

Universidades Lusíada

Almeida, Ariana Alexandra da Silva, 1997-

**Perda de chance e a responsabilidade civil :
suprimento do nexo causal ou nova espécie de
dano?**

<http://hdl.handle.net/11067/6433>

Metadata

Issue Date 2022

Abstract A teoria da Perda de Chance tem sido alvo de críticas, divergências e controvérsias, pois a sua aceitação suscita diversas dúvidas quanto ao enquadramento dogmático no âmbito da responsabilidade civil. O problema, na sua base, põe-se do seguinte modo: tratar-se-á de uma nova espécie de dano ou de suprir o nexos de causalidade? Neste sentido, será analisado o instituto da responsabilidade civil, o seu conceito, as finalidades inerentes, as suas espécies, os seus pressupostos e, principalmente, o ...

The theory of Loss of Chance has been the target of criticism, divergences and controversies, because its acceptance raises several doubts regarding the dogmatic framework in the scope of civil liability, being the object of analysis the solution of this problem: whether its resolution consists in its application as a new type of damage or as a supply of the causal link. In this sense, the institute of civil liability, its concept, the inherent purposes, its species, its assumptions, namely the...

Keywords Responsabilidade (Direito) - Portugal, Danos (Direito) - Portugal, Causalidade (Direito) - Portugal

Type masterThesis

Peer Reviewed yes

Collections [ULL-FD] Dissertações

This page was automatically generated in 2023-03-24T07:01:49Z with information provided by the Repository



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

***Perda de chance e a responsabilidade civil: suprimento do
nexo causal ou nova espécie de dano?***

Realizado por:

Ariana Alexandra da Silva Almeida

Orientado por:

Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Constituição do Júri:

Presidente: Prof.^a Doutora Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e Brito
Orientador: Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González
Arguente: Prof.^a Doutora Ana Maria Correia Rodrigues Prata

Dissertação aprovada em: 29 de junho de 2022

Lisboa

2022



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

*Perda de chance e a responsabilidade civil:
suprimento do nexo causal ou nova espécie de dano?*

Dissertação Reformulada

Lisboa

Abril 2022



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

*Perda de chance e a responsabilidade civil:
suprimento do nexo causal ou nova espécie de dano?*

Ariana Alexandra da Silva Almeida

Dissertação Reformulada

Lisboa

Abril 2022

Ariana Alexandra da Silva Almeida

*Perda de chance e a responsabilidade civil:
suprimento do nexo causal ou nova espécie de dano?*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de Mestre em
Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Civilísticas

Orientador: Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo
González

Dissertação Reformulada

Lisboa

Abril 2022

FICHA TÉCNICA

Autora Ariana Alexandra da Silva Almeida

Orientador Prof. Doutor José Alberto Rodriguez Lorenzo González

Título *Perda de chance* e a responsabilidade civil: suprimento do nexu causal ou nova espécie de dano?

Local Lisboa

Ano 2022

MEDIATECA DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

ALMEIDA, Ariana Alexandra da Silva, 1997-

“Perda de chance” e a responsabilidade civil : suprimento do nexu causal ou nova espécie de dano? / Ariana Alexandra da Silva Almeida ; orientado por José Alberto Rodriguez Lorenzo González. - Lisboa : [s.n.], 2022. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - GONZÁLEZ, José A.R.L., 1965-

LCSH

1. Responsabilidade (Direito) - Portugal
2. Danos (Direito) - Portugal
3. Causalidade (Direito) - Portugal
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Liability (Law) - Portugal
2. Damages - Portugal
3. Proximate clause (Law) - Portugal
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

Agradecimentos

Em primeiro lugar, à minha mãe, ao meu irmão e aos meus avós maternos por me terem ensinado e transmitido os extraordinários valores, princípios e educação que regem a minha vida, quer a nível pessoal, quer a nível profissional, e que me guiaram até a esta etapa. Por serem uma inspiração. Por tudo o que fizeram por e para mim. Por todo o apoio, trabalho, dedicação, amor, carinho, amizade e por estarem sempre ao meu lado, acompanharem cada passo, cada decisão, cada vitória e cada fracasso. Por me ensinarem que, por mais difícil que seja, nunca se desiste.

Ao meu pai que, mesmo distante, acompanha e apoia todos os meus passos na vida e decisões.

Ao meu namorado e amigos por todo o carinho, amizade, apoio, incentivo, ajuda e paciência ao longo do tempo e durante a elaboração desta dissertação.

Ao Professor Doutor José Alberto González pela sua orientação, disponibilidade, atenção e aconselhamento, dispensados na elaboração da presente dissertação, bem como pelas suas aulas, lecionadas desde o meu primeiro ano da licenciatura, que tiveram influência no meu gosto pelas áreas de Direito Civil.

Aos técnicos da Biblioteca e Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa pela ajuda, disponibilidade e prestabilidade no envio do material solicitado e consulta de bibliografia para a elaboração da dissertação, sendo que, sem a sua ajuda e durante uma pandemia, não seria possível concretizar tal objetivo.

Resumo

A teoria da *Perda de Chance* tem sido alvo de críticas, divergências e controvérsias, pois a sua aceitação suscita diversas dúvidas quanto ao enquadramento dogmático no âmbito da responsabilidade civil. O problema, na sua base, põe-se do seguinte modo: tratar-se-á de uma nova espécie de dano ou de suprir o nexo de causalidade?

Neste sentido, será analisado o instituto da responsabilidade civil, o seu conceito, as finalidades inerentes, as suas espécies, os seus pressupostos e, principalmente, o nexo de causalidade e o dano, uma vez que são nestes que surgem as maiores divergências. Será também analisada a noção da *perda de chance*, as suas características, as condições de ressarcimento e o seu enquadramento histórico. Em seguida, serão desenvolvidas as teorias doutrinárias quanto à sua natureza jurídica.

Concluiremos que, no ordenamento jurídico português, a doutrina geralmente entende a *perda de chance* como dano autónomo, acolhendo, assim, a teoria originária, ainda que, em determinadas situações, não haja ressarcimento possível por falta de suporte jurídico.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Responsabilidade Contratual; Responsabilidade Extracontratual; Dano; Nexo de Causalidade; Perda de Chance; Mandato Forense; Responsabilidade civil Médica.

Abstract

The theory of Loss of Chance has been the target of criticism, divergences and controversies, because its acceptance raises several doubts regarding the dogmatic framework in the scope of civil liability, being the object of analysis the solution of this problem: whether its resolution consists in its application as a new type of damage or as a supply of the causal link.

In this sense, the institute of civil liability, its concept, the inherent purposes, its species, its assumptions, namely the causal link and the damage, will be examined, since it is in these that the greatest divergences arise, as well as the species of this legal institute. The notion of the Loss of Chance, its characteristics, the conditions of compensation and its historical framework will also be analyzed. Next, doctrinal theories will be developed as to their legal nature and their application, particular in the light of the theory of causality and the original theory, which, although they are distinct doctrinal positions, defend the same purpose – the reparation of damage suffered, effectively caused by the injury.

We will conclude that, in the Portuguese legal order, the doctrine accepts the Loss of Chance as autonomous damage, thus welcoming the original theory, however it is verified that, in certain situations, it is not reimbursed, because it is not legally protected in the legal framework.

Keywords: Civil Liability; Contractual Responsibility; Non-contractual liability; Damage; Causality Nexus; Loss of Chance; Forensic Mandate; Medical civil liability.

Lista de Abreviaturas

CRP - Constituição da República Portuguesa;

CC – Código Civil;

CPC – Código do Processo Civil;

EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados;

BGB – Burgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão);

RRCEEPCP – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Pessoas Coletivas Públicas;

UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado;

CE – Comunidade Europeia;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TR – Tribunal da Relação;

TA – Tribunal Administrativo;

Cfr. – Confronte;

Cit. – Citado;

Proc. – Processo;

Pág. – Página;

N.º - Número;

ss. – Seguintes;

Vol. – Volume;

Art. – Artigo.

Índice

Agradecimentos

Resumo

Lista de Abreviaturas

1. Introdução	pág. 11
2. Breve referência à Responsabilidade Civil	
2.1. Conceito e finalidades	pág. 14
2.2. Espécies	pág. 18
2.3. Pressupostos e a sua análise geral	pág. 23
2.4. Indemnização: finalidade, natureza e objeto	pág. 26
3. O Dano: Conceito e classificações	pág. 31
4. Nexo Causal	
4.1. Enquadramento geral	pág. 36
4.2. Prova do nexo de causalidade	pág. 42
5. "Perda de chance": Noção	pág. 46
6. Contexto histórico: origem e evolução da teoria da "Perda de Chance"	pág. 49
6.1 Primórdios: Estado Liberal	pág. 50
6.2 Evolução e consagração: séc. XX	pág. 53
7. A Chance:	
7.1. Características	pág. 57
7.2. Condições de aplicabilidade	pág. 60
8. Problema do enquadramento dogmático da "Perda de chance"	pág. 63
8.1. "Perda de Chance" enquanto nexo causal:	
8.1.1. Teoria Falsa ou da causalidade parcial	pág. 66

8.1.2. Críticas à aplicação da teoria da Causalidade Parcial - Teoria Divisionista e Teoria Unitária _____	pág. 70
8.2. "Perda de Chance" enquanto dano autónomo:	
8.2.1. Teoria Originária _____	pág. 72
9. Âmbito de aplicação da figura Perda de chance _____	pág. 75
9.1. Perda de Chance Processual _____	pág. 78
9.2. Perda de Chance de Cura ou Sobrevivência _____	pág. 84
10. Conclusão e posição adotada _____	pág. 89
Bibliografia _____	pág. 91

I. Doutrina;

II. Jurisprudência.

1. Introdução

O apelo à figura da *Perte de Chance* surge no ordenamento jurídico francês com base numa decisão judicial proferida pelo *Cour de Cassation* ¹ [Cass. req., 17 juillet 1889] condenando um *officier ministériel* ao pagamento de uma indemnização com fundamento na perda de oportunidade de ganhar uma ação judicial devido ao seu comportamento negligente (impeditivo da tramitação normal do processo). Nesta sentença, o tribunal definiu critérios de aplicação da presente figura: i. o dano deve ser certo e direto (ainda que se considere igualmente certo se houver uma probabilidade suficiente de dano); ii. deve ser indemnizável; iii. e a (perda de) oportunidade deve ser realista. No tocante ao ressarcimento, a indemnização não deve ser superior ou igual à vantagem que teria sido obtida caso o evento tivesse ocorrido.

Designa-se como perda de oportunidade toda a “*perda de possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável*” ². A *chance* corresponde à possibilidade de determinado evento ocorrer, de forma hipotética, mas com uma alta ou considerável probabilidade.

Diversos ordenamentos jurídicos, assim como várias organizações internacionais acolheram e aplicaram a ideia. A União Europeia reconheceu-a através da Diretiva 92/13/CE, aprovada pelo Conselho da União Europeia (artigo 2.º, n.º 7).

Embora não sendo exatamente recente, a figura da perda de chance continua a despertar divergências e controvérsias na doutrina e na jurisprudência, uma vez que, embora nominalmente reconhecida, a sua aplicação tem sido alvo de diversas críticas, controvérsias e divergências, quer doutrinárias, quer jurisprudenciais. Os problemas suscitados colocam-se nos âmbitos teórico, conceptual e prático. Para lhes dar solução, muitos entendem-na como uma categoria autónoma de dano autónomo (teoria originária); outros como mero suprimento do nexo de causalidade (teoria da causalidade).

No ordenamento jurídico português, a jurisprudência tem acolhido a ideia de perda de chance enquanto, sobretudo, uma nova espécie de dano nos casos relacionados com a

¹ Isto não obstante o disposto no artigo 1112 do Código Civil francês (“En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, *ni la perte de chance d'obtenir ces avantages*” – itálico nosso).

² ROCHA, Nuno Santos, *A “Perda de Chance” como uma nova espécie de dano*, Almedina, 2015, pág.19.

responsabilidade civil dos advogados por atos próprios da sua profissão ³. Já, ao invés, esta perspectiva não tem sido tão frequentemente atendida nos casos de responsabilidade civil médica, embora devido, na maioria dos casos, à falta de prova do nexo de causalidade. Os tribunais portugueses também têm aceiteado o pagamento de uma indemnização com fundamento na perda de chance nos casos de concursos profissionais, conforme consta no acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte (de 11 de Outubro de 2013), em matéria de contratação pública, com fundamento na perda de oportunidade, possibilidade ou chance de progredir na carreira ou de obter certo emprego.

O instituto da responsabilidade civil põe obstáculos à aplicação da teoria da perda de chance devido ao problema inerente à demonstração do nexo de causalidade e do grau de incerteza e dúvida.

A perda de chance tem sido reconhecida como um instrumento privilegiado que auxilia a realização de um Direito justo, no domínio da responsabilidade civil ⁴.

Neste sentido, para melhor entendimento da figura e para solucionar questões relacionadas com o seu enquadramento dogmático, é necessário analisar o instituto jurídico da responsabilidade civil (conceito, finalidades inerentes, espécies e pressupostos).

Em seguida, será analisada e desenvolvida a noção da figura perda de chance, as suas características e o seu enquadramento histórico. Ante tal figura, serão também desenvolvidas as teorias quanto à sua natureza jurídica.

Posteriormente, será objeto de análise a aplicação da presente figura nos casos de responsabilidade civil do mandatário judicial (perda de chance processual) e nos casos de responsabilidade civil médica (perda de chance de cura ou sobrevivência), no âmbito doutrinal e jurisprudencial.

³ Cfr., por último, o acórdão de uniformização de jurisprudência do STJ n.º 2/2022, DR n.º 18, Série 1, de 26/01/2022.

⁴ O acórdão do STJ, Proc. N.º 824/06.5TVLSB.L2.S1, de 1 de Julho de 2014, consagra no seu sumário que “a figura da “perda de chance” 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 como função sancionatória e 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 de responsabilidade civil”.

Apesar das dúvidas relativas à coerência conceptual e inerentes ao estabelecimento do nexó causal, parece ser dominante o entendimento segundo o qual a figura em análise retrata um dano emergente, patrimonial e autónomo.

Concluiremos que, embora existam posições doutrinárias distintas, na prática jurisprudencial, tem sido acolhida e aceite a atribuição de uma reparação da presente figura, quer de forma integral, caso se entenda que a perda de chance é um dano autónomo, quer parcialmente, caso se aplique como porção do dano final, isto é, como um suprimento do nexó de causalidade.

2. Breve referência à responsabilidade civil

2.1 Conceito e finalidades

No sentido ontológico, o termo responsabilidade tem subjacente duas realidades distintas entre si, a liberdade individual e a causalidade. Para Inês Fernandes Godinho, a responsabilidade, enquanto conceito, corresponde a *"um dos pilares do que representa um diálogo ininterrupto entre a filosofia e as ciências humanas, paradigmaticamente, o direito civil e o direito penal."*⁵.

Pessoa Jorge define responsabilidade como a *"ideia geral de responder ou prestar contas pelos próprios atos, a qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a suscetibilidade de imputar, dum ponto de vista ético lato sensu, determinado ato e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento."*⁶.

Neste sentido, através da análise fundamental do livre-arbítrio do agente, determina-se se a sua conduta é objeto de censura ou reprovação, através da subsunção jurídica do dano no quadro legal e, conseqüentemente, a sua imputação mediante à aplicação da obrigação de indemnizar o lesado⁷. Perante esta situação, desencadeia-se a aplicação do instituto jurídico da responsabilidade civil.

Embora *a priori* confundidas quanto à sua génese, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal distinguem-se pelo seu campo de aplicação. Enquanto naquela o lesado tem o direito de obter a reparação do dano causado pelo lesante, por via de uma ação privada, na responsabilidade penal, censura-se uma conduta mediante a intervenção de uma autoridade pública e de uma ação pública⁸.

⁵ GODINHO, Inês Fernandes, *Responsabilidade Civil e a responsabilidade penal: entre o diálogo e o silêncio (ou a justiça restaurativa como ponto de encontro)*, Parte I, Revista da Faculdade de Direito, da Universidade Lusófona, pág.2.

⁶ JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaios sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra Almedina, 1999, p. 34.

⁷ É necessário *"situar juridicamente o dano e da sua imputação através da obrigação de indemnizar"* FRADA, Manuel A. Carneiro, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O método do caso*, Almedina, 2011, pág. 60.

⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ªEdição, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 526.

A responsabilidade civil consistirá, assim, na "*necessidade imposta a quem transgredir as suas obrigações, adotando um comportamento diverso do que lhe era prescrito, e por tal forma causa prejuízo ao titular do correspondente interesse tutelado pela ordem jurídica, de colocar à sua custa o ofendido no estado em que ele se encontraria se não fosse a lesão sofrida.*"⁹. Ela pressupõe um dano e visa, por isso, "*obrigar terceiro a proceder à reparação*"¹⁰. Tem como questão fulcral "*saber quando e em que termos alguém deve indemnizar um dano sofrido por outrem*"¹¹. E, nesta medida, é uma "*fonte de obrigações*"¹².

A responsabilidade civil desdobra-se em uma de três modalidades: na prática de um facto ilícito ou delito que tenha como consequência ou resultado a produção de um dano; na ocorrência de um dano que o quadro legal determine o seu suporte por pessoa diferente àquele que sofreu inicialmente; ou na faculdade de carácter legal de uma pessoa poder provocar danos na esfera jurídica de outrem, mas, não obstante, de *a posteriori* ter de compensar, de forma total ou parcial¹³.

Não obstante, cabe "*à ordem jurídica estabilizar as 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 o prius em relação àquelas)*"¹⁴.

⁹ ANDRADE, MANUEL, *Teoria da Relação Jurídica*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, págs. 126 a 127

¹⁰ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Volume II, Direito das Obrigações*, Quid Juris, 2012, pág. 161

¹¹ FRADA, Manuel A. Carneiro, *obra citada*, pág. 61.

¹² LEITÃO, Luís Manuel de Teles Menezes, *Direito das Obrigações, Vol. I, Introdução da constituição das obrigações*, 15ª Edição, Almedina, 2018, pág. 279.

¹³ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português: II Direito das Obrigações Tomo III Gestão de Negócios Enriquecimento sem causa Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2010, pág. 288.

¹⁴ DA FRADA, Manuel A. Carneiro, *obra citada*, pág. 60.

No quadro histórico, a responsabilidade civil surge com base na vingança privada em que ao lesado se concedia legitimidade até para, eventualmente, infligir a morte ao autor do dano ¹⁵. Mais tarde, permitiu-se ao lesado provocar um dano ao autor de igual medida àquele que tivesse sofrido na sua esfera jurídica. Só com o decurso do tempo, este paradigma sofreu alterações tornando-se a compensação pelo dano sofrido, através da imposição do pagamento de uma indemnização, como o modo normal de atuação da responsabilidade civil. É essa a solução para que aponta a *Lex Aquilia* (287 a.C.), normalmente entendida como o seu principal alicerce histórico. É também com assento nela que desponta a ideia de culpa para fundar a responsabilização civil.

Durante o séc. V. a.C., considerou-se a Lei das XII Tábuas como “*o marco da modificação da fase facultativa da aplicação da responsabilidade civil para a fase obrigatória, uma vez que a vítima passou a ser obrigada a aceitar a condenação imposta ao ofensor e a renunciar, assim, à vingança privada.*” ¹⁶.

Não apresentando o carácter de exceção que caracteriza a responsabilidade penal, a responsabilidade civil assenta, todavia, na ideia de que “*em princípio o dano fica com quem sofre. Para que esse o possa repercutir sobre o autor é necessário um fundamento*” ¹⁷.

De acordo com o princípio *ubi commoda, ibi incommoda* ¹⁸, o lesado tem o ónus de responsabilizar terceiro pela ocorrência de algum dano ou prejuízo à sua pessoa ou ao seu património quando, para tanto, exista um título que autorize essa imputação. Conforme decorre do preceito legal contido no artigo 562.º CC, a responsabilização civil confere ao lesado o direito de assacar a lesão sofrida a terceiro (autor do dano) para que a este se imponha o dever

¹⁵ “*A dogmática da responsabilidade civil é, toda ela, infletida pelo fenómeno da sua expansão. No Direito romano, ela principiara por ocupar as ilhas isoladas no universo das XII Tábuas: os diversos delicta aí previstos. Mais tarde, a matéria foi sendo alargada, cabendo referir o papel emblemático da lex aquilia, no séc. III a.C.*”. CORDEIRO, António Menezes, obra citada, pág. 409.

¹⁶ FERREIRA, Rafael Pereira, *A responsabilidade civil pela perda de chance e sua aplicação no ordenamento jurídico português*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, pág. 10.

¹⁷ MONTEIRO, Jorge Sinde, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, artigo em Revista Científica Nacional da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano 2 (2005), pág. 353.

¹⁸ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Volume II, Direito das Obrigações*, Quid Juris, 2012, pág. 160.

de “reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”¹⁹.

Para além da sua função ressarcitória, a responsabilidade civil também pode, diz-se, desempenhar uma função punitiva. Contudo, “*se a responsabilidade civil tivesse finalidade punitiva, por mínima que fosse, a distinção entre conduta negligente e conduta dolosa deveria ter importância transcendental, dado que esta merece claramente maior censura do que aquela e, portanto, deveria ser mais severamente castigada*”²⁰. Acresce que, embora o preceito legal estatuído no artigo 494º, C.C., admita a possibilidade da fixação da indemnização “*em montante inferior ao que corresponderia aos danos causado*”, “*não prova o carácter penalizador da responsabilidade civil*”²¹.

Desta forma, “*ao contrário da responsabilidade criminal, na qual, através v.g. da punição da tentativa, também se penalizam condutas muitas vezes independentemente do resultado das mesmas, a responsabilidade civil não serve para punir comportamentos mais ou menos censuráveis. Ela vale unicamente para transferir do afetado para o lesante as consequências, máxime as patrimoniais, da lesão produzida*”²².

¹⁹ FERREIRA, Rafael Pereira, *A Responsabilidade Civil pela Perda de Chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico português*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, pág. 10.

²⁰ GONZÁLEZ, José Alberto, *obra citada*, pág. 161.

²¹ GONZÁLEZ, José Alberto, *obra citada*, pág. 161.

²² GONZÁLEZ, José Alberto, *obra citada*, pág. 162.

2.2. Espécies

De acordo com os seus pressupostos, o instituto jurídico da responsabilidade civil classifica-se em dois grandes grupos “*não inteiramente lógicos e que requerem um tratamento mais detido; os equivalem à responsabilidade obrigacional e à aquiliana*”²³. Ou seja, nele se enquadram duas modalidades elementares: a responsabilidade contratual ou obrigacional, prevista entre os artigos 798.º a 812.º CC, e a responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana, regulada entre os artigos 483.º a 510.º CC. Enquanto a primeira modalidade surge com a *lex* Tábua III, a segunda eclode com a *lex aquilia de damno*. Apesar de ser este o entendimento da doutrina maioritária, alguns autores defendem uma teoria unitária, que critica a dicotomia ao abrigo do entendimento segundo o qual “*toda a responsabilidade é uma reação provocada pela infração de um dever preexistente, derivado de qualquer fator social capaz de criar normas de conduta.*”²⁴.

A responsabilidade civil contratual pressupõe a existência de uma relação jurídica prévia e que a pessoa tida como devedora nessa relação não cumpra a obrigação para ela daí resultante²⁵, supondo que esse inadimplemento lhe seja imputável²⁶. O preceito legal contido no artigo 799.º CC²⁷, estabelece uma presunção legal de culpa contra o devedor²⁸, pelo que

²³ CORDEIRO, António Menezes, “*Tratado de Direito Civil, Vol. VIII, Direito das obrigações – gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*”, Almedina, 2017.

²⁴ FERREIRA, Rafael Pereira, *A Responsabilidade Civil pela Perda de Chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico português*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, pág. 11.

