.	Conclusão .....	64
	Bibliografia .....	66

## ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão;  
art.º - artigo;  
art.ºs – artigos;  
BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil da Alemanha);  
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça;  
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem;  
cfr. – conferir;  
CJ – Colectânea de Jurisprudência;  
CPC – Código de Processo Civil;  
CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos;  
op. cit. – obra citada;  
pág. – página;  
págs. – páginas;  
Prof. – Professor;  
RC – Relação de Coimbra;  
RG – Relação de Guimarães;  
RL – Relação de Lisboa;  
RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência;  
RP – Relação do Porto;  
RRCEEPCP – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e das demais Pessoas Colectiva Públicas;  
STA – Supremo Tribunal Administrativo;  
STJ – Supremo Tribunal de Justiça;  
TCA – Tribunal Central Administrativo;  
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;  
UNIDROIT - Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado.

## 1. INTRODUÇÃO

A ideia deste trabalho surgiu da necessidade de apresentação de uma dissertação para conclusão do grau de Mestre na área das ciências jurídico-processuais, encontrando-se, por conseguinte, sujeito às regras daí decorrentes, superiormente definidas.

Entendemos debruçar-nos sobre o tema da perda de chance ou da perda de oportunidade, por ser actual e continuar a despertar controvérsia, quer ao nível da doutrina, quer da jurisprudência.

Sem grandes pretensões para a resolução dessa controvérsia, quiçá por falta de engenho e arte e, seguramente, por falta de disponibilidade de tempo para maiores desenvolvimentos, limitar-nos-emos a tecer algumas considerações gerais sobre o instituto da responsabilidade civil, com destaque para o dano e o nexo de causalidade, após o que nos debruçaremos sobre a figura da perda de chance.

No que a esta respeita, começaremos por dar uma noção e fazer uma abordagem à sua origem e evolução histórica, em geral e no direito comparado, após o que nos debruçaremos sobre a situação portuguesa, com análise do tratamento que lhe vem sendo dado pela doutrina e pela jurisprudência e fazendo referência a alguns aspectos específicos, sobretudo a propósito da responsabilidade civil do mandatário forense, por acto médico e na responsabilidade do Estado e de outras entidades públicas.

Seguir-se-á uma apreciação crítica das soluções que têm sido protagonizadas, em especial a questionável autonomia do dano patrimonial de perda de chance.

Não deixaremos de manifestar a nossa posição relativamente a tais soluções e à admissibilidade da indemnização por perda de chance.

Finalmente, abordaremos os critérios dessa indemnização.

Apenas uma nota para dizer que a ortografia utilizada é a vigente antes do acordo ortográfico, sem prejuízo da utilização da resultante desse acordo nalgumas transcrições que já a utilizaram.

## 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL - CONSIDERAÇÕES GERAIS

### 2.1. Noção e enquadramento

A responsabilidade civil é uma das fontes das obrigações, que surge quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra, cuja obrigação nasce directamente da lei e que tem subjacente a ideia de reparação patrimonial de um dano privado<sup>1</sup>.

Ao contrato e ao delito como fontes de obrigações, na tradição de Gaio<sup>2</sup>, que se mantiveram e acabaram por constituir os dois grandes pilares do Direito das Obrigações, foram acrescentadas outras fontes, impostas por razões históricas e sociais, que levaram ao alargamento da responsabilidade civil a situações de repercussão de risco e à ocorrência de danos lícitos e, bem assim, aos próprios contratos, quando, por sua inobservância, ocorressem danos.

Deste modo, hoje, “a responsabilidade civil constitui um universo inesgotável e em expansão”, podendo derivar de temas infundáveis<sup>3</sup>.

Contudo, 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)”<sup>4</sup>.

O Código Civil<sup>5</sup> trata a matéria da responsabilidade civil em vários locais distintos, dispersa por mais de cem artigos<sup>6</sup>, dos quais sobressaem os seguintes três núcleos fundamentais:

- a responsabilidade aquiliana, nos art.ºs 483.º a 510.º;

<sup>1</sup> ALARCÃO, Rui, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, pág. 206.

<sup>2</sup> GAIO, *Institutiones*, III, 99 = eb. Bil. Ulrich Manthe, *Gaius Institutiones/Die Institutionen des Gaius*, introd., trad. e com. (2004), 252-253; citado por António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, Tomo II, Almedina, 2014, pág. 23 e Tomo III, Almedina, 2010, pág. 285.

<sup>3</sup> CORDEIRO, António Menezes, última op. cit., pág. 385.

<sup>4</sup> FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, 2.ª reimpressão, 2011, pág. 60.

<sup>5</sup> Diploma a que nos reportaremos sempre que nada seja indicado em contrário.

<sup>6</sup> MARQUES, José Dias, *Índice de vocábulos do Código Civil português*, RFDUL XXVIII (1987), 203-321 (296/II), citado por Menezes Cordeiro, última op. cit., pág. 289, nota 1011.



- a obrigação de indemnizar inserida entre as modalidades de obrigações, nos art.ºs 562.º a 572.º;

- a falta de cumprimento das obrigações e a mora imputáveis ao devedor, na secção dedicada ao não cumprimento das obrigações, nos art.ºs 798.º a 812.º.

Independentemente das diferenças de regime, é possível afirmar que todo o instituto da responsabilidade civil se desenvolveu, histórica e dogmaticamente, em torno da responsabilidade aquiliana, a qual, por sua vez, depende de um regime, parcialmente expresso, na obrigação de indemnizar<sup>7</sup>.

A responsabilidade civil é classificável em função dos diversos pressupostos. Além disso, ela preenche dois grandes tipos: os que equivalem à responsabilidade obrigacional, também dita contratual<sup>8</sup>, e à aquiliana, também denominada delitual ou extracontratual.

A contraposição entre estes dois tipos de responsabilidade é muito antiga, com as suas bases históricas na longínqua Tábua III (a responsabilidade obrigacional) e na *lex aquilia de damno* (a aquiliana).

Hoje, podemos afirmar que a responsabilidade obrigacional, tratada nos art.ºs 798.º a 812.º, “intervém perante a inobservância, pelo devedor, de uma obrigação, enquanto a aquiliana acode em face da violação ilícita e culposa de um direito ou de um interesse tutelado: artigo 483.º/1”<sup>9</sup>.

As diferenças apontadas a estes dois tipos de responsabilidade pelo Prof. Vaz Serra<sup>10</sup>, que não estão, hoje, em vigor, foram reduzidas pelo Prof. Pessoa Jorge<sup>11</sup> a três pontos, a saber:

- presunção de culpa na responsabilidade obrigacional (art.º 799.º, n.º 1), mas não na aquiliana (art.º 487.º, n.º 1), na qual haveria, todavia, uma série de excepções, com presunção de culpa (art.ºs 491.º, 492.º, n.º 1 e 493.º);

- havendo pluralidade passiva, teríamos solidariedade na delitual (art.º 497.º), mas não na obrigacional, salvo se a obrigação violada fosse solidária;

- ao nível da competência territorial, com fixação do tribunal competente correspondente ao do lugar onde o facto ocorreu, na responsabilidade aquiliana (art.º 71.º, n.º 2, do actual CPC), e ao tribunal do domicílio do réu para conhecimento da responsabilidade

<sup>7</sup> No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro, op. cit., pág. 290.

<sup>8</sup> VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Almedina, 2000, pág. 519, nota 1, onde chega a considerar a “responsabilidade obrigacional” como equívoca, por não pressupor um prévio dever de prestar.

<sup>9</sup> CORDEIRO, António Menezes, op. cit., pág. 388.

<sup>10</sup> *In Responsabilidade contratual e extracontratual*, BMJ 85 (1959), 115-241 (118-119), citado por António Menezes Cordeiro na obra referida, pág. 388.

<sup>11</sup> JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* (1968, reimpressão, 1995), págs. 40-41.

obrigacional, podendo, nesta, o credor optar pelo tribunal do lugar em que a obrigação devesse ser cumprida, quando o réu seja uma pessoa colectiva ou quando, situando-se o domicílio do credor na área metropolitana de Lisboa ou do Porto, o réu tenha domicílio na mesma área (n.º 1 do citado art.º 71.º); bem como das normas de conflito espacial (art.ºs 41.º, 42.º e 45.º).

Segundo estas normas de direito internacional privado, à responsabilidade obrigacional, aplica-se a lei que as partes designaram ou tiveram em vista (art.º 41.º, n.º 1), recorrendo-se, na falta de determinação, aos critérios supletivos do art.º 42.º, sendo que, hoje, há que considerar também a Convenção de Roma I<sup>12</sup>, designadamente o seu art.º 4.º. Quanto à responsabilidade aquiliana, vale a lei do Estado em que ocorreu a principal actividade causadora do prejuízo; no caso de responsabilidade por omissão, aplica-se a lei do lugar onde o responsável devia ter agido (art.º 45.º, n.º 1), operando, ainda, a Convenção de Roma II (art.º 4.º)<sup>13</sup>.

Colocadas as diferenças nesses termos, as duas responsabilidades – obrigacional e aquiliana - ficaram muito próximas, pelo que, no tocante aos pressupostos gerais, passaram a ter um tratamento unitário, com relevo para o Prof. Gomes da Silva<sup>14</sup>, retomado pelo Prof. Pessoa Jorge<sup>15</sup>, seguido pelo Prof. Menezes Cordeiro<sup>16</sup> e pelo Prof. Menezes Leitão<sup>17</sup>, constituindo uma tradição da Faculdade de Direito de Lisboa.

No grande tipo de responsabilidade aquiliana inserem-se, para além da responsabilidade por factos ilícitos, a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade pelo sacrifício, muito embora estes dois subtipos se apresentem desfocados, pois só com adaptações seguem o regime material.

A responsabilidade por factos ilícitos corresponde à previsão do art.º 483.º, n.º 1: “assenta na violação ilícita ou culposa de direitos subjectivos ou de normas destinadas a proteger interesses alheios. Surge como figura nuclear, descendente directa da *lex aquila*, em torno da qual se articulam os pressupostos da responsabilidade civil.”

“A responsabilidade pelo risco, ainda chamada imputação ou responsabilidade objectiva, equivale à transferência, por razões político-sociais, de um dano, de uma esfera

---

<sup>12</sup> Convenção n.º 80/934/CEE, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais aberta a assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980.

<sup>13</sup> Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11/7/2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais.

<sup>14</sup> *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, I, págs. 301-328.

<sup>15</sup> Obra citada, págs. 41-42 e Lições de Direito das Obrigações (1966/67), pág. 257.

<sup>16</sup> *Direito das Obrigações*, vol. 2, págs. 275-276, posição que mais tarde abandonou, acentuando as diferenças genéticas e funcionais – cfr. Tratado citado, II, t. III, págs. 389-395.

<sup>17</sup> *Direito das Obrigações*, 1, 8.ª ed., págs. 350-352.

para a outra, através de uma obrigação de indemnizar. Trata-se de uma situação muito delicada, apenas possível nos casos expressamente previstos na lei (483.º/2) e sujeitos a um particular controlo de constitucionalidade”. Neste tipo de responsabilidade, apesar de o art.º 499.º mandar aplicar as normas relativas à responsabilidade por factos ilícitos, “na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário”, não há culpa, nem ilicitude. E, em regra, também não há “facto”, no sentido de actuação livre e consciente do agente, capaz de originar um dano. Por isso mesmo, a causalidade e o cálculo da indemnização seguem regras diferentes daquela.

“A responsabilização pelo sacrifício ou por factos lícitos não vem genericamente referida na lei civil. Ela implica a prática de um acto voluntário que, apesar de danoso, o Direito admite, mercê das circunstâncias em que seja levado a cabo. Apesar da licitude, ele pode originar um dever de indemnizar.

Também na responsabilidade pelo sacrifício deparamos com pressupostos diversos dos da responsabilidade delitual e que obrigam à construção de um subsistema coerente”<sup>18</sup>.

Para já, vamos deter-nos na análise, ainda que perfunctória, dos pressupostos da responsabilidade civil delitual.

## 2.2. Pressupostos

Os pressupostos da responsabilidade civil traduzem os elementos cuja verificação é indispensável à ocorrência da obrigação de indemnizar.

Na doutrina portuguesa, encontramos, fundamentalmente, duas linhas de orientação na ordenação desses pressupostos, a saber:

- as orientações sintéticas; e
- as orientações descritivas.

As primeiras, sustentadas, fundamentalmente, pelo Prof. Pessoa Jorge<sup>19</sup> e pelo Prof. Menezes Cordeiro<sup>20</sup>, reduzem os pressupostos restringindo-os, o primeiro, ao acto ilícito e aos prejuízos reparáveis e, o segundo, ao dano e à imputação. Revelando bem conhecerem os restantes elementos, como não podia deixar de ser, contrapõem a artificialidade dos cortes que lhes estão inerentes. Assim, Pessoa Jorge, ao considerar, apenas, o acto ilícito e o prejuízo

<sup>18</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, op. cit., II, tomo III, págs. 405 e 406.

<sup>19</sup> *In Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, 1968, reimp., 1995, págs. 55-57.

<sup>20</sup> *In Direito das Obrigações*, 2.º, 280-282, posição que alterou no Tratado, ao aceitar a enumeração predominante, mas com a indicação expressa de que ela só se aplica à imputação delitual dos danos – local citado, págs. 433-434.

reparável, inclui, no primeiro, o facto, a ilicitude e a culpabilidade, tratando, ainda, as causas de justificação e as de escusa e, no segundo, o dano e o nexo de causalidade. Já Menezes Cordeiro reduz os pressupostos gerais ao dano e à imputação para abrangerem todos os tipos de responsabilidade e visto que na responsabilidade objectiva haverá apenas dano, cabendo à lei dizer a quem ele é imputado, e, na responsabilidade pelo sacrifício, além do dano, existe um facto e uma norma de atribuição.

As orientações descritivas enunciam os pressupostos de acordo com uma tradição que, remontando a Guilherme Moreira<sup>21</sup> e aos cultores germânicos, se veio a aperfeiçoar ao longo do século XX, vindo-se a estabilizar em torno dos cinco elementos: facto, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade<sup>22</sup>.

O termo “facto” é usado para designar o acto ou facto humano que subjaz a qualquer imputação delitual. Abrange a acção e a omissão, mas esta só quando haja o dever de praticar o acto omitido. Esse dever pode decorrer da lei ou do negócio jurídico (art.º 486.º). Decorre da lei, quando haja inobservância de obrigações legais explícitas, como é o caso dos “delitos tipificados” (art.ºs 491.º, 492.º e 493.º), que prevêem uma presunção de culpa, ou quando ocorram situações de negligência em que “a omissão é determinada pela violação, por um agente, de um direito subjectivo ou de uma norma de protecção” (art.º 483.º, n.º 1) ou, ainda, da violação de deveres de tráfego, isto é, de “deveres que protegem certos bens delicados ou que impendem sobre quem tenha o controlo de fontes de perigo” que podem integrar a denominada “terceira via”<sup>23</sup>. A responsabilidade obrigacional por omissão deriva do negócio jurídico, quando seja desrespeitada alguma obrigação nele prevista, como acontece, por exemplo, na inobservância do mandato forense, que analisaremos infra.

De acordo com a generalidade da nossa doutrina, a “ilicitude” advém da violação de direitos subjectivos e de normas de protecção ou, pura e simplesmente, da inobservância do direito (delimitação positiva) e postula que não existam causas de justificação (delimitação negativa), ou seja, que essa inobservância não seja legitimada por acção directa, legítima

---

<sup>21</sup> Que indicava: a) um facto que, objectivamente considerado, constitui a violação de um direito; b) um dano resultante da violação desse direito ou a lesão de um direito privado; c) a culpa ou a relação de conexidade moral entre o dano e o seu autor material – cfr. *Instituições do Direito Civil Português*, 1, 1902-1903, pág. 590, citado por António Menezes Cordeiro, Tratado, última op. cit., pág. 430.

<sup>22</sup> Citam-se, aqui, a título de exemplo:

- SERRA, Vaz, que sustenta: a) a acção; b) a antijuridicidade; c) a culpa; d) o dano; e) o nexo casual entre o acto e o dano (*Requisitos da Responsabilidade Civil*, 39);

- COSTA, Mário Júlio de Almeida, que analisa: o facto, a ilicitude, a imputação do facto ao lesante, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (*Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, 2014, pág. 557);

- VARELA, João de Matos Antunes, que seguiu a mesma orientação (*Das obrigações em geral*, vol. 1, 10.ª ed., 526);

- FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, que defende: um facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano (*Direito das obrigações*, 1, Almedina, reimpressão de 2001, pág. 413);

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, que mantém esta mesma linha (*Direito das Obrigações*, vol. I, 8.ª ed., Almedina, 2009, pág. 287

<sup>23</sup> CORDEIRO, António Menezes, Tratado de Direito Civil, último volume citado, pág. 437.

defesa, estado de necessidade, nem pelo cumprimento de um dever e pelo consentimento do lesado.

O termo “culpa” assume vários sentidos, utilizados pelo Código Civil em 67 artigos<sup>24</sup>, sendo de considerar aqui o sentido dogmaticamente mais apurado que é o do pressuposto da responsabilidade aquiliana, como dolo ou negligência, contraposto à ilicitude.

Inicialmente concebida como pura realidade psicológica<sup>25</sup>, foi-lhe dado posteriormente um tratamento normativo<sup>26</sup>, até que passou a ser entendida, hoje, a culpa como uma realidade normativa, isto é, “um juízo de censura formulado pelo Direito, relativamente à conduta ilícita do agente”<sup>27</sup>.

Nesta perspectiva, a culpa em sentido amplo abrange o dolo em qualquer das suas modalidades – directo, necessário ou eventual – e a negligência, quer a consciente, quer a inconsciente.

A distinção entre o dolo e a negligência tem pouca relevância, para efeitos de imputação delitual, já que o n.º 1 do art.º 483.º estabelece a imputação de forma indiferenciada, por dolo ou mera culpa. Mas já pode relevar na determinação do montante da indemnização, atento o disposto no art.º 494.º que permite ao juiz, em caso de negligência, fixar, equitativamente, uma indemnização inferior à que corresponderia aos danos causados, “desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

A apreciação dos dois restantes pressupostos – dano e nexa de causalidade – será feita de seguida, em separado, para melhor exposição e especial enfoque, mas apenas naquilo que se pensa ser de interesse para o presente trabalho.

---

<sup>24</sup> Os artigos 143.º, n.º 1, 224.º, n.º 2, 227.º, 246.º, 264.º, n.º 3, 266.º, n.º 2, 291.º, n.º 3, 339.º, n.º 2, 344.º, n.º 2, 447.º, n.º 2, 466.º, n.º 1, 469.º, 472.º, n.º 2, 480.º, 483.º, n.º 1, 487.º, n.º 1, 488.º, n.º 1, 492.º, n.º 1, 493.º, n.º 1, 494.º, 497.º, n.º 2, 500.º, n.º 1, 503.º, n.º 3, 506.º, n.º 1, 507.º, n.º 1, 508.º, n.º 1, 510.º, 525.º, 570.º, n.º 1, 571.º, 572.º, 634.º, 638.º, n.º 2, 701.º, n.º 2, 725.º, 798.º, 799.º, n.º 1, 825.º, n.º 1, 841.º, n.º 1, 899.º, 909.º, 914.º, 921.º, 1032.º, 1034.º, n.º 1, 1167.º, 1191.º, n.º 2, 1197.º, 1199.º, 1269.º, 1323.º, n.º 4, 1342.º, n.º 2, 1444.º, 1452.º, n.º 1, 1468.º, 1538.º, n.º 3, 1552.º, n.º 2, 1594.º, n.º 2, 1621.º, n.º 2, 1760.º, n.º 1, 1766.º, n.º 1, 1781.º, 1933.º, n.º 1, 1945.º, n.º 1, 1946.º, n.º 1, 2109.º, n.º 2 e 2332.º, n.º 2.

<sup>25</sup> SILVA, Manuel Gomes da, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, 1, 169 e JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos*, op. cit., 321.

<sup>26</sup> TELES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 7.ª edição, 345-346, e VARELA, João Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., 10.ª ed., 566-567.