²⁵ Este instituto jurídico tem como elemento fulcral a constituição de uma obrigação, através de um contrato e o seu inadimplemento, de forma ilícita, ou seja, a não execução da prestação acordada, criando, assim, o dever jurídico do pagamento de uma quantia pecuniária – a indemnização – ou a restituição natural do dano.

²⁶ Ou seja, “*intervém perante a inobservância, pelo devedor, de uma obrigação*” CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 388.

²⁷ “1. Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.” Citando José Alberto González, “*ao contrário do que se estabelece em matéria de responsabilidade civil aquiliana, em que, em geral incumbe ao lesado provar a culpa do autor da lesão (artigo 487.º, n.º1), para efeitos de responsabilidade contratual seguiu-se o princípio exatamente inverso: presume-se a culpa do devedor, cabendo-lhe assim, nos termos gerais do n.º1 do artigo 344.º, demonstrar que a falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso não lhe é imputável.*”. González, José Alberto, *obra citada*, pág. 613.

²⁸ O acórdão do STJ, Proc. N.º 079896, de 26 de Setembro de 1991, relata no seu sumário que “*no campo da responsabilidade contratual vigora, nos termos do artigo 799 do Código Civil, uma presunção legal, ainda que ilidível, da culpa do devedor.*”.

sobre este recai o ónus de provar que o não cumprimento ou o seu cumprimento defeituoso não lhe é assacável²⁹.

Conforme estatui o acórdão do STJ, Proc. N.º 5492/04.6TVLSB.L1.S1, de 13 de Julho de 2010, *“a lei só presume a culpa do devedor depois de demonstrado o não cumprimento da prestação a que estava vinculado, competindo-lhe, então, o ónus da prova de que esse incumprimento objetivo não derivou de culpa sua, que foi cauteloso e usou do devido zelo, em face das circunstâncias concretas do caso, tal como faria uma pessoa, normalmente, dirigente, sob pena de não lograr ilidir a presunção de culpa que sobre ele impende”*.

Diferentemente, a responsabilidade civil extracontratual resulta da violação ilícita e culposa de direitos alheios ou de um interesse tutelado, não sendo necessário, para o efeito, a demonstração da existência de uma relação prévia. Este ato antijurídico e censurável origina, por si só, uma relação jurídica de carácter obrigacional ao suscitar o dever de indemnização. Desta forma, *“a responsabilidade do agente pressupõe um juízo moral da sua conduta, que leve a efetuar uma censura ao seu comportamento”*³⁰.

Apesar de não estar enunciada no artigo 483.º CC, autores há³¹ a sustentar que a ilicitude pode também resultar do exercício abusivo de um direito (artigo 334.º CC).

Embora o Código Civil distinga ambas as modalidades de responsabilidade civil através do seu diferente enquadramento legal, *“acaba por aceitar implicitamente, para o essencial, a similitude entre ambas, pois o efeito básico associado a ambas as espécies – a saber, a obrigação de indemnizar – está disciplinado de forma unitária nos seus artigos 562.º a 572.º”*³².

²⁹ *“A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”* (vide artigo 342.º, n.º 2, CC), v.g. o acórdão do TR do Porto, Proc. N.º 996/11.7TBPRD.P2, de 21 de Janeiro de 2014 aplica o artigo mencionado, afirmando que *“tal alegação de prova, como decorre do artigo 342.º, n.º 2, do C. Civil, competia e foi feita pelo réu, autor da causa real, já que a relevância negativa (afastamento da sua responsabilização), daquela causa virtual é um facto impeditivo do direito de indemnização pelo concreto dano invocado pelo autor (cfr. Neste sentido, Antunes Varela, obra citada, pág. 830).”*.

³⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, obra citada, pág. 279.

³¹ Matos, Filipe Albuquerque, *Ilicitude extracontratual (Breves Notas)*, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Centro de Estudos Judiciários, Outubro 2018, pág. 11.

³² GONZÁLEZ, José Alberto, obra citada, pág. 161.

Ante as duas modalidades, Pessoa Jorge aponta diferenças que as distinguem, designadamente³³: a presunção de culpa instituída contra o devedor (obrigado à indemnização) na responsabilidade contratual (*vide* artigo 799.º CC); a existência de solidariedade delitual, perante uma situação de pluralidade de sujeitos passivos, estatuída pelo artigo 497.º CC, não aplicável no âmbito da responsabilidade contratual, salvo se a natureza da obrigação violada for solidária; e por último, a diferença relativa à competência territorial dos tribunais, conforme plasmado no artigo 71.º C.P.C.³⁴.

Para Menezes Cordeiro, a responsabilidade contratual ou obrigacional visa “*assegurar e prolongar a função do contrato, assente na criação e na circulação da riqueza*”³⁵ e a responsabilidade aquiliana ou extracontratual tem como fim tutelar “*a função dos direitos subjetivos (maxime, a propriedade), assente na defesa da riqueza já obtida.*”³⁶.

Ao abrigo da responsabilidade extracontratual, distingue-se a responsabilidade fundada na culpa daquela que independe de culpa.

Para proceder a essa distinção, importa salientar que a culpa, considerada pelos clássicos civilísticas como a *faute* napoleónica³⁷, “*consiste num juízo de censurabilidade, de reprovabilidade, de que a conduta de certa pessoa é suscetível por, na sua execução, ter revelado certa atitude comportamental quando podia e devia ter revelado outra.*”³⁸.

³³ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 389.

³⁴ “*A ação destinada a exigir o cumprimento das obrigações, a indemnização pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso e a resolução do contrato por falta de cumprimento é proposta no tribunal do domicílio do réu, podendo o credor optar pelo tribunal do lugar em que a obrigação deveria ser cumprida, quando o réu seja pessoa coletiva ou quando, situando-se o domicílio do credor na área metropolitana de Lisboa ou do Porto, o réu tenha domicílio na mesma área metropolitana.*” (*vide* artigo 71.º, n.º 1, CPC), enquanto na responsabilidade por factos ilícitos, extracontratual, “*o tribunal competente é o correspondente ao domicílio onde o facto ocorreu.*” (*vide* artigo 71.º, n.º 2, CPC).

³⁵ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 391.

³⁶ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 391.

³⁷ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 392.

³⁸ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Volume II, Direito das Obrigações*, Quid Juris, 2012, pág. 164.

A ação judicial com fundamento em responsabilidade civil a título objetivo ³⁹, isto é, sem culpa relevante ou necessária (n.º 2, artigo 483.º CC), apenas depende de que a conduta tenha causado o dano – nexos de causalidade.

Quanto à responsabilidade pelo sacrifício ou por factos lícitos, ela *“implica a prática de um ato voluntário que, apesar de danoso, o Direito admite, mercê das circunstâncias em que seja levada a cabo. Apesar da ilicitude, ela pode originar um dever de indemnizar”* ⁴⁰.

Para além destas modalidades, como uma terceira via, acresce a chamada responsabilidade pré-contratual ou por culpa *in contrahendo*, estabelecida pelo artigo 227.º CC, aplicável quando ocorra uma transgressão de deveres na contratação, *“independentemente de daqui resultar um contrato e independentemente desse eventual contrato ser válido ou inválido”* ⁴¹.

Neste enquadramento, de acordo com o sumário constante no acórdão do STJ, Proc. N.º 3407/15.5T8BRG.G1.S2., de 6 de Dezembro de 2018, *“só existe responsabilidade pré-contratual quando no decurso das negociações preliminares uma das partes assumiu um comportamento que razoavelmente criou na outra parte a convicção de que o contrato se formaria, assim a predispondo a ações ou omissões que não teria adotado se não tivesse aquela conclusão como certa.”* e acresce que *“o n.º1 do artigo 227.º CC refere-se, sucessivamente, à observância das regras da boa-fé, tanto nos preliminares (fase negociatória) como na formação (fase decisória) do contrato.”* Quanto aos danos daí resultantes, o acórdão estabelece que *“os danos ressarcíveis por culpa in contrahendo demonstram que a responsabilidade pré-contratual por rutura das negociações preparatórias atua nos limites do interesse negativo (dano de confiança), em vez de connexionar-se com o interesse positivo (dano de cumprimento)”*.

Neste sentido, também o acórdão do STJ, Proc. N.º 08B3301, de 22 de Janeiro de 2009, estabelece no seu sumário que *“a responsabilidade pré-contratual (culpa in contrahendo), prevista no n.º1 artigo 227.º CC, assenta num conceito determinado – o conceito da boa fé – e*

³⁹ A responsabilidade objetiva tem como modalidades a responsabilidade pelo risco, fundada na criação e realização de perigos (Vide artigos 483.º, n.º 2 e 502.º a 510.º, CC) e a responsabilidade pelos factos ilícitos, que se aplica nos casos legalmente previstos, v.g. artigo 339.º, n.º 2. O artigo 499.º reporta para o regime legal da responsabilidade por factos ilícitos *“na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário”*.

⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 406.

⁴¹ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Volume I, Parte Geral*, Quid Juris, 2011, pág. 279.

tem lugar quando, na fase preparatória de um contrato, as partes, ou alguma delas, não observam certos deveres de atuação – deveres de proteção, informação, de lealdade, e outros – que sobre elas impendem.” e que esta modalidade de responsabilidade civil, em termos gerais, “significa que a autonomia privada é conferida dentro de certos limites e sob as valorações próprias do Direito, sendo ilegítimos os comportamentos que, desviando-se da procura honesta e correta de um eventual consenso contratual, venham causar danos a outrem, bem como os comportamentos pré-contratuais que inculquem, na contraparte, uma ideia distorcida sobre a realidade contratual.”.

2.3. Pressupostos e análise geral

De acordo com o princípio geral do instituto da responsabilidade civil, previsto no artigo 483.º, C.C., *“aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger os interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”*.

Da análise do presente preceito legal, verifica-se que, para a concessão de uma indemnização, resultante do dano sofrido pelo lesado ⁴², é necessário verificar a existência dos seguintes pressupostos: a violação ilícita de um direito ou interesse alheio, ou seja, uma conduta lesiva; a sua ilicitude; a culpa do agente; o dano; e, por fim, o nexo causal entre a conduta e a lesão causada⁴³.

Neste sentido, o acórdão do STJ, Proc. N.º 15385/15.6T8LRS.L1.S1, de 17 de Outubro de 2019, relata, no seu sumário, que *“o elemento básico da responsabilidade é o facto do agente – um facto dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana – pois só quanto a factos dessa índole têm cabimento a ideia da ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar um dano nos termos em que a lei a impõe, mas, fundamental na responsabilidade por factos ilícitos, por culpa, além da ilicitude (elemento objetivo, o autor agiu objetivamente mal), mas é essencial concluir que a conduta do lesante se pode considerar reprovável, censurável”*.

No Direito Romano, não se suscitou a questão dos pressupostos da responsabilidade civil, pois, *“cada delictum era autossuficiente, abrangendo, logo pela sua designação que estaria próxima da linguagem comum, todos os elementos cuja verificação desencadeava as consequências da lei (...) na lex aquilia, como vimos, a matéria ganhou outra dimensão, uma vez que se recorria a elementos genéricos, como a iniuria. E ao longo da História, a matéria foi-se densificando, com o radicar da culpa e, mais tarde, com a técnica analítica introduzida por Jhering e divulgada pelo BGB”* ⁴⁴.

⁴² Obrigação de indemnizar resultante do regime estabelecido nos artigos 483.º a 563.º, CC.

⁴³ O acórdão do TR de Coimbra, Proc. N.º 298/10.6TBAGN.C1, de 19 de Dezembro de 2012, relata no seu sumário que *“tal como na responsabilidade extracontratual ou delitual, na responsabilidade contratual são quatro os pressupostos: o facto ilícito (constituído pela omissão do zelo exigível), a culpa (que aqui se presume – art. 799.º/1, C.C.), o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.”*

⁴⁴ CORDEIRO, António Menezes, obra citada, pág. 429.

Desde logo, para a aplicação do presente instituto, é necessário que ocorra um facto assacável à autoria de um sujeito, bastando, portanto, que “*exista uma conduta que lhe possa ser imputada em virtude de estar sob controle da sua vontade*”⁴⁵. Assim, excluem-se do âmbito da responsabilidade civil os factos naturais que têm como resultado a produção de danos (v.g. catástrofes naturais).

O facto do agente pode traduzir-se numa ação ou numa omissão⁴⁶. No caso de ação, “*a imputação da conduta ao agente apresenta-se como simples (...) no caso da omissão essa imputação ao agente exige algo mais: a sua oneração com um dever específico de praticar o ato omitido (...) daí que para alguém ser responsável por omissão pelos danos sofridos por outrem se exija, para além dos outros pressupostos da responsabilidade delitual, um dever específico, que torne um particular sujeito garante de não ocorrência desses danos*”⁴⁷. O dever específico de garante resulta, nos termos do artigo 486.º CC, de um contrato ou de disposição legal (v.g. artigo 492.º CC).

Para o agente ser responsabilizado pelo facto, este deve revestir um carácter ilícito⁴⁸. A ilicitude corresponde à antijuridicidade. No domínio da responsabilidade extracontratual, a ilicitude consiste na violação de um direito de outrem ou interesse tutelado legalmente (*vide* artigo 483.º, n.º 1, CC). Na responsabilidade contratual, a ilicitude provém do inadimplemento do contrato, conforme resulta do artigo 798.º CC⁴⁹.

O requisito da ilicitude pressupõe “*uma avaliação do comportamento do agente.*”⁵⁰. Neste sentido, considera-se que “*a lesão de bens jurídicos só é imediatamente constitutiva de ilicitude no caso de o agente ter atuado com dolo (...) no caso de atuações meramente negligentes não se mostra suficiente a simples lesão de bens jurídicos, tendo de lhe acrescer a*

⁴⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *obra citada*, pág. 283.

⁴⁶ “*As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente de outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido*” (*vide* artigo 486.º, CC).

⁴⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *obra citada*, pág. 284.

⁴⁸ “*O facto voluntário que lesa interesses alheios só obriga a reparação havendo ilicitude – que consiste na infração de um dever jurídico*”. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Almedina, pág. 561.

⁴⁹ “*O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.*” (*vide* artigo 798.º, CC).

⁵⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *obra citada*, pág. 288.

violação do dever objetivo de cuidado por parte do agente”⁵¹. Acresce que, ao abrigo deste pressuposto, “o lesado interessado deve, sim, alegar e provar todos os elementos materiais, objetivos ou subjetivos, que permitirão depois, ao juiz, pronunciar-se no sentido da ilicitude”⁵².

A conduta deve também ser culposa. Pessoa Jorge entende a culpa como uma imputação a nível psicológico do ato ou facto ao agente. Pergunta-se, portanto, se o ato foi dominado e controlado pela sua vontade. Citando José Alberto González, a culpa “consiste num juízo de censurabilidade, de reprovabilidade, de que a conduta de certa pessoa é suscetível por, na sua execução, ter revelado certa atitude comportamental quando podia e devia ter revelado outra”⁵³. Neste sentido, a culpa representa “um desvalor atribuído pela ordem jurídica ao facto voluntário do agente, que é visto como axiologicamente reprovável.”⁵⁴.

Apesar desta sistematização tradicional e clássica, há quem entenda que a teoria finalista da ação “fornece uma perspetiva assaz mais satisfatória”⁵⁵ quanto à natureza dos elementos dolo e negligência, assim como quanto ao estabelecimento donexo causal. Com efeito, de acordo com esta teoria, o dolo e a negligência caracterizam a ação, ou seja, a conduta lesiva do agente. E, por isso, faltando algum deles, inexistente ação.

No que concerne à responsabilidade civil por perda de chance, é indispensável analisar especificamente dois destes pressupostos: o dano e o nexode causalidade, sendo objeto de desenvolvimento nos capítulos seguintes.

⁵¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *obra citada*, pág. 288.

⁵² CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 457.

⁵³ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Volume II, Direito das Obrigações*, Quid Juris, 2012, pág. 164.

⁵⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *obra citada*, pág. 309.

⁵⁵ GONZÁLEZ, José Alberto, *obra citada*, pág. 165.

2.4. Indemnização: finalidade, natureza e objeto

Tida como uma figura autónoma entre as modalidades especiais de obrigações, constantes no Código Civil, a obrigação de indemnização, regulada nos seus artigos 562.º e seguintes, constitui uma obrigação autónoma “*em virtude de possuir uma fonte específica (a imputação de um dano a outrem), ter um conteúdo próprio (prestação de equivalente ao dano sofrido) e um particular interesse do credor (a eliminação do dano que sofreu)*”⁵⁶. A obrigação de indemnizar resulta tanto de situações de inadimplemento contratual (*vide* artigo 798.º), como de cumprimento defeituoso (v.g. artigo 1218.º e seguintes ou artigo 913.º e seguintes do CC), como ainda da ilicitude extracontratual, pelo que “*quando a obrigação de indemnização deriva da prática de um facto culposo violador de um direito subjetivo ou de um diverso interesse alheio legalmente protegido (artigo 483.º), ou resulta de situações de responsabilidade objetiva ou pelo risco (ex.: artigos 500.º e seguintes), ou mesmo de comportamentos lícitos danosos (ex.: artigos 339.º, n.º 2, 1322.º, n.º 1, e 1561.º, n.º 1).*”⁵⁷.

No sentido etimológico, a indemnização é a “*causa ou o efeito de indemnizar, isto é, de tomar indemne (in + damno), ou seja, sem dano*”⁵⁸. Desta forma, surge “*como um vínculo estruturalmente creditício*”⁵⁹.

Segundo o preceito legal contido no artigo 566.º, CC⁶⁰, a presente figura visa proceder à reconstituição natural (*in natura*) ou à retribuição em quantia pecuniária, sendo que a primeira se destina à “*reposição da situação ao lesado no estado natural que mais próximo possível estiver daquele que existia antes de o dano se ter sucedido.*”⁶¹, enquanto a retribuição em dinheiro tem como finalidade compensar, de forma monetária, o lesado⁶².

⁵⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *obra citada*, pág. 401.

⁵⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 7ª Edição, Revista e Atualizada, Almedina, 2018, pág. 139.

⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, Vol. VIII, Direito das Obrigações*, Almedina, 2017, pág.721.

⁵⁹ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 721.

⁶⁰ É necessário ter em conta, desde logo, o princípio geral da obrigação de indemnizar, consagrada no artigo 562.º, CC, “*Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.*”

⁶¹ GONZÁLEZ, José Alberto, *obra citada*, págs. 326 a 327.

⁶² Importa mencionar que “*nem o lesado tem o direito de escolher a forma de indemnização que mais lhe convier (não se podendo qualificar a correspondente obrigação, portanto, como alternativa), nem o autor do dano se*

O preceito legal inserido no artigo 565.º, CC, estabelece o princípio geral da reconstituição natural. Pelo que, assim sendo, a retribuição pecuniária adquire carácter subsidiário, a ela se recorrendo somente quando a reconstituição natural seja irrealizável de forma material ou jurídica, seja inapta à reparação total do dano e/ou excessivamente penosa para o devedor (isto é, praticamente inviável)⁶³. Para além destas modalidades, a indemnização pode ser ainda específica, “quando a respetiva prestação implique a entrega, ao lesado, de um bem igual ao prejudicado”⁶⁴.

Desta forma, a indemnização configura-se como uma obrigação legal, nascida *ex lege*.

À luz do artigo 566.º CC, a indemnização fixada em dinheiro, com vista à reparação de danos, resulta da diferença “entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”⁶⁵. Calcula-se, portanto, através da comparação entre a situação real e atual do lesado e a sua situação atual, mas virtual, caso não existissem danos. Contudo, tendo em conta que a obrigação de indemnizar “deve abranger tanto os danos emergentes como os lucros cessantes (artigo 564.º, C. Civil), daqui deriva que, na respetiva determinação, cabe levar em consideração não “a situação abstrata, mas a situação concreta do lesado”⁶⁶.

pode livrar da obrigação de restauração natural, impondo a indemnização por sucedâneo pecuniário, mediante a simples demonstração de que a primeira lhe custa excessivamente. Nada obsta, contudo, a que, por acordo, se proceda de maneira que for mais conveniente para o lesado.”. GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful Birth, Wrongful life: O conceito de Dano em responsabilidade civil*, Quid Juris, 2014, pág.71.

⁶³ Neste sentido, consta no sumário do acórdão do STJ, Proc. N.º 03A4468, de 10 de Fevereiro de 2004, que “a trave mestra do dano ao nível do direito civil rege-se pelo princípio da reposição ou reconstituição natural (artigo 562º do Código Civil), o qual se traduz na obrigação de reconstituir a situação anterior à lesão, ou seja, o dever de repor as coisas na situação em que estariam caso o evento lesivo não se tivesse produzido.”. Contudo, de acordo com o acórdão do STJ, Proc. N.º 13809/16.4T8LSB.L1.S1, de 13 de Setembro de 2018, “ainda que se presume a culpa, caberá a quem alega o direito demonstrar a existência do nexo causal entre a ilicitude e o dano não se podendo, em caso algum, presumir-se quer o nexo de causalidade quer o dano.”.

⁶⁴ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 724. Esta indemnização não é nem pode ser confundida com o instituto da execução específica prevista no artigo 827.º e seguintes, CC, uma vez que esta consiste na efetivação coativa da prestação em falta.

⁶⁵ Vide artigo 566.º, n.º 2, CC.

⁶⁶ GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful birth, Wrongful Life: O conceito de Dano em responsabilidade civil*, Quid Juris, 2014, pág. 72.

A obrigação de indemnização tem como função, pois, repor a situação do lesado no ponto mais próximo possível daquela em que ele estaria “*se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*”⁶⁷.

Neste sentido, relata o acórdão do TR de Lisboa, Proc. N.º 5871/07.7TBSXL.L1-6, de 28 de Maio de 2009, no seu sumário, que “*com a indemnização pretende-se reconstituir a situação anterior à lesão, ou seja, repor as coisas no estado em que estariam, se não fora o facto determinante da responsabilidade.*”. Contudo, segundo o Acórdão do STJ, de 11 de Maio de 2000, Proc. N.º 00B327, “*o princípio da reposição natural quanto à obrigação de indemnização é afastado pelo da indemnização quando o devedor o requeira com a alegação (e prova) de a restauração da obrigação natural ser excessivamente onerosa.*”.

No cálculo do *quantum* da indemnização, é necessário ter em conta a situação descrita no artigo 570.º CC. Se o lesado praticar um facto culposo que tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos, tal permite atenuar ou eliminar a obrigação de indemnizar a cargo do lesante. Neste sentido, o Tribunal tem a função de “*determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída*”⁶⁸. Esta solução justifica-se na medida em que “*diminui a reprovação que a conduta deste último é suscetível de gerar (...) por compensação com a censurabilidade de que o comportamento do lesado é passível quando ele se revele capaz de ter contribuído para a produção do lesado.*”⁶⁹.

O Acórdão do STJ, Proc. N.º 03B3528, de 20 de Novembro de 2003 consagra que “*a indemnização por danos não patrimoniais – que visa oferecer ao lesado uma compensação que contrabalance o mal sofrido – deve ser significativa, e não meramente simbólica.*” e ainda que “*indemnização significativa não quer dizer indemnização arbitrária: a indemnização deve ser fixada segundo critérios de equidade, atendendo às circunstâncias referidas no artigo 494.º, C.C., o que significa que o juiz deve procurar um justo grau de compensação.*”.

Esta obrigação de indemnizar, destinada à reparação do dano, “*não deve colocar o lesado em situação mais benéfica do que aquela em que ele se encontrava antes da lesão (...) tem-se admitido por isso que o lesante possa deduzir à indemnização os lucros que a lesão proporcionou ao lesado, situação habitualmente denominada de compensatio lucri cum damno*

⁶⁷ Vide artigo 562.º, CC.

⁶⁸ Vide artigo 570.º, n.º 1, CC.

⁶⁹ GONZÁLEZ, José Alberto, *Direito da Responsabilidade*, Quid Juris, 2017, pág. 71.

*(...) é, no entanto, necessário que se verifique um nexo de causalidade entre a obtenção do lucro pelo lesado e o facto que lhe causou o prejuízo, não bastando uma simples coincidência accidental.”*⁷⁰.

Neste sentido, à luz do Acórdão do STJ, Proc. N.º 965/09.7TVLSB.L1.S1, de 7 de Outubro de 2014, “*a doutrina defende que, para se aplicar o princípio compensatio lucri dum damno, é necessário demonstrar a existência de um nexo de causalidade entre o ilícito do devedor e a vantagem económica obtida pelo credor.*” e que este princípio está relacionado com “*os pressupostos da responsabilidade por ilícito contratual, e, especificamente, com a verificação do dano em concreto.*”.

Em suma, conforme resulta do artigo 562.º, CC, “*a obrigação de indemnizar deve ser entendida no preciso sentido que lhe foi definido por este artigo – reconstituição da situação que existiria caso não se tivesse verificado o evento lesivo -, e não só no sentido, mais restrito, de pagamento de uma quantia pecuniária ao lesado (ainda que, em alguns casos, outro remédio não reste que não passe por esta via).*”⁷¹.

No que concerne aos sujeitos da indemnização, em princípio, estes são “*o lesado e a pessoa a quem os danos sejam imputados (...) se a determinação do titular da indemnização é, normalmente, de apreensão imediata, só através da aplicação das regras da imputação se torna possível reconhecer o devedor da mesma indemnização (...) na imputação delitual, é obrigado o autor da lesão; na imputação objetiva, surge como responsável o beneficiário do processo que originou os danos*”⁷². Acresce que, tal imputação pode recair sobre várias pessoas, sendo aplicável a regra prevista no artigo 497.º, n.º1, CC, “*se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade*” e neste caso existe o designado direito do regresso, plasmado no artigo 524.º CC, “*o devedor que satisfazer o direito do credor além da parte que lhe competir tem direito de regresso contra cada um dos condevedores, na parte a que estes compete*”.

No que tange à prescrição da obrigação de indemnização, a regra geral está enunciada no artigo 498.º CC, e é aplicável também à responsabilidade contratual (*vide* artigo 499.º e 227.º, n.º 2, CC). À luz do estatuído no artigo 309.º, CC, prevê-se que o prazo ordinário da

⁷⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *obra citada*, pág. 405.

⁷¹ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. II, Direito das Obrigações*, Quid Juris, 2012, págs. 309 e 310.

⁷² CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 732.

prescrição é de vinte anos a contar da ocorrência do facto danoso ⁷³. Dentro deste corre o prazo de três anos a contar “da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete” (vide artigo 498.º, n.º 1, CC) ⁷⁴. Se a responsabilidade civil surgir fundada na violação de direitos reais, “a prescrição da ação destinada a exigir a indemnização por danos ilicitamente causados não importa extinção do direito infringido (...) estão em causa dois direitos distintos (o real e o de indemnização, pese embora este surgir com fundamento na transgressão daquele)” ⁷⁵.

Nestes termos, o Acórdão do STJ, Proc. N.º 02B950, de 18 de Abril de 2002, consagra no seu sumário que: “os prazos de prescrição, de direito a indemnização, por responsabilidade extracontratual, são os fixados, no artigo 498.º, n.º1, C.C., e como exceção ao prazo prescricional ordinário, do artigo 309.º, do mesmo diploma substantivo.” e acresce que “quando se determina que tal prazo, se conta do momento em que o lesado teve conhecimento do seu direito, quer significar-se, apenas, que se conta a partir da data em que conhecendo, a verificação dos pressupostos, que condicionam a responsabilidade, soube ter direito a indemnização pelos danos que sofreu e não, da consciência, da possibilidade legal, do ressarcimento” e que “tal prazo, de 3 anos, todavia, só começa a contar a partir do momento em que o lesado tomou conhecimento da produção efetiva desses novos danos, se se tratar de um facto continuado”. Este Acórdão ainda estabelece, no quadro da matéria de direito, que “o lesado tem conhecimento do direito que invoca – para o efeito do início da contagem do prazo de prescrição – quando se mostra detentor dos elementos que integram a responsabilidade civil, ou melhor, “o início da contagem do prazo especial de três anos não está dependente do conhecimento jurídico, pelo lesado, do respetivo direito, antes supondo, apenas que, o lesado conheça os factos constitutivos desse direito, isto é, saiba que o ato foi praticado ou omitido por alguém – saiba ou não do seu carácter ilícito – e dessa prática ou omissão resultaram para si danos”.

⁷³ O artigo 310.º, CC, consagra os prazos especiais, sendo estes estabelecidos com fundamento no “carácter periódico e renovável da prestação em causa.” GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. I, Parte Geral*, Quid Juris, 2011, pág. 411.

⁷⁴ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. II, Direito das Obrigações*, Quid Juris, pág. 218.

⁷⁵ GONZÁLEZ, José Alberto, *obra citada*, pág. 219.

3. O dano: conceito e classificações

Embora distintas quanto ao campo de aplicação, as modalidades da responsabilidade têm em comum a imposição da existência de um pressuposto: o dano (em latim, *damnu*).

Em termos gerais, os dicionários portugueses definem dano como estrago ou prejuízo, causado a outra pessoa ou sofrido pela mesma, sendo que o Direito delimita os danos que são objeto de tutela jurídica.

Neste sentido, o pressuposto do dano pode fundamentalmente conceber-se por uma de três perspetivas: i. como modificação ou supressão de um bem; ii. como diminuição ou alteração do património existente na esfera jurídica do lesado; iii. e, por último, como lesão do interesse protegido pelo Direito.

À luz do preceito legal do artigo 564.º, n.º 1, CC ⁷⁶, o dano corresponde ao prejuízo causado, ou seja, o dano emergente e os benefícios que o lesado deixou obter em consequência da lesão. Consiste no prejuízo ou ofensa a um bem tutelado juridicamente, embora não esteja legalmente definido, “*deve justificar-se por aplicação dos critérios normativos, alicerça-se numa ponderação da ordem jurídica (...) para o Direito releva aquele dano que outrem deva suportar segundo valorações jurídicas; as normas que fundamentam a responsabilidade podem restringi-la em relação a certos tipos de danos, e afirmá-la com respeito a outros*” ⁷⁷. Para Menezes Cordeiro, o dano é “*a supressão ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo direito.*” ⁷⁸. Almeida Costa entende que “*o dano ou prejuízo é toda a ofensa de bens ou de interesses alheios protegidos pela ordem jurídica, tanto de carácter patrimonial (desvantagem económica), como de carácter não patrimonial (relativos à vida, à honra, ao bem-estar, etc.)*” ⁷⁹. Neste sentido, o dano supõe um detrimento de direitos, bens ou interesses legalmente protegidos, causados ou sofridos na esfera jurídica do lesado.

Segundo Paulo Mota Pinto, “*normalmente a doutrina fornece uma noção geral de dano – como a lesão ou prejuízo real, sob a forma de destruição, subtração ou deterioração de um certo bem, lesão de bens juridicamente protegidos do lesado, patrimoniais ou não, ou*

⁷⁶ “1. O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.” (vide artigo 564.º, CC).

⁷⁷ FRADA, Manuel Cordeiro, *obra citada*, pág. 90.

⁷⁸ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 511.

⁷⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 7.º Edição, Revista e Atualizada, Almedina, 2018, pág. 139.

simplesmente uma desvantagem de uma pessoa que é juridicamente relevante, por ser tutelada pelo Direito – e refere-se depois, especificamente para o dano patrimonial, à fórmula ou hipótese da diferença, prevista no artigo 566.º, n.º2 (...) o problema do conceito geral de dano (...) está, porém, na sua manifesta insuficiência operativa (podendo, embora, servir para fins expositivos), sendo que tal operatividade prática exigiria a possibilidade de determinação do que é tal desvantagem e de qual o critério da relevância jurídica (...) poderia defender-se que, a propósito da obrigação de indemnização, o legislador civil, nas normas dos arts. 562.º e 566.º, n.º2, que delimitam o objetivo da indemnização e a medida da indemnização em dinheiro, pressuporia (ou remeteria indiretamente para) uma noção, não apenas de dano ressarcível (objeto da obrigação de indemnização), mas também do próprio dano em si mesmo.”⁸⁰.

Ao abrigo da jurisprudência portuguesa, o acórdão do STJ, Proc. N.º 851/04.7BBGC.P1. S1, de 31 de Maio de 2011, relata no ponto 5.º, o seguinte: *“o dano é um requisito da responsabilidade conectado com o ilícito sendo o «genus» (dano em sentido lato) constituído pela «species» (prejuízos ou danos em sentido estrito) caracterizado pela deterioração ou perda dos bens jurídicos (patrimoniais ou não) da esfera jurídica do lesado”⁸¹.*

No tocante à estrutura de elementos, o dano integra os seguintes elementos: i. o elemento substancial ou material, que integra o facto físico que ocorreu; ii. o elemento formal, estatuído na norma legal, *“representado pela reação suscitada no ordenamento jurídico em consequência da perturbação causada no equilíbrio social e da alteração prejudicial de um interesse juridicamente tutelado”⁸².*

Quanto à figura em si, o dano distingue entre intrínseco e extrínseco. No primeiro, a ocorrência do facto *“já constitui prejuízo para a pessoa relativamente a quem ele ocorre (v.g. o tormento é desencadeado por uma dor física é pernicioso só por si). Neste, o facto é principalmente nocivo por causa dos seus efeitos (...) quando se considera o instituto da*

⁸⁰ PINTO, Paulo Mota, *obra citada*, pág. 540. Importa comentar que a indemnização pecuniária se aplica subsidiariamente, isto é, quando a restituição natural não é possível, conforme já descrito no capítulo anterior.

⁸¹ Também o acórdão do STJ, Proc. N.º 03B3030, de 4 de Março de 2003, afirma que *“constitui dano indemnizável toda a perda, prejuízo ou desvantagem resultante da ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”*.

⁸² COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no Direito Português*, dissertação de Mestrado, pág. 14.

*responsabilidade civil, o que se encontra em apreciação é sobretudo o dano extrínseco.”*⁸³. Acresce que, a figura de dano pode ser distinguida também “*em prima facie harm e all things considered harm. O primeiro é o dano à primeira vista, at first impression ou ainda, que é o mesmo, o dano aparente; o segundo, aquele cuja afirmação supõe a avaliação geral de todas as consequências da conduta (lesiva, quando se aplique o conceito à responsabilidade civil.”*⁸⁴.

Em matéria de espécies e natureza, surge, antes do mais, a distinção entre dano patrimonial e dano pessoal, consoante ele seja, ou não, suscetível de avaliação pecuniária, respetivamente. O dano patrimonial integra o dano emergente, o lucro cessante, o dano futuro, o dano presente e o dano puramente económico. O dano de ordem moral ou pessoal (vide artigo 64.º CRP) reporta-se a valores de natureza espiritual, moral ou ideal. Assim, “*um dano é patrimonial quando a situação vantajosa prejudicada tenha natureza económica; quando assuma, simplesmente natureza espiritual, o dano diz-se não patrimonial ou moral*”⁸⁵.

A admissibilidade dos danos morais suscitou, historicamente, diversas dúvidas devido à “*aparente contradição entre a natureza não patrimonial dos danos em causa e a essência necessariamente patrimonial da obrigação de indemnização (...) que seria impossível obter, do dano moral, um dano de cálculo, condição necessária para o funcionamento da responsabilidade civil, que seria atentatório à própria essência dos valores morais admitir a possibilidade da sua compensação através da atribuição de direitos pecuniários.*”⁸⁶. Contudo, atualmente, a questão foi solucionada de forma inequívoca nos diversos ordenamentos jurídicos no sentido da sua positivação (mais ou menos alargada).

Conforme consta no acórdão do STJ, Proc. N.º 08P3704, de 15 de Abril de 2009, “*danos não patrimoniais são os insuscetíveis de avaliação pecuniária ou medida monetária, porque atingem bens, como a vida, a saúde, a integridade física, a perfeição física, a liberdade, a honra, o bom nome, a reputação, a beleza, dos quais resulta o inerente sofrimento físico e psíquico, o desgosto pela perda, a angústia por ter de viver com uma deformidade ou deficiência, os vexames, a perda do prestígio ou reputação, tudo constituindo prejuízos que*

⁸³ GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful Birth Wrongful Life, O conceito de dano em Responsabilidade Civil*, Quid Juris, 2014, pág.59/60.

⁸⁴ GONZÁLEZ, José Alberto, *obra citada*, pág. 60.

⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 513.

⁸⁶ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 514.

*não se integram no património do lesado, apenas podendo ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo mais uma satisfação do que uma indemnização, assumindo o ressarcimento uma função essencialmente compensatória, embora sob a envolvimento de uma certa vertente sancionatória ou de pena privada”*⁸⁷.

No domínio dos danos patrimoniais, distinguem-se os danos emergentes dos lucros cessantes. O dano emergente resulta *“da frustração de uma vantagem já existente; o lucro cessante advém da não concretização de uma vantagem que, doutra forma, operaria”*⁸⁸. Quanto aos lucros cessantes, o acórdão do STJ, Proc. N.º 04B3907, de 16 de Dezembro de 2004, relata no seu sumário que *“nos lucros cessantes pressupõe-se que o lesado tinha, no momento da lesão, um direito ao ganho que se frustrou.”* Para distinguir ambas as figuras, o acórdão do TR de Lisboa, de 22 de Março de 2018, Proc. N.º 10667/12.1TCLRS.L1-8, entende que *“o dano emergente inclui o prejuízo causado nos bens, ou direitos existentes aquando da lesão, podendo consistir na diminuição do ativo ou num aumento do passivo, enquanto que os lucros cessantes engloba a perda de benefícios que a lesão impediu de auferir e que ainda não tinham existência à data do evento.”*

Por sua vez, o dano futuro corresponde *“àquele prejuízo que o sujeito do direito ofendido ainda não sofreu no momento temporal que é considerado (...) é previsível quando se pode prognosticar, conjecturar com antecipação ao tempo em que acontecerá (...) o dano certo é aquele cuja produção se apresenta, no momento de acerca dele formar juízo, como infalível (...) dano futuro eventual é aquele cuja produção se apresenta, ao momento acerca dele formar juízo, como meramente possível, incerto, hipotético, podendo conhecer vários graus.”*⁸⁹.

⁸⁷ O Acórdão do TR de Lisboa, Proc. N.º 158/16.7T8SRQ.L2-4, de 7 de Novembro de 2018 relata no seu sumário que *“os danos morais, resultam da lesão de bens estranhos ao património do lesado, nomeadamente: integridade física, saúde, tranquilidade, bem-estar físico e psíquico, liberdade, honra e reputação (...) verificam-se quando são causados sofrimentos físicos ou morais, perdas de consideração social, inibições ou complexos de ordem psicológica, vexames, etc., em consequência de uma lesão de direitos, nomeadamente de personalidade.”*

⁸⁸ CORDEIRO, António Menezes, obra citada, pág. 525-

⁸⁹ Acórdão do STJ, Proc. N.º 397/03.0GEBNV.S1, de 25 de Novembro de 2009.

Distinguem-se também o dano real e o dano de cálculo, sendo que “o dano real é o prejuízo correspondente às efetivas vantagens – materiais ou espirituais – que foram desviadas o seu destinatário jurídico; o dano de cálculo é a expressão monetária do dano real”⁹⁰.

O acórdão do STJ, Proc. N.º 397/03.0GEBNV.S1, de 25 de Novembro de 2009, estabelece que “o dano real – a perda in natura que o lesado sofre em consequência do ato lesivo – reflete-se sobre a situação patrimonial do lesado, na modalidade de dano emergente ou do lucro cessante (...) enquanto os danos emergentes consistem numa forma de diminuição do património já existente, consubstanciando prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão, os lucros cessantes consistem numa forma de não aumento do património já existente, isto é, os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto, mas a que não tinha direito à data da lesão”.

Segundo uma doutrina significativa, acrescenta-se ainda a distinção entre dano positivo e dano negativo. O primeiro surge em situações de inadimplemento de uma obrigação; o segundo quando haja um contrato celebrado tido como inválido ou ineficaz, bem como em situações em que este nem sequer tenha sido celebrado.

A obrigação de indemnizar supõe que “o prejuízo seja certo (isto é, de verificação certa ou muito provável, o que tem especial importância no domínio dos lucros cessantes e, sobretudo, no dos danos futuros), minimamente grave (um prejuízo extremamente insignificante não merecerá, obviamente, a tutela do direito, não sendo suscetível de constituir o responsável no dever de indemnizar) e resultante de ato lesivo (este requisito do nexa da causalidade entre o facto e o dano vem enunciado no artigo 563.º, C.C.: a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão)”⁹¹.

⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes, obra citada, pág. 513.

⁹¹ PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico, Vol. I: Direito Civil, Processo Civil e Organização Judiciária*, 8ª Reimpressão da Edição de Janeiro de 2008, Almedina, 2008.

4. Nexo Causal

4.1. Enquadramento geral

É imprescindível a causa do dano é constituída pelo facto que ocorreu ⁹². A ligação entre o facto gerado pela conduta e o dano sofrido pelo lesado designa-se como nexos de causalidade. Constitui um pressuposto e elemento essencial ⁹³, uma vez que é fundamental que a conduta do agente tenha provocado o dano. Neste sentido, é necessário o estabelecimento de uma certa relação “entre a violação ilícita e culposa de um direito subjetivo ou de uma norma de proteção e o dano ocorrido (...)” ⁹⁴, assente “numa relação natural causa/efeito” ⁹⁵.

De acordo com o acórdão do STJ, de 14 de Março de 2019, Proc. N.º 2411/10.4TBVIS. C1. S1., “a fórmula usada no artigo 563.º do Código Civil deve interpretar-se no sentido de que não basta que o evento tenha produzido (naturalística ou mecanicamente) certo efeito para que este, do ponto de vista jurídico, se possa considerar causado ou provocado por ele; para tanto, é necessário ainda que o evento danoso seja uma causa provável, como quem diz adequada desse efeito”. Com efeito, não há que “ressarcir todos e quaisquer danos que sobrevenham ao facto ilícito, mas tão-só os que ele tenha na realidade ocasionado, os que possam considerar-se pelo mesmo produzidos (artigo 563.º). O nexos de causalidade entre o facto e o dano desempenha, conseqüentemente, a dupla função de pressuposto da responsabilidade e da medida da obrigação de indemnização” ⁹⁶.

O nexos de causalidade suscita muitas dúvidas quando os danos têm mais do que uma causa ou quando ela se torna de difícil identificação. De forma a solucionar tal problema, diversas concepções têm sido avançadas: teoria da equivalência das condições, teoria da última condição, teoria da condição eficiente, teoria do escopo da norma jurídica violada, teoria da causalidade adequada. Para efeitos de responsabilidade civil, esta última é a dominante no

⁹² COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição Revista e Atualizada, 5.ª Reimpressão, pág. 605.

⁹³ Cfr. o acórdão do STJ., de 14 de Março de 2019, Proc. N.º 2411/10.4TBVIS. C1. S1., consagra no seu sumário que o “elemento constitutivo da responsabilidade civil em geral é o nexos de causalidade entre o facto e o dano.”.

⁹⁴ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 19.

⁹⁵ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado Volume II, Direito das Obrigações*, Quid Juris, 2011, pág. 310.

⁹⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 11ª Edição, Revista e Atualizada, Livraria Almedina, 2008, pág. 605.

ordenamento jurídico português, entendendo-se maioritariamente que se encontra literalmente consagrada no artigo 563.º CC.

Conforme resulta do acórdão do STJ, de 13 de Janeiro de 2003, Proc. N.º 03B1902, “no *nexo de causalidade entre o facto e o dano, a nossa lei adotou a doutrina da causalidade adequada, que impõe, num primeiro momento, um nexo naturalístico e, num segundo momento, um nexo de adequação. Por mais criteriosa, deve reputar-se adotada pela nossa lei a formulação negativa da causalidade adequada, segundo a qual o facto que atuou como condição do dano deixa de ser considerado como causa adequada, quando para a sua produção tiverem contribuído decisivamente circunstâncias anormais, atípicas, excepcionais, extraordinárias ou anómalas, que intercederam no caso concreto*”⁹⁷.

Através da teoria da equivalência das condições ou teoria da *conditio sine qua non*, entende-se que “o prejuízo deverá ser considerado como provocado por quaisquer eventos cuja não verificação tivesse acarretado a inexistência do dano. Isto é: o nexo causal dar-se-ia a favor de qualquer evento que fosse condição necessária do dano. Assim: António fere ligeiramente Bento; conduzido ao hospital, este morre num acidente ocorrido no trajeto. António seria responsável porque, a não ter havido o fenómeno, Bento não teria sofrido o dano – morte (...) Através dela, atribuir-se-ia o dano a eventos que só por incontrolável sucessão se constituíram *conditiones sin quibus non*”⁹⁸.

Ao abrigo da teoria da última condição, o dano é assacado à última condição necessária. V.g. “Carlos é ilicitamente agredido e gravemente ferido e, conduzido ao hospital, vem a morrer no decurso de delicada operação, por uma pequena falha do cirurgião, totalmente involuntária, este seria, no entanto, o responsável e não o autor da agressão”⁹⁹. Esta teoria não tem sido acolhida pela doutrina e jurisprudência, uma vez que “*pode surgir como última condição uma conduta que, em termos valorativos, nada ou pouco tenha a ver com o dano*”

⁹⁷ Neste sentido, o Acórdão do STJ, Proc. N.º 2290/04 – 0TBCL. G1. S1., 2 de Novembro de 2011, plasma que “o artigo 563.º do Código Civil consagrou a doutrina da causalidade adequada, na formulação negativa nos termos da qual a inadequação de uma dada causa para um resultado deriva da sua total indiferença para a produção dele, que, por isso mesmo, só ocorreu por circunstâncias excepcionais ou extraordinárias. De acordo com essa doutrina, o facto gerador do dano só pode deixar de ser considerado sua causa adequada se se mostrar inidóneo para o provocar ou se apenas o tiver provocado por intercessão de circunstâncias anormais, anómalas ou imprevisíveis”.

⁹⁸ CORDEIRO, António Menezes, obra citada, pág. 532.

⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes, obra citada, pág. 532.

¹⁰⁰. Contudo, “*inspirada na fórmula de Bacon, «in iure non remota causa sed próxima», é frequentemente usada nos países da Common Law e está presente nos arts. 1151.º do Código Civil francês e 1223.º do Código Civil Italiano, que somente admitem a indemnização de um dano nas hipóteses em que seja consequência direta e imediata da inexecução*” ¹⁰¹.

A teoria da condição eficiente, desenvolvida por Birkmeyer, tem subjacente a ideia que “*num determinado processo que conduz ao dano, descobre-se como causa não já a última condição, mas antes a condição que, de entre várias, aparentam maior eficácia. Esta orientação é, contudo, pouco precisa: numa sucessão de condições todas necessárias, como graduar a eficiência de cada uma?*” ¹⁰².

No início do séc. XX, a teoria do escopo da norma violada surge no ordenamento jurídico alemão, desenvolvida por Ernst Rabel. Defende que “*não se deve definir um critério único – como o da adequação – para estabelecer a relação causal em todas as condutas que acarretem em um evento danoso, mas buscar o nexo de causalidade mediante observação da intenção protetiva da norma. (...) para que seja estabelecido o nexo de causalidade apenas basta verificar se os danos causados correspondem à frustração das utilidades que a norma visava conferir ao sujeito com base no direito subjetivo ou na norma de proteção. Baseia-se, portanto, em uma questão de interpretação de conteúdo e fim específico da norma jurídica em que se fundamentam os danos*” ¹⁰³.