<sup>27</sup> CORDEIRO, António Menezes, Tratado citado, pág. 467 e os autores aí referenciados: Almeida Costa, *Direito das obrigações*, 12.ª ed., 580; Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das obrigações*, 1, 451-452; Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, 1, 8.ª ed., 313; bem como a evolução jurisprudencial, mencionada nas duas páginas seguintes, a propósito do conhecimento pelo STJ, já que apenas lhe compete apreciar questões de direito, constatando-se que tem vindo a alargar as hipóteses em que considera intervir.

### 2.2.1. O dano

A lei não fornece uma definição de dano.

Naturalisticamente, o dano é a supressão ou diminuição de uma situação favorável.

“Normalmente, o dano jurídico vem aferido à lesão de interesses juridicamente tutelados pelo Direito<sup>28</sup> ou, se se quiser, à perturbação de bens juridicamente protegidos<sup>29</sup>”. No entanto, estas asserções levantam algumas dificuldades em situações concretas onde pode faltar um determinado bem e, não obstante, haver dano<sup>30</sup>. Por outro lado, também é susceptível de faltar o interesse, em sentido objectivo ou em sentido subjectivo, sem que seja de excluir, só por isso, a existência de dano<sup>31</sup>.

Daí que se nos afigure mais correcto partir da noção natural de dano e, à semelhança da ilicitude, atentar nas normas jurídicas em jogo, quer para identificar o dano, quer para o delimitar.

Como ensina o Prof. Menezes Cordeiro, “No fundo, o dano em sentido jurídico deve ser aferido à chamada ilicitude objectiva, isto é, às soluções preconizadas pelo Direito para o ordenamento, desde que tomadas em abstracto e consideradas independentemente da vicissitude de violação voluntária”<sup>32</sup>.

Deste modo, partindo daquela noção natural de dano, pode obter-se a noção jurídica definindo o dano jurídico como a supressão ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo Direito.

Esta noção encontra apoio directo no n.º 1 do art.º 483.º, na medida em que nele não se comina uma obrigação de indemnizar prejuízos, mas tão-só a obrigação de os indemnizar quando, em determinadas circunstâncias, tenha sido violado “... o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios ...”.

Várias têm sido as classificações do dano.

Assim:

---

<sup>28</sup> Cfr. Brigitte Keuk, *Vermögensschaden und Interesse* (1968), 11-12, citada por Menezes Cordeiro, Tratado, II, tomo III, pág. 512.

<sup>29</sup> Cfr. Deutsch, *Haftungsrecht*, 2.ª ed., 495 e Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, 123, o qual fala na frustração dos fins que, pela atribuição do bem, podiam ser prosseguidos, ambos ali também citados.

<sup>30</sup> Pense-se num caso de perturbação na contratação, onde não existe, ainda, qualquer bem concreto.

<sup>31</sup> Por essa razão, a noção actual de interesse é feita decorrer da noção do próprio dano e não o inverso, sustentando-se que o interesse surge como a utilidade que, uma vez suprimida, dá azo a um dano – cfr. PINTO, Paulo Mota, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I (2008), 528 e segs..

<sup>32</sup> Tratado, cit., II, tomo III, pág. 512.

É possível distinguir o dano sob dois prismas, com aplicações várias: o dano real e o dano de cálculo, também designado por alguma doutrina dano patrimonial<sup>33</sup> ou em sentido patrimonial<sup>34</sup>. “O dano real é o prejuízo correspondente às efectivas vantagens – materiais ou espirituais – que foram desviadas do seu destinatário jurídico; o dano de cálculo é a expressão monetária do dano real”<sup>35</sup>.

São possíveis outras classificações do dano, designadamente:

- danos patrimoniais e danos morais ou não patrimoniais, consoante a situação vantajosa prejudicada tenha ou não natureza económica. Os primeiros, incidentes sobre vantagens de natureza material ou económica, reflectem-se no património do lesado; os segundos reportam-se a valores de ordem espiritual ou moral. Operando esta distinção com referência à natureza da vantagem afectada e não de acordo com o tipo de direito ou de norma, lesado pela ocorrência danosa, da violação de direitos patrimoniais podem advir danos morais, assim como é possível a ocorrência de danos patrimoniais dos atentados a direitos de personalidade;

- danos emergentes e lucros cessantes, distinção que remonta ao Direito romano e que se reporta, respectivamente, aos danos que resultam da frustração de uma vantagem já existente e aos danos que advêm da não concretização de uma vantagem que, doutra forma, operaria<sup>36</sup>. Esta distinção encontra-se consignada no art.º 564.º, n.º 1, em termos que alguns consideram algo imperfeitos<sup>37</sup> e que Pessoa Jorge considera “pouco felizes”<sup>38</sup>, mas com pouco interesse prático, salvo certos casos em que a distinção já releva (cfr. art.ºs 899.º e 909.º);

- danos presentes e danos futuros, consoante já se tenham ou não verificado no momento da fixação da indemnização, sendo estes atendíveis “desde que sejam previsíveis” (art.º 564.º 2).

---

<sup>33</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, 1.ª ed., 2011, pág. 241.

<sup>34</sup> LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, op. cit., págs. 335-336.

<sup>35</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado*, cit., II, t. III, p. 513, onde, na nota 1717, critica Antunes Varela, quando faz equivaler dano real a dano patrimonial (em *Das Obrigações em Geral*, I, 10.ª ed., 598), porquanto patrimonial contrapõe-se a moral e o dano moral também pode ser real (o sofrimento de uma pessoa) e de cálculo (a cifra compensatória), mal ficando falar-se no “dano moral patrimonial).

<sup>36</sup> Cfr. SERRA, Vaz, *Obrigações de indemnização (Colocação, Fontes, Conceito e espécies de dano, Nexo causal, Extensão do dever de indemnizar, Espécies de indemnização)*, *Direito da abstenção e de remoção*, BMJ 84 (1959), 5-303 e CORDEIRO, Menezes, *Tratado*, op. cit., II, t. III, p. 525.

<sup>37</sup> Resultando a imperfeição do facto de a lei se referir ao “dano emergente, algo elipticamente, como prejuízo causado, posto que «os lucros cessantes também representam um prejuízo e um prejuízo causado (...)», tendo esta expressão «(...) latitude suficiente para abranger todos os danos (...)» - Cfr. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 377 e Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I, op. cit., pág. 337 e Cardona Ferreira, obra citada, pág. 242, nota 521.

<sup>38</sup> No *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, op. cit., 378.

### 2.2.2. *Nexo de causalidade*

Este pressuposto da responsabilidade civil tem originado alguns problemas e diversas orientações, desde há muito, ao longo dos tempos.

Em primeiro lugar, surgiu a teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, segundo a qual “o prejuízo deveria ser considerado como provocado por quaisquer eventos cuja não verificação tivesse acarretado a inexistência de dano. Isto é: o nexo causal dar-se-ia a favor de qualquer evento que fosse condição necessária do dano”<sup>39</sup>.

Seguiu-se a tese da última condição, segundo a qual o dano deve ser atribuído à última condição necessária. Esta orientação não tem sido acolhida pela simples razão de que pode haver casos em que a última condição pouco ou nada tem a ver com o dano.

Daí que tenha surgido a doutrina da condição eficiente, nos termos da qual a condição relevante, de entre as várias, é aquela que aparenta maior eficácia.

Perante o repúdio das orientações acabadas de referir, tem merecido apoio generalizado dos autores a doutrina da causalidade adequada.

Esta orientação parte da ideia da *conditio sine qua non*, mas, existindo vários eventos susceptíveis de provocar o dano, há que determinar qual deles, em termos de normalidade social, é adequado a produzi-lo.

Surgiu, ainda assim, uma certa inquietação entre os seus seguidores, na medida em que seriam as circunstâncias a definir a adequação de determinada causa e, por essa via, a definir a própria causa. E, sendo a adequação apenas uma expressão cómoda para traduzir a idoneidade de determinado processo causal, haveria que procurar essa idoneidade noutras latitudes. É a fórmula vazia de que fala Bernert<sup>40</sup>.

Em face disso, porque a fórmula da adequação pouco explicitava e visto que a adequação deparava com dificuldades acrescidas, perante normas de protecção e tutelas indirectas, foi construída uma alternativa com base na teoria do escopo da norma jurídica violada. De acordo com esta teoria, “a causalidade juridicamente relevante verifica-se em relação aos danos causados pelo facto, em termos de *conditio sine qua non*, nos bens tutelados pela norma jurídica violada”<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> CORDEIRO, António Menezes, Tratado, op.cit., II, t. III, 531-532, e doutrina aí citada, sobretudo Pereira Coelho, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, BFD/Sup. IX (1951), 65 – 242.

<sup>40</sup> In *Die Leerformet von der “Adequanz”*, 431 e segs., citado por Menezes Cordeiro, no referido Tratado II, t. III, 534.

<sup>41</sup> CORDEIRO, António Menezes, Tratado, cit., II, t. III, 537.



Esta doutrina do escopo da norma violada, para efeitos de causalidade, teve origem com o austríaco Ehrenzweig<sup>42</sup>, foi desenvolvida por Rabel<sup>43</sup> que, ponderando o problema da responsabilidade contratual, fixou o essencial do pensamento em causa e divulgou-o pelo espaço alemão, onde teve larga adesão, quer ao nível da doutrina, quer da jurisprudência, acabando por ter também seguidores em Itália<sup>44</sup>.

A nossa doutrina tem-se mantido à sua margem. Apenas Gomes da Silva propôs uma doutrina da causalidade que, praticamente, correspondia à do escopo da norma jurídica violada, escrevendo:

“... um facto diz-se causa dum dano, para efeitos da responsabilidade civil, quando o produz pela forma que a lei tinha em vista ao considerar os factos da mesma espécie fontes de responsabilidade civil. Tudo está em interpretar a lei, determinando qual a razão de ser da responsabilidade, e em averiguar depois se o processo pelo qual um facto produziu certo dano corresponde ao fundamento da mesma responsabilidade”<sup>45</sup>.

Antunes Varela refere-se à “teoria do fim tutelado pelo contrato ou pela norma legal infringida”, segundo parece, para a rejeitar, de modo sumário e “sem contestar a sua utilidade”<sup>46</sup>.

Sob a epígrafe “nexo de causalidade”, o art.º 563.º dispõe: “A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

A fórmula aqui consagrada, por sugestão de Pereira Coelho, “não se prende, geneticamente, com uma opção pela teoria da causalidade adequada, mas com a preponderância de que se reveste (no seu pensamento) a ideia de reconstituição da situação actual e hipotética. Só de forma derivada a mesma fórmula é associada pelo Autor à teoria da causalidade adequada”<sup>47</sup>.

A maioria da jurisprudência, sob influência de Antunes Varela, afirma haver aqui uma formulação negativa da causa adequada. E assim parece ser, já que a lei não refere qualquer adequação.

Apesar de não se poder exigir daquele normativo o que ele não pretende dar, não devemos deixar de considerar que estamos no domínio da causalidade, numa área de

<sup>42</sup> EHRENZWEIG, Albert A., *Die Schuldhaftung im Schadenseratz* (1936), citado por Menezes Cordeiro, local acabado de referir.

<sup>43</sup> RABEL, Ernest, *Das Recht des Warenkaufs/Eine rechtsvergleichende Darstellung* (1936, reimp. 1964), 1, 495 e segs.

<sup>44</sup> Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado*, II, cit., t. I, 539 – 541, onde é referenciada vasta doutrina e é afirmado que é aceite pela generalidade dos obrigacionistas.

<sup>45</sup> *In O dever de prestar e o dever de indemnizar*, vol. I, 1944, p.149.

<sup>46</sup> *Das obrigações em geral*, 1, 10.ª ed., 901-902.

<sup>47</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance*, op. cit., pág. 339.

elaboração jurídico-científica. Nesta área, para efeitos de análise, podemos distinguir dois planos:

- a causalidade enquanto pressuposto de responsabilidade civil;
- a causalidade como bitola de indemnização.

E, acompanhando Menezes Cordeiro, podemos afirmar que a causalidade, enquanto pressuposto de responsabilidade civil, se desenvolve em quatro tempos:

- “- *conditio sine qua non*;
- adequada em termos de normalidade social;
- provocada pelo agente, para obter o seu fim;
- consoante com os valores tutelados pela norma violada.”<sup>48</sup>

### 3. A figura da perda de chance

#### 3.1. Noção

Importa começar por dizer que a designação portuguesa lexicalmente mais correcta para esta figura seria a perda de oportunidade, ao invés do galicismo “chance”. No entanto, continuaremos a usar a designação “perda de chance”, por ser a que tradicionalmente vem sendo adoptada entre nós e porque nenhum inconveniente existe na adopção de, mais este, estrangeirismo, o qual tem o mesmo significado e é do conhecimento da generalidade das pessoas.

De uma forma sucinta, e tendo em consideração as várias definições apresentadas pela doutrina<sup>49</sup>, podemos afirmar que a “perda de chance” consubstancia a perda da possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável.

---

<sup>48</sup> Tratado, op. cit., II, t. III, 550.

<sup>49</sup> GOMES, Júlio Vieira, “Sobre o dano da perda de chance”, in Direito e Justiça, vol. XIX, tomo II, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, 2005, págs. 9-47, que não lhe reconhece virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória – cfr. pág. 43; 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, 178-187; ROCHA, Nuno Santos, *A “Perda de Chance” como uma nova espécie de dano*, Almedina, 2014, págs. 19-23; MEDINA ALCOZ, Luís, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad – Estudio Doctrinal Y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado*, Thomson – Civitas, Editorial Arazandi, 2007, págs. 60-62, onde se podem ver referências à etimologia e significado da palavra chance e a sua distinção de outros conceitos, tais como o de risco e o de álea; COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da, *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no direito português*, verbo jurídico, pág. 29, dissertação de mestrado; e RAPOSO, Vera Lúcia, “Em busca da chance perdida - O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, Revista do Ministério Público, 138, ano 35, Abril-Junho de 2014, págs. 9-11.

Os seus campos de aplicação são vários, como diversos são os critérios utilizados para a sua classificação, tudo dependendo da área em que o dano por perda de chance se pode produzir ou da natureza da vantagem final cuja possibilidade de obtenção foi suprimida.

Assim, podemos encontrar as seguintes classificações:

- a) Consoante o contexto em que se produzem, surgirão os casos de oportunidade de vitória em jogos de fortuna ou azar, os casos de oportunidade de vitória em processos judiciais, procedimentos administrativos e concursos privados e os casos de oportunidade de cura e de oportunidade de sobrevivência;
- b) Consoante a natureza do dano final, podemos considerar os casos de oportunidade económica e de oportunidade pessoal, os casos de oportunidade de captação de lucro e de evitar um dano e os casos de oportunidade passada e de oportunidade futura.

No entanto, constata-se que a expressão “perda de chance” não é utilizada, quer pela doutrina quer pela jurisprudência, com um sentido unívoco, nem tem um conteúdo dogmático preciso, comum a todas as aplicações nas diferentes áreas, podendo ser identificados, de um modo geral, os seguintes sentidos<sup>50</sup>:

1. Dano correspondente à lesão de um bem ou interesse jurídico, potenciada pela não intervenção oportuna segundo os padrões de diligência e das *leges artis* aplicáveis<sup>51</sup>;
2. Dano correspondente à perda de oportunidade de concretização de negócios alternativos ao negócio cujas negociações se frustraram<sup>52</sup>;
3. Dano correspondente à perda de oportunidade de concretização do negócio para que tendia um determinado processo negocial, entendido como lesão de um bem autonomamente tutelável e distinto do interesse na execução do contrato<sup>53</sup>;
4. Dano correspondente ao interesse contratual positivo “ou interesse no cumprimento do contrato a que se referia determinado processo negocial (...), ressarcindo o lesado pela não obtenção das vantagens patrimoniais que

---

<sup>50</sup> De acordo com Rui Cardona Ferreira, op. cit., págs. 93 e 94.

<sup>51</sup> São os casos de diminuição da possibilidade de cura de uma doença ou lesão ou, ainda, a perda da possibilidade de evitar uma intervenção cirúrgica.

<sup>52</sup> É a aceção utilizada por Carlos Ferreira de Almeida, quando refere que a indemnização «(...) pelo interesse contratual negativo pode cobrir tanto os danos emergentes (despesas realizadas) como os lucros cessantes, incluindo a perte d'une chance» - Contratos I – Conceitos – Fontes – Formação, 3.ª ed., Coimbra, 2005, pág. 205.

<sup>53</sup> Segundo esta aceção, que parece ser a dominante, a perda de chance é entendida como um dano emergente, correspondente a um bem jurídico autónomo.

previsivelmente resultariam da execução do contrato, ponderadas as circunstâncias concretas do caso”<sup>54</sup>; e

5. Dano correspondente ao “não ingresso, no património do lesado, de quantias pecuniárias ou outras vantagens patrimoniais que poderiam, em tese, ter sido alcançadas não fora o ilícito (contratual ou extracontratual) praticado pelo lesante, mas cuja obtenção se encontrava dependente de um elevado grau de aleatoriedade”<sup>55</sup>.

Esta diversidade de acepções e a variedade de contextos em que opera não permitem a construção de uma teoria geral ou unitária da figura da perda de chance.

E as dificuldades da sua caracterização dogmática resumem-se a saber, fundamentalmente, “se a mesma constitui uma modalidade ou sucedâneo do *lucro cessante* ou, como é tradicionalmente entendido nos países em que a figura encontra maior expressão, um dano *emergente, actual e autónomo*, apresentando-se como a lesão ou destruição de um *bem* ou de *vantagens* distintos daqueles que seriam obtidos pelo lesado se a mesma *chance* se tivesse concretizado. Na primeira hipótese, a perda de *chance* será função de um particular entendimento quanto ao estabelecimento da causalidade, em determinados casos ou grupos de casos. Na segunda hipótese, a perda de *chance* apresenta-se como um dano *proprio sensu*”.<sup>56</sup>

Independentemente desta caracterização, qualquer que seja a situação, para poder assumir relevo para o Direito e fazer nascer uma obrigação de indemnização, terá de ser imputável a um terceiro e preencher todos os pressupostos da responsabilidade civil, acima referenciados.

## 3.2. *Origem e evolução histórica*

### 3.2.1. *Em geral*

A figura da perda de chance teve origem em França, mais precisamente no acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de Julho de 1889, que deu provimento a um pedido de indemnização

---

<sup>54</sup> Estão, aqui, em causa os lucros cessantes do interesse contratual positivo.

<sup>55</sup> Incluem-se aqui, designadamente, os casos da não inclusão de um bilhete de lotaria no respectivo sorteio e da não participação ou não realização, nos moldes programados, de uma corrida de cavalos ou de automóveis, situações tratadas pela doutrina, tendo estas duas últimas sido objecto de litígios nos tribunais franceses e italianos.

<sup>56</sup> FERREIRA, Rui Cardona, op. cit., pág. 95.

pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e, por conseguinte, de obtenção de ganho de causa<sup>57</sup>.

A partir daí, foi-se sedimentando em França, abarcando os diversos domínios de aplicação, e foi-se alargando a outros países, sobretudo a Itália, sendo os ordenamentos jurídicos desses dois países que mais trabalharam a doutrina da perda de chance<sup>58</sup>.

Penetrou em vários sistemas jurídicos nacionais, a que nos referiremos no ponto seguinte, e em organizações europeias e internacionais de diversa natureza, que a acolheram, tais como: o Conselho e o Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>59</sup>, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).

Assim, a título de exemplo, pode ver-se o art.º 2.7 da Directiva 92/13/CE, do Conselho, de 25/2/1992<sup>60</sup>, que, na sua parte final, acolhe a perda de chance ao referir que a pessoa lesada apenas terá de provar, para além da violação do direito comunitário, que “teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”<sup>61</sup>, bem como o art.º 7.4.3, alínea 2, dos princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, aprovados em 1994 no âmbito daquele Instituto, que refere expressamente “a perda de uma chance pode ser reparada na medida da probabilidade da sua realização”<sup>62</sup>.

Também existem outros instrumentos internacionais, já desenvolvidos, embora não de forma institucional, que se referem, directa ou indirectamente, à perda de chance, como é o caso do art.º 163.º, al. b) da parte geral do projecto preliminar do Código Europeu dos Contratos, segundo o qual o dano patrimonial ressarcível compreende, como “*parte do lucro cessante, a perda de oportunidade de ganho que possa considerar-se – com certeza razoável*

---

<sup>57</sup> Cfr. VINEY, Geneviève / JOURDAIN, Patrice, *Traité de Droit Civil – Les Conditions de la Responsabilité*, 3.ª ed., Paris, 2006, pág. 91, e CHARTIER, Yves, *La Réparation du Préjudice des la Responsabilité Civile*, Paris, 1983, pág. 33, citados por Rui Cardona Ferreira em *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, pág. 113, em *A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*, in *O Direito*, ano 144.º (2012), I, pág. 31 e em *Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance*, CEJ, ebook de Julho de 2014, in [www.dgsi.cej.mj.pt](http://www.dgsi.cej.mj.pt).