Desenvolvida no final do séc. XIX, por Von Kries e Rumelin, a teoria da causalidade adequada, considerada como um avanço importante em relação à teoria da equivalência das condições, assenta na ideia elementar proposta pela *conditio sine qua non*, ou seja, “*o nexo causal de determinado dano estabelece-se, naturalmente, sempre em relação a um evento que, a não ter ocorrido, levaria à inexistência de dano. Isto é: se mesmo sem evento, houvesse dano, haveria que procurar a sua causa em nível diferente (...) trata-se de determinar qual deles, em termos de normalidade social, é adequado a produzir o dano.*” ¹⁰⁴. Tem como ponto fulcral o comportamento do lesante e analisa, de forma abstrata, se este é ou não idóneo a produzir um

¹⁰⁰ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 532.

¹⁰¹ FERREIRA, Rafael Pereira, *A responsabilidade civil pela Perda de Chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico português*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, pág. 22.

¹⁰² CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 532.

¹⁰³ FERREIRA, Rafael Pereira, *dissertação citada*, pág. 22.

¹⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes, *obra citada*, pág. 533.

dano. Segundo a teoria da causalidade adequada, *“certa conduta é causa de determinado dano sempre que se possa considerar que ele seja uma consequência normal ou típica daquela. O que se deve avaliar, segundo as regras de relação causa/efeito conhecidas por força da própria experiência ordinária, num juízo de prognose póstuma (...) Uma vez que, nesta conceção, somente existe causalidade atendível para efeitos de responsabilidade civil “em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.”, isto significa também que, atendendo ao sentido literal da disposição legal, é possível perfilhar a teoria da adequação na sua chamada formulação negativa, a qual alarga potencialmente o âmbito da causalidade”*¹⁰⁵.

Para Mafalda Miranda Barbosa, a presente teoria demonstra falhas em algumas situações, uma vez que *“ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas anteriormente patenteados”*¹⁰⁶.

À luz da jurisprudência portuguesa, o acórdão do STJ, Proc. N.º 670/04.0TCGMR. S1, de 20 de Janeiro de 2010, relata o seguinte: *“o nosso ordenamento jurídico consagra a doutrina da causalidade adequada, na sua formulação negativa: “o facto só deixará de ser causa adequada do dano, desde que se mostre, por sua natureza, de todo inadequado e o haja produzido apenas em consequência de circunstâncias anómalas ou excepcionais” (ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações, 9ª Edição, pg. 708). Para além disso, a doutrina em causa não pressupõe a exclusividade da condição, no sentido de que esta tenha só por si determinado o dano; podem ter colaborado na sua produção outros factos concomitantes ou posteriores (...) Com efeito, não é qualquer relação fenomenológica ou, se preferirmos, ôntico-naturalística que, embora seja condição próxima de produção de um resultado danoso (causal) entre dois fenómenos, releva para efeitos da teoria da causalidade adequada, mas aquela que for determinante no plano jurídico, isto é, entre um comportamento juridicamente censurável e o resultado danoso. Por isso, com inteira razão, a dogmática moderna tende a substituir a*

¹⁰⁵ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado Volume II, Direito das Obrigações*, Quid Juris, 2011, pág. 312.

¹⁰⁶ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, in *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Centro de Estudos Judiciários, Outubro de 2018, pág. 50.

designação imprópria de teoria de causalidade adequada, que a praxis tradicional consagrou, pela da teoria ou doutrina da adequação, ou seja, pela imputação normativa de um resultado danoso à conduta reprovável do agente, nos casos em que pela via da prognose póstuma se possa concluir que tal resultado, segundo a experiência comum, possa ser atribuído ao agente como coisa sua, isto é, produzida por ele” ¹⁰⁷.

Em suma, a teoria da causalidade adequada “*considera causa de um prejuízo a condição que, em abstrato, se mostra adequada a produzi-lo (...) torna-se necessário, portanto, não só que o facto se revele, em concreto, condição «sine qua non» do dano, mas também que constitua, em abstrato, segundo o curso normal das coisas, causa adequada à sua produção.*” ¹⁰⁸ A sua aplicação desenvolve-se em dois momentos distintos: no primeiro, cabe verificar se existe um facto naturalístico concreto tido como condição de um dano sofrido; no segundo, apura-se se tal facto é adequado e apropriada para a produção do dano, bem como provar o mesmo.

No âmbito do pressuposto nexo de causalidade, importa fazer referência, por fim, à questão da causa virtual do dano. Ela desponta quando “*certo facto que o produziria se esse dano não fosse produzido por outro facto. A situação hipotética a que o n.º 2 do artigo 566.º, C.C manda atender não é a que o lesado teria se não fosse o facto, mas a que teria se não existissem danos. Afirmada a irrelevância da causa virtual para excluir a responsabilidade de quem provocou o dano, admite-se resultar da teoria da diferença a sua relevância no tocante à extensão do dano a indemnizar. Com ressalva, apenas, de contados casos excepcionais, o princípio geral da nossa lei é o da irrelevância da causa hipotética ou virtual. Nesses casos excepcionais, a relevância negativa da causa virtual representa uma limitação à causalidade como pressuposto da responsabilidade, uma vez que se deixa de responder por prejuízos que efetivamente se causaram. Um desses casos excepcionais é o da presunção de culpa prevista no*

¹⁰⁷ Esta questão também está assinalada no acórdão do STJ, Proc. N.º 292/04.6TBVNC.S1., de 23 de Abril de 2009, que plasma o seguinte: “*o juízo sobre a causalidade integra, por um lado, matéria de facto, certo que se trata de saber se na sequência de determinada dinâmica factual ou outro facto funcionou efetivamente como condição desencadeante de determinado efeito. E, por outro, matéria de direito, designadamente a determinação, no plano geral e abstrato, se aquela condição foi ou não causa adequada do evento, ou seja, se, dada a sua natureza, era ou não indiferente para a sua verificação*”.

¹⁰⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 7ª Edição, Revista e Atualizada, Almedina, 2018, pág. 139.

artigo 493.º, n.º1, CC”¹⁰⁹. Acresce que, “é que a causa virtual não possui a relevância negativa de excluir a causalidade, pois em nada afeta o nexo causal entre o facto operante e o dano, já que sem o facto operante o lesado teria dano idêntico, mas não aquele preciso dano. Só em alguns casos excepcionais de culpa presumida, previstos na lei, se pode aceitar a relevância negativa da causa virtual, por forma a ter-se em consideração a circunstância de que o dano se viria a produzir como consequência da causa virtual ou hipotética”¹¹⁰.

¹⁰⁹ Acórdão do STJ, de 13 de Fevereiro de 2003, sem número de processo, consultado no site www.pgdlisboa.pt.

¹¹⁰ Acórdão do STJ, de 15 de Março de 2005, Proc. N.º 05A380.

4.2. Prova do nexo de causalidade

Desde logo, conforme resulta do acórdão do STJ, Proc. N.º 2411/10.4TBVIS.C1.S1, de 14 de Março de 2013, “*se em relação aos danos e aos defeitos, a produção de prova cai no âmbito da normalidade, já a prova do nexo causal se apresenta, na maior parte das vezes, como sendo muito difícil: perante isso, as regras da experiência da vida, o id quod plerumque accidit e a teoria da causalidade adequada poderão permitir a preponderância da evidência, uma espécie de causalidade*”. Ainda no que concerne a este tema, o acórdão do STJ, Proc. N.º 2290 – 0TBBCL. G1. S1., de 2 de Novembro de 2010, plasma que “*de acordo com o artigo 342.º, do Código Civil o ónus de prova recai sobre ambos os litigantes, devendo o autor provar os factos constitutivos do direito que alega, sendo que o réu terá de provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que aquele invoca. Mas beneficiando o autor de uma presunção legal, não tem que provar os factos que a ela conduzem, invertendo-se quanto a esses factos, se constitutivos do direito do demandante, o encargo da não prova para a contraparte “ex vi” do n.º 1 do artigo 344.º do Código Civil*”.

Para Luís Medina Alcoz, a figura da perda de chance suscita-se “*apenas quando o julgador, depois de aplicar as regras e critérios positivos que orientam e limitam a sua capacidade de valoração, não encontra um grau suficiente de probabilidade para optar pela hipótese segundo a qual o agente causou o dano. A questão que, de imediato, se coloca é, então, a de determinar qual é esse grau suficiente de probabilidade e quais são as regras ou critérios a que se deve recorrer para o calcular, pois de tais respostas depende a consideração de que se está perante hipóteses de causalidade demonstrada ou perante hipóteses de causalidade não demonstrada – sendo estas últimas as que concernem à perda de chance e à doutrina da sua reparação*”¹¹¹.

Conforme consta dos acórdãos suprarreferidos e no artigo 342.º, n.º 1, CC¹¹², cabe ao lesado/demandante provar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano que sofreu na sua esfera jurídica, quer no âmbito pessoal, quer no âmbito patrimonial. Ou seja, “*a regra, no que à distribuição do encargo probatório diz respeito, é, pois, simples: a quem invoca um*

¹¹¹ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *Dano Perda de Chance e a sua perspectiva no Direito Português*, dissertação, Verbo Jurídico, págs. 21/22.

¹¹² “*Aquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado.*” (vide artigo 342.º, n.º 1, CC).

*direito cabe demonstrar o respetivo título.”*¹¹³. Este ónus de prova do nexu causal põe-se como um facto constitutivo do direito à indemnização a que o lesado/demandante se arroga. Tem sido adotada e reconhecida “a chamada «teoria da norma», de harmonia com a qual: sobre o autor incide o encargo de provar os factos que, segundo a norma substantiva que ele estima aplicável, fundam o efeito jurídico a esta associado; e ao réu, por seu turno, incumbe fazer prova dos factos correspondentes à previsão da norma substantiva na qual fundamenta a verificação do facto impeditivo, modificativo ou extintivo do efeito jurídico correspondente à pretensão do autor. Como o reconhecimento do que se considera constitutivo, de um lado, ou impeditivo, modificativo ou extintivo, do outro, pode não se revelar tarefa fácil no caso concreto, institui-se uma regra orientadora: na dúvida, “os factos devem ser considerados como constitutivos do direito”¹¹⁴.

De acordo com o princípio da livre apreciação de prova, resultante do preceito legal do artigo 607.º, n.º 5, CPC, o juiz tem o poder de apreciar livremente as provas “segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes”.

Neste sentido, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Proc. N.º 08099/1, de 26 de Outubro de 2017, consagra que “o nosso sistema processual consagra o princípio da livre apreciação das provas no artigo 607.º, n.º 5 do Código do Processo Civil, aplicável ex vi do artigo 2.º, al. e), do Código do Procedimento e Processo Tributário.(...) A censura da forma de formação da convicção do Tribunal não pode, assentar em juízos subjetivos, na medida em que a divergência de convicção pessoal da recorrente sobre a prova produzida e aquela que o Tribunal formou não se confunde com o vício imputado (erro na apreciação de prova) à sentença sob recurso”¹¹⁵.

¹¹³ GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado Volume I, Parte Geral*, Quid Juris, 2011, pág. 456.

¹¹⁴ GONZÁLEZ, José Alberto, *obra citada*, pág. 456.

¹¹⁵ O acórdão do TR de Coimbra, Proc. N.º 2012/15.0T8CBR. C1, de 5 de Novembro de 2019, afirma que “o princípio da livre apreciação de prova nunca atribui ao juiz «o poder arbitrário de julgar os factos sem prova ou contra as provas», ou seja, a livre apreciação da prova não pode confundir-se «com uma qualquer arbitrária análise dos elementos probatórios», sendo “antes uma conscienciosa ponderação desses elementos e das circunstâncias que o envolvem”.

Desde a Revolução Francesa, o princípio da livre apreciação de prova tem sido objeto de desenvolvimento, “*como necessária decorrência dos princípios da «imediação», da «oralidade» e da «concentração», também eles adquiridos a partir da mesma época*”¹¹⁶. Quanto à fundamentação, o acórdão do TR do Porto, de 26 de Maio de 2009 entende que “*no nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da liberdade de julgamento ou da livre convicção, segundo o qual o tribunal aprecia livremente as provas, sem qualquer grau de hierarquização, e fixa a matéria de facto em sintonia com a sua prudente convicção firmada acerca de cada facto controvertido – artigo 655.º, C.P.C. (...) a lei não considera o juiz como um autómato que se limita a aplicar critérios legais apriorísticos de valoração mas, por outro lado, também não lhe permite julgar apenas pela impressão que as provas produzidas pelos litigantes produziram no seu espírito (...) exigindo que julgue conforme a convicção que aquela prova determinou e cujo carácter racional se deve exprimir na correspondente motivação – cfr. J. Rodrigues Bastos, Notas ao CPC, 3º, 3ª Ed., 2001, pág. 175. (...) quer dizer prova apreciada em inteira liberdade pelo julgador, sem obediência a uma tabela ditada externamente, posto que em perfeita conformidade com as regras da lógica e as máximas da experiência – cfr. Alberto dos Reis, Anotado, 3ª Ed. III, pág. 245 (...) Por outro lado, há que ter em conta que as decisões judiciais não pretendem constituir verdades ou certezas absolutas (...) às mesmas não subjazem dogmas e, por via de regra, provas de todo irrefutáveis, não se regendo a produção e análise da prova por critérios e meras operações lógico-matemáticas (...) Assim “a verdade judicial é uma verdade relativa, não só porque resultante de um juízo em si mesmo passível de erro, mas também porque assenta em prova (...) Acresce que a convicção do juiz é uma convicção pessoal, sendo construída dialeticamente, para além dos dados objetivos fornecidos pelos documentos e outras provas constituídas, nela desempenhando uma função de relevo não só a atividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis e mesmo puramente económicos (...) efetivamente, com a produção da prova apenas se deve pretender criar no espírito do julgador um estado de convicção, assente num grau de probabilidade o mais elevado possível, mas em todo o caso assente numa certeza relativa, porque subjetiva, de facto (...) Nesta conformidade – e como em qualquer atividade humana – existirá sempre na atuação jurisdicional uma margem de incerteza, aleatoriedade, e, até, falibilidade (...) mas tal é inelutável e está insito nos próprios riscos decorrentes do simples facto de se viver em sociedade onde os conflitos de interesses e as contradições estão sempre, e por vezes exacerbadamente, presentes (...) O que se passa,*

¹¹⁶ Acórdão do STJ., de 7 de Março de 2007, Proc. N.º 06S1824, relatado por Sousa Grandão.

tendencialmente, pela integração da decisão de facto dentro de parâmetros admissíveis em face da prova produzida, objetiva e sindicável, e pela interpretação e apreciação desta prova de acordo com as regras da lógica e da experiência comum. É que a verdade que se procura, não é, nem pode ser, uma verdade absoluta – porque assente em premissas de cariz matemático -, mas antes uma verdade político-jurídica, a qual é consecutiva se a sentença convencer os interessados diretos: as partes – e, principalmente, a sociedade em geral, do seu bem fundado: isto é, a sentença valerá acima de tudo se for validada e aceite socialmente.”

Face ao exposto, conclui-se que não há dependência do juízo de prova em relação ao limiar de carácter matemático probabilístico e a prova da causalidade consiste na prova de “*um facto (hipotético) cuja valoração está submetida a pautas racionais que, baseadas na probabilidade, tendem a garantir que quem seja condenado a reparar um dano seja quem efetivamente o causou por isso pode dizer-se que a causalidade é uma noção irredutivelmente probabilística; as proposições causais estabelecem correlações estatísticas, apenas verdadeiras em determinadas condições e somente com alguma probabilidade*”¹¹⁷.

É nesta sequência que o preceito legal incluído no artigo 563.º CC aparece a dispor que a obrigação de indemnizar surge em relação aos danos “*que o lesado **provavelmente** não teria sofrido se não fosse a lesão*”. E também por aí desponta a problemática que envolve a figura da perda de chance.

¹¹⁷ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *dissertação citada*, pág. 27.

5. "Perda de chance": Noção

Designa-se como *perda de chance* (designação que deriva do francês “*perte de chance*”) a “*perda da possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável*”¹¹⁸. Assim, esta figura plasma um caso sobre o qual o facto ilícito, praticado por outrem, reduz ou obsta a possibilidade de verificar uma vantagem ou evitar que haja uma desvantagem. Ou seja, a chance é o bem jurídico que se procura garantir a tutela jurídica, e não os danos morais ou pessoais ou os danos patrimoniais e materiais, tendo em vista garantir a obrigação de reparar o dano que daí decorre. Contudo, suscita-se dificuldades quanto à demonstração da mesma.

Para Nils Jansen, “*a chance is the possibility of gaining a certain benefit or avoiding a possible harm or injury. It constitutes a good and can be understood as the opposite to the concept of a risk, which constitutes an evil. A chance to avoid an injury mirrors the risk that this injury might materialize, and the chance to gain a benefit is mirrored by the risk of not obtaining it*”¹¹⁹.

Através desta figura procura-se dar solução a situações em que se revela inexecutável proceder a identificação clara de um nexo de causalidade entre o facto ilícito e uma situação final danosa¹²⁰.

De acordo com a doutrina tradicional, a presente figura supõe:

- i. ocorrência de um facto ilícito culposo;
- ii. causador de um dano;

¹¹⁸ ROCHA, Nuno Santos, *A Perda de Chance como nova espécie de dano*, Almedina, 2015, pág. 19.

¹¹⁹ JANSEN, Nils, *The Idea of a Lost Chance*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 19, 1999, pág. 279. Tradução: “*A chance é a possibilidade de obter um certo benefício ou evitar um possível dano ou lesão. Constitui um bem e pode ser entendido como o oposto do conceito de risco, que constitui um mal. A chance de evitar uma lesão reflete o risco de que essa lesão possa materializar-se e a chance de obter um benefício é refletida pelo risco de não o obter.*”.

¹²⁰ Conforme cita Luís Medina Alcoz, “*La pérdida de oportunidad de “chance” es una técnica a la que se acude en el ámbito de la responsabilidad civil contractual (y extracontractual) de los particulares (y de la Administración) para salvar las dificultades de la prueba del nexo causal. A través de ella pretende evitarse la drástica solución a que conduce el modelo causal tradicional: el todo o nada.*” (ALCOZ, Luis Medina, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades*, in *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 2009, pág. 32.).

- iii. impossibilidade de estabelecimento de umnexo causal entre o facto ilícito e o dano sofrido;
- iv. demonstração de que o dano teria menor probabilidade de ocorrência caso não se tivesse verificado o facto ilícito;
- v. conclusão de que tal facto é objeto de censura;
- vi. o dano deve ser indemnizado.

Contudo, apesar da semelhança entre as várias doutrinas no que respeita ao seu conceito, existe divergência quanto à natureza jurídica e, conseqüentemente, quanto ao modo de entender a perda de chance para efeitos de responsabilidade civil. *“Enquanto, para alguns autores, a figura da “perda de chance” seria uma nova espécie de dano, para outros seria uma mera construção artificial, que se utilizaria para superar eventuais dificuldades na prova da demonstração do nexocausal entre o facto e o dano”*¹²¹.

A teoria da *perda de chance* não está regulada na ordem jurídica portuguesa, ou seja, no quadro legal, contudo é objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial.

Lê-se no sumário do acórdão do STJ, Proc. N.º 824/06.5TVLSB.L2. S1., de 1 de Julho de 2014, que *“a perda de chance relaciona-se com a circunstância de alguém ser afetado num seu direito de conseguir uma vantagem futura, ou de impedir um dano por facto de terceiro. A dificuldade em considerar a autonomia da figura da perda de chance no direito português, resulta do facto de ser ligada aos requisitos da responsabilidade civil extracontratual – artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil – mormente o nexocausalidade. Com efeito, um dos requisitos da obrigação de indemnizar, no contexto da responsabilidade civil ex contractu, ou ex delictu, é que exista nexocausalidade entre a conduta do responsável e os danos sofridos pelo lesado por essa atuação culposa”*. Também relata o seguinte: *“no caso da perda de chance não se visa indemnizar a perda do resultado querido, mas antes a oportunidade perdida, como um direito a si mesmo violado por uma conduta que pode ser omissiva ou comissiva; não se trata de indemnizar os lucros cessantes ao abrigo da teoria de diferença, não se atendendo à vantagem final esperada”*.

Ainda no âmbito da jurisprudência portuguesa, o acórdão do STJ, Proc. N.º 456/14.4TVLSB.L1.S1, de 6 de Dezembro de 2018, defende que a justificação da aplicação da obrigação de indemnizar o lesado *“e apesar de não comprovado o nexocausal entre o facto*

¹²¹ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 33.

e o dano final, necessário é de que a ocorrência de um determinado evento se divisa em resultado dele, é real, séria e considerável a probabilidade de obtenção de uma vantagem ou de prevenção de um prejuízo.”. O acórdão do STJ, Proc. N.º 236/14.7TBLMG.C1. S1., de 17 de Maio de 2018, plasma que “a reparabilidade do dano de perda de chance encontra suporte doutrinário e jurisprudencial, mormente na jurisprudência do STJ, que, em matéria de chance processual, tem seguido a orientação de que o dano daí resultante é indemnizável se se tratar de uma chance consistente, designadamente, se se puder concluir «com elevado grau de probabilidade ou verossimilhança» que o lesado obteria certo benefício não fora a chance processual perdida.”.

6. Contexto histórico: origem e evolução da "Perda de Chance"

A figura da *perda de chance* é aplicável e objeto de desenvolvimento no âmbito da responsabilidade civil, instituto jurídico relevante no tocante a fonte de obrigações, tendo em conta que visa reparar um dano sofrido pelo lesado e, conseqüentemente, atribuir a obrigação de indemnizar na esfera jurídica de outrem, isto é, o agente que praticou o facto ilícito, e o direito à indemnização na esfera jurídica do lesado.

Neste sentido, a teoria da *perda de chance* procura conferir a possibilidade de atribuir a obrigação de indemnizar o lesado “*quando houvesse sofrido um dano, existisse um facto que potenciou, em certa medida, a produção desse dano, e uma impossibilidade de determinar com segurança um nexo de causalidade entre o facto e o dano, devido ao grau de incerteza em relação ao desfecho do processo causal hipotético que foi interrompido por aquele mesmo facto.*”¹²².

O seu aparecimento não resulta do aparecimento da modalidade da responsabilidade extracontratual objetiva ou com a teoria do risco, mas, sim, com a “*crescente necessidade de aproximar o instituto da responsabilidade às exigências que decorriam da sua aplicação prática*”¹²³. Em suma, trata-se de contrariar “*a teoria do “tudo ou nada” que, a aplicar-se precludiria o acesso a qualquer compensação nos casos referidos. Essa preclusão, embora imposta face a requisitos legais de determinação do nexo de causalidade, parece de certo modo ferir o sentimento de que foi aplicado o direito e de que se fez justiça.*”¹²⁴.

¹²² LEITÃO, António Pedro Santos, *Da Perda de Chance: Problemática do Enquadramento Dogmático*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Julho de 2016, pág. 22.

¹²³ LEITÃO, António Pedro Santos, *obra citada*, pág. 22.

¹²⁴ LEITÃO, António Pedro Santos, *obra citada*, pág. 22.

6.1 Primórdios: Estado Liberal

Como se dizia de entrada, a figura da *Perte de Chance* surge no ordenamento jurídico francês numa decisão judicial proferida pelo *Cour de Cassation*¹²⁵ [Cass. req., 17 juillet 1889] condenando um *officier ministériel* ao pagamento de uma indemnização com fundamento na perda de oportunidade de ganhar uma ação judicial devido ao seu comportamento negligente (impeditivo da tramitação normal do processo)¹²⁶. A “*partir desse campo da responsabilitée contratual no âmbito do patrocínio judiciário, a referida figura jurídico-conceitual foi sucessivamente alargada pela jurisprudência e doutrina aos mais variados âmbitos de responsabilitée civil.*”¹²⁷.