<sup>58</sup> Sobre a perda de chance nos direitos francês e italiano veja-se, entre outros, Rui Cardona Ferreira, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, 2011, págs.113-226; e *A perda de chance – Análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*, in *O Direito*, ano 144, 2012, págs. 31-48.

<sup>59</sup> Como se passou a denominar com o Tratado de Lisboa de 13 de Dezembro de 2007, sendo, até então, das Comunidades Europeias.

<sup>60</sup> Relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0013:pt:HTML>.

<sup>61</sup> Para melhor compreensão, transcreve-se aqui todo esse número: “*Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação*”.

<sup>62</sup> Disponível em <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/406-chapter-7-nonperformance-section-4-damages/1035-article-7-4-3-certainty-of-harm>.

– *causada e que deva avaliar-se em função do momento do incumprimento ou da mora*”<sup>63</sup>, e do art.º 3.106 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil que, sobre as “causas incertas no âmbito do lesado”, consagra: “*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*”<sup>64</sup>.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia também versou sobre alguns casos em que estava em causa a perda de chance, sendo de referir aqui apenas o acórdão deste último, de 21 de Março de 1996, conhecido como caso Frederick Farrugia, onde foi apreciada uma situação em que este pedia uma indemnização por perda da possibilidade de obter uma bolsa de investigação para prosseguir os seus estudos no Reino Unido, porque a Comissão Europeia teria errado ao considerar que ele não cumpria as condições estabelecidas para a sua atribuição, não tendo sido considerada a sua candidatura. O Tribunal, apesar de negar a indemnização ao demandante, não rejeitou a teoria da perda de chance, antes discutiu os seus pressupostos, aceitando-a e aplicando-a ao caso concreto.

### *3.2.2. No direito comparado*

#### *3.2.2.1. França*

Nascida, como se disse, em França, a figura da perda de chance foi desenvolvida pela doutrina e aceite pela jurisprudência francesas, sobretudo em casos de responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário. Foi, paulatinamente, alargada aos mais diversos domínios de aplicação, tendo sido sustentada e admitida a indemnização pela perda de chance em jogos de fortuna ou azar, competições desportivas, progressão na carreira profissional, desenvolvimento da actividade científica ou comercial, acesso a determinadas funções, celebração de contratos ou da respectiva execução, designadamente nas situações de ruptura de negociações, bem como em casos de responsabilidade civil médica.

---

<sup>63</sup> Cfr. tradução em castelhano em <http://unizar.es/derecho/nulidad/textos%legales/TR-PAVIA.DOC>.

<sup>64</sup> Disponível em <http://civil.udg.es/tort/principles/text-pt.htm>.

Constata-se, pois, que a jurisprudência francesa aceita a aplicação da noção de perda de chance de forma muito ampla, quer na área da responsabilidade delitual, quer na da responsabilidade obrigacional, tendo como pressuposto o desaparecimento da possibilidade de obtenção de um resultado favorável.

Mas se há uma certa unanimidade em torno da sua aceitação, o mesmo já não se verifica relativamente aos respectivos pressupostos, mormente no que respeita à responsabilidade civil profissional no âmbito do mandato forense e por acto médico.

Ainda assim, podemos afirmar que a maioria considera a perda de chance como um dano específico e autónomo, ontologicamente independente do denominado dano final<sup>65</sup>.

Porém, este enquadramento é criticado por diversos autores que sustentam que, mais do que concretizar a indemnização por um especial dano, a perda de chance importa uma configuração do nexo de causalidade que, por força do contexto da prática do acto lesivo, se apresenta aligeirada e menos exigente.

Segundo a orientação dominante, o ressarcimento da perda de chance depende da verificação de algumas condições, cujo preenchimento se relaciona, em primeiro lugar, com a determinação prévia da probabilidade de concretização da chance e, em segundo lugar, com a determinação da situação final do lesado na eventualidade da sua efectiva concretização. Apurado o resultado destas duas operações, deve contabilizar-se o produto entre o valor da probabilidade e o valor do dano final.

O dano terá que ser directo e certo, embora admitindo que, “por definição, a realização de uma chance nunca é certa”<sup>66</sup>. Para além disso, terão que se verificar todos os demais requisitos gerais da responsabilidade civil, exigindo-se que a chance a indemnizar seja *real* e *séria*. Esta exigência equivale a “outra forma de exprimir que o evento tornado impossível era provável”<sup>67</sup>. Nessa probabilidade de ocorrência do evento final reside a certeza do dano que se pretende ver indemnizado, o que significa que a certeza do dano indemnizável é reduzida a mera probabilidade de ocorrência do resultado.

É aqui que surge a divergência de entendimento, sobretudo no que respeita à responsabilidade civil no âmbito do patrocínio judiciário. Enquanto a orientação dominante exige a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na acção perdida ou não proposta, sob pena de não se verificar a certeza do dano, outros entendem que a indemnização

---

<sup>65</sup> VINEY, Geneviève / JOURDAN, Patrice, op. cit., pág. 102.

<sup>66</sup> VINEY, Geneviève / JOURDAN, Patrice, op. cit., págs. 96 e 99.

<sup>67</sup> CARTIER, Yves, op. cit., pág. 50.

é devida ao lesado, independentemente desse circunstancialismo, invocando que nenhuma acção está perdida de antemão, que a mera pendência processual constituiria um factor de pressão e admitindo que haja lugar a ela quando a improcedência da acção não seja certa<sup>68</sup>.

Já no que concerne à perda de chance de recuperação ou sobrevivência, no domínio da responsabilidade civil por acto médico, aqui se incluindo os profissionais de saúde e os estabelecimentos hospitalares, desenvolvida particularmente pela jurisprudência francesa a partir da década de 60 do século passado, em que estão em causa situações de erro de diagnóstico, falha no tratamento prescrito ou violação do dever de informação do paciente, é possível identificar quatro posições diferentes, a saber:

- uma, mais conservadora, que, considerando estar em causa uma aplicação espúria da perda de chance, não prescinde da existência de um dano autónomo impossível de descortinar em tal domínio<sup>69</sup>;

- outra, que sustenta não haver diferenças substanciais entre este domínio de aplicação e qualquer outro, mas em que o recurso à figura resulta numa diminuição da indemnização que deveria ser atribuída ao lesado com fundamento no risco ilicitamente criado<sup>70</sup>;

- outra, ainda, que defende uma perspectiva unívoca da perda de chance, como dano autónomo, e a sua aplicação indiferenciada nos diversos domínios<sup>71</sup>;

- finalmente, outra, que entende que a perda de chance não apresenta qualquer especialidade no contexto da responsabilidade civil por acto médico, mas constitui manifestação de uma causalidade parcial e não um verdadeiro dano autónomo<sup>72</sup>.

### 3.2.2.2. Itália

No ordenamento jurídico italiano, a configuração dogmática da perda de chance é caótica<sup>73</sup>. Ainda assim, podemos dizer, com alguma certeza e considerando, em especial, as

<sup>68</sup> VINEY, Geneviève/JOURDAN, Patrice, op. cit., págs. 99-100.

<sup>69</sup> SAVATIER, *La Théorie des Obligations en Droit Privé Économique*, 4.ª ed., Paris, 1979, pág. 304;

PENNEAU, Jean, *La Responsabilité du Médecin*, Paris, 1992, pág. 31.

<sup>70</sup> VINEY, Geneviève / JOURDAN, Patrice, op. cit., pág. 231.

<sup>71</sup> CARTIER, Yves, op. cit., págs. 38-39.

<sup>72</sup> BORÉ, Jacques, *L'indemnization pour les chances perdues; une forme d'apreciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, in *Juris-Clauser Périodique*, 1974, I, 2620, n.º 23.

<sup>73</sup> Rui Cardona Ferreira escreve, a este respeito, que o tratamento doutrinário e jurisprudencial da *perda de chance* em Itália se revela um “cenário de alguma forma caótico e difícil de enquadrar racionalmente”[in *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, 2011, pág. 199].



decisões jurisprudenciais, que a orientação dominante é a que reconduz a perda de chance à indemnização de um dano patrimonial autónomo<sup>74</sup>.

Apesar das discussões doutriniais em redor desta figura, ela tem sido admitida pela jurisprudência em vários domínios, sobretudo no direito do trabalho para ressarcimento de prejuízos causados aos trabalhadores pela frustração de progressão na sua carreira profissional<sup>75</sup>.

Mas também tem sido alargada a outras matérias e situações como a frustração da possibilidade de prosseguir negociações comerciais, da oportunidade de vitória em processos ou procedimentos de contratação pública ou da possibilidade de sobrevivência<sup>76</sup>.

Relativamente à contratação pública, em questões de ilícitos que se subsumem à violação de regras de natureza procedimental, incluídas em concursos públicos, a jurisprudência dominante é no sentido de que a perda de chance se reconduz a um dano autónomo, dependendo a sua indemnização de uma densidade suficiente que justifique a respectiva tutela<sup>77</sup>.

A jurisprudência italiana, apesar de tender a usar fórmulas vagas e imprecisas, constantemente reiteradas como fundamento da indemnização pela perda de chance, denota “um crescente distanciamento da *chance* relativamente ao dano final e ao estabelecimento de uma relação de causalidade entre o ilícito verificado e esse dano, pelo menos nos casos de responsabilidade civil por ato médico, onde surgem decisões afirmando que o grau de probabilidade de concretização da *chance* não se apresenta, via de regra, como condição do reconhecimento do dever de indemnizar, mas releva tão-somente na fixação do montante da indemnização”<sup>78</sup>.

No direito positivo, a expansão da perda de chance parece estar relacionada com a *vexata quaestio* dos limites da noção do *danno injusto*, a que se refere o art.º 2043.º do *Codice Civile*.

Este preceito, embora demarcando-se do sistema francês da *faute* e isolando a culpa da ilicitude objectiva, permanece fiel à tradição napoleónica do art.º 1382.º do Código Civil

---

<sup>74</sup> Cfr., neste sentido, os acórdãos da *Corte di Cassazione* de 19 de Novembro de 1983, n.º 6906 e de 19 de Dezembro de 1985, n.º 6506 e informação colhida e fornecida por Rui Cardona Ferreira, em *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, pág. 199 e *A perda de chance – Análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*, pág. 45.

<sup>75</sup> PEDRO, Rute Teixeira, op. cit., págs. 193-194.

<sup>76</sup> Cfr. MEDINA ALCOZ, Luís, op. cit., pág. 39.

<sup>77</sup> Cfr. Acórdão da Corte di Cassazione de 29/1/2009, proc. n.º 1850: A *densidade suficiente* implica, por via de regra, uma probabilidade de sucesso superior a 50% ou que a probabilidade de não verificação do evento final favorável seja inferior a 50%. Assim, Acórdão da Corte di Cassazione de 1985-12-19, proc. n.º 6506 e Acórdão do Consiglio di Stato de 2003-04-15, proc. n.º 1945.

<sup>78</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *A perda de chance – Análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*, págs. 45-46.

Francês e consagra um cláusula aberta em matéria de responsabilidade civil delitual, afastando-se do modelo consagrado no § 823 do BGB que serviu de inspiração ao art.º 483.º do nosso Código Civil.

### 3.2.2.3. Outros países

A figura da perda de chance não é exclusiva dos ordenamentos jurídicos francês e italiano, pois vem sendo trabalhada pela doutrina e jurisprudência de outros países, cabendo fazer-lhe aqui uma referência, ainda que breve e muito resumida, com excepção de Portugal que terá um tratamento diferenciado e mais detalhado.

Assim:

Em Espanha, a teoria da perda de chance surgiu a partir do fim da década de oitenta do século passado, através dos Tribunais que seguiram os ordenamentos jurídicos francês e italiano, do Conselho de Estado, tendo sido prevista, depois, pelo próprio legislador. Tem sido frequentemente utilizada para suprir dificuldades na demonstração do nexo causal no âmbito da responsabilidade de profissionais liberais, sobretudo forenses e de saúde, embora também se encontrem algumas decisões que a aplicaram noutros campos, nomeadamente laboral e em procedimentos administrativos<sup>79</sup>.

Na Argentina e no Brasil também se fez sentir a influência dos ordenamentos francês e italiano.

Naquele primeiro país tem sido aceite a ressarcibilidade pela perda de oportunidade de vencer uma competição desportiva, de empreender uma nova actividade comercial e de perda, por parte dos pais, de obter apoio financeiro do filho falecido<sup>80</sup>, sendo rejeitada, no entanto, de uma maneira geral, a perda de chance de cura, por considerarem que o acto médico negligente implica sempre uma questão de causalidade do dano final<sup>81</sup>.

Já no Brasil, tem sido aceite de uma maneira generalizada, na doutrina e na jurisprudência, surgindo com uma palestra de François Chabas, intitulada “*La perte d’ une chance en droit français*”, proferida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 23 de

---

<sup>79</sup> MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una Nueva Teoria General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, in Revista de Asociación Española de Abogados en Responsabilidad Civil y Seguro, n.º 30, 2.º Trimestre, 2009, págs. 40-42 e *La Teoria de la Pérdida*, op. cit., págs. 183-239.

<sup>80</sup> MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una Nueva Teoria General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, págs. 39-40.

<sup>81</sup> PRÉVOT, Juan Manuel / CHAIA, Rúben Alberto, *Pérdida de Chance de Curación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007, págs. 265-277.

Maio de 1990, começando a ser aplicada nos tribunais dos estados do sul e passando aos restantes tribunais, ainda que sem aplicação unânime de âmbito nacional<sup>82</sup>.

Mas tal influência não se ficou pelos países latinos, tendo-se verificado também nos países anglo-saxónicos.

No Reino Unido, apareceu o primeiro caso em 1911 como manifestação da figura *loss of a chance*. Trata-se do caso *Chaplin v. Hicks*, da *Court of Appeal* que concedeu indemnização a uma candidata que perdeu a possibilidade de ser uma das vencedoras de um concurso de beleza por não ter sido notificada tempestivamente para a entrevista que, de acordo com as regras do concurso, dava acesso à final.

Esta decisão passou a influenciar a jurisprudência dos Estados Unidos da América do Norte, onde o primeiro caso, neste domínio, foi o de *Hicks v. United States*, em que foi concedida indemnização pela perda de uma possibilidade substancial de sobrevivência devido a uma conduta médica negligente<sup>83</sup>. Foi, aliás, a casos de responsabilidade civil médica que mais teve aplicação a teoria da perda de chance<sup>84</sup>, ainda que também tivesse sido aplicada, em menor dimensão, a casos de perda da oportunidade de ganhar o prémio disputado numa feira de gado, frustrada pelo atraso no transporte dos animais, e de obter um galardão de melhor vendedor por anulação do concurso.

Por sua vez, o Canadá, onde a primeira decisão remonta a 1925, sofreu influências da jurisprudência, quer da norte americana, quer da francesa, esta com particular relevo nos litígios resolvidos pela *Cour d'Appel do Québec*.

Porém, outros países são, em geral, avessos à figura, como é o caso dos países nórdicos e da Europa Central.

Importa referir, aqui, especificamente, a Alemanha, onde é praticamente desconhecida a doutrina da perda de chance<sup>85</sup>, muito embora prevaleçam nela soluções com base na alteração do ónus da prova, através da admissão de inversões do ónus e da facilitação da prova da causalidade<sup>86</sup>, e tomando a designação da teoria da elevação do risco<sup>87</sup>.

---

<sup>82</sup> Cfr. Rafael Peteffi da Silva, *Responsabilidade Civil pela perda de uma Chance*, Ed. Atlas, 2007, págs. 194-195.

<sup>83</sup> Cfr. MEDINA ALCOZ, Luís, *Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, pág. 38 e *La Teoría de la Pérdida...*, págs. 131-132.

<sup>84</sup> Justificação que é atribuída à grande assimetria em termos de conhecimento do médico relativamente ao seu paciente e ao facto de se estar a lidar com bens jurídicos de primordial importância como são a vida humana e a saúde – cfr. GOLDBERG, John, *What Clients Are Owed: Cautionary Observations On Lawyers And Loss-Of-A-Chance*, Vanderbilt University Law School, Public Law & Legal Theory, Working Paper Number 04-05, 2003.

<sup>85</sup> Cfr. GOMES, Júlio, revista e artigo citados, pág. 20.

<sup>86</sup> Cfr. MOTA PINTO, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, volume II, Coimbra Editora, 2008, págs. 1103 a 1107, nota 3103.

<sup>87</sup> Cfr. FARIA, Ribeiro de, *Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica* em “Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos”, U. Porto Editorial, pág. 287.

### 3.2.3. *Em Portugal*

#### 3.2.3.1. *Na doutrina*

Entre nós, a generalidade da doutrina apresenta-se algo titubeante, adoptando uma posição de princípio desfavorável ao ressarcimento da perda de chance, mas com honrosas excepções que o vêm admitindo, ainda que com diversos enquadramentos, sobretudo nos tempos mais recentes.

Assim e a título de exemplo:

Paulo Mota Pinto opõe-se à admissibilidade da perda de oportunidade ou de chance, considerando que não dispomos de base legal para a sua aplicação, escrevendo: “(...) *não parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chances (...)*”, sugerindo que “*antes parece mais fácil percorrer o caminho da inversão do ónus, ou da facilitação da prova, da causalidade e do dano, com posterior redução da indemnização, designadamente por aplicação do art. 494.º do Código Civil, do que fundamentar a aceitação da ‘perda de chance’ como tipo autónomo de dano, por criação autónoma do direito para a qual faltam apoios*”, e explicando que o problema fundamental não é o seu enquadramento nos pressupostos da responsabilidade civil, pois “*(...) a decisão substancial a tomar é sobre se o âmbito de protecção garantida pela norma violada ou pelo bem afectado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão – que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo – bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar (como garante de não verificação do risco na percentagem aumentada)*”<sup>88</sup>.

Rute Teixeira Pedro sustenta que a “*perda de chance, enquanto tal, está ausente do nosso direito*”, que os autores lhe dedicam pouca atenção e, quando o fazem, é de forma “*lateral e pouco desenvolvida*”, acabando por defender a aplicação do conceito de perda de oportunidade, mas considerando apenas a responsabilidade civil do médico<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> In “*Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*”, Coimbra, 2009, vol. II, pág. 1106. Esta posição pode qualificar-se como uma concepção estritamente normativa da perda de chance, que parece filiar-se na orientação de alguma doutrina alemã – cfr. FERREIRA, Rui Cardona in *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial na contratação pública)*, Coimbra, 2011, págs. 271, e *Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, pág. 1306, in [www.dgsi.oa.pt](http://www.dgsi.oa.pt).

<sup>89</sup> Cfr. *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, págs. 179 e 463.

Segundo ela, esta problemática coloca-se em situações em que *“um sujeito se encontra num estado que lhe propicia a possibilidade – a chance – de alcançar um determinado resultado favorável, e em que, em virtude de um comportamento de um terceiro, essa possibilidade fica irremediavelmente perdida”*<sup>90</sup>, sendo que a ressarcibilidade desse dano depende da verificação dos seguintes pressupostos:

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

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

- *“é indispensável que se verifique um comportamento de terceiro, susceptível de gerar a sua responsabilidade, e que elimine de forma definitiva as (ou algumas das) existentes possibilidades de o resultado se vir a produzir”*<sup>91</sup>.

E acrescenta *“de um só golpe, o facto do agente destrói as expectativas existentes e inviabiliza a obtenção do resultado esperado. O desaparecimento do elemento intermédio traz, por arrastamento, o desaparecimento do resultado final que eventualmente se viria a verificar”*<sup>92</sup>.

Álvaro Dias sustenta, por sua vez, que a perda de chance é um dano tão digno de indemnização como qualquer outro, desde que se faça prova de todos os pressupostos da obrigação de indemnizar, mormente a certeza do dano e o nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano, acrescentando: *“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”*.<sup>93</sup>

Manuel Carneiro da Frada revela simpatia pela figura, mas quase que restringe a sua eventual aplicação à responsabilidade contratual, distinguindo as situações de

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, pág. 185.