Ainda no ordenamento jurídico francês, alargou-se o âmbito de aplicação da perda de chance, tendo sido estendida, para além dos casos de responsabilidade dos mandatários forenses, a casos de perda de possibilidade de vitória em jogos, concursos públicos, perda de oportunidade de obtenção de uma promoção profissional, etc. V.g. “*nos casos de competições (a título de exemplo, o caso de um treinador de cavalos que foi privado de apresentar o seu cavalo numa corrida, em virtude de uma lesão que sofreu, e por isso perdeu a chance de a vencer – Chambre criminelle da Cour de Cassation, 6 de Junho de 1990, processo n.º 89-83703) ou casos de concursos (como o caso de uma candidata a hospedeira de voo que depois de ferida por um automobilista culpado do acidente de viação, perde as hipóteses que tinha de vencer o concurso – Chambre Civile 2 da Cour de Cassation, 17 de Fevereiro de 1961, sem*

¹²⁵ Isto não obstante o disposto no artigo 1112 do Código Civil francês (“En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, *ni la perte de chance d’obtenir ces avantages*” – itálico nosso).

¹²⁶ O presente Tribunal considera que é possível atribuir o direito à indemnização à vítima do dano, “*même lorsqu’il demeure une incertitude sur la situation qui aurait été la sienne si le fait dommageable n’avait pas eu lieu (Cass. Req., 17 juillet 1889, S. 1891, 1, p. 399, qui a accepté de réparer la perte de la possibilité de poursuivre en appel une procédure, et donc de gagner un procès, d’une faute commise par un huissier).*” Tradução: “*mesmo quando permanece uma incerteza sobre a situação que se teria verificado se o dano não tivesse ocorrido (caso Req, 17 de Julho de 1889, que concordou na reparação do prejuízo da perda de possibilidade de prosseguir com o recurso de um procedimento e, portanto, de ganhar uma ação judicial, por falta cometida por um oficial fr justiça.*”. Consultado em:

https://www.courdecassation.fr/publications_26/tude_annuelle_8869/r_normatif_9039/r_normatif_9040/partie_1_elaboration_norme_9041/titre_1_creation_norme_9042/creation_marge_40727.html

¹²⁷ FERREIRA, Durval, *obra citada*, 2ª Edição, Vida Económica, pág. 19.

número de processo”¹²⁸, bem como casos com fundamento na responsabilidade civil da Administração Pública, ao abrigo de um aresto do *Conseil D’État*, datado de 3 de Agosto de 1928. Neste processo, reconheceu-se o pagamento de uma indemnização com fundamento da perda de chance de um funcionário progredir na carreira.

Também no ordenamento jurídico francês, se recorreu pela primeira vez ao conceito de *perte de chance* para solucionar casos de responsabilidade civil médica, introduzindo-se o conceito de perda de chance de cura ou sobrevivência (*perte d’une chance de guérison ou de survie*). No acórdão da *Cour d’Appel* de Grenoble, de 24 de Outubro de 1961, “*num caso em que houve uma «falha» de diagnóstico de uma fratura, já evidenciada em anterior radiografia, o que ocasionou um agravamento do estado de saúde de vítima, que provavelmente não ocorreria se tivesse havido uma devida avaliação, segundo as leges artis médicas, ad hoc, da situação da vítima*”¹²⁹. Este alargamento suscitou críticas relativas à possibilidade de aplicar tal instituto a “chances” perdidas, nomeadamente na questão da prova da causalidade.

Na doutrina, afirma-se que, no ordenamento jurídico francês, a *perda de chance* tem sido aplicada nas responsabilidades contratual e extracontratual, “*tendo como pressuposto o desaparecimento da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou de uma vantagem: a jurisprudência tende a vislumbrar aí um dano direto e certo, embora admitindo que, por definição, a realização de uma chance nunca é certa*”¹³⁰.

A *posteriori*, a perda de chance “*teve uma ascensão crescente e enorme ubiquidade*”¹³¹, tendo alastrado a diversos ordenamentos jurídicos (v.g. Itália, Argentina, Espanha, Inglaterra, Brasil, Estados Unidos, Portugal).

Conforme diz Vera Lúcia Raposo, “*a grande responsável pela teoria da perda de chance foi a Corte de Cassação francesa, ao condenar um funcionário judicial por impedir o prosseguimento de um processo judicial que poderia ter concluído com uma decisão favorável ao autor. Estava-se então no longínquo ano de 1889 e dificilmente se poderia antever como esta teoria se iria alastrar a tantos cenários, desde o mandato judicial até à prestação de cuidados médicos, passando pelo mau aconselhamento por parte de certos profissionais (por exemplo, em questões financeiras ou jurídicas), competições desportivas, concursos públicos,*

¹²⁸ LEITÃO, António Pedro Santos, *obra citada*, pág. 23.

¹²⁹ FERREIRA, Durval, *Dano da Perda de Chance, Responsabilidade Civil*, 2ª Edição Vida Económica, pág.16.

¹³⁰ FERREIRA, Durval, *obra citada*, pág. 20.

¹³¹ FERREIRA, Durval, *obra citada*, pág. 225.

jogos de fortuna e azar, perda de oportunidades comerciais ou de oportunidades profissionais.” ¹³². Contudo, embora haja consenso entre a doutrina quanto ao momento que assinala a introdução da figura *perda de chance*, François Chabas “faz notar que a citada sentença da Cour de Cassation não deve ser considerada a primeira aplicação da teoria da *perda de chance*, uma vez que se limita a expor e a valorar a responsabilidade do oficial de justiça e não leva em conta se o autor da ação tinha ou não uma chance de vencer a ação precludida pelo comportamento do oficial, utilizando a chance (a probabilidade), como um instrumento para calcular o quantum indemnizatório – “La perdita di Chance Nel Diritto Francese Della Responsabilità Civile”, em *Responsabilità Civile e Previdenza, Revista Bimestrale di Dottrina Giurisprudenza e Legislazione*, Vol. 61, n.º2, 1996, 227-245, p. 227, n.2. O autor defende que a pronúncia do Cour de Cassation a ter em conta é aquela adotada a 26 de Maio de 1932. Tomaremos, todavia, como ponto de partida, a data indicada no texto, por ser aquela que reúne maior consenso e, por, efetivamente, se tratar de um ponto de partida para toda a teoria da *perda de chance*” ¹³³.

¹³² RAPOSO, Vera Lúcia, *Em busca da chance perdida: O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, in *Revista do Ministério Público* n.º 138, de Abril-Junho de 2014, pág. 9.

¹³³ LEITÃO, António Pedro Santos, *Da Perda de Chance: Problemática do Enquadramento Dogmático*, dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, p. 22 (rodapé n.º 47).

6.2 Evolução e consagração: séc. XX

Após o seu surgimento, a jurisprudência italiana acolhe a perda de chance e aplica-a pela primeira vez em 1983. Ao abrigo de uma ação declarativa de condenação ¹³⁴, a *Corte di Cassazione* condena uma empresa ao pagamento de uma indemnização, a título de perda de chance, pela perda da possibilidade de alguns candidatos obterem emprego pois, apesar das suas participações, foram impedidos ilicitamente de atender às provas subsequentes.

De forma idêntica, também neste ordenamento jurídico, a *Corte di Cassazione* decide também no acórdão de 19 de Dezembro de 1985, “*afirmando que em causa «(...) um dano certo (ainda que não no seu montante), que consiste não num lucro cessante, mas antes no dano emergente da perda de uma possibilidade atual, não de um resultado futuro (...)», traduzido na perda de uma chance ou possibilidade que não se confunde com a mera expectativa de facto*” ¹³⁵.

No mesmo sentido, nos últimos vinte anos, em Espanha, os tribunais, quer civis, quer administrativos, têm aplicado a figura da perda de chance em litígios relacionados com a responsabilidade de profissionais liberais, tendo em vista suprir dificuldades na demonstração da existência denexo de causalidade, em especial, perante casos de responsabilidade civil dos profissionais liberais, no exercício da sua atividade profissional ¹³⁶.

Por influência dos ordenamentos jurídicos acima mencionados, a figura da perda de chance foi também recebida na América do Sul, designadamente na Argentina e no Brasil. No primeiro, ela tem vindo a ser aplicada em casos muito controversos, v.g. de perda, por parte dos pais, da possibilidade de obtenção de apoio financeiro do filho, que, entretanto, faleceu. No Brasil, “*Nuno Santos Rocha refere o seguinte: caso do maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que estava em primeiro lugar na maratona olímpica de 2004, quando, a seis quilómetros do final, foi agarrado temporariamente por um homem, que o projetou contra o público, fazendo-o perder preciosos segundos, já que, após o incidente, o brasileiro acabou por ser ultrapassado, terminando a prova em terceiro lugar. Não se pode tomar por garantido que, não fora o empurrão e conseqüente tempo perdido, este teria ganho a medalha de ouro, já que os dois atletas que o ultrapassaram vinham poucos segundos atrás e ainda faltava uma*

¹³⁴ Designam-se como ações declarativas de condenação aquelas em que se exige “*a prestação de uma coisa ou de um facto, pressupondo ou prevendo a violação de um direito.*” (vide artigo 10.º, n.º 3, alínea b, CPC).

¹³⁵ FERREIRA, Durval, *obra citada*, pág.22.

¹³⁶ FERREIRA, Durval, *obra citada*, pág.17.

distância considerável para o final da corrida. No entanto, podemos certamente afirmar que, por força da atuação ilícita de um terceiro, o maratonista perdeu efetivamente algumas possibilidades de ganhar aquela prova olímpica” ¹³⁷.

No âmbito do quadro anglo-saxónico, surge, em Inglaterra, como *leading case*, o litígio *Chaplin Vs. Hicks*, em 1911. Neste processo, o *English Court of Appeal* concedeu a uma candidata a reparação da perda de possibilidade de ser uma das doze vencedoras, entre cinquenta candidatas, de um concurso de beleza, uma vez que não foi notificada, tempestivamente, para a entrevista final ¹³⁸. Tal decisão influenciou, por seu turno, a jurisprudência dos Estados Unidos da América, tendo ela recorrido, muitas vezes, ao abrigo da responsabilidade civil médica. V.g. *Hicks Vs. United States*, onde, ante a conduta negligente de um médico, se condenou o *defendant* ao pagamento de uma indemnização a título da perda da possibilidade substancial de sobrevivência.

No sistema da *Common Law*, a *loss of a chance* tem-se aplicado maioritariamente em casos de responsabilidade civil médica porque, de acordo com John Goldberg, existe uma assimetria no conhecimento entre o paciente e o médico, o que se revela particularmente significativo quando em causa se encontrem os bens jurídicos saúde e vida. Ainda que, nos Estados Unidos da América, a figura da perda de chance se tenha aplicado primeiramente no caso *Kansas City M. & =. Ry. Co. V. Bell*, quando o tribunal reconheceu o direito à indemnização a um criador de gado e a obrigação do pagamento da mesma na esfera jurídica jurídica de uma empresa de transportes “*que se atrasou na devida entrega dos animais no local de destino, onde decorria uma feira de gado, e assim privou esse criador de ganhar um prémio disputado nessa feira”* ¹³⁹.

¹³⁷ FERREIRA, Durval, *obra citada*, pág. 17.

¹³⁸ “*The plaintiff in Chaplin v Hicks was a young woman who, in 1908, entered a beauty contest organised by the defendant. A contractual relationship existed. From over 600 entrants the plaintiff was selected as one of fifty finalists. Each finalist was to attend a personal interview with the defendant, and he was to choose twelve winners who would receive valuable employment as actresses. The plaintiff, however, was unable to attend at her allotted interview time and the defendant, in breach of his contract with the plaintiff, refused to interview her at a later date. The plaintiff, then, was not even considered in the final selection (...) The plaintiff was awarded substantial damages for the value of the chance of competing which she had contracted for.*” COOPER GLEN, *Damages for the Loss of a Chance, in Contract and Tort*, Auckland U. L. Rev., 1988, pág. 1.

¹³⁹ FERREIRA, Durval, *obra citada*, pág. 30.

Na verdade, como afirma Luís Medina Alcoz, “*después de gestarse entre finales del siglo XIX y principios del XX en los sistemas jurídicos francês e inglés, en supuestos de incumplimiento contractual, la teoria de la perdida de oportunidad ha circulado horizontalmente, penetrando otros muchos ordenamientos nacionales (Estados Unidos, Canadá, Australia, Bélgica, Holanda, Italia, Argentina, entre otros); y verticalmente, alcanzando a organizaciones europeas e internacionales de diverso signo (Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-UNIDROIT -; Academia de Jusprivatistas Europeos; Grupo Europeo de Responsabilidad Civil – EGTL –) que, después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos (art. 2.7 Directiva 92/13/CE y jurisprudencia comunitaria; sentencias en materia de derechos humanos; art. 7.4.3 Principios UNIDROIT; art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos; art. 3:106 Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil)*”¹⁴⁰.

No ordenamento jurídico suíço, a figura da perda de chance não está expressamente consagrada, nem na legislação, nem na jurisprudência. A doutrina defende a aplicação da perda de chance, uma vez que considera que “*a mesma constitui um refinar da aplicação do instituto da responsabilidade civil (...) Aponta-se ainda como benefício a uniformização internacional do direito privado e justifica-se a sua aceitação com base no facto de a tendência dos juízes*

¹⁴⁰ ALCOZ, Luís Medina, *Hacia una nueva teoria general de la causalidade en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la perdida de oportunidades*, in Revista de responsabilidad civil y seguro, 2009, pág. 34. Tradução : Depois de ter sido desenvolvida entre o final do séc. XIX e o início do séc. XX no sistema jurídico francês e inglês, no âmbito da responsabilidade contratual, a teoria da perda de chance circulou horizontalmente, introduzindo-se noutros sistemas jurídicos (Estados Unidos, Canadá, Austrália, Bélgica, Holanda Itália, Argentina, entre outros); e verticalmente, atingindo organizações europeias e internacionais de vários tipos (Conselho e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias; Tribunal Europeo e Tribunal interamericano de Direitos Humanos; Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT; Academia de Jusprivatistas Europeu; Grupo de Responsabilidade Civil Europeia (EGTL), que, após identifica-la como método de comparação, acolheu e aplicou nos seus instrumentos (artigo 2.7.º, Diretiva 92/13/CE e na jurisprudência comunitária; nos acórdãos sobre Direitos Humanos; artigo 7.4.3.º, UNIDROIT, artigo 163.º, da Parte Geral do Código Europeu dos Contratos; artigo 3.º 106 dos Princípios da Lei da Responsabilidade civil Europeia.

suíços ser a de contornar princípios fundamentais da responsabilidade civil no sentido de poder conceder indemnizações e ultrapassar o princípio do tudo ou nada” ¹⁴¹.

Já no ordenamento jurídico alemão se tem normalmente rejeitado a aplicação da presente figura e, conseqüentemente, rejeita o direito à indemnização da mesma. Entende-se que tal posição se funda no *“facto de o BGB não prever, no seu parágrafo 252, a perda de chance como um lucro cessante reparável que poderia ser esperado no decurso natural dos acontecimentos e ainda o facto do direito alemão dispor de um extenso catálogo de bens tutelados juridicamente (...) parece contar-se com soluções processuais, como sejam as presunções legais e a inversão do ónus da prova, para solucionar casos que em outros ordenamentos apontados teriam acolhimento dentro da teoria da perda de chance.”* ¹⁴². Ou seja, na Alemanha, os Tribunais solucionam *“com base na alteração do ónus da prova, através da admissão de inversões do ónus e da facilitação da prova da causalidade, e tomando a designação da teoria da elevação do risco.”* ¹⁴³.

¹⁴¹ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 28.

¹⁴² LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág.28. BGB – German Civil Code

¹⁴³ SAMÕES, Fernando Augusto, *Indemnização por Perda de Chance*, dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Portucalense, em Agosto de 2015, p. 26.

7. A Chance

7.1. Características

Chance é sinónimo de *oportunidade*.

Este vocábulo comporta duas ideias distintas: por um lado, a possibilidade e a sua concretização; e, por outro, a incerteza, a dúvida e a imprevisibilidade.

A chance considera-se neutra e aleatória, assim como autónoma e atual ¹⁴⁴.

Desde logo, a chance tem um carácter neutro e aleatório. Enquanto não se materializa, ela existe, uma vez que se mantém “*num plano de incerteza, sendo impossível de prever até se concretizar (e por isso deixa de ser chance para passar a ser resultado – daí a sua aleatoriedade), qual será o seu modo de materialização, consubstancie ele um resultado positivo ou negativo (daí a sua neutralidade)*” ¹⁴⁵. Em suma, “*a chance é neutral na medida em que contém, em potência, um enlace favorável e outro desfavorável, derivando tal neutralidade da natureza aleatória do decurso dos factos.*” ¹⁴⁶.

A chance caracteriza-se também pela sua autonomia “*em relação ao resultado final, que se materializará no momento definitivo do processo causal; e autónoma em relação ao processo causal em si, apesar de nele se integrar e não ter valor intrínseco senão em referência a ele: a chance representa não uma vantagem possível, mas uma possibilidade de vantagem*” ¹⁴⁷. Desta forma, “*é uma realidade em si mesma, um valor atual e autónomo distinto da utilidade final que potencia*” ¹⁴⁸. Assim, para reconhecer tal característica, “*é necessário que se possa afirmar as «chances» como uma “entidade economicamente avaliável”, merecedora de tutela jurídica (...) esta autonomia será, porém, uma autonomia relativa, dado não nos ser possível ignorar a relação delicada existente entre ambos os danos*” ¹⁴⁹.

¹⁴⁴ 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, págs. 200 a 205.

¹⁴⁵ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 35.

¹⁴⁶ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *Dano de Perda de Chance e a sua perspetiva no Direito Português*, dissertação de Mestrado, Verbo Jurídico, pág. 77.

¹⁴⁷ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 36.

¹⁴⁸ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *dissertação citada*, pág.77.

¹⁴⁹ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 63/64.

Conforme resulta do acórdão do TR de Lisboa, Proc. N.º 1062/14.9TVLSB.L1-2, de 27 de Abril de 2017, “*também Vera Lúcia Raposo, depois de clarificar serem os dois elementos básicos de perda de chance «uma perda atual e efetiva», por um lado, e «uma possibilidade favorável real e séria» , salienta que (...) a sua nota decisiva é a sua autonomia, distinguindo-se do dano final sofrido pelo autor, o que tem desde logo a consequência de o valor da compensação que lhe cabe não poder equivaler ao caberia ao dano final, embora dependa do valor que seria atribuído ao dano final.*”.

Rute Teixeira Pedro defende que a chance também deve revestir como característica a seriedade, uma vez que, através da mesma, acautela-se a verificação da certeza, de forma a reparar o facto ilícito sofrido na esfera jurídica do lesado ¹⁵⁰. Salienta que se trata de uma questão “*discutida saber quando se verifica tal seriedade, sendo que, alguns Autores estabelecem um patamar mínimo de probabilidades para que a chance possa ser considerada, colocando tal limite nos 50%; segundo outro entendimento, será suficiente que a chance seja superior a zero, devendo o demandante provar factos constitutivos de uma probabilidade, ainda que mínima, sem que o réu prove factos impeditivos da consumação da chance. Assim, a consistência da chance apenas se repercute no montante reparatório, mas não na questão prévia da aceitação da sua admissibilidade*” ¹⁵¹.

A chance é suscetível de ser configurada, na esfera jurídica do lesado, como a possibilidade de obter um resultado favorável. Para a teoria originária, a sua perda deve, por isso, ser tida como um dano autónomo. Com efeito, no campo de aplicação da *perda de chance* como um dano autónomo, “*a chance deve ser perspectivada como algo existente na esfera jurídica do lesado na altura da lesão (ou que esteja protegido por algumas variantes da ilicitude)*” ¹⁵². Para se considerar como tal, “*a chance (perdida) tem de ser autónoma – e uma chance, enquanto chance que é, é autónoma; essa nota característica confere-lhe, pois, valor por si só*” ¹⁵³.

No ordenamento jurídico português, este tema apresenta dificuldades em virtude de se considerar não estar preenchido um dos pressupostos da responsabilidade civil – a ilicitude –

¹⁵⁰ “*sendo que, com esta exigência, pretende-se acautelar a verificação de uma das notas caracterizadoras do dano reparável, a sua certeza*” COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *dissertação citada*, pág. 78.

¹⁵¹ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *dissertação citada*, pág. 78.

¹⁵² LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 36.

¹⁵³ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 38.

quando se trata de chance revestida de carácter patrimonial. “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”¹⁵⁴. Apesar disso, “não obstante, o que é certo é que a previsão no Código Civil de conceitos gerais-abstratos, salvaguardados por cláusulas gerais e conceitos indeterminados (nomeadamente aqueles utilizados para determinar as variantes da ilicitude), tem precisamente por fundamento a possibilitação de um elevado grau de segurança e razoabilidade das soluções jurídicas em geral”¹⁵⁵. Rute Teixeira Pedro entende que, através das normas que regulam as obrigações, é possível tutelar a perda de chance atribuindo o direito à indemnização¹⁵⁶.

Neste sentido, o acórdão do STJ, Proc. N.º 456/14.4TVLSB.L1.S1, de 6 de Dezembro de 2018, realça que “para que se justifique a atribuição de uma indemnização ao lesado e apesar de não comprovado o nexo causal entre o facto e o dano final, necessário é que da ocorrência de um determinado evento se divisa que em resultado dele, é real, séria e considerável a probabilidade de obtenção de uma vantagem ou de prevenção de um prejuízo (...) permite a figura do instituto da perda de chance e, em sede de verificação do pressuposto da responsabilidade civil atinente ao nexo de causalidade entre o facto e dano, como uma diminuição e/ou decréscimo das exigências no âmbito da prova, mas, ainda assim, e como é compreensível, imprescindível é sempre (art. 483.º do CC) que alegue e prove o lesado, além do facto ilícito, a culpa do infrator, a verificação do dano final e uma considerável probabilidade de ter sido evitado um prejuízo não fora a falta cometida pelo responsável pela indemnização.”. Defende-se no acórdão do STJ, Proc. N.º 1337/12.1TVPRT.P1.S1., de 19 de Dezembro de 2018, que “as dificuldades que muitos encontram na autonomia da figura da perda de chance, no direito português, resulta do facto de a ligarem aos requisitos de responsabilidade civil”.

¹⁵⁴ Vide acórdão STJ, Proc. N.º 8972/06.5TBBERG.G1. S1., de 29 de Maio de 2012. Neste sentido, também o acórdão Proc. N.º 5817/09.8TVLSB.L1. S1, de 18 de Outubro de 2012 entende que “a doutrina da perda de chance não tem apoio expresso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória.”.

¹⁵⁵ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 37.

¹⁵⁶ PEDRO, Rute Teixeira, *obra citada*, pág. 214.

7.2. Condições de aplicabilidade

Para ser atribuída uma tutela jurídica à figura da perda de chance através da imposição da obrigação de ressarcimento, a chance tem de ser séria e real (*chance réel et sérieux*), cabendo ao lesado provar o preenchimento de tais condições.

Estas condições advêm, sobretudo, da prática jurisprudencial, que exige um determinado grau probabilístico na verificação do resultado, designado como chance perdida, não obstante as dúvidas suscitadas no que respeita à determinação do momento em que se considera que tal perda merece tutela jurídica. Neste sentido, “*é necessário averiguar se as possibilidades perdidas gozavam de um determinado grau de consistência e probabilidade suficiente de verificação do resultado pretendido para que a sua perda possa ser considerada como relevante a nível ressarcitório. É o que normalmente se costuma designar por «chances» sérias e reais, e portanto indemnizáveis, por contraponto às situações de simples esperanças subjetivas que se traduzem em danos meramente hipotéticos e eventuais, e por isso não dignos de qualquer tipo de reparação (...) só sendo certo é que o dano poderá ser reparável, tornando-se necessário que tenha existido uma possibilidade concreta de se obter uma vantagem ou de se evitar um prejuízo*”¹⁵⁷.

O problema põe-se na determinação de quando é que “*há incerteza no dano, mas certeza na probabilidade*”¹⁵⁸.