<sup>91</sup> *Ibidem*, págs. 198 a 201.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pág. 203.

<sup>93</sup> *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, 2001, págs. 250-255.

responsabilidade contratual das de responsabilidade delitual, escrevendo que, na primeira hipótese, “(...) a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa «chance» a bem jurídico protegido pelo contrato)”, enquanto na segunda hipótese “(...) esse caminho é bem mais difícil de trilhar: a primeira alternativa do art. 483.º, n.º 1 não dá espaço e, fora desse contexto, tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da «chance»”<sup>94</sup>.

Júlio Vieira Gomes começou por assinalar não ser “(...) claro se o dano de perda de chance deve ser concebido como uma modalidade de dano emergente ou de lucro cessante” e que “(...) mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação”<sup>95</sup>, concluindo que “(...) a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória”<sup>96</sup>. No entanto, posteriormente, o mesmo autor acabou por aceitar que “(...) quando a chance ou oportunidade se tenha «densificado» e fosse mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se considere existir já um lucro cessante suficientemente «certo» para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade (...)”<sup>97</sup>.

Nuno Santos Rocha sustentou que o dano da perda de chance se tem vindo a impor escrevendo:

“Além do mais, com a mudança operada no instituto da responsabilidade civil, através da superação do princípio da culpa, progredindo-se para um sistema cada vez mais solidário e menos individualista – onde o enfoque passa a ser dado à vítima e já não à conduta do agente –, o conceito de dano reparável evoluiu, ampliando-se a certas realidades que antes não se admitia que pudesse conter. Entre nós, danos como invasão da privacidade, ofensas à honra, angústia, quebras de confiança e de expectativas jurídicas, ou da violação do dever de dar conselhos, recomendações ou informações, são já assumidamente reparáveis”<sup>98</sup>. Defensor da “perda de chance” como uma nova espécie de dano, reconhece que a construção

<sup>94</sup> Cfr. *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, 2.ª reimpressão, 2011, pág. 104.

<sup>95</sup> Cfr. *Sobre o dano da perda de chance*, in *Direito e Justiça*, vol. XIX, tomo II, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2005, pág. 25.

<sup>96</sup> *Ibidem*, pág. 43.

<sup>97</sup> Cfr. “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade por perda de chance”, in *Cadernos de Direito Privado – II Seminário dos Cadernos de Direito Privado (“Responsabilidade Civil”)*, Dezembro de 2012, pág. 29.

<sup>98</sup> *A «Perda de Chance» Como Uma Nova Espécie de Dano*, Almedina, 2014, pág. 96.

dessa figura “*possa ter algo de artificial e ficcional*”, mas que é reclamada pelo nosso direito para fazer face às injustiças decorrentes da aplicação do modelo tradicional<sup>99</sup>.

Rui Cardona Ferreira, por seu lado, opta por se aproximar “*dos autores que entendem não estar em causa, na perda de chance, um dano patrimonial autónomo*”, tratando-se antes de “*indenização de verdadeiros lucros cessantes*”, e propondo uma “*revisão*” da teoria da causalidade adequada. Para efeitos de cálculo da indenização, entende que se deve ter em conta “*o grau de aleatoriedade, ou incerteza, relativa à possibilidade de concretização da chance, não fora a prática do acto ilícito*”<sup>100</sup>. Posteriormente, manifestou adesão “*à concepção estritamente normativa da perda de chance, quando esteja em causa a lesão de bens patrimoniais – tipicamente, na responsabilidade civil por acto médico*” e propôs ruptura “*com um entendimento monolítico da relação de causalidade exigível para fundar o dever de indemnizar, quando estejam em causa bens patrimoniais, mas existam danos normativos que justifiquem um abaixamento da respectiva fasquia, normalmente estabelecida a partir do patamar mínimo da conditio sine qua non*”<sup>101</sup>. Mais recentemente, reiterou esta posição, afirmando que “*não existem razões, em face do nosso ordenamento jurídico, para sustentar uma posição favorável quanto à admissibilidade da configuração da perda de chance como dano patrimonial, emergente e autónomo*”<sup>102</sup>.

Menezes Cordeiro, em obra recente<sup>103</sup>, assinala que “*(...) não é possível condenar alguém a pagar – o que tem, sempre, um sentido expropriativo ou confiscatório – se não se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano*” e que “*(...) ao mandar indemnizar pela perda de chance, dispensando, com isso, a prova da causalidade, está-se a proceder a uma (re)distribuição do risco não prevista na lei*”.

Armando Braga já escreveu:

*“O denominado dano de perda de 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*

---

<sup>99</sup> Ibidem, pág. 101.

<sup>100</sup> In *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, 2011, pág. 347.

<sup>101</sup> In “*A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*”, em *O Direito*, ano 144.º, 2012, I, pág. 57.

<sup>102</sup> In “*A Perda de Chance Revisitada*”, [www.oa.pt](http://www.oa.pt), pág. 1313.

<sup>103</sup> *Tratado de Direito Civil Português, II – Parte Geral – Negócio Jurídico*, 4.ª ed., Almedina, 2014, pág. 288.

*benefício esperado. O dano da perda da 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”.*<sup>104</sup>

Vera Lúcia Raposo defende que se trata de “*um autêntico dano autónomo, distinto de todos os demais*”<sup>105</sup>, “*um novo tipo de dano: a oportunidade perdida*”<sup>106</sup>. Esclarece que “*A chance perdida tanto poderá ser a chance de evitar um dano como a de obter um benefício, pois que a perda de determinada vantagem traduz também um dano. O dano indemnizável é actual e não futuro. Ou seja, conquanto se refira à possibilidade de uma vantagem a ocorrer no futuro, a perda dessa vantagem é presente. Mas o dano pode dizer respeito a uma oportunidade presente (actual face ao momento em que a avaliação é feita) ou futura*”<sup>107</sup>. Reafirma que a perda de chance “*diz respeito a um dano presente*”, embora marcado pela “*incerteza causal que deriva do desenrolar de acontecimentos aleatórios*”, a ser indemnizado na íntegra, mas cuja indemnização “*corresponde a uma percentagem da indemnização correspondente ao dano final*”<sup>108</sup>.

Finalmente, Carlos Alberto Fernandes Cadilha escreveu<sup>109</sup>:

*“Segundo é geralmente aceite, a indemnização por perda de chance traduz-se na probabilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, representando, por conseguinte, o desaparecimento de uma posição favorável preexistente que integrava a esfera jurídica do lesado. Com esse conteúdo, a perda de chance não deixa de constituir um dano certo, na modalidade de dano emergente, na medida em que não equivale à perda de um resultado ou de uma vantagem, mas à perda da probabilidade de o obter. Quando essa consequência negativa é imputável a um facto lesivo de outrem coloca-se a questão da sua possível indemnizabilidade.*

*Nesse sentido, a perda de chance não corresponde a um mero dano eventual ou a um dano futuro, mas a um dano certo e actual, visto que se trata da perda da possibilidade concreta — e já existente no património do interessado — de obter um resultado favorável. A dificuldade coloca-se na avaliação do dano, uma vez que, embora exista uma expectativa, a*

<sup>104</sup> *In A Reparação do Dano Corporal da Responsabilidade Extracontratual*, pág. 125.

<sup>105</sup> *In Em busca da chance perdida. O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, Revista do Ministério Público, ano 35, n.º 138, Abril-Junho de 2014, pág. 21.

<sup>106</sup> *Ibidem*, pág. 12.

<sup>107</sup> *Ibidem*, pág. 19.

<sup>108</sup> *Ibidem*, págs. 21 e 22.

<sup>109</sup> *In Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Anotado, Coimbra Editora, págs. 98-100.



*obtenção do resultado vantajoso é meramente hipotética. A perda de chance não se confunde, neste plano, com o lucro cessante: o lucro cessante pressupõe que o lesado era titular, no momento da lesão, de uma situação jurídica que lhe proporcionava o direito a um ganho, que, por virtude do facto lesivo, se frustrou. A prova do lucro cessante não incide propriamente sobre os ganhos que se deixaram de obter, mas sobre a titularidade da situação jurídica que permitiria obtê-los, podendo conjecturar-se, por isso, alguma relativa certeza sobre a ocorrência do dano. No caso da perda de chance, os indícios probatórios operam sobre a expectativa de obter um ganho e não sobre a própria verificação desse ganho.*

*O direito ao ressarcimento com fundamento em perda de chance depende, assim, da avaliação que se faça da probabilidade da obtenção de uma vantagem e do lucro que o lesado teria alcançado se essa probabilidade se tivesse realizado. A questão não está, pois, na demonstração do nexo de causalidade, visto que é sempre possível determinar se existe ou não uma ligação causal entre o facto lesivo e a eliminação da probabilidade de ganho; mas antes na existência ou quantificação do dano, uma vez que este é o efeito lesivo que poderá ter resultado da ilícita eliminação dessa probabilidade, traduzindo-se numa mera expectativa jurídica.*

*O juiz irá considerar a existência de um prejuízo ressarcível em função do grau de consistência da probabilidade, e, por conseguinte, apenas quando se depara com uma chance real e séria.*

*Não existindo qualquer indicação legal quanto aos termos em que a perda de chance poderá ser aceite no direito português, e sendo ainda incipiente a prática jurisprudencial, neste âmbito, a figura deverá ser encarada com grandes cautelas e apenas nas situações em que a privação da probabilidade de obtenção de uma vantagem se possa caracterizar, com mais evidência, como um dano autónomo.”*

### *3.2.3.1.1. Situações específicas*

Abordaremos, de seguida, algumas situações especiais de aplicação da teoria da perda de chance, com carácter específico, que justificam aqui algumas referências autónomas e que, como tal, já foram objecto de tratamento pela doutrina.

### 3.2.3.1.1.1. Responsabilidade civil por acto médico

É consabido que este tipo de responsabilidade é uma das modalidades de responsabilidade dentre as várias susceptíveis de ser geradas pela prestação de cuidados de saúde<sup>110</sup>.

A discussão doutrinária sobre a aplicação do regime da responsabilidade civil contratual ou do regime da responsabilidade civil extracontratual constitui uma questão que tem vindo a ser colocada, em primeira mão, no âmbito das relações jurídicas de direito privado<sup>111</sup>.

Tal discussão assume particular importância quando se trata de apurar a responsabilidade médica, pois esta inclui os danos que resultam da prestação de cuidados de saúde que podem traduzir-se em:

- violação de direitos de personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à saúde, o direito à integridade moral e o direito à reserva da vida privada, a qual conduz à aplicação do regime de responsabilidade extracontratual;

- e, simultaneamente, violação de obrigações e deveres contratuais que dão lugar à aplicação do regime da responsabilidade contratual, por violação de um contrato celebrado com o médico ou com um estabelecimento de saúde. Entre aquelas, consta a obrigação principal de prestação de cuidados de saúde adequados, de acordo com as *leges artis* e em tempo útil, e, entre estes, encontram-se os deveres de prestar informação, de obter consentimento prévio e esclarecido ou o dever de sigilo.

Deste modo, a prestação de cuidados de saúde traduz uma relação obrigacional complexa<sup>112</sup>, donde resultam deveres que são contratuais e legais, cuja violação dão, respectiva e simultaneamente, lugar a responsabilidade contratual e extracontratual.

---

<sup>110</sup> A par da responsabilidade penal, profissional e deontológica, podendo os mesmos factos determinar a aplicação de diferentes regimes e de diferentes sanções, que coexistem entre si, importando aqui atentar apenas na responsabilidade civil e só na justa medida que interesse para o tema em análise.

<sup>111</sup> Sobre a natureza da responsabilidade civil dos médicos no regime jurídico-privado, vide Carlos Ferreira de Almeida, *Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, págs. 75-120, citado por Cláudia Monge, na palestra “A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde”, in “*Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*”, em 5/12/2012, coordenação de Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, edição de Abril de 2013 pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, consultável em versão e-book no sítio <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/>, págs. 95-117.

<sup>112</sup> Cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., 2011, pág. 74, quando escreve: “numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* –, os *deveres laterais* («Nebenpflichten»), além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ónus jurídicos*, *expectativas jurídicas* (···)”, sendo certo que “todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de carácter unitário e funcional: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*”.

Vigorando, também para este sector de actividade, no nosso ordenamento jurídico, o princípio geral da culpa, é manifesta a distinção de ambos os regimes, pois o surgimento da responsabilidade civil pressupõe a verificação dos requisitos enunciados no art.º 483.º do Código Civil para o domínio da responsabilidade delitual e no art.º 799.º do mesmo diploma para o domínio contratual.

Assim, em casos de responsabilidade delitual, caberá ao doente alegar e provar factos demonstrativos da verificação de todos os pressupostos da responsabilidade civil, acima referidos, de harmonia com a regra geral consagrada no art.º 342.º, n.º 1, do Código Civil. O paciente alegará e procurará provar que a prática, pelo médico, de um facto ilícito e culposo lhe causou um dano. Por sua vez, o médico, para se eximir à responsabilidade, terá de alegar e demonstrar que a sua actuação não foi ilícita, por se verificar uma causa justificativa do seu comportamento, ou que não foi culposa, por se verificarem factos que tornam inexigível outra conduta, nas circunstâncias do caso, ou que não foi causa eficiente do dano ocorrido, porque “o nexos causal foi quebrado por um facto de terceiro que lhe é estranho, por um facto do próprio lesado ou por um facto fortuito ou de força maior”.

Excepção àquela regra, existirá apenas, em princípio, no que respeita à prova da culpa, nas situações que, no âmbito da responsabilidade extracontratual, suscitem a aplicação da presunção do n.º 2 do art.º 493.º<sup>113</sup> do Código Civil, por força da especial perigosidade dos instrumentos utilizados, caso em que caberá ao clínico demonstrar que actuou sem culpa<sup>114</sup>.

Este também terá de provar que agiu sem culpa quando a pretensão do lesado seja fundamentada em situações de responsabilidade contratual, na medida em que se entenda que a presunção de culpa do devedor do n.º 1 do art.º 799.º do Código Civil não é afastada nos casos em que a obrigação incumprida seja de meios, como é a regra na actividade médica<sup>115</sup>.

No entanto, há quem sustente que não tem aplicação, nestes casos, a referida presunção, competindo sempre ao doente lesado o ónus de provar que o não cumprimento da obrigação se ficou a dever a um comportamento censurável do médico devedor<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Cfr. DIAS, Figueiredo e MONTEIRO, Sinde, in *BMJ*, n.º 332, Janeiro de 1984, pág. 53 e GASPAR, Henriques, *A responsabilidade civil do médico*, in *CJ*, 1978, pág. 351. O exemplo paradigmático é o do emprego de um bisturi eléctrico, devido à sua alimentação com energia eléctrica, que torna perigosa a sua utilização. Mas outros exemplos existem, como é o caso da utilização de uma incubadora com termostato ou o tratamento médico com ondas curtas ou raios x ou, ainda, o tratamento dentário com broca.

<sup>114</sup> Ficando o doente dispensado de provar o facto presumido, mas não o facto que serve de base à presunção que terá de provar (art.º 344.º, n.º 1, do Código Civil e, ainda, Antunes Varela, Miguel Bezerra e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1985, pág. 503.

<sup>115</sup> Neste sentido, PEDRO, Rute Teixeira, in “*Da tutela do doente lesado – Breves Reflexões*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, págs. 423 e 427, disponível em [www.estig.ipbeja.pt](http://www.estig.ipbeja.pt).

<sup>116</sup> Entre nós, Miguel Teixeira de Sousa pronunciou-se pela não aplicação da referida presunção de culpa, no âmbito da responsabilidade médica, afirmando “*dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual*” - em “*Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade médica*”, in *Direito da Saúde e Bioética*,

Afigura-se-nos, porém, que, mesmo que se qualifique a obrigação do médico como obrigação de meios, não pode deixar de ter aplicação a aludida presunção<sup>117</sup>.

Apesar disso, o doente não tem tarefa fácil na demonstração dos restantes pressupostos da responsabilidade civil, sobretudo do nexos causal entre o acto praticado pelo médico e os danos, por aquele, sofridos.

É que, muitas vezes, a presença de outros factores endógenos e exógenos com potencial eficácia produtiva de danos “impossibilita o indispensável juízo de certeza sobre o encadeamento causal efectivamente ocorrido”.

São casos, como dizia Ribeiro de Faria, em que a “concorrência de interferências causais” põe “a nu (...) a complexidade do próprio conceito de causalidade”, dissolvendo a “unicidade” e “linearidade” da causa<sup>118</sup>.

Note-se que, nesses casos, não se trata de uma questão de causalidade alternativa hipotética ou de relevância negativa de uma causa virtual, mas de causa real condicionadora do dano, o que não pode deixar de influenciar a medida da responsabilidade no caso de existir.

Na apreciação desta, importa considerar que a obrigação assumida pelo médico não é exclusivamente de meios, pois numa obrigação de meios há também, pelo menos, um resultado a alcançar: o imediato. Por isso, não releva para aqui tal distinção, havendo mesmo quem afirme que “todas as obrigações são de resultado – o resultado devido é que é diferente”<sup>119</sup>.

Na obrigação que o médico assume de prestar assistência a um determinado doente, o resultado imediato é constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades que este apresenta de alcançar a satisfação do resultado mediato que é a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade.

Tal como Rute Pedro, seguimos, de perto, Ribeiro de Faria, quando propugna que “se o médico não deve a cura do doente (caso em que se teria uma obrigação de resultado típico)

---

Lisboa, AAFDL, 1996, pág. 137. No sentido da não aplicação, por princípio, da mesma presunção de culpa também se manifestou Moitinho de Almeida, in *Responsabilidade civil do médico e o seu seguro*, Scientia Juridica, XXI, Janeiro-Abril 1972, ambos citados por Rute Pedro na nota 19 do local mencionado.

<sup>117</sup> É o que ensina Lebre de Freitas ao afirmar: “No caso de obrigação de meios, a tradicionalmente chamada presunção de culpa (...) não deixa de operar, nos termos gerais”, in “*A responsabilidade dos profissionais liberais – Estudos sobre direito civil e processo civil*”, Coimbra Editora, Setembro de 2002, pág. 821. No mesmo sentido, e a propósito da obrigação do médico, também se pronunciaram Figueiredo Dias e Sinde Monteiro, em “*Responsabilidade médica*”, cit., pág. 46; FERREIRA, André Dias, in “*O consentimento informado na relação médico-paciente*”, Estudo do Direito Civil, Coimbra Editora, Junho de 2004, pág. 426; RODRIGUES, Cunha Gomes, em “*Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*”, Direito e Justiça, ano 2000, vol. XIV, tomo 3, págs. 182 e 209.

<sup>118</sup> “*Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano I, 2004, pág. 118.

<sup>119</sup> Cfr. PEDRO, Rute, *Da tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões*, op. cit., pág. 446 e doutrina aí citada.

deve todavia, não só o tratamento adequado como (simultaneamente e do mesmo passo) a não lesão do doente em certas circunstâncias (caso de erro grosseiro) e, dessa forma (...), a obrigação de meios” transmuta-se “nesta precisa medida, numa obrigação de resultado”<sup>120</sup>, que “o médico é responsável por um resultado que faz parte da sua própria obrigação e que é de preservar o doente de riscos negligentemente (de forma grosseira) causados”<sup>121</sup>.

Mas já é de divergir daquele Professor na parte referente à intensidade da culpa (negligência grosseira), em face da possibilidade da graduação do efeito jurídico produzido.

“Necessário é, então, que se detecte um acto ilícito e culposo do médico ... para se poder fundar o ressarcimento pelo malogro das chances de cura ou sobrevivência, que àquele se liguem causalmente”<sup>122</sup>.

É aqui que tem aplicação a teoria da perda de chance, permitindo, para nós, a autonomização de uma nova espécie de dano – o dano da perda de uma chance.

Quando um médico se vincula a praticar um acto em que, por virtude de múltiplos factores, os respectivos efeitos são aleatórios, ele obriga-se, não só a aproveitar as possibilidades existentes para que esses efeitos sejam favoráveis ao doente, mas também a não destruir essas possibilidades. Deste modo, perante um determinado acto censurável do médico, para além da aferição da sua “contribuição causal para a perda do resultado final de incerta consecução, terá de se averiguar se ele não constituiu a causa de um dano diferente consubstanciado na destruição das (todas ou algumas) chances que o doente tinha de alcançar o efeito pretendido”.