No sistema jurídico da *Common Law*, para a perda de chance ser fundamento da obrigação de indemnizar, recorre-se à aplicação da formulação *more likely than not* ou *preponderance of the evidence rule standard of proof*, “*sempre que fique provado que havia uma probabilidade não menor a 50% de evitar um resultado desfavorável, embora sejam apontados alguns casos que, utilizando a substantial possibility rule no standard of proof, se tenham concedido indemnizações por perda de chance cuja probabilidade de se virem a concretizar era menor que aqueles 50%*”¹⁵⁹. V.g., nos Estados Unidos da América, embora não tenha sido estabelecido um grau de probabilidade para determinar a seriedade da perda de chance, entendeu-se, no caso *Perez Vs. Las Vegas Med. Ctr.*, que não estavam preenchidas as

¹⁵⁷ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 59.

¹⁵⁸ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 60.

¹⁵⁹ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 39.

condições de ressarcimento a título de perda de chance, uma vez que se aferiu apenas 10% de probabilidade de se verificar o resultado.

Ainda no domínio da jurisprudência estrangeira, foram proferidas decisões que recusaram a obrigação de indemnizar a título de perda de chance com fundamento na falta do carácter sério real, v.g. no litígio *Davies Vs. Taylor*. Neste caso em concreto, “*a House fo Lords recusou uma reparação do dano da perda de chance de obter alimentos do marido a uma viúva que tinha deixado o cônjuge cinco semanas antes da sua morte, já que não ficou demonstrada a probabilidade séria de poder haver uma reconciliação (...) a determinação da seriedade resulta de um juízo duplo de probabilidades, ou seja, dois fatores aleatórios são combinados para a constituição de determinado evento*”¹⁶⁰.

No ordenamento jurídico português, de acordo com o acórdão do STJ, Proc. N.º 456/14.4TVLSB.L1.S1., de 6 de Dezembro de 2018, entende-se que “*para que se justifique a atribuição de uma indemnização ao lesado e apesar de não comprovado o nexo causal entre o facto e o dano final, necessário é que da ocorrência de um determinado evento se divisa que em resultado dele, é real, séria e considerável a probabilidade de obtenção de uma vantagem ou de uma prevenção de um prejuízo*”.

No ponto de vista de Luis Medina Alcoz, a teoria da perda de chance “*no se aplica cuando la probabilidade es nula, escasa o insignificante, pues puede descartarse con práctica seguridad que haya nexo causal, sin que, por tanto, la víctima tenga derecho a indemnización. Tampoco cuando esa probabilidad es alta o suficiente, pues puede tenerse por cierto el lazo causal, reconociéndose al dañado el derecho a la reparación total (...) del mismo modo, la doctrina no resulta aplicable a supuestos en que el daño cuya conexión causal es sólo posible aún no se ha materializado ni a los casos en que acontecimientos venideros pueden razonablemente propiciar su reparación (...) no se maneja tampoco, en fin, cuando el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal.*”¹⁶¹.

¹⁶⁰ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 61/62

¹⁶¹ ALCOZ, Luis Medina, *obra citada*, pág. 45/46. Tradução: “A perda de chance não é aplicável quando a probabilidade é nula, escassa ou insignificante, uma vez que se pode excluir com segurança prática a existência de um nexo de causalidade, sem, portanto, a vítima ter direito à indemnização. Nem quando essa probabilidade é alta ou suficiente, visto que o nexo causal pode ser dado como certo, reconhecendo ao lesado o direito à reparação total (...) da mesma forma, a doutrina não aplica nos casos em que o dano não se concretiza, nem nos casos em

Defende-se que as questões relacionadas com a ressarcibilidade e as características que a perda de chance há de revestir para ser atendível devem ser analisadas de forma casuística. *“Uma chance pode ser séria, sem ser real mas existirá fora do plano jurídico; já se a chance for séria e essa seriedade for comprovada através de um juízo probabilístico objetivo, então será sempre real, independentemente do nível de seriedade – e essa conclusão terá como consequência a sua relevância jurídica e, por conseguinte, a ressarcibilidade da sua perda, independentemente do seu nível de seriedade”* ¹⁶².

Com o objetivo de verificar se a perda de chance é séria e real e se estas características estão comprovadas mediante um juízo de probabilidade com carácter objetivo, será importante, assim, analisar o caso em concreto, levando em conta os elementos factuais, as circunstâncias e a prova feita. Ainda assim *“El cálculo de probabilidad permite así, en los asuntos planteados, depurar la medida en que el cliente hubiera vencido en el hipotético proceso y, de este modo, aceptar o rechazar la hipótesis de que el abogado o procurador ocasionó el daño. No cabe, por tanto, renunciar al cálculo de probabilidad, entendido como método racional impuesto por las reglas de la sana crítica y las normas de responsabilidad civil; método que justifica a veces que el profesional legal quede liberado de toda responsabilidad; pero que otras conduce a la apreciación del nexo causal o a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad porque no puede excluirse a priori que las pretensiones del cliente hubieran sido estimadas por estar amplia y netamente fundadas y basarse en circunstancias fácticas indubitadas”* ¹⁶³.

A determinação de um grau de probabilidade reflete-se na quantia pecuniária tida como indemnização. Contudo, tal determinação *“não poderá ser um obstáculo à admissibilidade da reparação, desde que seja estabelecida e demonstrada por parte do lesado essa consistência mínima da «chance» perdida”* ¹⁶⁴.

que os acontecimentos futuros possam razoavelmente levar à sua reparação (...) também não se aplica quando o lesado não utiliza as provas, que estão no seu alcance, capazes de articular um julgamento (mais seguro) sobre a existência de um nexo causal”.

¹⁶² LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 41.

¹⁶³ ALCOZ, Luís Medina, *obra citada*, pág. 54.

¹⁶⁴ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 61.

8. Problema do enquadramento dogmático da "perda de chance"

A análise do instituto jurídico da responsabilidade e dos seus pressupostos ¹⁶⁵, assim como da perda de chance ¹⁶⁶, suscita problemas em relação ao seu enquadramento dogmático. Sendo relevante, desde logo, a determinação dos pressupostos determinantes para a sua aplicação e as *“implicações recíprocas se podem retirar da contraposição de ambas as figuras (pressupostos e perda de chance)”* ¹⁶⁷.

Para o efeito, torna-se necessário verificar a presença das características da figura e avaliar se elas se encontram preenchidas. *“Esta problemática dividiu a doutrina aceitante da teoria da perda de chance e deu origem à sua aplicação com base em dois métodos distintos, individualizados em duas teorias apelidadas por François Chabas de teoria verdadeira (ou originária), em que se considera a perda de chance como um dano autónomo, passível de ser indemnizado autonomamente; a teoria falsa (ou da causalidade parcial), maioritariamente utilizada nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência (principalmente nos ordenamentos jurídicos francês, italiano e nos ordenamentos jurídicos da Common Law mais representativos), como modo de afrouxar a necessidade de prova do nexo causal e, com base nisso, conceder uma indemnização parcial do dano final”* ¹⁶⁸.

Nesta matéria, o acórdão do TR de Lisboa, Proc. N.º 1069/16.1YRLSB-6, de 14 de Setembro de 2017, afirma, na parte do fundamento de Direito, que *“na perda de oportunidade impõe-se um afrouxamento da exigência de linearidade e continuidade do nexo causal. Aí não há, na verdade, um dano futuro ou um lucro cessante a apagar – ainda no quadro de um continuum direto com a inexecução – mas, antes, uma ligação entre o incumprimento do sinalagma contratual e o direito a conseguir uma vantagem futura ou a impedir um dano por facto de terceiro podendo, pois, eventualmente, falar-se em dano autónomo. Neste sentido, são, em aparência, os pressupostos reconhecidos por lei como condicionantes da existência de um quadro de responsabilidade civil os maiores obstáculos à generalização do reconhecimento interno da figura da perda de chance (...)”*.

Esta divisão doutrinária desponta em função do tipo em presença: nos casos de perda de chance processual e de perda de chance em termos amplos, o problema soluciona-se através

¹⁶⁵ Vide capítulo 2 da presente dissertação.

¹⁶⁶ Vide capítulo 5 da presente dissertação.

¹⁶⁷ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 42.

¹⁶⁸ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 44.

da aplicação da teoria de dano autónomo; nas situações de perda de chance de cura ou sobrevivência, a resolução dá-se através da aplicação da teoria da causalidade em virtude das incertezas a propósito do estabelecimento da causalidade. Desta forma, *“a aplicação diferenciada para ter origem na constatação da diferença de resultados práticos que o facto ilícito provoca: nos primeiros casos o facto ilícito parece provocar a interrupção de um processo causal hipotético, sobre o qual nunca se saberá o desfecho, uma vez que o lesado foi dele retirado, já para o segundo tipo de casos, o que se nos depara é um processo causal que não foi interrompido ou alterado (por exemplo o da progressão de uma doença), mas que o poderia ter sido, se não fosse o facto ilícito (...)”*¹⁶⁹.

A título de exemplo do já exposto quanto à divisão doutrinária, o acórdão do STJ, Proc. N.º 5105/12.2TBLX.L1.S1, de 9 de Julho de 2015, entende que *“pode concluir-se que a orientação dominante da jurisprudência do STJ vai no sentido de que a perda de chances processuais não constituem um dano autónomo, na medida em que ofende os princípios de certeza do dano e da causalidade adequada, com ressalva das hipóteses em que a prova permita com elevado grau de probabilidade ou verosimilhança concluir que o lesado obteria certo benefício não fora a chance perdida. Já no âmbito de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo parece algo mais permissiva na admissibilidade da ressarcibilidade do dano por perda de chance, ao considerar essa vantagem perdida como uma valor autónomo e atual, distinto da utilidade final que potencia e que, por isso, a respetiva perda de oportunidade de ganho não é uma mera expectativa, mas um dano certo e casualmente ligado à conduta da Administração, determinando-se o montante indemnizatório com referência à vantagem económica final que poderia ter sido obtida e à probabilidade que o lesado teria de a alcançar”*. Este aresto menciona, a posteriori, o seguinte: *“(...) conforme salienta Carlos Cadilha, o juízo de probabilidade sobre a consistência da perda de chance deve “ser encarado 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”*.

Em sentido inverso, o acórdão do STJ, Proc. N.º 540/13.1T2AVR.P1.S1, de 11 de Janeiro de 2013, plasma no seu sumário que *“no nosso ordenamento jurídico, a identificação de um dano constitui pressuposto incontornável da responsabilidade civil e, em geral, a perda de uma chance não terá virtualidade jurídico-positiva para fundamentar uma pretensão*

¹⁶⁹ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, págs. 44 a 45.

indemnizatória” e ainda que “a doutrina da perda de chance propugna, em tese, a compensação quando fique demonstrado, não que a perda de uma determinada vantagem é consequência segura do facto do agente (nexo causal entre o facto ilícito e o dano final), mas, simplesmente, que foram reais e consideráveis as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo. A mesma doutrina distribui o risco de incerteza causal entre as partes envolvidas, pelo que o lesante responde, apenas, na proporção e na medida em que foi autor do ilícito, sendo o dano que se indemniza constituído apenas pela perda de chance, que não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem igual à quantia que seria atribuída caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final”.

8.1. Perda de Chance enquanto nexo causal

8.1.1. Teoria falsa ou da causalidade parcial

Na sequência de algumas decisões proferidas pela *Cour d'Appel de Grenoble*¹⁷⁰, na década de 1970, surge uma teoria sobre a figura da perda de chance, no domínio da responsabilidade civil médica, que não a visualiza como um dano autónomo, mas antes como “*um certo artifício que mascarava a incerteza do juiz em relação à apreciação do nexo causal, contribuindo assim para que se pudesse conseguir indemnizar, de forma parcial, o único prejuízo verdadeiramente existente, o dano final, ou seja, a não ocorrência do resultado pretendido*”¹⁷¹.

À luz da teoria da causalidade, considera-se que a perda de chance corresponde a um subterfúgio jurídico destinado a suprimir a necessidade de provar um dos pressupostos do instituto jurídico da responsabilidade civil: o nexo causal entre o facto ilícito e o dano causado.

Jacques Boré e John Maksidi defendem a presente doutrina ao afirmar que “*a probabilidade constatada de determinada conduta ser causa do dano final, deve ser a base para se calcular o valor devido à vítima, que corresponderia, portanto, a essa mesma probabilidade, calculada sobre o prejuízo final*”¹⁷².

De acordo com a teoria da causalidade parcial, a perda de chance prefigura um estratagema que permite ao juiz, indeciso quanto ao nexo de causalidade entre o facto e o dano, atribuir ao lesado o direito a uma indemnização parcial. Nas situações de impossibilidade de prova do nexo causal, o tribunal, em termos probabilísticos, concedê-la-á na totalidade sempre que o respetivo grau de certeza causalidade ultrapasse os 50%. Caso contrário, cabe-lhe optar por proceder à redução do *quantum* indemnizatório a um valor correspondente ao vínculo existente entre o facto e dano, concedendo-se uma “*reparação de um prejuízo parcial e relativo, traduzido na perda de chance, e que será desta forma quantificado de acordo com a probabilidade de causalidade provada*”¹⁷³. Neste caso, o juiz utilizará “*a probabilidade*

¹⁷⁰ Tribunal de Recurso de Grenoble, França.

¹⁷¹ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 34.

¹⁷² FERREIRA, Rafael Pereira, *A Responsabilidade Civil pela Perda de Chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico português*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Prof. Dr. Francisco Manuel Brito Pereira Coelho, 2014.

¹⁷³ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 35.

estatística para revestir o seu juízo de uma certeza razoável e quantitativamente apreciável acerca do nexo de causalidade entre o facto e o dano” ¹⁷⁴.

A favor da doutrina supramencionada, John Maksidi “*argumenta que, através da sua aplicação, o ofensor se veria obrigado a pagar apenas pelos danos que, estatisticamente, tenha causado. Seria, assim, uma possível solução para o padrão «tudo ou nada» da causalidade que, por muitas vezes, patrocina subcompensações ou ultracompensações (undercompensation and overcompensation)*” ¹⁷⁵. Contudo, “*essa espécie de causalidade probabilística romperia com a teoria da causalidade adequada, consagrada no art.º 563º do Código Civil, sendo, desta forma, inaceitável reconhecê-la e aplicá-la no sistema da responsabilidade civil vigente em Portugal*” ¹⁷⁶.

A presente doutrina acrescenta, assim, uma outra condição de ressarcimento, designada como perda certa da obtenção de um resultado favorável pelo lesado.

A determinação do *quantum* da indemnização efetua-se, ante a dúvida inerente ao nexo de causalidade, se se provar que está representada na perda de chance “*uma probabilidade de 60% de evitar o resultado final indesejado, então o facto ilícito que provocou a sua perda deve considerar-se como causa parcial do dano final, na medida desses mesmos 60%. Por isso, o valor da indemnização corresponderá a 60% do valor do dano final*” ¹⁷⁷.

Em suma, esta doutrina – designada por causalidade parcial – soluciona as dificuldades que surgem na prova da existência de um nexo de causalidade, no âmbito das ações de responsabilidade civil médica, quando o facto ilícito diminui as probabilidades de se obter um resultado favorável ou de se evitar um resultado desfavorável.

Esta perspetiva apoia-se, sobretudo nos ordenamentos jurídicos de *Common Law*, na ideia de *deterrence* – isto é, do efeito dissuasor. Pressupõe-se que “*o comportamento é ineficiente enquanto constituir um prejuízo para a sociedade (quando os seus custos para a sociedade ultrapassarem os seus benefícios), o sistema da responsabilidade civil na Common Law impõe a determinado agente os custos do seu comportamento ineficiente – criando assim*

¹⁷⁴ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 50.

¹⁷⁵ FERREIRA, Rafael Pereira, *dissertação citada*, pág. 42.

¹⁷⁶ FERREIRA, Rafael Pereira, *dissertação citada*, pág. 42.

¹⁷⁷ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág.51.

o deterrence of inefficiency (dissuasão do comportamento ineficiente)”¹⁷⁸. No domínio da responsabilidade civil pela perda de chance, o juiz considera-a provada quando se demonstra a existência do nexo de causalidade entre o dano e o facto ou quando haja uma probabilidade maior do facto ilícito ter provocado o dano.

À luz da jurisprudência portuguesa, o acórdão do STJ, Proc. N.º 488/09.4TBES.P1.S1., de 5 de Fevereiro de 2013, constata que “*o ordenamento jurídico nacional consagra a doutrina da causalidade adequada, ou da imputação normativa de um resultado danoso à conduta reprovável do agente, nos casos em que pela via da prognose póstuma se possa concluir que tal resultado, segundo a experiência comum, possa ser atribuído ao agente como coisa sua, produzida por ele, mas na sua formulação negativa, porquanto não pressupõe a exclusividade da condição como, só por si, determinante do dano, aceitando que na sua produção possam ter intervindo outros factos concomitantes ou posteriores*”. Acresce ainda que “*enquanto a teoria geral da causalidade, no âmbito da responsabilidade contratual, tem subjacente o princípio do «tudo ou nada», porquanto obriga a que o risco de incerteza da prova recaia em conjunto sobre um único sujeito, a teoria da perda de chance, ou da perda de oportunidade, diz respeito, não à teoria da causalidade jurídica ou de imputação objetiva, mas antes à teoria da causalidade física, pelo que a perda de oportunidade apenas pode colocar-se, verdadeiramente, quando o julgador, depois de aplicar as regras e critérios positivos que orientam e limitam a sua capacidade de valoração, não obtém a prova de que um determinado facto foi causa física de um determinado dano final*” e que “*o dano da “perda de chance” que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de chance que deve ser medida em relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior, nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final.*”. O presente acórdão reforça que “*realiza-se a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção de uma vantagem ou de evitamento do prejuízo, após o que, obtidos tais valores, se aplica o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado dessa operação a indemnização a atribuir pela perda de chance.*”.

Relacionado com a teoria da causalidade, está figurado também no acórdão do STJ, Proc. N.º 1337/12.1TVPRT.P1.S1., de 19 de Dezembro de 2018, que “*a teoria geral da*

¹⁷⁸ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág.52.

causalidade, no âmbito da responsabilidade contratual, tem subjacente o princípio do “tudo ou nada”, porquanto obriga a que o risco de incerteza de prova recaia, em conjunto, sobre um único lesante, quer seja o lesante, quando, perante as dificuldades probatórias, o julgador baixa o “standard” ordinário da prova para afirmar um nexo causal duvidoso, e ordena a reparação total do dano sofrido, quer seja o lesado, quando o órgão judicial mantém esse “standard” ordinário da prova e nega o nexo causal e a responsabilidade. Porém, a teoria da “perda de chance” ou da oportunidade veio alterar esta colocação, uma vez que distribui o risco da incerteza causal entre as partes envolvidas, isto é, o lesante responde apenas na proporção e na medida em que foi autor do ilícito, traduzindo uma solução equilibrada que pretende conformar-se com uma sensibilidade jurídica a que repugna a desoneração do agente danoso por dificuldades probatórias, mas, também, que não comina a reparação da totalidade do dano que, eventualmente, não cometeu”.

8.1.2. Críticas à aplicação da teoria da Causalidade Parcial

Teoria Divisionista e Teoria Unitária

O surgimento e desenvolvimento da teoria da causalidade parcial, suscitou diversas discussões e divergências doutrinárias. Surge, em contraposição, a teoria divisionista, que rejeita a existência de um dano autónomo nos casos de responsabilidade civil médica e entende que a aplicação da teoria da causalidade parcial é contrária ao direito positivo e arbitrária, uma vez que propõe *“considerar e isolar um dano intermédio para sustentar a ligação (probabilística) causal do facto com o dano final, quando, na realidade, está perante um processo causal que se desenrolou até ao fim, sobre o qual se sabe o completo desenrolar e sobre o qual, a questão que se coloca, é uma questão eminentemente de reparação do prejuízo final”*¹⁷⁹.

À semelhança desta doutrina, surge também a teoria unitária, que igualmente rejeita a aplicação da teoria da causalidade parcial nos casos de responsabilidade civil médica. Para os solucionar, defende que apenas é necessário demonstrar que o doente tinha, efetivamente, uma chance de cura ou sobrevivência no momento da intervenção médica, tendo-se ela perdida em virtude de uma conduta imputável ao médico. De acordo com a doutrina unitária, considera-se a perda de chance, nestas circunstâncias, como *“num verdadeiro prejuízo autónomo indemnizável”*¹⁸⁰.

Na doutrina portuguesa, Rui Cardona Ferreira entende que *“nem a teoria da causalidade adequada, nem a teoria do escopo de proteção da norma, permitem, porém, 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 assente das situações de responsabilidade civil em apreço”*¹⁸¹.

De acordo com o acórdão do STJ, Proc. N.º 824/06.5TVLSB.L2.S1, de 1 de Julho de 2014, defende-se que *“não devem assimilar-se os planos de dano e da causalidade, com implicação na perspetiva de excluir como dano autónomo a perda de chance, nem esta figura deve ser aplicada, subsidiariamente, quando não se provou a existência de nexo de*

¹⁷⁹ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 54.

¹⁸⁰ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 46.

¹⁸¹ FERREIRA, Rui Cardona, *A Perda de Chance revisitada a propósito da responsabilidade do mandatário forense*, pág. 20.

causalidade adequada entre a conduta lesiva por ação 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.”. Constatamos que “O Professor Júlio Gomes, in “Direito e Justiça”, vol. XIX, 2005, II, escreveu a certo trecho: “afigura-se-nos, pois, que a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória... Na medida em que a doutrina da perda de chance seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, parece-nos que a mesma deverá ser rejeitada entre nós, ao menos de jure conditio.... Admitimos, no entanto, um espaço ou dimensão residual da perda de chance no Direito português vigente: referimo-nos a situações pontuais, tais como a situação em que ocorre uma perda dum bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado dum concurso ou de uma fase posterior dum concurso.”. Trata-se de situações em que a chance já se «densificou» o suficiente para, sem cair no arbítrio do juiz, se poder falar no que Tony Weir apelidou de «uma quase propriedade», um «bem»”.

8.2. "Perda de Chance" enquanto dano autónomo

8.2.1. Teoria Originária

Em contraposição às teorias já analisadas, a teoria originária configura a perda de chance como um dano autónomo. Para François Fabas, *“o elemento de aleatoriedade que parece predicar o processo causal deve ser tido como parte integrante do próprio conceito de dano – a aleatoriedade passa a ser característica do dano em si, que é a perda de chance, não relevando para efeitos do pressuposto do nexo de causalidade (...) a chance passa a ser tida como algo juridicamente relevante, existente na esfera jurídica do lesado, passível de ser atingida pelo facto ilícito e culposo”*¹⁸², sendo, desta forma, resolvidas questões problemáticas relacionadas com o nexo de causalidade.

Neste sentido, de acordo com Nils Jansen, a perda de chance *“transforma problemas de prova da causalidade numa questão de avaliação do dano, mas salienta que o elemento essencial desta ideia é normativo: ela refere-se a direitos (normas) e não aspetos causais (factos). Por outras palavras, trata-se aqui de convolar a própria chance num direito, a tese que tem vantagem, segundo o Autor, de lidar com o nosso problema dentro dos parâmetros dos antigos conceitos da conditio sine qua non, lesão e prejuízos (...) a proteção das chances é importante para a proteção dos direitos finalisticamente colocados em perigo pois em casos que só resta uma chance, não já mais nada a perder senão a própria chance”*¹⁸³. Desta forma, para o Autor, *“todo o fundamento da perda de chance passa a radicar no próprio Direito”*¹⁸⁴ e acresce que *“o direito privado não pode ficar aquém dessa proteção. Se a responsabilidade civil não protege as vítimas contra a perda de chances, fica aquém das exigências constitucionais”*¹⁸⁵. Também neste sentido, Durval Ferreira aponta que a proteção de tal bem ou direito protegido juridicamente corresponde a uma das incumbências do Estado, relacionadas com *“o respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais”*¹⁸⁶ e com a sua função jurisdicional, plasmada no artigo 202.º, CRP¹⁸⁷.

¹⁸² LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 58.

¹⁸³ FERREIRA, Rui Cardona, *obra citada*, pág. 21 a 22.

¹⁸⁴ JANSEN, Nils, *The Idea of a Lost Chance*, pág. 285, traduzido por FERREIRA, Durval, *obra citada*, pág. 54.

¹⁸⁵ JANSEN, Nils, *The Idea of a Lost Chance*, pág. 292, traduzido por FERREIRA, Durval, *obra citada*, pág. 54.

¹⁸⁶ Vide artigo 2.º, CRP.

¹⁸⁷ *“Na verdade, a proteção da chance não é mais do que a proteção do direito ou bem juridicamente protegido (...) pelo que se incumbe ao Estado a proteção de tais bens, como impõe os arts. 2º e 202º, da C.R. – então, não*

Na doutrina alemã, Gerald Mäscher entende que a ressarcibilidade por perda de chance deve ser julgada casuisticamente. Restringe-a, todavia, às situações em que o devedor se considera obrigado a promover e apresentar, de forma ativa, a realização da chance, em si mesma, o que exclui a figura do campo da responsabilidade civil a título delitual. Desta forma, a perda de chance será fruto do incumprimento de um dever contratual, implícito. Através deste entendimento, segundo o Autor, *“não se tornaria necessário operar qualquer alteração ou desvio ao critério da causalidade e às normais exigências de prova, que não refeririam ao dano final, mas a um dano autónomo de perda de chance, cuja ressarcibilidade seria reclamada pela violação de deveres específicos entre sujeitos determinados”*¹⁸⁸.

Na doutrina portuguesa, Nuno Santos Rocha também considera a perda de chance um dano autónomo, para efeitos de ressarcimento. Para ser reconhecida como tal, a chance deve ser tida como *“um bem jurídico autónomo pertencente ao património do lesado”*¹⁸⁹. Neste sentido, a Corte di Cassazione italiana já entendeu que *“o dano derivado da perda de chance não é uma mera expectativa do facto, mas uma entidade patrimonial distinta, economicamente e juridicamente suscetível de autónoma avaliação”*¹⁹⁰. Durval Ferreira acolhe também este enquadramento dogmático¹⁹¹.

À luz da jurisprudência portuguesa, o acórdão do STJ, Proc. N.º 296/16.6T8GRD.C1.S2, de 15 de Novembro de 2018, relata que *“a perda de oportunidade ou “perda de chance” de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, impossibilitada definitivamente por um ato ilícito, traduz-se num dano autónomo desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, e aferido, casuisticamente, em função dos indícios factualmente provados em cada caso concreto”*. Neste sentido, também o acórdão do STJ, Proc. N.º 1337/12.1TVPR.T1.S1., de 19 de Dezembro de 2018, consagra no seu sumário que *“para que se considere autónoma a figura 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, ponderando como requisito caracterizador dessa autonomia, se se pode afirmar, no caso*

a proteger, nos casos em que só resta uma chance e não há mais a perder senão a própria chance, seria ficarem o direito e os tribunais aquém da devida e possível proteção.” FERREIRA, Durval, obra citada, pág. 55.

¹⁸⁸ FERREIRA, Rui Cardona, obra citada, pág. 22.

¹⁸⁹ ROCHA, Nuno Santos, obra citada, pág. 92.

¹⁹⁰ Apud. ROCHA, Nuno Santos, obra citada, pág. 93.

¹⁹¹ FERREIRA, Durval, obra citada, pág. 59.

*concreto, que o lesado tinha uma chance, «uma probabilidade séria, real e credível» de, não fora a atuação que a frustrou, obter uma vantagem que probabilisticamente era razoável supor que almejasse, e/ou que a atuação omitida, se não tivesse ocorrido, poderia ter minorado a chance de ter tido um resultado não tão desfavorável como o que ocorreu”*¹⁹².

Resulta assim da análise de jurisprudência portuguesa que “*a tese maioritária é da aceitação da categoria jurídica autónoma do “dano de perda de oportunidade” (...) e, muitas vezes, acontece também, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que na essência da decisão dum caso, se não surge expressamente a colação da figura jurídica em causa, todavia, a mesma está implícita na respetiva avaliação*”¹⁹³. Todavia, esta aceitação da figura suscita ainda algumas discordâncias e discussões não só doutrinárias, mas também na prática jurisprudencial, uma vez que “*para alguns autores, a perda de chance não tem, entre nós, base jurídico-positiva, para outros o caminho está na consideração de um dano autónomo e para outros ainda a aceitação da teoria tem de levar a uma revisão da teoria da causalidade adequada e tratam o assunto como uma hipótese de lucros cessantes*”¹⁹⁴.

¹⁹² Também o acórdão do TR de Lisboa, Proc. N.º 1069/16.1YRLSB-6, de 14 de Setembro de 2019, relata no seu sumário que “*o dano, que se reputa de autónomo, de perda de chance justifica ponderação e reconhecimento com independência do tipo de responsabilidade e da forma de manifestação da ilicitude sempre que o mesmo se desenhe claro, sustentando em prova segura, merecedor de tutela jurídica, suscetível de integração num nexa causal (ainda que aligeirado e marcado por algumas descontinuidades não descaracterizadoras das razões da sua exigência) e marcado pela forte probabilidade do ressarcimento ulterior a pedir contra terceiro*”.

¹⁹³ FERREIRA, Durval, *obra citada*, pág. 226.

¹⁹⁴ *Vide* ponto III, do sumário do acórdão do TR de Guimarães, Proc. N.º 753/15.1T8VGT.G1., de 2 de Fevereiro de 2017.

9. Âmbito de aplicação da figura Perda de Chance

Há casos típicos de perda de chance: perda de chance de ganho, perda de chance processual e perda de chance de cura ou sobrevivência ¹⁹⁵. Apesar desta delimitação, à teoria da perda de chance também se pode recorrer noutros contextos: v.g. casos relacionados com jogos de sorte, competições e concursos de beleza, procedimentos administrativos, processos judiciais, concursos privados, oportunidade comercial ¹⁹⁶.

A perda de chance processual e a perda de chance de cura ou sobrevivência são separáveis, pois, *“embora se concretizem na prática em perda de chance de evitar um resultado desfavorável e/ou alcançar um resultado favorável, devem ser isolados dos demais devido às especificidades que os predicam e às questões que se levantam perante a sua aplicação, nomeadamente a existência da chamada obrigação de meios (em oposição a uma obrigação de resultado) sobre o profissional liberal e a diabolica probatio do nexo de causalidade entre o facto e o dano final – especificamente nos casos de perda de chance de cura ou sobrevivência”* ¹⁹⁷.

No âmbito de procedimentos judiciais, a perda de chance apresenta duas vertentes consoante a natureza do dano final: a oportunidade com carácter económico e a oportunidade pessoal. Ou seja, *“uma vertente económica (veja-se o caso de uma ação judicial destinada a obter a condenação de um devedor no pagamento de um determinado crédito e à qual não foi dada seguimento porque o advogado do demandante não propôs a ação antes do termo do prazo de prescrição do referido crédito, tendo o demandado invocado, com sucesso, a prescrição do direito do demandante), como uma vertente pessoal (será o caso das ações*

¹⁹⁵ PEDRO, Rute Teixeira, *obra citada*, pág. 187 e ss.

¹⁹⁶ Estes casos são destacados pelo autor Luís Medina Alcoz e correspondem a situações de responsabilidade civil pré-contratual, *“quando uma das partes, confiando na conduta mantida pela outra durante as negociações – que lhe fez crer que iriam celebrar o contrato –, descarta vias alternativas de lucro (oferta de um terceiro sujeito). Nestas hipóteses, a deslealdade da contraparte pode impedir que se saiba com segurança qual teria sido a vontade da parte defraudada (...) são situações em que a vítima perde, não os ganhos que teria obtido com o contrato com o terceiro, mas a possibilidade de ter outorgado tal contrato (...) daí que seja normal que não se possa garantir que as negociações frustradas tenham privado a vítima do benefício que lhe teria trazido a conclusão do outro contrato, mas apenas que lhe cercearam uma possibilidade real de a obter.”* (COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *dissertação citada*, pág. 34.

¹⁹⁷ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, págs. 34 a 35.

judiciais em que se pretende a tutela de um direito da esfera do património pessoal, como por exemplo uma ação de reconhecimento da paternidade ou de divórcio” ¹⁹⁸.

A perda de chance pode ter consequências sobre a esfera económica do lesado (v.g. possibilidade de entrar num concurso profissional que fica prejudicada e que, dessa forma, provoca lucros cessantes) ou sobre a esfera pessoal do lesado (v.g. possibilidade de cura ou sobrevivência que se perde). Para além da distinção entre a oportunidade económica e a oportunidade pessoal, a perda de chance também se pode configurar como a extinção da possibilidade de captação de um lucro ou como o desaparecimento da oportunidade de evitar um dano.

Para além dos casos mencionados, também se tem recorrido à perda de chance em casos relacionados com a responsabilidade civil do Estado e demais pessoas coletivas, com fundamento legal no artigo 7.º, n.º 2, do RRCEEPCP, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, bem como pelo Direito da União Europeia, designadamente pelo artigo 2.º, n.º 7, da Diretiva 92/13/CE. Nestes casos e em matéria de contratação pública, sustenta-se que *“o recurso à noção da perda de chance apenas é admissível, dentro de determinados limites, como critério para aferição da causalidade em termos mais flexíveis do normalmente exigíveis, dependendo o direito à indemnização do grau de probabilidade da adjudicação e devendo a respetiva quantificação ter por base o montante dos lucros cessantes.”* ¹⁹⁹. A título de exemplo, o acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, Proc. N.º 01119/08.5BECBR, de 11 de Outubro de 2013, relata no seu sumário que *“será de admitir a «perda de chance» como fonte autónoma da obrigação de indemnizar para situações, como vertente, no domínio dos concursos de provimento em cargos públicos – perda de ocasião de ingresso/progressão numa carreira -, em que o indevido afastamento ou exclusão de um candidato que tivesse uma efetiva possibilidade de sucesso fica praticamente desprotegido se não se tiver em consideração o dano que provém da própria expectativa de obter a indigitação.”* e acrescenta que *“o dano da «perda de chance» deve ser avaliado, em termos hábeis, de verosimilhança e não segundo meros e estritos critérios matemáticos, pelo que a fixação do quantum indemnizatório deverá atender às probabilidades do lesado obter o benefício que poderia resultar da “chance”*

¹⁹⁸ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *dissertação citada*, pág. 34 a 35.

¹⁹⁹ Apud. SAMÕES, Fernando Augusto, *Indemnização por perda de chance*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Processuais, apresentada à Universidade Portucalense, Agosto de 2015, pág. 40, cfr. FERREIRA, Rui Cardona, *Responsabilidade pré-contratual das entidades adjudicantes e perda de chance*, Almedina Coimbra, 2018, pág. 131.

perdida, sendo, precisamente, o grau de probabilidade de obtenção da vantagem (perdida) que será um fator decisivo para a determinação da indemnização.”.

9.1. Perda de Chance processual

Conforme estatui o artigo 1157.º e seguintes, CC, o mandato consiste num “*contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta de outrem*”. Considerado como um contrato de prestação de serviços²⁰⁰, tem como hipótese paradigmática o mandato forense, isto é, um “*contrato de mandato atípico que tem por objeto o exercício do patrocínio judiciário e que se consubstancia na prática pelo mandatário de atos jurídicos por conta e em nome do mandante (...) no entanto, importa realçar que este contrato não se esgota nos interesses do mandante e do mandatário, tutelando de igual modo um interesse de ordem pública, uma vez que é o modo de assegurar aos cidadãos uma assistência técnico-jurídica prestada por alguém qualificado, o que se demonstra essencial à boa administração da justiça, conforme preceituado pelo art.º 208.º da Constituição da República Portuguesa. E o exercício do mandato forense rege-se pelas normas do Estatuto da Ordem dos Advogados, nomeadamente pelo disposto nos arts. 97.º a 107.º, não se exigindo qualquer formalidade na concretização do mandato*”²⁰¹. A violação das obrigações contratuais tem como consequência o recurso ao instituto jurídico da responsabilidade civil contratual²⁰² perante o lesado/cliente. Se, porém, tal inadimplemento incidir sobre um dever que não está integrado, de forma explícita, no contrato de mandato forense pode estar figurado um caso de responsabilidade extracontratual.

Neste contexto normativo, o vínculo obrigacional que se constitui na celebração de um contrato de mandato forense caracteriza-se essencialmente como uma obrigação de meios. “*A obrigação que assume o advogado é, como «meio», ter uma conduta de cumprimento do serviço contratado, e, na sua execução, adotar as boas práticas que, no caso, sejam as postuladas e adequadas (pelas *leges artis ad hoc* e pelas regras da experiência) a esse setor de atividade, e, para tanto, agindo sem culpa, ou seja, usando da diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias do caso (art. 487.º, do C.C.) (...) por exemplo, o dever de “estudar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido (cit. art. 110º do Est.*

²⁰⁰ Vide artigos 1154.º e 1155.º, CC.

²⁰¹ Parecer da Ordem dos Advogados, Proc. N.º 35/PP/2018-G, relatado pela Sra. Dra. Isabel Malheiro Almeida, pág. 2.

²⁰² Conforme decorre do acórdão do STJ, Proc. N.º 1052/16.7T8PVZ. P1.S1., de 10 de Setembro de 2019, que relata o seguinte: “*o incumprimento dos deveres adstritos ao advogado pela celebração do contrato de mandato pode determinar a sua responsabilidade civil contratual pelos danos daí decorrentes, caracterizando-se a sua prestação como obrigação de meios e não de resultado*”.

*O. Ad., n.º1, b), o dever de informar o cliente (art. 1161.º, do C. Civil) e o dever de, ainda que haja um motivo justificado para tal, não proceder à cessação do patrocínio, por forma a impossibilitar o cliente de obter, em tempo útil, a assistência de outro advogado (cit. art. 100º, n.º2)”*²⁰³.

Conforme consta no sumário do acórdão do STJ, Proc. N.º 488/09.4TBESP.P1.S1, de 5 de Fevereiro de 2013, “*o mandato judicial configura um contrato de mandato oneroso, com representação, sendo o advogado constituído responsável, civilmente, nos termos gerais, perante os seus clientes em virtude do incumprimento ou do cumprimento defeituoso do contrato*”. Acresce que a “*deontologia profissional é o conjunto de deveres, princípios e normas que regulamentam o comportamento público e profissional do advogado que, na execução do acordado com o cliente, deve praticar, reciprocamente, a lealdade e confiança, sob pena de colocar em crise a relação jurídica criada, agindo segundo as exigências das leges artis, os deveres deontológicos da classe e os conhecimentos jurídicos, então, existentes, de acordo com o dever objetivo de cuidado*”²⁰⁴.

O mandato judicial forense “*integra a primeira subespécie que consubstancia a lesão dum direito ou dum bem juridicamente protegido, existente no património do mandante que, em si, é possuidor da probabilidade de ele obter um resultado favorável, um ganho, uma vantagem, “resultado” esse que, com a lesão causada (ilícita e culposamente), pelo mandatário, não se vem a concretizar na esfera jurídica do mandante*”²⁰⁵.

Na jurisprudência do STJ, a teoria da perda de chance tem sido aplicada, em matéria de responsabilidade civil do mandatário judicial, em relação com o inadimplemento dos deveres que lhe incumbem ao mandatário judicial no exercício das suas funções quando tal impeça o mandante de obter decisão judicial favorável. “*Para fazer operar a responsabilidade civil contratual por perda de chance processual, impõe-se, perante cada hipótese concreta, num*

²⁰³ FERREIRA, Durval, obra citada, págs. 257 a 258.

²⁰⁴ Também o Acórdão do STJ, Proc. N.º 236/14.7TBLMG.C1.S1., de 17 de Maio de 2018, consagra no seu sumário que “*o contrato do mandato forense, com atribuição de poderes de representação, é regulado pelo Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aplicando-se subsidiariamente o regime do contrato do mandato civil dos arts.º 1157º e segs., do Código Civil. Assim, além das obrigações gerais do mandatário enunciadas no artigo 1161.º do CC, deve ter-se em especial consideração as obrigações específicas resultantes do EOA, designadamente o dever de praticar os atos de execução do mandato com zelo e diligência, sendo que o não cumprimento de tais deveres pode gerar responsabilidade civil contratual.*”.

²⁰⁵ FERREIRA, Durval, obra citada, pág. 260.

primeiro momento, averiguar, da existência, ou não, de uma probabilidade, consistente e séria (ou seja, com elevado índice de probabilidade), de obtenção de uma vantagem ou benefício (o sucesso da ação ou do recurso) não fora a chance perdida, importando para tanto, fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”, atentando no que poderia ser considerado como altamente provável pelo tribunal da causa. E, num segundo momento, caso se conclua afirmativamente pela existência de uma perda de chance processual consistente e séria e pela verificação de todos os demais pressupostos da responsabilidade contratual (ocorrência do facto ilícito e culposo e imputação da perda de chance à conduta lesiva, segundo as regras da causalidade adequada), proceder à apreciação do quantum indemnizatório devido, segundo o critério da teoria da diferença, nos termos prescritos no artigo 566.º, n.º2, do C. Civil, lançando-se mão, em última instância, do critério da equidade ao abrigo do n.º 3 deste mesmo artigo” ²⁰⁶.

Na prática jurisprudencial, à perda de chance processual alude-se, pela primeira vez, em 2006, mas em geral. É proferido o primeiro acórdão em relação a ela em 2008, pelo Tribunal de Relação de Lisboa, e em 2010, pelo STJ. No acórdão do STJ, Proc. N.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1., o Tribunal entendeu 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”.

Apesar da decisão suprarreferida, a jurisprudência portuguesa tem divergido quanto ao entendimento e enquadramento dogmático da perda de chance. Com efeito, os Tribunais têm adotado uma das três seguintes posições: 1. entender que a presente figura não tem base jurídico-positiva, salvo mediante prova que o lesado obteria, com toda a probabilidade, o direito, caso não tivesse perdido a oportunidade; 2. aplicar a perda de chance como um dano autónomo e indemnizável; 3. e, por último, entender que a presente figura corresponde a um dano futuro, caracterizado pela sua eventualidade e hipotético, salvo prova em contrário apresentada pelo lesado, que demonstre que, com uma elevada probabilidade e verosimilhança, obteria certa vantagem caso não tivesse perdido a oportunidade ou chance.

Conforme resulta do acórdão do STJ, Proc. N.º236/14.7TBLMG.C1.S1., de 17 de Maio de 2018, entende-se que “a responsabilidade do dano de perda de chance encontra suporte doutrinário e jurisprudencial, mormente na jurisprudência do STJ que, em matéria de chance processual, tem seguido a orientação de que o dano daí resultante é indemnizável se se tratar

²⁰⁶ Vide Acórdão do STJ, Proc. N.º 296/16.6T8GRD.C1.S2, de 15 de Novembro de 2018.

*de uma chance consistente, designadamente, se se puder concluir “com elevado grau de probabilidade ou verossimilhança” que o lesado obteria certo benefício não fora a chance processual”*²⁰⁷.

O acórdão do STJ, Proc. nº 1337/12.1TVPR.T.P1.S1, de 19 de Dezembro de 2018, conclui que *"Para que se considere autónoma a figura da 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, ponderando como requisito caracterizador dessa autonomia, se se pode afirmar, no caso concreto, que o lesado tinha uma chance, uma probabilidade séria, real, e credível de, não fora a atuação que a frustrou, obter uma vantagem que probabilisticamente era razoável supor que almejasse, e/ou que a atuação omitida, se não tivesse ocorrido, poderia ter minorado a chance de ter tido um resultado não tão desfavorável como o que ocorreu"*. Nesta ação, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu valorizar a figura da perda de chance, uma vez que aponta uma situação de existência de uma oportunidade de ganhar, consistente, plausível, que se perdeu pela omissão cometida pelo Réu, enquanto mandatário da autora.

O acórdão do TR do Porto, Proc. nº 1773/06.2TBVNG.P1, de 28 de Fevereiro de 2013, enuncia que a *"perda de chance" é "um dano presente que consiste na perda de probabilidade de obter uma futura vantagem, um acréscimo patrimonial, sendo, contudo, a perda de chance uma realidade atual e não futura, um bem jurídico digno de tutela, embora possa surgir no futuro, reportando-se ao valor da oportunidade perdida e não ao benefício esperado"*.

Lê-se no sumário constante no acórdão do STJ, Proc. N.º 5105/12.2TBXL.L1.S1. datado de 9 de Julho de 2015, que *"numa causa em que se discuta a responsabilidade do advogado pelo insucesso obtido noutra ação, ao credor lesado incumbe provar, além da verificação desse insucesso, os factos demonstrativos de que o advogado não usou dos meios técnico-jurídicos e dos recursos da experiência ao seu alcance, requeridos pelas respetivas regras profissionais estatutárias e deontológicas, de forma a qualificar a ilicitude dessa conduta; provado que seja esse comportamento ilícito, impenderá então sobre o advogado o*

²⁰⁷ Neste sentido, o acórdão do STJ, Proc. nº 1052/16.7T8PVZ.P1.S1, de 10 de Setembro de 2019, plasma que *"a verificação do dano por perda de chance exige a demonstração da consistência e seriedade da perda de oportunidade de obter uma vantagem (ou de evitar um prejuízo) segundo um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, que terá de ser aferido casuisticamente em função dos indícios factualmente provados."*

ônus de provar factos que revelem não lhe ser subjetivamente exigível ou censurável tal comportamento, de modo a ilidir a presunção de culpa estabelecida no art.º 799.º, n.º1, do CC. Traduzindo-se a perda de chance em situações ainda incipientes na nossa ordem jurídica, não perfeitamente sedimentadas na doutrina nem enraizadas na prática jurisprudencial, como o são, por exemplo, as situações dos lucros cessantes e dos danos futuros, para mais de ocorrência multifacetada, um método de análise que parta de uma definição dogmático de dano para dela depois subsumir o caso concreto não será, porventura, o método mais seguro, podendo mesmo mostrar-se redutor. Ao invés, uma metodologia que procure seguir uma pista mais casuística, de modo a aferir cada caso à luz das exigências legais sobre a probabilidade suficiente para o reconhecimento do dano, pode ser mais promissora. Assim, no campo da responsabilidade civil contratual por perda de chances processuais, em vez de se partir do princípio de que o sucesso de cada ação é, à partida, indemonstrável, mostra-se mais adequado questionar, perante cada hipótese concreta, qual o grau de probabilidade segura desse sucesso, pois pode muito bem acontecer que o sucesso de determinada ação, à luz de um desenvolvimento normal e típico, possa ser perspectivado como uma ocorrência altamente demonstrável, à face da doutrina e jurisprudência então existentes; o ônus de prova de tal probabilidade impende sobre o lesado”. O STJ acrescenta ainda no presente acórdão que “no caso de perda de chances processuais, a primeira questão está em saber se o frustrado sucesso da ação assume tal padrão de consistência e seriedade, nomeadamente para efeitos de danos não patrimoniais, para o que revela ponderar, face ao estado da doutrina e jurisprudência então existente, ou mesmo já em evolução, se seria suficientemente provável o êxito daquela ação, devendo ter-se em linha de conta, fundamentalmente, a jurisprudência então seguida nessa matéria pelo tribunal daquela causa, impondo-se fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”, atentando no que poderia ser considerado como altamente provável por esse tribunal, tal apreciação traduz-se, enquanto tal, numa questão de facto, que não de direito”.

Numa análise geral da jurisprudência portuguesa, constata-se que a perda de chance podendo ser entendida como dano autónomo, nunca é avaliada dessa forma, pois o seu cálculo depende sempre do valor do dano final, sendo o quantum indemnizatório fixado de acordo com o disposto no artigo 566.º, n.º 3, CC.

A divergência jurisprudencial e doutrinal quanto ao enquadramento dogmático da perda de chance processual não ocorre somente em Portugal, mas também no ordenamento jurídico francês. Um dos temas que constitui tal controvérsia está relacionado com as condições para a ressarcibilidade da perda de chance processual, uma vez que “*embora a jurisprudência*

dominante exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na ação perdida (ou não proposta) – o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa respectiva -, sob pena de não se considerar verificada a certeza do dano, uma outra corrente jurisprudencial tem concedido a indemnização ao lesado independentemente, desse circunstancialismo, invocando que nenhuma ação judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte” ²⁰⁸.