... “Com esta deslocação do ponto em que a incerteza – inerente à actividade médica – se manifesta, incorporando-a no bem lesado (a chance), eliminam-se as dificuldades que a sua presença perturbadora cria ao nível da afirmação do nexo de causalidade. Através da noção da perda de chance faz-se, pois, «avançar» a incerteza do encadeamento causal de acontecimentos – e, portanto, do âmbito do «*an respondeatur*» - para o da valoração dos danos – portanto, para o âmbito do «*quantum respondeatur*»<sup>123</sup>.

Deste modo, é possível “conformar os 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

---

<sup>120</sup> In *Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão.*, pág. 174.

<sup>121</sup> *Ibidem*, pág. 176.

<sup>122</sup> PEDRO, Rute, *Da tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões*, op. cit., pág. 449.

<sup>123</sup> *Ibidem*, págs. 457 e 458.

repartição do risco probatório entre doente e médico, de acordo com a distribuição da álea inerente ao acto médico consentido”<sup>124</sup>.

Por outro lado, sendo ressarcível o dano da perda de chance, tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, fica diluído o interesse na sua distinção, para efeitos de distribuição do ónus da prova da culpa, o que, de alguma forma, já resultava da aludida relação obrigacional complexa em que se traduz a prestação de cuidados de saúde.

Um dos casos mais problemáticos para a actuação da perda de chance, nesta área, prende-se com a diminuição do tempo de sobrevivência em virtude de diagnósticos tardios, sobretudo em casos de carcinomas. Nesses casos, haverá que apurar qual o desenvolvimento da doença entre o momento em que o diagnóstico poderia ter sido feito e o momento em que o foi, bem como as chances de sobrevivência em cada um desses cenários, com base em pareceres de peritos e em dados estatísticos, sendo certo que os valores assim obtidos estão sujeitos a grande margem de erro. Muitas vezes, os pareceres são meras opiniões pessoais e os dados estatísticos poderão não ter em conta a particularidade do caso concreto, pois que, em regra, incluem todo o tipo de pacientes. “A isto acresce que a avaliação do tempo de sobrevivência pode ser deturpada por *lead time bias*<sup>125</sup>, que parecem fazer aumentar o tempo de sobrevivência de alguns pacientes quando, na verdade, apenas indicam uma possibilidade antecipada de diagnóstico, sem que daqui advenha maior tempo de vida. Outro elemento de distorção é a classificação de períodos de doença”<sup>126</sup>.

Por isso, sói dizer-se que “muitas das vezes a teoria da perda de chance funda-se num mero conjunto de pressuposições, desprovidas de sustentação fáctica e de dados estatísticos sem correspondência prática, pelo que a condenação a que dá lugar se baseia em probabilidades e não em realidades”<sup>127</sup>.

“Por conseguinte, há que fazer uso da teoria da perda de chance com extremo cuidado. Deve sobretudo exigir-se que se conclua com algum grau de certeza – a possível no campo médico – que se o médico não tivesse adotado aquele comportamento o paciente teria tido uma hipótese de recuperação ou, ao menos, de não deterioração da sua saúde. Ao invés,

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, pág. 458.

<sup>125</sup> Conceito que “exprime a comparação entre o exame tradicional e o inovador, concluindo-se que um deles (o teste novo e experimental) diagnostica a doença mais cedo, contudo, não produz qualquer efeito sobre o resultado da doença. Ou seja, embora pareça que a vida do paciente é prolongada, na verdade esta é uma ilusão causada pelo diagnóstico precoce quando comparado com os métodos tradicionais”, em contraposição ao conceito de “*lead time*” que “traduz o período de tempo entre a detecção de uma doença, geralmente recorrendo a novos exames experimentais, e o momento em que normalmente esta é identificada com base nos exames tradicionais”.

<sup>126</sup> Cfr. RAPOSO, Vera Lúcia, op. cit., pág. 55, onde se encontra também a citação feita na nota anterior, mais precisamente na nota 126.

<sup>127</sup> *Ibidem*, pág. 56.

quando se conclua que o paciente não teria qualquer hipótese de se recuperar ou de não piorar não se pode afirmar que o médico tenha diminuído as chances disponíveis”<sup>128</sup>.

Finalmente, uma referência ao consentimento do lesado.

Esta causa de justificação está prevista no art.º 340.º do Código Civil. Nos termos do seu n.º 1, o acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que o ofendido tenha consentido na lesão. Mas, segundo o n.º 2, o consentimento do lesado não exclui a ilicitude do acto, quando este se mostre contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.

Daqui resulta que são pressupostos do consentimento do lesado:

- um direito disponível;
- um acto de consentimento;
- um acto lesivo.

A disponibilidade do direito é um requisito basilar, sendo várias as hipóteses de proibição legal, das quais importa aqui destacar as restrições impostas pelo art.º 81.º do Código Civil no domínio dos direitos de personalidade.

O consentimento é, em rigor, um acto unilateral e deve anteceder o acto.

“Dependendo das circunstâncias (127.º), o consentimento do lesado exigirá legitimidade, capacidade de gozo e de exercício. Integrará uma declaração de vontade, expressa ou tácita e deverá passar pelo crivo das regras sobre a perfeição e a eficácia das declarações de vontade.”<sup>129</sup>

Quando, porém, o lesado não está em condições de consentir na lesão, a qual é no seu interesse e corresponde à sua vontade plausível, o consentimento tem-se por verificado nos termos do n.º 3 do citado art.º 340.º. Tal ocorre, designadamente, nos casos em que se imponha uma intervenção médica de urgência, sem que o interessado esteja em condições de dar a sua concordância. É uma situação típica em que se pode fazer apelo à ideia de um consentimento tácito.

“O acto lesivo não poderá ir além do acto consentido. Havendo excesso ou ocorrendo um consentimento putativo, o agente será responsável pelos danos, salva a hipótese da falta de culpa”<sup>130</sup>.

---

<sup>128</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, “*Do Ato Médico ao Problema Jurídico*”, Almedina, 2013, pág. 158.

<sup>129</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, II, Direito das Obrigações, tomo III, 2010, pág. 504.

<sup>130</sup> CORDEIRO, António Menezes, obra acabada de citar, pág. 504.

O consentimento deve ser informado, pois que, na sua falta, deixa de constituir causa justificativa da lesão.

São várias as normas que impõem ou pressupõem um consentimento livre e esclarecido<sup>131</sup>.

Segundo as regras gerais do ónus da prova, cabe ao médico o ónus da prova da existência do consentimento e que este foi informado<sup>132</sup>.

Esta prova é muito complexa, sobretudo quando assistimos a uma crescente recusa de formulários escritos de consentimento informado como meio de prova, a incompletude de processos clínicos e a alguma desconfiança face à classe médica.

Porque é o comportamento do lesado que importa considerar, onde nem sequer se pode contar com as previsões dos peritos médicos, deve atender-se ao critério do “paciente razoável” para averiguar qual seria a decisão de determinado paciente no caso concreto, mas “sem perder de vista as suas condições particulares, como sejam o seu estado de saúde, as respectivas convicções pessoais e a experiência de vida”.<sup>133</sup>

Porém, este critério não será suficiente para, enquanto causa justificativa, excluir do âmbito da perda de chance determinada situação, já que muitas outras situações ficariam de fora, pois é comum que a incerteza se prenda com qualquer conduta do lesado.

Daí que haja quem defenda que, em casos de comunicação obrigatória, nem sequer há necessidade de recorrer à figura da perda de chance para justificar a condenação do médico por danos ocorridos numa intervenção sem consentimento. O médico deverá ser condenado, por “outras razões, mais rigorosas e acuradas do que a perda de uma possibilidade para o paciente. ... O médico deve ser responsabilizado pelos danos assim ocorridos por força da mancha que, *ab origine*, marca aquele acto médico, isto é, a violação das *leges artis* materializada na ausência de consentimento informado. Este acto é ilícito e, se for culposo (como em regra o será) o médico deve ser responsabilizado pelas consequências dele

---

<sup>131</sup> Cfr. os art.ºs 1.º, 25.º, n.º 1 e 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa; o art.º 3.º, n.ºs 1 e 2, al. a), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; o art.º 8.º da CEDH e a jurisprudência do TEDH que lhe está associada, considerando a integração do consentimento informado no âmbito da vida privada, como pode ver-se, por todos, no sítio do próprio Tribunal, o Acórdão de 7/10/2008, Bogumi contra Portugal; o art.º 5.º da Convenção Para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, vulgarmente conhecida por “Convenção de Oviedo” ou “CDHBio”, de 4.4.1997, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º1/2001, de 3.1 e pela Resolução da Assembleia da República n.º1/2001, da mesma data; o art.º 70.º, n.º 1, do Código Civil; Base XIV da Lei de Bases da Saúde (n.º 48/99, de 24/8, alterada pela Lei n.º 27/2002, de 8/11); os art.ºs 156.º e 157.º, ambos do Código Penal; e art.ºs 44.º, n.º 1 e 45.º, n.º1 do “Código Deontológico” da Ordem dos Médicos (publicado como “Regulamento” no Diário da República, 2.ª série, de 13.1.2009, sendo que, já mesmo relativamente a factos anteriores, sempre releva “o seu valor prático com efeitos jurídicos, servindo de auxiliar decisivo para apreciar uma conduta médica, num tribunal ordinário” – Guilherme de Oliveira, RLJ n.º 3923, 34 e seguintes).

<sup>132</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, págs. 242-244 e *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, pág. 57.

<sup>133</sup> *Ibidem*, respectivamente, págs. 159 e 57.



decorrentes, o que inclui, obviamente, lesões sofridas pelo paciente no decurso desse acto médico”<sup>134</sup>.

Tratando-se de risco que o médico não tinha obrigação de comunicar, nomeadamente por ser totalmente imprevisível ou mesmo não conhecido à data da prática do acto médico, é evidente que nenhuma responsabilidade lhe pode ser assacada.

O mesmo acontecerá, obviamente, quando, tratando-se de riscos de comunicação obrigatória, lograr fazer a prova de que procedeu à comunicação devida e, na sequência dela, obteve o consentimento do paciente.

### 3.2.3.1.1.2. *Responsabilidade civil do Estado e demais pessoas colectivas públicas*

Nesta área, também tem sido sustentada a figura da *perda de chance*, por proporcionar, pelo menos aos olhos de alguns, uma solução justa que não seria alcançável através da aplicação rigorosa dos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil<sup>135</sup>.

Deve, porém, notar-se que há quem sustente a aplicação de um princípio da perda de chance, mesmo nesta área, sem contrariar as condições e os pressupostos da responsabilidade civil, embora dentro de determinados limites.

É o caso de Rui Cardona Ferreira para quem, na contratação pública, “*o recurso à noção de perda de chance apenas é admissível, dentro de determinados limites, como critério para aferição da causalidade em termos mais flexíveis do que os normalmente exigíveis, dependendo o direito a indemnização do grau de probabilidade da adjudicação e devendo a respectiva quantificação ter por base o montante dos lucros cessantes*”<sup>136</sup>.

Trata-se de uma responsabilidade que tem por fundamento legal o art.º 7.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (o RRCEPCP), aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31/12<sup>137</sup>, em vigor desde 1 de Janeiro de

---

<sup>134</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, pág. 58.

<sup>135</sup> Cfr. EIRÓ, Vera em “*A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas públicas*”, palestra proferida no colóquio sobre “Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas”, em 5/12/2012, coordenado por Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, editado em Abril de 2013 pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, consultável em versão e-book no sítio <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/>, págs. 49-67.

<sup>136</sup> In “*Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance*”, nota 53, pág. 131, e, no mesmo sentido, “*Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*”, citado, págs. 344 e segs.).

<sup>137</sup> O qual dispõe: “*É concedida indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário*” (redacção introduzida pela Lei n.º 31/2008, de 17/7, cuja produção de efeitos se retroagiu à entrada em vigor da citada Lei n.º 67/2007).

2008, e o direito comunitário, designadamente o art.º 2.º, n.º 7, da Directiva 92/13/CEE, do Conselho, de 25/2/1992<sup>138</sup>.

Para aquele autor, o âmbito de aplicação do citado art.º 7.º, n.º 2, deve ser alargado a *“todos os sectores da contratação pública”*, à semelhança do que fizera o legislador alemão no §126 GWB, bastando, para que o concorrente lesado tenha direito a tal indemnização, *“a verificação da violação objectiva das normas de Direito da União Europeia em matéria de contratação pública, ou das normas de Direito interno que as transponham ou concretizem, e a comprovação de que o concorrente teria tido uma verdadeira chance de obter a adjudicação”*<sup>139</sup>.

Nessa apreciação, haverá que considerar as regras gerais que integram o sistema de responsabilidade civil português, em especial, que a responsabilidade civil emergente do acto ilícito praticado pelas entidades adjudicantes, no contexto de um procedimento orientado para a adjudicação e a celebração de um contrato, deve ser aproximada ao instituto *da culpa in contrahendo*.

Esta culpa encontra-se consagrada no art.º 227.º do Código Civil, cujo n.º 1 determina que *“quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé...”*.

O princípio da boa fé também impera na administração pública, encontrando-se sujeito a ele toda a actividade administrativa (art.º 266.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e art.º 6.º-A do Código de Procedimento Administrativo).

Existindo um dever de celebrar o contrato, a violação das regras do procedimento pré-contratual e a adjudicação ilícita a outro concorrente dão lugar a indemnização pelo interesse contratual positivo, *“devendo o critério determinante do âmbito da indemnização residir na existência, ou não, de um dever de celebração do contrato e na exigência, com alcance geral, de congruência entre o evento lesivo e a indemnização (cfr. artigos 562.º do CC e 3.º, n.º 1, do RRCEPCP)”*<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Relativa, como já se referiu, à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, tendo aquele número a seguinte redacção: *“7. Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação.”*

<sup>139</sup> Cfr. *Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance*, pág. 123.

<sup>140</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance*, pág. 126 e doutrina e jurisprudência aí referenciadas.

Sobre a discricionariedade das entidades adjudicantes, o mesmo autor conclui que “... a natureza dos poderes exercidos pela entidade adjudicante na avaliação e graduação das propostas não constitui, por si só e de um modo geral, obstáculo ao reconhecimento do direito do concorrente ilicitamente preterido a ser indemnizado pelos lucros cessantes que adviriam da execução do contrato objeto do procedimento, mesmo quando seja adotado o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa”<sup>141</sup>, tudo dependendo da situação concretamente considerada.

E acrescenta “o recurso a uma noção de indemnização pela perda de chance ou de oportunidade, e a inerente atribuição de indemnizações de montante mais reduzido, não pode prejudicar os direitos dos concorrentes que, segundo as regras gerais da responsabilidade civil e os padrões de causalidade normalmente exigidos, devam ser indemnizados pela totalidade dos lucros cessantes”.

Contudo, a indemnização por perda de chance tem carácter residual ou subsidiário, pois “... apenas nos casos em que seja impossível reconstituir, com a desejável certeza, qual a posição que seria alcançada pelo concorrente preterido, não fora o ilícito praticado, está aberto o caminho à indemnização segundo a teoria da perda de chance”<sup>142</sup>.

### 3.2.3.2. Na jurisprudência

A jurisprudência portuguesa tem tratado a figura da perda de chance, sobretudo a partir de 2006, em especial no domínio da responsabilidade civil do mandatário forense. Mas também foi convocada para fundamentar algumas decisões noutros domínios, designadamente na responsabilidade civil por acto médico e na responsabilidade do Estado e de outras entidades públicas, principalmente na contratação pública, a que nos referiremos autonomamente, infra, com as limitações deste trabalho. Foi, ainda, invocada em contextos laborais, associada à perda de oportunidade de obter uma promoção profissional ou mesmo de perda de possibilidade ou oportunidade profissional<sup>143</sup>, e, mais raramente, à revogação ilícita de cheque<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> Cfr. *Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance*, pág. 129.

<sup>142</sup> In *Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance*, pág. 130, tal como a citação anterior.

<sup>143</sup> Ac. do STJ de 21/3/2013, processo n.º 565/10.9TBPVL.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>, tal como os restantes que se irão mencionar sem menção de outra origem.

<sup>144</sup> Ac. STJ de 21/3/2013, processo n.º 4591/06.4TBVNG.P1.S1.

É possível encontrar decisões que negam a sua aplicação, essencialmente por entenderem que a teoria da perda de chance poderia contrariar o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada<sup>145</sup> ou por apenas se poder justificar para punir o agente e a indemnização não ter, como regra, função punitiva<sup>146</sup>, bem como decisões que admitem a ressarcibilidade, face ao direito constituído, da perda de chance e outras que, sem a negarem nem a referirem expressamente, acabaram por atribuir indemnização em situações que se enquadram nessa figura. Dentre as decisões que a admitem, encontram-se diversos fundamentos e tratamentos, nomeadamente as que a concebem como um diferente entendimento da causalidade<sup>147</sup>, prevalecendo ultimamente a orientação que admite a ressarcibilidade da perda de chance como dano autónomo.

### 3.2.3.2.1. Responsabilidade civil do mandatário forense

Como já se referiu, é neste domínio que têm surgido mais decisões dos nossos tribunais superiores e com diversa fundamentação.

A título de exemplo, e somente no âmbito de indemnizações pedidas com fundamento em violação do mandato forense ou do patrocínio judiciário, é possível encontrar acórdãos do STJ nos sentidos:

- de que a *perda de chance* constitui um dano autónomo<sup>148</sup>;
- de que, mais do que um dano, é uma questão de causalidade adequada<sup>149</sup>;
- de que a perda de oportunidade, não sendo um dano presente, “só pode ser qualificado de dano futuro mas eventual ou hipotético, salvo se a prova permitir que com elevado grau de probabilidade ou verosimilhança concluir que o lesado obteria certo benefício não fora a chance perdida”<sup>150</sup>;
- de que “a doutrina da perda de chance não tem, em geral, apoio na nossa lei civil que exige a certeza dos danos indemnizáveis e a existência de nexo de causalidade entre eles e a conduta do lesante. Apenas quando se prove que o lesado obteria, com forte probabilidade, o

<sup>145</sup> Cfr. Acórdãos do STJ de 26/10/2010, processo n.º 1410/04.0TVLSB.L1.S1; de 29/5/2012, processo n.º 8972/06.5TBBERG.G1.S1; e de 18/10/2012, processo n.º 7/04.9TVLSB.L1.S1.

<sup>146</sup> Cfr. Ac. do STJ de 29/4/2010, processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1.

<sup>147</sup> V.g. Ac. do STJ de 22/10/2009, processo n.º 409/09.4YFLSB.

<sup>148</sup> Cfr. Acórdãos de 28/9/2010, 10/3/2011, 5/2/2013, 14/3/2013, 6/3/2014, de 30/9/2014 e de 5/5/2015, proferidos nos processos, respectivamente, com os números 171/02.S1, 9195/03.0TVLSB.L1.S1, 488/09.4TBESP.P1.S1, 79/09.1TVLSB.L1.S1, 23/05.3TBGRD.C1.S1, 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1 e 614/06.5TVLSB.L1.S1.

<sup>149</sup> Cfr. acórdão de 1/7/2014, processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1.

<sup>150</sup> Cfr. acórdão de 29/4/2010, processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1.

direito não fora a chance perdida, se pode fundamentar uma indemnização pelos respectivos danos”<sup>151</sup>;

- de que basta umnexo causal entre o incumprimento e o dano traduzido no desentranhamento da contestação e subsequente condenação no pedido, sendo irrelevante uma causa virtual não provada<sup>152</sup>;

- de que a perda de oportunidade não constitui, por si mesma, um dano patrimonial<sup>153</sup>.

Mas vejamos melhor alguns desses arestos, tendo em consideração uma sequência cronológica da sua prolação.

Assim:

O STJ, no acórdão de 29 de Abril de 2010, proferido no processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1, depois de considerar que *“Na responsabilidade civil (contratual ou aquiliana) a perda de chance mais não é do que uma oportunidade de obter uma futura vantagem patrimonial que se gorou”*, que *“Não é um dano presente, no sentido de se achar concretizado no momento da fixação da indemnização”* e que *“... em rigor, também não é um dano futuro por não se inserir na definição do n.º 2 do artigo 564.º do Código Civil”*, o qual, por isso, *“só pode ser qualificado de dano futuro mas eventual ou hipotético, salvo se a prova permitir que com elevado grau de probabilidade, ou verosimilhança concluir que o lesado obteria certo benefício não fora a chance perdida”*, concluiu que *“(...) a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva”*.