²⁰⁸ FERREIRA, Rui Cardona, *obra citada*, pág.1304.

9.2. Perda de Chance de Cura ou Sobrevivência

No campo de aplicação da figura da perda de chance, incluem-se os casos de responsabilidade civil médica, encontrando-se estas “*situações ligadas à prática da medicina que surgiram as primeiras grandes críticas e controvérsias em relação à possibilidade da aplicação da teoria da “perda de chance”*”²⁰⁹. Nestas circunstâncias, caracterizadas pela presença de um erro médico, a doutrina maioritária defende a aplicação da teoria unitária, o que significa que cabe ao tribunal avaliar se o doente/lesado tinha efetivamente chance de cura ou de sobrevivência e que ela foi diminuída ou eliminada por uma conduta lesiva do imputável a negligência do profissional de saúde.

Na responsabilidade civil médica, figura a existência de um “*efeito de destruição fática de um processo causal provocada por um facto ilícito, que se vem a traduzir num processo causal hipotético.*”²¹⁰, sendo que o doente tinha a possibilidade, isto é, a chance, de “*vencer ou não a doença, não fosse a destruição do processo causal (agora hipotético), em que o diagnóstico era frutífero e, em virtude dele, podia dispor de todos os meios para tentar vencer*”²¹¹.

Desde logo, o profissional de saúde, no exercício da sua atividade profissional, tem o dever jurídico de respeitar um conjunto de regras legais gerais. Para além destas, conforme resulta da norma legal do artigo 4.º, constante no Regulamento n.º 707/2016, o médico tem como princípios gerais de conduta os seguintes: exercer a sua atividade profissional de acordo com as *leges artis* e com o maior respeito pelo direito à saúde das pessoas e da comunidade; abster-se de práticas injustificadas pelo interesse do doente ou que estas pressuponham ou criem falsas necessidades de consumo; exercer a sua profissão na medida em que tal não conflitue com o interesse do seu doente, proteger a sociedade, de forma a garantir um exercício consciente, através da procura uma gestão rigorosa, eficaz e eficiente dos recursos existentes; prestar, em qualquer lugar e circunstância, um tratamento de urgência a pessoas em perigo; manter uma atualização, de forma permanente, a nível científico e técnico; e por fim, “*deve ter comportamento público e profissional adequado à dignidade da sua profissão, sem prejuízo*

²⁰⁹ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 51.

²¹⁰ GOMES, Bernardo de Abreu Alves Brandão, *O impacto da greve dos profissionais de saúde na perda de chance dos pacientes*, dissertação apresentada na Faculdade de Direito do Porto, da Universidade Católica Portuguesa, 2019.

²¹¹ LEITÃO, António Santos, *obra citada*, pág. 77.

dos seus direitos de cidadania e liberdade individual” (n.º 9, artigo 4.º). Também resulta do artigo 14.º, do presente diploma legal, o dever de respeito do médico perante a pessoa doente. Quanto à sua responsabilidade, o preceito legal no artigo 9.º, do referido Regulamento, estabelece o seguinte: *“O médico é responsável pelos seus atos e pelos praticados por profissionais sob a sua orientação, desde que estes não se afastem das suas instruções, nem excedam os limites da sua competência”*.

A título de exemplo de tais obrigações, lê-se no sumário do acórdão do STJ, Proc. N.º 136/12.5TVLSB.L1. S1., de 28 de Janeiro de 2016, o seguinte: *“numa prestação de serviços médicos por hospital privado, com escolha de médico-cirurgião pela autora, existe um vínculo obrigacional tanto entre o hospital e a autora como entre o médico e a autora.”*. Acresce que, a obrigação resultante da prestação de serviços médico-cirúrgicos, com a função curativa, corresponde a uma obrigação de meios e não de resultado. Este acórdão do STJ configura nos seguintes termos a responsabilidade civil em causa: *“relativamente à responsabilidade civil do hospital, os pressupostos aferem-se a partir da conduta dos auxiliares de cumprimento, dependentes ou independentes, da obrigação de prestação de serviços médicos, que são todos os agentes envolvidos (cirurgião, anestesista, enfermeiros e outros). A conduta dos auxiliares imputa-se ao devedor hospital “como se tais atos tivessem sido praticados pelo próprio devedor” (art. 800º, nº1, CC). Quanto à responsabilidade civil do médico-cirurgião, os pressupostos, aferem-se pela sua conduta pessoal (...)*” por aplicação do artigo mencionado. Entende o tribunal que, nestes casos, pode ocorrer um concurso de responsabilidades contratual e extracontratual, *“aplicando-se o regime daquela por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada e por ser, em regra, mais favorável ao lesado”* (vide acórdão suprarreferido).

A responsabilidade civil médica pode ter como fundamento o dever, constante no artigo 19.º, do Regulamento suprarreferido, de prestar à pessoa doente esclarecimento sobre o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico da sua doença, sob a forma e cuidados constantes na respetiva norma legal. Perante o esclarecimento, o doente tem o dever de prestar o seu consentimento ou não, conforme resulta do artigo 20.º, do mencionado diploma legal. Nestes casos, conforme relata o acórdão do STJ, Proc. N.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1, de 2 de Novembro de 2017, entende-se o seguinte: *“Em primeiro lugar, porque a obrigação de informação do ato médico a realizar, não só resulta da lei, mas também decorre especificamente do contrato celebrado, como dever acessório do dever principal que, no caso, era o de realizar a cirurgia de extração (...)* inclui no dever de informação o risco da lesão do

nervo lingual e a ocorrência das consequências dessa lesão, sendo certo que o conteúdo concreto do dever de informação de atos médicos a realizar não é sempre o mesmo, variando com as circunstâncias do caso. Muito embora, naturalisticamente, não tenha sido a falta de informação que provocou a “lesão do nervo lingual direito” e demais danos que vêm provados, nem se tenha provado que a autora só aceitou submeter-se à intervenção porque não foi devidamente informada quanto aos respectivos riscos, porque, se tivesse sido, não a teria aceitado, a perspectiva jurídica correta para avaliar da existência do direito a uma indemnização, no caso concreto, é antes a de determinar se deve ser ressarcido o concreto dano consistente na perda de oportunidade de decidir correr o risco da lesão do nervo e das suas consequências. Tal perda de oportunidade, em si mesma, enquanto dano causado pela falta de informação devida é, em abstrato, suscetível de ser indemnizada, tendo a sua proteção sustentação material o direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade (...), incluindo-se no conteúdo, nomeadamente, o poder do titular decidir em que agressões à sua integridade física consente, assim afastando a ilicitude das intervenções consentidas.”.

No ordenamento jurídico francês, a perda de chance em questão é abordada como um dano autónomo, exigindo-se, para efeitos indemnizatórios, a existência de uma chance séria e real, assim como de um alto grau de probabilidade de concretização da mesma. Ainda na jurisprudência francesa, *“a doutrina da perda de chance foi aplicada mesmo com o reconhecimento expresso da incerteza que rodeava a existência de um nexo causal entre o facto ilícito e o dano – nestes casos, a reparação é justificada, expressa ou implicitamente, com o facto de a perda de chance ser independente do dano final, e estar em relação direta com o facto ilícito.”*²¹². Neste sentido, a prática jurisprudencial é no sentido de proferir decisões favoráveis quanto ao ressarcimento do dano da perda de chance integralmente, e não de forma parcial.

Ao abrigo desta matéria, *“a decisão da Cour de Cassation datada de 17 de Dezembro de 1982 será emblemática desta perspectiva: o demandado, médico, havia injetado ar no nariz do paciente enquanto procedia a uma cirurgia; tal atuação foi considerada negligente, pois criou um risco de embolia atenta a presença de um corte, não faltoso, revelado por uma hemorragia. E, efetivamente, houve ar que entrou nas veias do paciente, seguindo-se uma embolia, a qual levou a que o mesmo ficasse permanentemente incapacitado. Porém, não se logrou ligar a embolia à atuação negligente do demandado, porque a mesma podia ter sido*

²¹² COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *dissertação citada*, pág. 39.

causada pelo ar normalmente contido nos sinos nasais. Apesar disso, a Cour d'Appel compensou o demandante pela perda de chance de evitar a embolia. Tal decisão foi condenada pela Cour de Cassation com base na circunstância de a perda de chance apenas pode ser utilizada para avaliar danos” ²¹³.

Segundo o entendimento de Nuno Santos Rocha, nos casos de responsabilidade civil médica, verifica-se o *“aparecimento de um dano intermédio, de outra espécie, que será reparado tendo em conta as possibilidades de cura ou de sobrevivência que se extinguiram, e que obviamente está em íntima relação com o dano final verificado, a morte ou a invalidez do doente”* ²¹⁴.

Os sistemas jurídicos de Inglaterra e da Austrália não adotaram posições definitivas quanto a esta matéria, apesar dos desenvolvimentos da teoria da figura “perda de chance”, contrariamente ao que ocorre no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, que tem aceite a ressarcibilidade da presente figura em situações de danos pessoais. *“Quanto à Europa Continental, os países nórdicos e da Europa Central são, em geral, avessos à figura, mas os demais aplicam-na com frequência em casos de danos de natureza tanto económica como pessoal, sobretudo nos casos de responsabilidade de profissionais forenses e de saúde”* ²¹⁵.

Em suma e de acordo com Rute Teixeira Pedro, *“não existe, portanto, nenhuma diferença ao nível do pressuposto do nexo causal entre o facto e o dano. Só existe uma variação no conteúdo de dano e não no nexo de proveniência causal com a (facto) fonte de responsabilidade: em vez da doença, a possibilidade de cura, em vez de morte, a possibilidade de sobrevivência”* ²¹⁶.

Nos casos de responsabilidade civil médica, o médico, através de uma conduta lesiva e ilícita, destrói ou elimina a possibilidade ou chance do paciente puder vir a curar-se, tal qual como o mandatário judicial, através da sua conduta ilícita, destrói ou elimina a possibilidade ou chance do seu cliente ganhar ou evitar uma derrota numa ação judicial. Por isso, tem-se defendido na doutrina o entendimento da perda de chance como dano autónomo nos casos de

²¹³ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *dissertação citada*, págs. 39 a 40.

²¹⁴ SANTOS, Nuno Rocha, *obra citada*, págs. 52 a 53.

²¹⁵ COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *dissertação citada*, pág. 42.

²¹⁶ PEDRO, Rute Teixeira, *obra citada*, pág.400.

responsabilidade civil médica, por analogia ²¹⁷ com a responsabilidade civil do mandatário judicial.

Quanto à prescrição do direito de indenização no âmbito da responsabilidade civil médica, estabelecido nos artigos 562.º a 572.º, do CC, é objeto de discussão o prazo do mesmo, ou seja, se é aplicável o prazo ordinário de 20 anos, previsto no artigo 309º ou o prazo especial de três anos, fixado no artigo 498º, aplicável nos casos de responsabilidade civil extracontratual ²¹⁸.

²¹⁷ “1. Os casos em que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. 2. Há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.” (vide artigo 10.º, CC).

²¹⁸ “discute-se se o seu prazo é o prazo ordinário de 20 anos (art.º 309.º) se a ilicitude contida no ato médico consubstancia responsabilidade civil contratual, ou se mesmo a essa responsabilidade contratual se aplica o prazo especial de três anos, fixado no art.º 498.º do C.C., que, obviamente, se aplica ao caso de responsabilidade civil extracontratual” FERREIRA, Durval, obra citada, pág. 413.

10. Conclusão e Posição adotada

Considerada um tema inovador e atual no instituto jurídico da responsabilidade civil, a figura da perda de chance surge, pela primeira vez, no ordenamento jurídico francês e corresponde a perda de oportunidade de alguém adquirir uma vantagem ou de evitar uma desvantagem, sendo discutível o paradigma dogmático da mesma, isto é, se é um dano autónomo ou um mero suprimento do nexo causal. Contudo, embora a discussão doutrinária, a aplicação de tal figura possibilita a aplicação da obrigação de indemnizar pela chance perdida.

Face ao desenvolvimento da investigação em torno da figura da perda de chance, resulta que a mesma tem sido aceite enquanto dano autónomo no ordenamento jurídico português, sendo necessário que estejam preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade civil: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Em termos práticos, a perda de chance figura um dano, uma vez que alguém que perde uma oportunidade ou uma chance sofre consequentemente um prejuízo. Tal figura deve revestir as seguintes características: seriedade, certeza e autonomia. Acresce que, reporta ao presente e à atualidade, pois trata-se de um elemento ou situação que se considera perdida no momento da prática do facto ilícito, não sendo confundível com o dano futuro.

É certo que *“a abertura da responsabilidade civil ao ressarcimento da perda de uma chance, por força da prática jurisprudencial, deixou a doutrina em rebulição, especialmente após o alargamento desse ressarcimento a casos de responsabilidade civil médica”*²¹⁹.

A aplicação da figura da perda de chance enquanto nova espécie de dano, dotado de autonomia, ou como um mero suprimento do nexo causal, no âmbito probatório, tem a mesma finalidade: ambas visam proteger a posição do lesado que não consegue fazer valer a sua pretensão devido às incertezas inerentes ao estabelecimento e determinação do nexo de causalidade. Neste sentido, o julgador procede à concessão de uma reparação de forma parcial, caso seja aplicada enquanto porção do dano final, ou integralmente, se se figurar como um dano autónomo.

Conforme diz Nuno Santos Rocha, *“a teoria da “perda de chance”, auxiliada pelo atual paradigma da responsabilidade civil que privilegia cada vez mais o olhar sobre a vítima e sobre a reparação do dano, aparece como uma tentativa de solucionar subsidiariamente*

²¹⁹ LEITÃO, António Pedro Santos, *dissertação citada*, pág. 82.

determinados casos que, seguindo o tradicional modelo do “tudo ou nada”, acabariam sem qualquer indemnização.” ²²⁰.

Embora com as dúvidas suscitadas em matéria conceptual e por razões inerentes ao estabelecimento e determinação do nexo de causalidade, a doutrina maioritária defende que a problemática do enquadramento dogmático da perda de chance resolve-se através da sua concepção enquanto dano emergente, patrimonial e autónomo, independente do dano final.

Todavia, importa salientar que, nos casos de pagamento de indemnização com fundamento na perda de chance, a perda da oportunidade integra já o conceito de dano, pois, com a evolução, o regime da responsabilidade civil procura não só reparar os danos causados no património e a pessoas, mas também os danos morais e as expectativas.

²²⁰ ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*, pág. 99.

Bibliografia

I. Doutrina

ALCOZ, Luis Medina, *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades*, Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, n. °30, Segundo Trimestre, 2009.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998.

COOPER, Glenn, *Damages of the Loss of a Chance in Contract and Tort*, Auckland University Law Review, 1988-1991, v.6, p.39-51.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 12ª Edição, revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2009.

COSTA, Patrícia Cordeiro da, *Causalidade, Dano e Prova - A incerteza na responsabilidade civil*, Almedina, 2016.

COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro da, *Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no direito português*, Dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Coimbra, 2010.

DE ANDRADE, Manuel, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. I*, Almedina, Coimbra, 1987.

DIAS, João António Álvaro Dias, *Dano Corporal: Quadro epistemológico e aspetos ressarcitórios*, Almedina, 2001.

FERREIRA, Rafael Pereira, *A responsabilidade civil pela perda de chance e a sua aplicação no ordenamento jurídico português*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

FERREIRA, Rui Cardona, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, Ordem dos Advogados.

FISCHER, David A., *Tort Recovery for Loss of a Chance*, University of Missouri School of Law Scholarship Repository, 2001.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil- Responsabilidade civil - o método do caso*, Almedina, 2011.

COMES, Bernardo de Abreu Alves Brandão, *O impacto da greve dos profissionais de saúde na perda de chance dos pacientes*, dissertação apresentada na Faculdade de Direito, da Universidade Católica Portuguesa, 2019.

GONZÁLEZ, José Alberto, *Direito da Responsabilidade Civil*, Quid Juris, 2017.

GONZÁLEZ, José Alberto, *Código Civil Anotado, Volume II*, Quid Juris, 2012.

GONZÁLEZ, José Alberto, *Wrongful Birth, Wrongful Life - O conceito de dano em responsabilidade civil*, Quid Juris, Lisboa, 2014.

JANSEN, Nils, *The idea of a Lost Chance*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 19, 1999.

LEITÃO, António Pedro Santos, *Da Perda de Chance: Problemática do enquadramento dogmático*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das obrigações*, 15ª Edição, reimpressão, Almedina, 2018.

MENESES, Sara Lemos, *Perda de Oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2013.

PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico - Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra Editora, 2009.

PEDRO, Rute Teixeira, *Reflexões sobre a noção de Perda de Chance à luz da jurisprudência, Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Centro de Estudos Judiciários, Outubro 2018.

PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Negativo*, Volume I, Coimbra Editora, 2008.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015.

RAPOSO, Vera Lúcia, *A perda de chance no mandato judicial (comentário ao acórdão do STJ n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1, de 01-07-2014: Perda de Chance - Mandato Judicial - dano indemnizável)*, in *Revista do Ministério Público* 140.

RAPOSO, Vera Lúcia, *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.

ROCHA, Nuno Santos, *A "Perda de Chance" como uma nova espécie de dano*, Almedina, 2017.

SAMÕES, Fernando Augusto, *Indemnização por perda de chance*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Portucalense, Agosto de 2015.

SEABRA, Miguel Silveira da Costa, *Análise Jurisprudencial sobre o tema da perda de chance processual*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica portuguesa, Lisboa, Abril, 2019.

SILVA, Ana Pereira da, *O conceito danos ou encargos especiais e anormais*, Dissertação apresentada à Faculdade Direito da Universidade Católica portuguesa, Porto, 2017.

SILVA, Rute Eunice Andrade Teixeira da, *A perda de chance na responsabilidade civil: da teoria à prática jurisprudencial portuguesa*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito, da Universidade Lusíada do Porto, 2017.

TEIXEIRA, Leonor Costa da Silva Catela, *Perda de chance: Dano autónomo ou mero suprimimento do nexa causal?*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Julho de 2015.

II. Jurisprudência

Consultada em www.dgsi.pt:

Supremo Tribunal de Justiça:

- Acórdão de 13 de Julho de 2010 (processo n.º 5492/04.6TVLSB.L1.S1);
- Acórdão de 6 de Dezembro de 2018 (processo n.º 3407/15.5T8BRG.G1.S2);
- Acórdão de 22 de Janeiro de 2009 (processo n.º 08B3301);
- Acórdão de 17 de Outubro de 2019 (processo n.º 15385/15.6T8LRS.L1.S1);
- Acórdão de 11 de Maio de 2000 (processo n.º 00B327);
- Acórdão de 20 de Novembro de 2003 (processo n.º 03B3528);
- Acórdão de 7 de Outubro de 2014 (processo n.º 965/09.7TVLSB.L1.S1);
- Acórdão de 18 de Abril de 2002 (processo n.º 02B950);
- Acórdão de 31 de Maio de 2011 (processo n.º 851/04.7BBGC.P1.S1);
- Acórdão de 4 de Março de 2003 (processo n.º 03B3030);
- Acórdão de 15 de Abril de 2009 (processo n.º 08P3704);
- Acórdão de 16 de Dezembro de 2004 (processo n.º 04B3907);

- Acórdão de 25 de Novembro de 2009 (processo n.º 397/03.0GEBNV.S1);
- Acórdão de 14 de Março de 2019 (processo n.º 2411/10.4TBVIS. C1. S1);
- Acórdão de 13 de Janeiro de 2003 (processo n.º 03B1902);
- Acórdão de 2 de Novembro de 2010 (processo n.º 2290/04 – 0TBBCL. G1. S1);
- Acórdão de 20 de Janeiro de 2010 (processo n.º 670/04.0TCGMR. S1);
- Acórdão de 23 de Abril de 2009 (processo n.º 292/04.6TBVNC.S1);
- Acórdão de 1 de Julho de 2014 (processo n.º 824/06.5TVLSB.L2. S1);
- Acórdão de 6 de Dezembro de 2018 (processo n.º 456/14.4TVLSB.L1.S1);
- Acórdão de 17 de Maio de 2018 (processo n.º 236/14.7TBLMG.C1. S1);
- Acórdão de 19 de Dezembro de 2018 (processo n.º 1337/12.1TVPRT.P1.S1);
- Acórdão de 9 de Julho de 2015 (processo n.º 5105/12.2TBLX.L1.S1);
- Acórdão de 11 de Janeiro de 2013 (processo n.º 540/13.1T2AVR.P1.S1);
- Acórdão de 5 de Fevereiro de 2013 (processo n.º 488/09.4TBES.P1.S1);
- Acórdão de 15 de Novembro de 2018 (processo n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2);
- Acórdão de 10 de Setembro de 2019 (processo n.º 1052/16.7T8PVZ. P1.S1);
- Acórdão de 17 de Maio de 2018 (processo n.º 236/14.7TBLMG.C1.S1);
- Acórdão de 10 de Setembro de 2019 (processo n.º 1052/16.7T8PVZ.P1.S1);
- Acórdão de 9 de Julho de 2015 (processo n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1);
- Acórdão de 28 de Janeiro de 2016 (processo n.º 136/12.5TVLSB.L1.S1);
- Acórdão de 2 de Novembro de 2017 (processo n.º 23592/11.4T2SNT.L1.S1);
- Acórdão de 25 de Novembro de 2009 (processo n.º 397/03.0GEBNV.S1);
- Acórdão de 15 de Março de 2005 (processo n.º 05A380);
- Acórdão de 13 de Fevereiro de 2003 (sem n.º do processo, consultado em www.pgdlisboa.pt);
- Acórdão de 7 de Março de 2007 (processo n.º 06S1824);
- Acórdão de 29 de Maio de 2012 (processo n.º 8972/06.5TBBRG.G1. S1);
- Acórdão de 18 de Outubro de 2012 (processo n.º 5817/09.8TVLSB.L1. S1);
- Acórdão de 10 de Fevereiro de 2004 (processo n.º 03A4468);
- Acórdão de 26 de Setembro de 1991 (processo n.º 079896);
- Acórdão de 13 de Setembro de 2018 (processo n.º 13809/16.4T8LSB.L1.S1);

Tribunal de Relação:

- Acórdão do Porto de 28 de Fevereiro de 2013 (processo n.º 1773/06.2TBVNG.P1);

- Acórdão de Lisboa de 14 de Setembro de 2019 (processo n.º 1069/16.1YRLSB-6);
- Acórdão de Coimbra de 5 de Novembro de 2019 (processo n.º 2012/15.0T8CBR. C1);
- Acórdão do Porto de 26 de Maio de 2009;
- Acórdão de Lisboa de 27 de Abril de 2017 (processo n.º 1062/14.9TVLSB.L1-2);
- Acórdão de Lisboa de 22 de Março de 2018 (processo n.º 10667/12.1TCLRS.L1-8);
- Acórdão de Lisboa de 22 de Maio de 2009 (processo n.º 5871/07.7TBSSL.L1-6);
- Acórdão de Lisboa de 7 de Novembro de 2018 (processo n.º 158/16.7T8SRQ.L2-4);
- Acórdão do Porto de 21 de Janeiro de 2014 (processo n.º 996/11.7TBPRD.P2);
- Acórdão de Coimbra de 4 de Novembro de 2003 (processo n.º 2569/03);
- Acórdão de Coimbra de 19 de Dezembro de 2012 (processo n.º 298/10.6TBAGN.C1);

Tribunal Central Administrativo:

- Acórdão do TCA do Norte, de 11 de Outubro de 2013 (processo n.º 01119/08.5BECBR);
- Acórdão do TCA do Sul, de 26 de Outubro de 2017 (processo n.º 08099/1).