No acórdão de 28/9/2010, proferido no processo n.º 171/2002.S1, já reconheceu ao cliente lesado o direito a uma indemnização em resultado da não apresentação tempestiva de uma contestação, com base na perda de chance, considerando-a admissível pelos princípios orientadores do nosso ordenamento jurídico, por integrar uma situação omissiva que fez perder a oportunidade de evitar um prejuízo.

No acórdão de 26/10/2010, no processo n.º 1410/04.0TVLSB.L1.S1, reafirmou, em linha com a doutrina dominante e a anterior jurisprudência, o carácter excepcional da indemnização pela perda de chance e recusou-a, por falta denexo de causalidade adequada, num caso em que o mandatário deixara caducar o direito de impugnação de despedimento colectivo por não ter instaurado a respectiva acção no prazo legal.

---

<sup>151</sup> Os acórdãos de 29/5/2012, processo n.º 8972/06.5TBBERG.G1.S1, donde foi feita a transcrição, de 26/10/2010, processo n.º 1410/04.0TVLSB.L1.S1, de 18/10/2012, processo n.º 5817/09.8TVLSB.L1.S1, e de 30/5/2013, processo n.º 2531/05.7TBBERG.G1.S1.

<sup>152</sup> Cfr. o acórdão do STJ de 22/1/2009, processo n.º 3955/08, com sumário em [www.stj.pt](http://www.stj.pt).

<sup>153</sup> O acórdão de 4/11/2008, processo n.º 2713/08, com sumário em [www.stj.pt](http://www.stj.pt).

No acórdão de 10/3/2011, no processo n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1, aderindo à opinião dos que defendem que a “perda de chance” só poderá ser valorada em termos de uma “possibilidade real” de êxito que se frustrou, concluiu que *“A chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respectiva perda passível de indemnização, nomeadamente quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram”*.

Já, no acórdão de 29/5/2012, no processo n.º 8972/06.5TBBERG.G1.S1, considerou que *“A doutrina da perda de chance não tem, em geral, apoio na nossa lei civil que exige a certeza dos danos indemnizáveis e a existência de nexo de causalidade entre eles e a conduta do lesante”* e recusou a indemnização peticionada com esse fundamento, por os danos patrimoniais peticionados serem *“danos futuros de verificação incerta, eventual ou hipotética”*.

No mesmo sentido decidiu o acórdão de 18/10/2012, no processo n.º 5817/09.8TVLSB.L1.S1, entendendo que *“A doutrina da perda de chance não tem apoio expreso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória”*.

Porém, no acórdão de 5/2/2013, no processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1, entendeu que *“o ordenamento jurídico-civil nacional tutela o dano conhecido pela «perda de chance» ou de oportunidade, que ocorre quando uma situação omissiva faz perder a alguém a sorte ou a «chance» de alcançar uma vantagem ou de evitar um prejuízo”, que “...a questão da perda de oportunidade diz respeito, não à teoria da causalidade jurídica ou da imputação objectiva, mas antes à teoria da causalidade física”* e que *“(...) o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano «avançado», constituído pela perda de chance, que é, ainda, um dano certo, embora distinto daquele, pois que a chance foi, irremediavelmente, afastada por causa do acto do lesante (...)”*.

E, no acórdão de 14/3/2013, no processo n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1, sem se comprometer decisivamente quanto ao respectivo enquadramento dogmático, considerou que *“É difícil sustentar a existência do nexo de causalidade adequada entre a omissão de apresentar prova e o dano final da perda da acção e da reconvenção; mas parece possível encontrar esse nexo quanto ao dano da perda de oportunidade de vencer, tendo em conta as regras sobre a oportunidade e a preclusão de requerer prova e sobre o ónus da prova (...)”*, entendeu que *“o dano da perda de oportunidade de ganhar uma acção não pode ser desligado de uma probabilidade consistente de a vencer (...)”*, sob pena de se *“esquecer que a*

*lei portuguesa atribui à obrigação de indemnizar uma função primordialmente ressarcitória, e só pontualmente punitiva”, que “O dano traduzir-se-á, então, na perda de uma certa probabilidade de ganhar a acção”, que “Não releva saber se tal perda deve ser qualificada como dano emergente ou lucro cessante, actual ou futuro: todos são indemnizáveis” e que “a teoria da diferença (n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil) impõe a comparação da situação patrimonial do lesado que sofreu o dano com a que teria se o mesmo não tivesse ocorrido.”, para concluir que “para haver indemnização, a probabilidade de ganho há-de (ser) elevada, sob pena de incompatibilidade com o regime legal.”*

No acórdão de 30/5/2013, no processo n.º 2531/05.7TBBERG.G1.S1, numa aparente inflexão, retomando o sentido anteriormente sustentado, afirmou “*não relevar a teoria em apreço, a da perda de chance, por esta, desde logo, não estar, in casu, suficientemente densificada, contrariando em absoluto, a ser agora seguida, as regras da causalidade adequada atrás enunciadas e a devida certeza dos danos. Caindo-se, se acolhida fosse, nas presentes circunstâncias, no puro arbítrio do Tribunal, desconhecendo-se de todo em todo se a aparentemente censurável conduta do réu, descurando, em abstracto os interesses do ora autor, foi condição adequada ou até bem provável do dano arrogado.*”

Mas já o acórdão de 6/3/2014, no processo n.º 23/05.3TBGRD.C1.S1, depois de afirmar que no contexto do contrato de mandato forense a obrigação a cargo do mandatário é uma obrigação de meios, considerou que “*É admitida a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade, que pressupõe: a possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, mas de verificação incerta; e um comportamento de terceiro, susceptível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir.*”

No acórdão de 1/7/2014, no processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1, depois de considerar, ao que parece, a perda de chance como um dano autónomo, dizendo que, embora sem consagração no direito português como fonte de responsabilidade civil, “*... visa superar a tradicional dicotomia: responsabilidade contratual versus responsabilidade extracontratual ou delitual, summa divisio posta em causa num tempo em que cada vez mais se acentua que a responsabilidade civil deve ter uma função tuteladora das expectativas e esperanças dos cidadãos, na sua vida de relação que se deve pautar por padrões de moralidade e eticidade, como advogam os defensores da denominada terceira via da responsabilidade civil*” e que se relaciona “*com a circunstância de alguém ser afectado num seu direito de conseguir uma*

*vantagem futura ou de impedir um dano, por facto de terceiro*”, acabou por reportá-la ao nexo de causalidade adequada, sobretudo na obrigação de meios, escrevendo:

*“Não devem assimilar-se os planos do dano e da causalidade com implicação na perspectiva de excluir como dano autónomo a perda de chance nem esta figura deve ser aplicada, subsidiariamente, quando se não provou a existência de nexo de causalidade adequada entre a conduta lesiva por acção ou omissão, e o dano sofrido, já que existe sempre uma álea, seja quando se divisa uma vantagem que se quer alcançar, ou um risco de não conseguir o resultado desejado.*

*Para que se considere autónoma a figura de “perda de chance”, como um valor que não pode ser negado ao titular e que está contido no seu património, importa apreciar a conduta do lesante, não a ligando ferreamente ao nexo de causalidade – sem que tal afirmação valha como desconsideração absoluta desse requisito da responsabilidade civil, mas, antes, introduzir como requisito caracterizador dessa autonomia que se possa afirmar que o lesado tinha uma chance, uma probabilidade, séria, real, de, não fora a actuação que frustrou essa chance, obter uma vantagem que probabilisticamente era razoável supor que almejasse e/ou que a actuação omitida se o não tivesse sido, poderia ter minorado a chance de ter tido um resultado não tão danoso como o que ocorreu. Há perda de chance quando se perde um proveito futuro, ou se não se evita uma desvantagem por actuação imputável a terceiro.*

*Estando em causa uma obrigação de meios e não de resultado, a omissão da diligência postulada por essa obrigação evidencia, de forma mais clara, que a perda de chance se deve colocar mais no campo da causalidade e não do dano, devendo ponderar-se se a omissão das leges artis foi determinante para a perda de chance sendo esta real, séria e não uma mera eventualidade, suposição ou desejo, provavelmente capaz de proporcionar a vantagem que o lesado prosseguia.*

*No caso de perda de chance não se visa indemnizar a perda do resultado querido mas antes a da oportunidade perdida, como um direito em si mesmo violado por uma conduta que pode ser omissiva ou comissiva; não se trata de indemnizar lucros cessantes ao abrigo da teoria da diferença, não se atendendo à vantagem final esperada.”*

No acórdão de 30/9/2014, no processo n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1, voltou a considerar a perda de chance como dano autónomo, escrevendo *“acompanhamos a jurisprudência e a doutrina que consagram a figura da perda de chance como um dano*



*(actual) autónomo consubstanciado numa frustração irremediável, por acto ou omissão de terceiro, de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer não fosse essa omissão (lembra-se que de acordo com a tese que defendemos há perda de chance quando se perde um proveito futuro, ou se não se evita uma desvantagem por causa imputável a terceiro).*

*De acordo com a nossa interpretação, e com todo o respeito pelas interpretações em contrário, as regras gerais da responsabilidade civil (especialmente quanto à existência de dano e respectivo nexa causal) estarão absolutamente preenchidas quando e a partir do momento em que se entenda a frustração irrecuperável da chance como um verdadeiro e autónomo dano certo consequente a um acto ou omissão de terceiro.*

*Assim, tanto na responsabilidade contratual como extracontratual a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade é admissível naquelas situações em que exista uma possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, ainda que de verificação incerta, e um comportamento de terceiro susceptível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir.*

*A flexibilização do conceito de dano que vem sendo desenvolvida de forma a permitir uma maior aproximação da aplicação do direito às realidades actuais conduz ou deve conduzir a que a chance ou oportunidade perdida seja merecedora de tutela do direito, sendo que na responsabilidade contratual não se poderá pôr em causa a relevância jurídica da violação das chances que constituem objecto da prestação debitória, sobretudo quando tal violação elimine de forma definitiva a produção do resultado querido e fortemente expectável....”.*

Finalmente, na linha dos dois últimos acórdãos referidos, no acórdão de 5/5/2015, no processo n.º 614/06.5TVLSB.L1.S1, voltou a considerar a perda de chance “*como um dano actual, autónomo, consubstanciado numa frustração irremediável, por ato ou omissão de terceiro, de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida, ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer não fosse essa omissão*”, razão pela qual “*as regras gerais da responsabilidade civil (especialmente quanto à existência de dano e respectivo nexa causal) estarão absolutamente preenchidas quando e a partir do momento em que se entenda a*

*frustração irreparável da chance como um verdadeiro e autónomo dano certo consequente a um ato ou omissão de terceiro*". Fundamental é que se mostre demonstrada a causalidade, no aspecto naturalístico, entre a conduta, no caso omissiva, e a perda de chance de altamente provável vencimento. Por isso, acabou por negar a indemnização pedida pelo cliente, por não ter alegado, nem provado, a elevada e séria probabilidade de vencer a acção omitida, no caso, acção de despejo, não bastando a invocação da omissão da obrigação de instaurar essa acção, com base em fundamento conhecido há mais de um ano, que teve como consequência impedir a sua procedência, por caducidade.

Como resulta deste breve resumo, a jurisprudência do nosso mais alto tribunal – o STJ – denota uma flutuação, bastante considerável, nesta matéria, muito embora seja notória uma corrente maioritária favorável à ressarcibilidade, em determinadas circunstâncias, da perda de chance, e que esta, mais recentemente, é considerada como um dano autónomo em casos de violação da obrigação de meios decorrente da responsabilidade civil profissional dos advogados.

Esta tendência verifica-se também nos Tribunais da Relação, constatando-se uma cautelosa aceitação da perda de oportunidade em casos de responsabilidade desse tipo<sup>154</sup> e considerando-se, recentemente, que ela constitui um dano autónomo, como pode ver-se no acórdão do Tribunal da RP de 28/5/2013, proferido no processo n.º 672/08.8TVPRT.P1, por nós relatado<sup>155</sup>, muito embora nele tivesse sido questionada apenas a causalidade.

### 3.2.3.2.2. *Responsabilidade civil por acto médico*

Atendo-nos, agora, à jurisprudência portuguesa que se debruçou sobre a perda de chance no âmbito da responsabilidade civil por acto médico, constata-se que são pouquíssimos os acórdãos em que tal sucedeu<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Cfr., entre outros, com mais ou menos exigências relativamente à probabilidade de êxito da acção onde ocorreu a omissão e à relevância autónoma da perda de oportunidade, seja como dano indemnizável, seja enquanto critério operativo no domínio da causalidade, os acórdãos da RP de 9/2/2015, processo n.º 5500/10.1TBVNG.P1, de 28/2/2013, processo n.º 1773/06.2TBVNG.P1 e de 30/1/2012, processo n.º 202/10.1TVPRT.P1; da RL de 13/12/2012, processo n.º 1156/10.0TVLSB.L1-2 e de 6/12/2012, processo n.º 5030/04.0TBCSC.L1-2; da RC de 20/1/2015, processo n.º 810/13.9TBCBR.C1, de 11/11/2014, processo n.º 317/12.1T2AND.C1, de 27/5/2014, processo n.º 6368/09.6TBLRA.C1, de 29/4/2014, processo n.º 231/10.5TBSAT.C1 e de 15/10/2013, processo n.º 166/10.1TBGRD.C1 e da RG de 9/1/2014, processo n.º 15/11.3TCGMR.G1, todos disponíveis nos respectivos sítios da internet, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>155</sup> Publicado em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/>.

<sup>156</sup> Note-se que importam à economia deste trabalho apenas os acórdãos que trataram ou tiveram subjacente a perda de chance e não aqueles que versaram sobre outras matérias referentes à responsabilidade médica. Ainda assim, e porque estão relacionados com o que se disse aquando do tratamento doutrinário sobre esta matéria, não resistimos a referir aqui que são vários os acórdãos existentes, fruto de uma litigiosidade crescente, característica da sociedade contemporânea, a que não são alheias as alterações verificadas, em particular, no âmbito científico e do exercício da medicina, com repercussões directas na relação interpessoal que se estabelece entre o médico e o doente, com conhecimento dos direitos por parte deste. Assim e a título meramente exemplificativo:

Pode, no entanto, entender-se que está subjacente a algumas decisões judiciais em que os tribunais expenderam um raciocínio semelhante ao que subjaz à teoria da perda de chance, ainda que não a refiram expressamente<sup>157</sup>.

E também há casos em que foi negada, quando a solução poderia ser outra se tivessem sido decididos à luz da teoria da perda de chance, correctamente aplicada. Trata-se de casos em que o tribunal, com base em dúvidas, dá como não verificado o nexo causal, não obstante haver divergências a este respeito, e assim nega qualquer indemnização<sup>158</sup>.

Nesta área, a perda de chance, além de ter sido usada com cautela – e ainda bem -, foi aplicada com critérios pouco uniformes, chegando a ser omitidos, apesar de se fazer um raciocínio semelhante ao que lhe está subjacente ou dando como não provado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

### 3.2.3.2.3. Responsabilidade civil na função administrativa

A perda de chance também assume importância nesta área, apresentando inegáveis vantagens para a solução do caso concreto, servindo, portanto, para resolver problemas na jurisdição administrativa.

Nesta jurisdição, são já várias as decisões dos tribunais superiores que aplicaram a figura da perda de chance, sendo possível organizá-las em dois grupos diferentes: um que se

---

- aplicando a presunção do n.º 2 do art.º 493.º, os acórdãos do STJ de 13/3/2007, CJ – STJ – ano XV, tomo I, págs. 122-124 (que considerou ali subsumível uma transfusão de sangue necessária para debelar uma anemia subsequente a uma cirurgia de correcção a uma factura da tibia), e da RL de 24/4/2007, CJ, ano XXXII, tomo I, pág. 105, que refere como exemplos de situações de emprego de meios perigosos, pelos médicos, o uso de aparelhos de ressonância magnética, de anestesia, de hemodiálise e de incubadoras;

- afirmando a equivalência da repartição do ónus da prova à do regime do domínio delitual, os acórdãos da RC de 4/4/1995, CJ, ano XX, tomo II, pág. 31 e da RP de 6/3/2006, CJ, ano XXXI, tomo II, pág. 153;

- admitindo a aplicação da presunção de culpa do n.º 1 do art.º 799.º, os acórdãos do STJ de 27/11/2007, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e de 18/9/2007, *in* [www.datajuris.pt](http://www.datajuris.pt);

- discorrendo sobre a distinção entre obrigações de meios e de resultado para efeitos de aplicação do art.º 799.º, n.º 1, do Código Civil em sede de distribuição do ónus da prova e presunção de culpa no que tange à responsabilidade médica, com abundante citação de doutrina e jurisprudência, o acórdão do STJ de 17/1/2013, proferido no processo n.º 9434/06.6TBMTS.P1.S1, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

- discorrendo sobre o dever de esclarecimento e o consentimento informado, o acórdão do STJ de 9/10/2014, processo n.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que considerou o conteúdo do dever de informação elástico, não sendo igual para todos os doentes na mesma situação, abrangendo, com ressalvas, “o diagnóstico e as consequências do tratamento” e esclarecendo que “(e)stas são integradas pela referência às vantagens prováveis do mesmo tratamento e aos seus riscos; (n)ão se exigindo, todavia, uma referência à situação médica em detalhe; (n)em a referência aos riscos de verificação excepcional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento.”

<sup>157</sup> É o caso do acórdão do STJ de 20/6/1996 que, quando fala da frustração (actual) de uma legítima expectativa, se aproxima do conceito de perda de chance (*in* BMJ n.º 458, pág. 299) e do acórdão do mesmo Tribunal de 25/1/2002, na CJ – STJ- ano X, tomo I, pág. 64, na parte em que rejeitou o pedido indemnizatório dos pais pela perda do direito a alimentos que a sua filha lhes viria a prestar, após a conclusão do curso que frequentava, caso viessem a cair na situação de deles necessitarem, que a Relação havia “convolado” para lucros cessantes.

<sup>158</sup> Cfr., por exemplo, o acórdão do STA de 11/3/2010, proferido no processo n.º 0191/09, onde se discutia se a cegueira do paciente poderia ter sido evitada caso tivesse sido submetido, mais cedo, a intervenção cirúrgica, tendo o tribunal entendido não ter dúvidas quanto à não existência do nexo causal entre a conduta e o dano, quando era um caso típico de intervenção da teoria da perda de chance, pois que o dano característico desta teoria consiste precisamente na perda da possibilidade por ele referida.

ocupa da problemática da determinação da indemnização por inexecução de sentença e o outro que trata o tema da indemnização em ambiente concursal<sup>159</sup>.

Começando pelo primeiro grupo – da indemnização por inexecução de sentença -, constata-se que o tema da «perda da chance» assumiu algum destaque na jurisprudência administrativa “não tanto a propósito da aplicação do instituto da responsabilidade civil, mas sobretudo a propósito da aplicação das normas de processo administrativo que atribuem aos autores uma indemnização em caso de causa legítima de inexecução de sentença.”

Neste contexto, releva a aplicação dos artigos do CPTA sobre o regime da inexecução legítima da sentença, quer no processo declarativo quer no processo executivo.

A propósito da aplicação destes normativos, importa atentar em dois acórdãos que marcaram decisivamente a jurisprudência dos tribunais superiores administrativos sobre esta temática: os acórdãos do STA de 29 de Novembro de 2005<sup>160</sup> e de 30 de Setembro de 2009<sup>161</sup>.

No primeiro, aquele Tribunal afirmou, pela primeira vez, com clareza, que a «perda da execução de sentença» de uma decisão anulatória de um acto de adjudicação de um concurso público consubstancia um dano autónomo. Segundo ele, o dano é real, mas de difícil liquidação, pelo que o seu cálculo só pode ser efectuado através da aplicação dos critérios referidos no n.º 3 do art.º 566.º do Código Civil – a equidade. Afasta, desde logo, a possibilidade de serem indemnizados, directamente, os gastos que o autor teve na preparação do concurso, esclarecendo: *“é precisamente porque esteve no concurso (para cuja presença teve gastos), e obteve a anulação do acto, que se coloca o problema da indemnização em discussão.* E, na aplicação do juízo equitativo, pondera o circunstancialismo do caso, considerando:

*“a) O número de concorrentes que chegaram à fase final de apreciação, por isso, todos com a possibilidade abstractamente considerada de terem podido vencer;*

*b) O pouco relevo do posicionamento obtido na graduação que precedeu o acto anulado, exactamente porque, tendo havido anulação do acto por razões formais, a execução,*

---

<sup>159</sup> Neste sentido, EIRÓ, Vera, local citado, que aqui seguimos de perto, nesta parte.

<sup>160</sup> Proferido no processo n.º 041321A, cujo sumário está disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) com o seguinte teor:

*“I - A inexecução do julgado, por causa legítima, pode dar lugar ao pagamento de uma indemnização;*

*II - Não sendo possível determinar o valor exacto dos danos resultantes da inexecução o tribunal julgará equitativamente.”*

<sup>161</sup> No processo n.º 634/09, sumariado em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) nos seguintes termos: *“Não chegando as partes a acordo sobre o montante da indemnização, no quadro da previsão do artigo 102.º, n.º 5, do CPTA, o tribunal, desde que requerida a fixação da indemnização devida, tem de ponderar e decidir a expressão do prejuízo do autor pela impossibilidade de se recolocar o procedimento concursal questionado no respeito da legalidade.”*

*a ter sido possível, tanto poderia ter conduzido à subida da requerente na classificação como à descida;*

*c) O valor da proposta apresentada pela requerente, mais que o valor da proposta vencedora e do que o valor da obra. Em função desse valor, uma estimativa de benefício na ordem de 17,68%;*

*d) O tempo decorrido”.*

Acabou por fixar a indemnização que julgou equilibrada, considerando todos esses elementos conjugadamente e voltando a sublinhar que não estava a proceder a qualquer decisão sobre lucros cessantes em razão do acto anulado, nem à determinação de danos emergentes do mesmo acto, mas, simplesmente, a uma fixação, através de um juízo equitativo, da indemnização devida pela não execução da sentença, nos termos do artigo 178.º, n.º 1, do CPTA.

O segundo aresto acima referido veio sublinhar, novamente, a mesma ideia, afirmando que *“o afastamento ilegal de um concurso, com perda de uma oportunidade de nele poder obter um resultado favorável, com repercussão remuneratória, é um bem cuja perda é indemnizável e que não podendo ser efectuada com exactidão a quantificação desta perda, é de fixar a indemnização através de um juízo de equidade, em sintonia com o preceituado no n.º 3 do artigo 566.º do C. Civil”*<sup>162</sup>.

Seguiram-se-lhe outras decisões no mesmo sentido<sup>163</sup>.

De todas elas é possível extrair que a perda de chance ou de oportunidade é vista como um dano autónomo, que não é um dano provocado pelo acto inicialmente ilícito, mas um dano que resulta da inexecução legítima da sentença, cuja liquidação é feita com recurso à equidade.

Delas resulta também que os tribunais administrativos vêm aplicando uma figura próxima à da «perda de chance» fora dos quadros dogmáticos da responsabilidade civil (mais

---

<sup>162</sup> No mesmo sentido, havia sido proferido o acórdão de 25/2/2009, no processo n.º 047472A, cujo sumário consta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e é o seguinte: *“O incumprimento de julgado anulatório, por ocorrência de causa legítima de inexecução, justifica a fixação de uma indemnização pela perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença teria proporcionado ao Requerente.”*

<sup>163</sup> Cfr., mais recentemente, o acórdão do STA de 20/11/2012, processo n.º 0949/12, cujo sumário se encontra em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) com o seguinte teor: *“I - Anulada a adjudicação de empreitada por falta de audiência prévia na exclusão de uma proposta, haveria que retomar o procedimento concursal superando a ilegalidade detectada; II - Se não é já possível retomar o procedimento por a empreitada se mostrar totalmente executada, o concorrente que obteve a anulação tem direito a uma compensação pela perda da situação jurídica cujo restabelecimento a execução da sentença anulatória lhe teria proporcionado.”*, bem como o acórdão do TCA Norte de 13/1/2012, processo n.º 00073/05.OBEMDL-A, acessível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/>, em cujo sumário é possível ler:

*“IV. Na execução de julgado anulatório a indemnização pela impossibilidade absoluta de executar a sentença exequenda configura caso de indemnização por perda de chance, e, sendo assim, no presente caso o dano sofrido corresponderia à perda de oportunidade do exequente ser nomeado para o cargo posto a concurso”* e, ainda, o acórdão do mesmo Tribunal de 11/10/2013, processo n.º 01119/08.5BECBR, disponível em <http://www.gde.mj.pt/jtcn.nsf/>.

concretamente da responsabilidade civil pré-contratual), aproximando-o do regime da «expropriação» e dizendo claramente que não se trata, nestes casos, de indemnizar o interesse contratual negativo ou positivo, mas de atribuir ao autor uma indemnização pela «perda de oportunidade» de obter um resultado favorável no procedimento (por via de regra, um concurso), cujo valor deverá ser determinado segundo a equidade.

Na determinação dessa indemnização poderão relevar as despesas havidas com a participação no concurso, o valor dos lucros cessantes, o número de concorrentes admitidos a concurso e o tempo entretanto decorrido, tendo em vista a justiça do caso concreto.

Passando ao segundo grupo – da indemnização em ambiente concursal -, constata-se que a jurisdição administrativa também lançou mão da figura da «perda de chance» para resolver casos directamente relacionados com a responsabilidade civil.

Neste contexto, importa referir aqui o acórdão do TCA Norte de 4/11/2011, proferido no processo n.º 00213/06.1BELLE<sup>164</sup>, onde se ensaiou a aplicação de um princípio de «perda de chance», enquadrado na responsabilidade civil e que resultaria da aplicação do RRCEEPCP.

Tal acórdão foi tirado numa acção administrativa comum proposta na sequência da anulação de um acto de adjudicação de um contrato de fornecimento.

Em vez de optar pela via da execução do julgado anulatório para receber a correspondente indemnização nos termos acima referidos, como podia, o autor propôs uma acção administrativa comum, onde peticionou uma indemnização dos danos que sofreu por força do acto inicialmente ilícito (no caso, a sua exclusão ilegal do procedimento) e não dos danos que sofreu com a inexecução do julgado anulatório.

Independentemente da bondade da decisão e da sua fundamentação, que não cabe aqui apreciar, constata-se que aplicou regras de direito da União Europeia para resolver o problema assim colocado, designadamente o regime das Directivas-Recursos<sup>165</sup>. Entendeu que a regra do artigo 2.º, n.º 7 da Directiva 92/13/CE consubstancia, no fundo, uma regra sobre o nexo de causalidade vigente na contratação pública comunitária – o qual se bastaria, para garantir o designado interesse contratual positivo – com a mera hipótese real da adjudicação.

---

<sup>164</sup> Disponível no respectivo sítio da internet, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>165</sup> A saber: a Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro, e a Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro (na sua versão alterada).

Apesar de não usar qualquer uma das expressões «perda de chance» ou «perda de oportunidade», a verdade é que considera que, em contratação pública, as Directivas-Recursos “impõem uma nova forma de ponderar o nexo de causalidade que se basta com a existência de uma possibilidade real de ser atribuído o contrato ao autor”.

No entendimento do tribunal, esta especial forma de ponderar o nexo causal facilita o caminho para o lesado ser indemnizado no designado interesse contratual positivo.

No caso, “entendeu ser relevante a circunstância de o ato ilícito se identificar com a adjudicação ilegal e, portanto, a posição do autor no procedimento estava claramente definida: sendo o segundo classificado (e não podendo a entidade adjudicante revogar a decisão de contratar) ele teria uma possibilidade real de ser o adjudicatário do contrato.

O tribunal entendeu ainda que o autor tinha o direito a ser indemnizado pela quantia peticionada e referente ao benefício económico que lhe adviria da adjudicação e execução do contrato.”<sup>166</sup>

Em sentido contrário, decidiu o TCA Sul, no acórdão de 28/6/2012, no processo n.º 06934/10<sup>167</sup>, sustentando que a Directiva 89/665/CEE não estabelece qualquer princípio relativo à forma de ponderar o dano e o nexo de causalidade e que, por isso, deve prevalecer o entendimento de que nos casos de violação de regra procedimental incluída no procedimento de formação de um contrato público se aplica um regime paralelo ao do que resulta da aplicação do art.º 227.º do Código Civil, o qual, segundo o tribunal, impõe que a indemnização se destine tão só a cobrir o designado interesse contratual negativo e, mais concretamente, os custos da proposta e do procedimento.

Justifica, deste modo, esse entendimento:

*“Embora a recorrente defenda o primado e aplicação do direito comunitário, a verdade é que a citada Directiva 86/665/CEE, de 21.12.1989, no mencionado artigo 2º/C, não concretiza qual deva ser o entendimento jurisprudencial em relação à natureza e extensão dos danos indemnizáveis, em face de cada extensão.*

*Na verdade, nesta matéria, a norma referida apenas reconhece aos lesados, genericamente, o direito à indemnização aos lesados por uma violação.*

*Acresce, nos casos de responsabilidade civil por violação das regras de um concurso para a celebração de um contrato se verifica uma situação paralela aos casos de ruptura de*

---

<sup>166</sup> EIRÓ, Vera, local citado.

<sup>167</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

*negociações prevista no artigo 227º n.º1 do Código Civil, sob a epígrafe “Culpa na formação dos contratos”, designadamente quanto às despesas de participação no concurso (cfr. por todos, Paulo de Mota Pinto, “Interesse Contratual Positivo”, vol. II, Coimbra Editora, 2008, p.1125 e ss e 1350 e ss).*

*E, ...,“ ao anular-se todo o procedimento e ordenar-se a repetição do processo, sanando-se os vícios encontrados, não estamos noutra fase que não a pré-contratual e, por conseguinte, a responsabilidade civil emergente de actos praticados nesta fase deverá ser regida pelas regras aplicáveis neste quadro. Nestes termos, não sendo o caso absolutamente idêntico, impõe-se à evidência a doutrina do Acórdão do STA supra citado<sup>168</sup>, indemnizáveis neste âmbito, em que nos situamos, da responsabilidade pré-contratual”.*

*Pode ainda dizer-se, no caso concreto, quanto ao pedido formulado pela recorrente, que não vem alegado pela mesma, que tenha ficado impossibilitada de concorrer a outros fornecimentos públicos, e que daí tenha ocorrido a não obtenção de lucro, não estando, portanto, verificado o nexo de causalidade entre a ilicitude cometida e os danos invocados.”*

Do que se deixou dito, podemos concluir que a jurisprudência dos tribunais superiores tem sido cautelosa no uso da figura da perda de chance, especialmente no campo da responsabilidade médica, e que se encontra cindida no que respeita ao seu enquadramento jurídico, havendo uma orientação maioritária que a considera como um dano autónomo. Admite, maioritariamente, a ressarcibilidade da perda de chance e, independentemente do seu enquadramento jurídico, não deixa de exigir que a chance destruída seja séria, consistente, com possibilidade de sucesso bastante.

Ela é aceite por questões de justiça ínsita ao caso concreto, devido ao rigor exigido na prova do nexo de causalidade, que não exigindo uma certeza absoluta, pressupõe um elevado grau de probabilidade, com a inerente dificuldade de prova.

---

<sup>168</sup> Pensamos tratar-se do acórdão n.º1/2010 (Proc. 557/08), do Pleno da 1ª Secção, que procedeu à uniformização da jurisprudência, nos seguintes termos: “Se, após a adjudicação de uma empreitada de obras públicas, o dono da obra não promover a celebração, o direito do adjudicatário a ser indemnizado pelo dano negativo (dano de confiança) abrange as despesas com a aquisição do processo de concurso e com a elaboração da proposta, que possuem uma efectiva conexão com a ilicitude específica geradora da responsabilidade contratual”.



A preocupação da jurisprudência tem sido evitar que essa excessiva dificuldade probatória conduza a situações de injustiça flagrante, afastando da ressarcibilidade situações mercedoras de tutela.

Porque se funda em considerações de justiça do caso concreto, não admira que a correspondente indemnização seja determinada, em última instância, com recurso à equidade, fixando-a, muitas vezes, em metade do valor que corresponderia ao dano final.

#### 4. APRECIÇÃO CRÍTICA

É tempo de proceder a uma breve apreciação crítica das teses que têm vindo a ser sustentados sobre a teoria da perda de chance.

A qualificação como dano emergente depende do atingimento de bens ou direitos “...já existentes na titularidade do lesado à data da lesão”<sup>169</sup>, tratando-se, portanto, de “apurar em que medida a chance integra *qua tale* o património jurídico do lesado”<sup>170</sup>, o que pressupõe a susceptibilidade de avaliação pecuniária dificilmente conseguida através daquela teoria.

A teoria da causalidade adequada nem sempre serve para delimitar satisfatoriamente a responsabilidade em caso de “danos consecutivos ou subsequentes, na medida em que se baseia, pelo menos aparentemente, num critério quantitativo, *probabilístico* ou *estatístico*, alheio a considerações valorativas.

Entre os critérios de imputação, alternativos ou complementares à teoria da causalidade adequada, merece destaque a teoria, amplamente divulgada na doutrina e na jurisprudência, do escopo de protecção da norma... Esta teoria pretende diferenciar as consequências imputáveis das não imputáveis, não através de um critério de adequação, mas sim através de uma justificação alicerçada no escopo de protecção da norma susceptível de fundar a responsabilidade... ou, em caso da indemnização por responsabilidade contratual, no escopo de protecção dos deveres contratuais violados”<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Cfr. VARELA, Antunes, Das Obrigações em Geral, vol. I, 10.ª ed., pág. 1089.

<sup>170</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, *A Perda de Chance Revisitada*, op. cit., pág. 1311.

<sup>171</sup> FERREIRA, Rui Cardona, obra acabada de citar, pág. 1318.

Segundo Larenz, defensor desta teoria e que parece ser seguido pela maioria dos autores portugueses, “a doutrina do escopo de protecção da norma é capaz de resolver, de forma satisfatória, o problema da delimitação dos danos imputáveis à pessoa obrigada à indemnização apenas nalguns casos e não em todos”.

Porém, nem a teoria da causalidade adequada, nem a teoria da protecção da norma permitem enquadrar dogmaticamente o dano da perda de chance, “pois o funcionamento de ambas as teorias radica na prévia verificação de uma *conditio sine qua non*, a qual, por definição, se encontra ausente das situações de responsabilidade civil em apreço”<sup>172</sup>.

É certo que alguns autores têm procurado fundar o direito a indemnização pela perda de chance no âmbito de protecção normativa dos bens jurídicos lesados ou dos deveres violados. É o caso de Nils Jansen ao referir que a perda de chance “(...) transforma problemas de causalidade numa questão de avaliação de dano”, mas salientando que “(...) o elemento essencial desta ideia é normativo: ela refere-se a direitos (normas) e não a aspectos causais (factos)”<sup>173</sup>. Ou seja, segundo esta tese, trata-se de convolar a própria chance num direito, o que tem vantagem, segundo o mesmo Autor, de “(...) lidar com o nosso problema dentro dos parâmetros dos antigos conceitos da *conditio sine qua non* ..., lesão ... e prejuízos”<sup>174</sup>, evitando uma mudança radical, designadamente do critério a adoptar quanto à causalidade jurídica. Todo o fundamento da perda de chance reside no próprio Direito: “(...) a protecção das chances é importante para a protecção dos direitos finalisticamente colocados em perigo, pois em casos em que só resta uma chance, não há mais nada a perder senão a própria chance. Esta é a razão pela qual as pessoas encaram como muito importante que o Direito proteja estas chances. O Direito Privado não pode ficar aquém dessa protecção. Se a responsabilidade civil não protege vítimas contra a perda de chance, fica aquém das exigências constitucionais”<sup>175</sup>.

Na perspectiva de Gerald Mäsch, semelhante à adoptada, entre nós, por Carneiro da Frada<sup>176</sup>, a ressarcibilidade pelo dano da perda de chance encontra-se limitada às confrontações casuísticas em que o devedor esteja obrigado a preservar e promover activamente a realização da chance, não sendo de admitir na responsabilidade civil delitual, na medida em que sustenta que a indemnização pela perda de chance retira o seu fundamento de

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, pág. 1320.

<sup>173</sup> Cfr. “*The idea of a lost chance*”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, vol. 19, págs. 282 e 283, citado por Rui Cardona Ferreira, na última obra referida, pág. 1321.

<sup>174</sup> *Ibidem*, pág. 285.

<sup>175</sup> *Ibidem*, pág. 292.

<sup>176</sup> *In Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, págs. 104-105.

um dever contratual, ainda que implícito, de preservação ou de garantia da chance, cuja violação gera o dever de indemnização por um dano autónomo, distinto do dano final<sup>177</sup>.

Apreciadas as principais categorias em que é normalmente desdobrada, torna-se evidente a dificuldade em proceder à qualificação jurídica da perda de chance.

Contudo, a análise do seu surgimento e expansão permite-nos constatar que, na sua génese ou motivação funcional, a perda de chance traduz um fenómeno essencialmente idêntico em todos os seus múltiplos domínios de aplicação.

Dessa motivação funcional resulta a “fungibilidade entre a conceção da perda de chance como dano autónomo, por um lado, ou como expressão de um entendimento mais flexível a respeito do nexo de causalidade, por outro”<sup>178</sup>.

Constata-se, igualmente, que a perda de chance é tendencialmente apresentada como um dano patrimonial emergente, actual e autónomo.

Embora traduza uma motivação funcional idêntica, porque pode ser recebida de forma diversa nos ordenamentos jurídicos, não é possível a formulação de uma teoria geral da perda de chance.

No entanto, é uma figura com vida própria já sustentada por uma boa parte dos autores e em que, por toda a parte, a prudência dos tribunais, às vezes de forma hesitante ou pouco fundamentada ou mesmo contraditória, se vai adiantando ao labor científico da doutrina.

Tudo isto, apesar das vozes discordantes, designadamente dos defensores da teoria do tudo ou nada, ou das suas variantes da facilitação ou da inversão do ónus da prova.

Contra os primeiros, que negam qualquer indemnização pela chance perdida, reduzindo-a a uma questão de causalidade, na medida em que, se ela for fundada constitui uma hipótese de lucro cessante ou dano emergente, correspondendo a indemnização ao valor total da vantagem, e, se ela se traduzir em mera esperança, não consubstancia qualquer dano, basta dizer que está prevista a respectiva indemnização por normas que fazem parte do nosso ordenamento jurídico, como se referiu, e que contraria o sentimento material de justiça que impõe que se conceda uma indemnização ao lesado, sobretudo quando não consegue demonstrar o nexo causal em virtude de o agente ter tornado impossível tal prova. Trata-se de uma teoria que está pouco de acordo com as concepções actuais relativas à imperfeição do conhecimento humano, algo “arrogante” na medida em que pretende estabelecer como insofismável um facto – ou a sua não verificação – relativamente ao qual não se logra ter a

---

<sup>177</sup> Cfr. *Chance und Schadem*, Tübingen, 2004, págs. 240-248, citado por Cardona Ferreira, na última obra mencionada, pág. 1322.

<sup>178</sup> Cfr. FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance*, op. cit., pág. 119.

certeza absoluta de que ocorreu, apenas se podendo fazer um juízo de probabilidade sobre a sua ocorrência.

As técnicas da facilitação da prova, sendo utilizadas ainda no domínio da teoria do tudo ou nada, estão expostas às mesmas críticas a esta dirigidas, sendo que elas têm apenas a virtualidade de facilitar a prova do facto a quem tem o ónus de o demonstrar. Tais técnicas alteram a forma de valorar a prova, mas mantêm intocado o seu objecto que, nestes casos, é primacialmente o nexos causal, quando, na perda de chance, a probabilidade passa a ser ela mesma o objecto da prova. Estão aqui englobadas várias categorias, como sejam: a prova por presunções judiciais, admitidas nos termos do art.º 351.º do Código Civil; mecanismos semelhantes ao das presunções judiciais como o “*id quoad plerumque accdit*”, segundo o qual o que é evidente não necessita de demonstração; da prova de primeira aparência, também semelhante ao da presunção judicial; a regra da “*res ipsa loquitur*”, que assenta em evidências circunstanciais ao sustentar que, perante os específicos contornos da situação concreta e à luz da experiência e conhecimentos comuns, é possível extrair uma inferência sobre a verificação de determinada factualidade.

A regra da inversão do ónus da prova, assente na teoria da criação ou aumento do risco, baseia-se na ideia 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 da elucidação sobre a concreta eficiência causal da inobservância do dever para o dano”<sup>179</sup>. Deste modo, faz-se recair sobre a pessoa que violou o dever e causou o aumento do perigo a dificuldade sentida na apreciação do nexos causal, por ter sido ela quem criou o risco de impossibilidade de identificação de causa do dano, o que, para além de converter em formalmente certo algo que apenas é provável, sem que tal probabilidade atinja o limiar normalmente exigido para a prova de um facto, não tem consagração legal no nosso direito constituído (cfr. art.º 344.º do Código Civil).

## 5. POSIÇÃO ADOPTADA

---

<sup>179</sup> Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, págs. 352-354.

A teoria da perda de chance permite, sem dúvida, a solução justa do caso concreto, apresentando-se como uma forma eficaz de tutela antecipada dos bens jurídicos protegidos, trazendo vários benefícios.

O mais visível relaciona-se, exactamente, com uma ideia de justiça, porquanto é sabido que a capacidade do conhecimento humano é limitada e à luz da tradicional teoria da causalidade muitos lesados ficariam (como ficaram) sem indemnização por não conseguirem fazer prova do nexos causal, assim como os supostos lesantes poderiam ser condenados a pagar a totalidade dos danos sofridos pelo lesado sem que tenham contribuído, efectivamente, para eles. Neste sentido, a perda de chance vem distribuir entre ambos os riscos da incerteza<sup>180</sup> e conferir uma espécie de solução salomónica.

Acresce, ainda, uma ideia de prevenção quanto à prática de danos futuros, à semelhança da responsabilidade criminal, que não deixa de estar presente na atribuição da responsabilidade civil, ainda que em menor medida. “Tem-se dito que o suposto lesante reconhecerá mais efectivamente as consequências dos seus actos, logo, melhor prevenirá no futuro consequências nocivas, caso seja ele a suportar uma parte dos danos do lesado<sup>181</sup>. Ao invés, à luz dos padrões clássicos de imputação objectiva do tudo ou nada, o agente não teria motivo para actuar de forma a minimizar os danos já que, ou acautelaria a esperança de lhe calhar o «nada» e tenderia a relaxar o seu cuidado; ou, perante o temor de que lhe calhasse o «tudo» e a ideia de que nada poderia fazer para o evitar, seria tentado a desistir à partida de tomar qualquer cautela”.

Estes benefícios, porém, não nos podem levar a menosprezar os riscos. Eles existem, consistindo o maior em anular a própria exigência de causalidade, “pois se fizermos relevar qualquer mínima probabilidade de obter o benefício ou de evitar o prejuízo, então, o nexos causal quase desaparece. Isto porque a «distância» que separa a conduta do agente deste novo dano intermédio esvai-se, de modo que estes dois momentos consequenciais e lógicos acabam por praticamente coincidir”<sup>182</sup>. Mas daí não se pode retirar que toda e qualquer conduta ilícita e culposa seja causa de um dano de perda de chance, por ínfima que esta seja e por improvável que se anteveja a realização do benefício perdido. Por isso, para obviar a esse perigo, impõe-se uma utilização prudente, sendo de usar a teoria da perda de chance apenas

---

<sup>180</sup> Cfr. MEDINA ALCOZ, Luís, *Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades*, pág. 32.

<sup>181</sup> FISCHER, David, *Tort Recovery for Loss of a Chance*, págs. 627 e segs. e FRASCA, Ralph, *Loss of Chance Rules and Valuation of Loss of Chance Damages*, pág. 13, referidos por Vera Lúcia Raposo, in *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, pág. 53, donde foi extraída esta transcrição.

<sup>182</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, pág. 53.

quando o caso reclame uma solução mais justa em que “a probabilidade perdida se revela suficientemente relevante para que seja considerado justo que o lesado seja indenizado e que caiba ao lesante arcar com a indenização”<sup>183</sup>.

Esta utilização, necessariamente, casuística e cuidadosa é também demandada pelo respectivo direito à indenização, porquanto nem toda a chance perdida deve conferir esse direito, só o devendo conferir quando se possa reconhecer a esta uma probabilidade suficientemente relevante que permita afastá-la da mera expectativa.

Saber quando a chance é suficientemente relevante é tarefa nada fácil, apresentando-se mesmo difícil e revelando-se incerta e periclitante a jurisprudência. Enquanto alguns tribunais abdicam da determinação de uma percentagem fixa de probabilidade, outros preferem fixá-la com validade para os demais casos que não o concretamente analisado<sup>184</sup>.

Parece-nos que a definição de um número para servir por igual às demais situações da vida poderia não conseguir dar uma resposta satisfatória e justa a todas elas, pelo que não é de aceitar tal entendimento, como, aliás, não aceita a jurisprudência nacional. O “ponto de relevância” deve antes resultar de uma avaliação casuística que tenha em consideração as particularidades do caso concreto. Tal avaliação releva não só para saber se a perda de oportunidade é juridicamente relevante, mas também para efeito de cálculo da respectiva indenização. Esta não deve existir quando a dita possibilidade não seja suficientemente relevante. Isto porque “não estando certos de que o dano teria efectivamente podido não ocorrer, laboramos com meras probabilidades e não há à partida razão para o risco de tais probabilidades correr por conta do médico, a não ser que a possibilidade de sucesso seja minimamente atendível. Se, pelo contrário, for mínima, não nos parece que deva o lesado receber qualquer indenização, ainda que diminuta, como se concluiria à luz daquela outra versão da perda de chance”<sup>185</sup>. “Ou seja, uma perda considerada insignificante não deve conferir direito a indenização. Assim, caso se conclua que a possibilidade de o lesado obter o benefício ou evitar o prejuízo era de 6%, não faz sentido conferir-lhe uma indenização que corresponda a 6% do dano efectivamente sofrido, dado que neste caso não se daria por verificado o pressuposto de que a possibilidade perdida seja séria e firme”<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> *Ibidem*, pág. 54.

<sup>184</sup> Cfr. a decisão de 19/7/1991, processo n.º 371, da Corte de Cassação italiana que determinou a percentagem mínima de 30%, abaixo da qual não deverá ser atribuída indenização

<sup>185</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato Médico ao Problema Jurídico*, pág. 150, citada pela mesma autora na obra *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, pág. 39, ainda que só a propósito da responsabilidade médica, mas de aplicação geral, nesta parte.

<sup>186</sup> *Ibidem*, pág. 39.

Tratando-se de uma perda de chance relevante, por séria e real, o dano em que a mesma se consubstancia corresponde a uma perda patrimonial do lesado, constituindo a privação de um bem autónomo diferente do bem final<sup>187</sup>.

Acompanhamos, portanto, a jurisprudência e a doutrina que consagram a figura da perda de chance como um dano (actual) autónomo, “consubstanciado numa frustração irremediável, por acto ou omissão de terceiro, de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer não fosse essa omissão”<sup>188</sup> (lembra-se que, de acordo com esta nossa tese, há perda de chance, quando se perde um proveito futuro ou não se evita uma desvantagem por causa imputável a terceiro).

Segundo a nossa interpretação, com todo o respeito pelas interpretações em contrário, “as regras gerais da responsabilidade civil (especialmente quanto à existência de dano e respectivonexo causal) estarão absolutamente preenchidas quando e a partir do momento em que se entenda a frustração irrecuperável da chance como um verdadeiro e autónomo dano certo consequente a um acto ou omissão de terceiro”<sup>189</sup>.

Deste modo, tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, “a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade é admissível naquelas situações em que exista uma possibilidade real de se alcançar um determinado resultado positivo, ainda que de verificação incerta, e um comportamento de terceiro susceptível de gerar a sua responsabilidade, que elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir.”<sup>190</sup>

## 6. CRITÉRIOS DE INDEMNIZAÇÃO

Verificados os pressupostos da obrigação de indemnizar, coloca-se o problema do cálculo da correspondente indemnização.

Segundo certo entendimento, uma vez demonstrada a existência de uma chance séria de se alcançar o resultado final, a indemnização deveria corresponder ao valor global desse resultado. Foi o que considerou o STJ no seu acórdão de 22/10/2009, proferido no processo

---

<sup>187</sup> Neste sentido, Nuno Santos ROCHA., em A «Perda de Chance» como uma Nova Espécie de Dano, págs. 64 e 92 e doutrina aí citada.

<sup>188</sup> Acórdão do STJ de 30/9/2014, processo n.º 739/09.STVLSB.L1-A.DS1, a que já se aludiu.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> *Ibidem*.

n.º 409/09.4YFLSB<sup>191</sup>, que entendeu não existir motivo para atribuir uma indemnização diferente daquela que corresponderia ao dano final, porque a redução da indemnização apenas se justifica à luz do art.º 494.º do Código Civil, isto é, em caso de conduta negligente, o que não se verificava ali, visto que a conduta era dolosa, acrescentando que essa norma não permite qualquer redução da indemnização em caso de dúvida sobre o dano ou sobre o nexo causal<sup>192</sup>.

Com o devido respeito, entendemos que o dano indemnizável pela perda de chance é distinto do dano final.

Visando a perda de chance indemnizar um dano materializado numa possibilidade, não pode a indemnização conferida ser igual àquela que corresponderia ao dano efectivo ou final. Pelo contrário, ela terá que ter um montante, necessariamente, inferior, sob pena de se confundir a mera possibilidade com a sua efectividade. Assim entendeu o mesmo STJ, agora no processo n.º 1410/04.0TVLSB.L1.S1<sup>193</sup>, onde consta que “[a] vantagem em causa deve ser aferida em termos de probabilidade, reportando-se o dano de perda de chance ao valor da oportunidade perdida e não ao benefício esperado”. “Logo, não poderá nunca coincidir com o valor indemnizatório correspondente ao dano final e efectivo. É que se trata aqui de danos diferentes: num caso a mera perda de uma possibilidade, no outro um dano efectivo”<sup>194</sup>.

Partindo do pressuposto que esta indemnização visa compensar a perda de uma possibilidade, ela será tanto maior quanto mais elevada for a referida possibilidade (de evitar um prejuízo ou de obter um benefício)<sup>195</sup>.

Para o cálculo da respectiva indemnização, há que proceder da seguinte forma:

- em primeiro lugar, define-se o valor que seria atribuído ao dano final;
- de seguida, calcula-se a probabilidade de obtenção da vantagem perdida ou de evitamento do prejuízo, em regra, traduzida num valor percentual;
- por fim, calcula-se o montante indemnizatório, com base nos dois valores anteriormente obtidos<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>192</sup> Acabando por afastar qualquer indemnização por recusar a teoria da perda de chance.

<sup>193</sup> Acessível no mesmo sítio da internet.

<sup>194</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, pág. 31 e doutrina aí mencionada – BRAGA, Armando, *A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*, pág. 125 e VINEY, Geneviève/JOURDAIN, Patrice, *Traité de Droit Civil*, págs. 102-103 (ainda que, para estes dois autores a autonomia do dano de perda de chance só se terá por verificada nos casos em que a atribuição da indemnização em nada depende da probabilidade de concretização da chance perdida).

<sup>195</sup> Neste sentido, BRAGA, Armando, *A Reparação do Dano Corporal na Responsabilidade Civil Extracontratual*, pág. 125 e RAPOSO, Vera Lúcia, *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, pág. 32.

<sup>196</sup> Cfr., neste sentido, RAPOSO, Vera Lúcia, *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, pág. 35, que cita o acórdão da RL de 18/9/2012, processo n.º 2409/08.2TVLSB.L1-7, transcrevendo um trecho que ali consta como



Uma das vias de cálculo opera pela vulgarmente designada regra proporcional.

Porém, é pensável laborar com outro critério, conhecido pela regra da diferença, que opera com a redução de probabilidades operada pelo agente.

Os resultados obtidos são diferentes, consoante se opte por uma ou outra via, conduzindo a da regra da diferença a valores indemnizatórios inferiores aos obtidos segundo a regra proporcional. Por isso, e porque necessita de um elemento desconhecido por esta via de cálculo, a regra da diferença não tem tido aceitação entre nós, pelos nossos tribunais, não obstante ser mais rigorosa, sendo frequente a utilização da regra proporcional.

Já na doutrina, há quem sustente que “para efeitos do valor da chance perdida se deve recorrer a uma percentagem do dano final, calculada com base na diferença entre as probabilidades existentes antes e depois da intervenção ilícita e culposa do agente”<sup>197</sup>, sem deixar de apresentar logo críticas à regra da diferença, por permitir reduções que podem conduzir à privação total da indemnização pela perda de chance.

Na impossibilidade de determinação com rigor do grau de probabilidade e, conseqüentemente, do valor exacto do dano, o tribunal deve recorrer à equidade, nos termos do art.º 566.º, n.º 3 do Código Civil<sup>198</sup>.

## 7. CONCLUSÃO

Aqui chegados, resta afirmar, em jeito de síntese final, que a perda de chance é um instrumento privilegiado para a realização do Direito *justo*, no domínio da responsabilidade civil, a qual faz já parte do nosso ordenamento jurídico.

Apesar de se constatar alguma incerteza na doutrina e na jurisprudência nacionais quanto aos requisitos da respectiva responsabilidade, uma parte significativa de ambas, mais recente, admite a possibilidade legal de a indemnização por responsabilidade civil contratual ou extracontratual cobrir o dano consistente na perda de chance ou de oportunidade, traduzida na frustração da obtenção de uma futura vantagem (possibilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo).

---

sendo extraído da obra de Rute Pedro, “*A Responsabilidade Civil do Médico*”, pág. 230, referindo-se à dupla avaliação para o cálculo da indemnização.

<sup>197</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, pág. 37.

<sup>198</sup> Neste sentido a jurisprudência do STJ, se não unânime, pelo menos maioritária, como resulta do acórdão de 14/3/2013, processo n.º 78/09.1/VLSB:L1.S1.

Para uma boa parte, na qual nos incluímos, a probabilidade actual, e não meramente futura, de obtenção dessa vantagem patrimonial e a frustração resultante de acção ou omissão de terceiro pode, pelo menos em determinadas circunstâncias, constituir um bem jurídico digno de tutela.

Ainda que se reconheça dificuldade em considerar a autonomia da figura da perda de chance no direito português, nomeadamente por razões ligadas ao estabelecimento do nexo de causalidade, enquanto requisito da responsabilidade civil, não é caso de “rutura, mais ou menos «camuflada» com a conceção clássica da causalidade”<sup>199</sup>, sendo que a mesma, a verificar-se, não é, a nosso ver, absolutamente vedada pelo art.º 563.º do Código Civil, devendo antes ser assumida, “não em termos ilimitados ou de aplicação geral, mas em pressupostos e com limites bem definidos”<sup>200</sup>. Acontece, porém, que, nos casos de indemnização por perda de chance, não devem assimilar-se os planos do dano e da causalidade com implicação na perspectiva de excluir como dano autónomo a perda de chance, uma vez que se visa indemnizar, não a perda do resultado querido, mas antes a da oportunidade perdida como um direito em si mesmo violado por uma conduta que pode ser omissiva ou comissiva. E essa oportunidade integra já o conceito de dano, pois este tem vindo a evoluir, passando a responsabilidade civil a reparar, para além dos danos que atendem directamente contra as pessoas e o património, os danos emocionais e expectativas de interesse.

Essa flexibilização do conceito de dano que vem sendo desenvolvida permite uma maior aproximação da aplicação do direito às realidades actuais e conduz, ou deve conduzir, a que a chance ou oportunidade perdida seja merecedora de tutela do direito.

Só assim a teoria da perda de chance vigorará e contribuirá, a nosso ver, mediante a correcta análise de todos os pressupostos da obrigação de indemnizar, para a realização do Direito.

É este o nosso entendimento, com o devido respeito pelos demais, sendo, no entanto, desejável a intervenção do legislador para pôr fim a mais esta querela doutrinária e jurisprudencial.

---

<sup>199</sup> Como refere GOMES, Júlio Vieira, em *Sobre o dano da perda de chance*, op. cit., pág. 38.

<sup>200</sup> FERREIRA, Rui Cardona, *A Perda de Chance Revisitada*, op. cit., pág. 1329.

## BIBLIOGRAFIA

ALARCÃO, Rui – *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983;

ALMEIDA, Carlos Ferreira - *Contratos I – Conceitos – Fontes – Formação*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina;

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

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes - *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Anotado, Coimbra Editora;

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações* tomo II, Almedina, 2010;

- *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, tomo III, Almedina, 2010; e

- *Tratado de Direito Civil Português, II, Parte Geral - Negócio Jurídico*, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2014;

COSTA, Mário Júlio de Almeida - *Direito das Obrigações*, 12.<sup>a</sup> ed., Almedina, 2014;

COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro – *Dano de Perda de Chance e a sua Perspectiva no Direito Português, Verbo Jurídico*, in [http://verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacosta\\_danoperdachance.pdf](http://verbojuridico.net/doutrina/2011/patriciacosta_danoperdachance.pdf);

DIAS, Figueiredo e Sinde Monteiro, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, Janeiro de 1984;

DIAS, João António Álvaro - *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, 2001;

EIRÓ, Vera - *A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas públicas*, no colóquio sobre “Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades publicas”, em 5/12/2012, coordenado por Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, editado em Abril de 2013 pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, consultável em versão e-book no sítio <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes>;

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de - *Direito das obrigações*, vol. I, 1988, Almedina reimpressão de 2001;

- *Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica* em “Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos”, na Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2004;
- e *Da prova na responsabilidade civil médica – Reflexões em torno do direito alemão*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano I, 2004;
- FERREIRA, Rui Cardona – *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)*, Coimbra Editora, 1.ª edição, 2011;
- *A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*, em O Direito, ano 144.º, 2012, I;
- *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, disponível em [http://www.oa.pt.](http://www.oa.pt;);
- e *Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance*, disponível em <http://www.cej.pt>, ebook Julho de 2014;
- FRADA, Manuel A. Carneiro da – *Direito Civil, Responsabilidade Civil, O Método do Caso*, Almedina, 2.ª reimpressão, 2011;
- FREITAS, José Lebre – *A responsabilidade dos profissionais liberais – Estudos sobre direito civil e processo civil*, Coimbra Editora, Setembro de 2002;
- GASPAR, António Silva Henriques - *A responsabilidade civil do médico*, na Colectânea de Jurisprudência, ano III (1978), tomo 1;
- GOMES, Júlio Vieira – *Sobre o dano da perda de chance*, em Direito e Justiça, vol. XIX, tomo II, 2005;
- e *Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade por perda de chance*, in Cadernos de Direito Privado – II Seminário dos Cadernos de Direito Privado (“Responsabilidade Civil”), Dezembro de 2012;
- JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, reimpressão de 1995;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - *Direito das Obrigações*, vol. I, 8.ª ed., Almedina, 2009;
- MEDINA ALCOZ, Luís – *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad – Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Públicos y Privado*, Thomson – Civitas, Editorial Aranzi, 2007;

- e *Hacia una Nueva Teoria General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Perdida de Oportunidades*, in Revista de Asociación Española de Abogados en Responsabilidad Civil y Seguro, n.º 30, 2.º Trimestre, 2009;

MONGE, Cláudia - *A responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares integrados no Serviço Nacional de Saúde por atos de prestação de cuidados de saúde*, in “Novos temas da responsabilidade civil extracontractual das entidades públicas”, coordenação de Carla Amado Gomes e Miguel Assis Raimundo, edição de Abril de 2013 pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, consultável em versão e-book no sítio <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/>;

PEDRO, Rute Teixeira – *Da tutela do Doente Lesado – Breves Reflexões*, 2008, em <http://www.estig.ipbeja.pt>;

- *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coleção Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2008;

PEREIRA, André Gonçalo Dias – *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004;

PINTO, Paulo Mota - *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vols. I e II, Coimbra Editora, 2009;

RAPOSO, Vera Lúcia – *Do Ato Médico ao Problema Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2013;

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

ROCHA, Nuno Santos – *A «Perda de Chance» como uma Nova Espécie de Dano*, Almedina, 2014;

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes - *Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos*, Direito e Justiça, ano 2000, vol. XIV, tomo 3, Universidade Católica Editora;

SILVA, Manuel Duarte Gomes da - *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, I, 1944;

SOUSA. Miguel Teixeira de - *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade médica*, in Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, AAFDL, 1996;

TELLES, Inocêncio Galvão – *Direito das Obrigações*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, reimpressão de 2010;

VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2000;

VARELA, João de Matos Antunes; BEZERRA, J. Miguel e SAMPAIO e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 1985.