

A PERDA DE CHANCE — DEZ ANOS DEPOIS

PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA

*... but it's no use going back to yesterday,
because I was a different person then.*

LEWIS CARROL, *Alice's Adventures in Wonderland*

Resumo: com este texto, propomo-nos fazer uma breve abordagem da doutrina da perda de chance em sede de responsabilidade civil, tendo em especial atenção os contributos mais recentes da Doutrina e Jurisprudência nacionais. Nesse percurso, tentaremos destacar as características essenciais da figura e os critérios propostos para a sua aplicação, quer ao nível da fundamentação da responsabilidade, quer ao nível do montante indemnizatório a atribuir, integrando a questão nas problemáticas mais gerais da causalidade ou imputação objetiva, do dano e da sua prova.

Palavras chave: perda de chance; dano; causalidade; imputação objetiva; responsabilidade civil; prova.

1. INTRODUÇÃO

Em 2010, concluímos um estudo sobre a figura do dano da perda de chance e, na investigação então realizada, constatou-se que, sendo esta questão já objeto de tratamento em vários sectores da Doutrina nacional, porém obtinha poucas referências na Jurisprudência.

Volvidos dez anos, o panorama é, atrevemo-nos a dizer, bastante diferente. Tendo a problemática da perda de chance continuado a merecer tratamento minucioso e profundo na Doutrina, a par do mesmo surpreende-se agora uma produção jurisprudencial bastante intensa.

Talvez fosse desnecessário iniciar este trabalho com uma tentativa de definição e delimitação da figura. Ainda assim, tentar-se-á recortar os seus aspetos definidores, sem deixar de, desde já, assinalar que a frequência da sua convocação nos referidos recursos doutrinários e jurisprudenciais não significa que a mesma obtenha consenso, quer quanto à sua existência enquanto dano autónomo, quer quanto, na afirmativa, ao modo como deve ser apreciada.

Aliás, a nossa própria reflexão sobre o assunto e os novos contributos analisados nestes últimos dez anos, vindo naturalmente trazer ao de cima

novas interrogações, conduziu-nos, também, ainda que como hipótese de trabalho em desenvolvimento, a uma nova visão sobre o eventual tratamento a dar às situações classicamente entendidas como perda de oportunidade.

Daí que, sendo este trabalho em parte um revisitação do que anteriormente se escreveu, não deixa também de ser a constatação de que, afinal, não se pode voltar ao dia de ontem.

Falar de perda de chance é, afinal, falar de causalidade ou, noutra perspetiva, de imputação objetiva, pelo que a posição que se adote sobre o critério de causalidade no contexto da responsabilidade civil acabará por ser o momento crucial. É ainda falar da prova do facto em direito civil e, em especial, do *standard* probatório que deve ser adotado.

Com o presente texto pretendemos, no essencial e de forma necessariamente breve, dar conta do que tem sido, entre nós, o tratamento doutrinário e jurisprudencial sobre estas questões, deixando-se nota, aqui e ali, de velhas e novas interrogações que o tema suscita, e humildemente oferecer algumas pistas e referências de auxílio à investigação futura do leitor. Por facilidade de exposição, faremos este percurso sobretudo em contexto de responsabilidade civil por factos ilícitos, sem prejuízo de a problemática poder ser convocada em todos os campos da responsabilidade, ainda que a, eventualmente, merecer tratamento diferenciado.

2. A PERDA DE CHANCE — ABORDAGEM GERAL

A ideia de que alguém apenas deve responder pelos danos que realmente causou é partilhada pela generalidade dos sistemas jurídicos, sendo cara à própria ideia de Justiça.

A doutrina da perda de chance surgiu como tentativa de dar resposta a situações em que, por falta de prova do nexos causal (quando entendido com base num juízo de condicionalidade) entre o facto ilícito e um determinado dano, os juristas foram sentindo que a não atribuição de qualquer indemnização ao lesado se traduziria numa solução injusta. Mas, também, e vendo o reverso da moeda, de superar a constatação de que a atribuição da indemnização pela totalidade da avaliação do dano nessas mesmas situações, num enquadramento da questão segundo uma visão de *tudo ou nada*, também se revelaria contrária ao sentido de Justiça¹.

As hipóteses problemáticas atravessam vários campos e categorias. Para elencar as mais representativas, pensemos nos seguintes casos.

¹ Segue-se, aqui, no essencial, o que já escrevemos em *Causalidade, Dano e Prova — A Incerteza na Responsabilidade Civil*, Almedina, 2016, remetendo-se para as referências doutrinárias ali indicadas, ao que acrescerão as que aqui serão também referidas. No segmento que se segue, acompanha-se, em especial, a categorização que nos é dada por MEDINA ALCOZ, Luis, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad — Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Danos Público y Privado*, Thomson — Civitas, Editorial Aranzadi, 2007, págs. 64-79.

Em primeiro lugar, *as situações de oportunidade de vitória em jogos de sorte ou azar* cujo resultado favorável é, por definição, imprevisível e aleatório, sendo exemplo os jogos de lotaria ou similares. Exemplo: alguém comprou um bilhete de lotaria com um prémio de €10.000,00, bilhete esse que o organizador do jogo deveria colocar numa tómbola, perfazendo um total de 10 bilhetes a concurso. Realizado o sorteio, extraiu-se um outro bilhete, apurando-se posteriormente que o organizador do jogo não chegara sequer a colocar o bilhete do lesado na tómbola. Nesta situação, não se consegue afirmar que a atuação do organizador foi condição *sine qua non* da perda do prémio porque, em abstrato, mesmo estando introduzidos todos os 10 bilhetes na tómbola, poderia ter sido extraído um dos restantes 9 bilhetes. Mas já se pode afirmar que se frustrou uma possibilidade de ganho, pois o lesado, no caso concreto, tinha 10% de probabilidades de obter o prémio caso o seu bilhete lá tivesse sido colocado.

Temos ainda as situações de *vitória em competições desportivas*, em que, para além de fatores aleatórios, há que contar com a habilidade dos praticantes e/ou com as características técnicas do equipamento utilizado. Um dos exemplos vem-nos das corridas de cavalos, em que o transportador de um cavalo chegou atrasado ao hipódromo, já não havendo, por isso, possibilidade de o cavalo transportado entrar na corrida. Não se pode afirmar que o proprietário do cavalo perdeu o prémio por causa do atraso, pois poderia ainda assim não ter ganhado caso o seu cavalo tivesse corrido. No entanto, sabemos que, em consequência daquele atraso, perdeu em definitivo a possibilidade de o obter.

Semelhantes são os casos, já objeto de algum tratamento na nossa Jurisprudência, de *afastamento de um concurso por facto ilícito de terceiro ou do próprio promotor do concurso*. Um agente policial, atropelado ilicitamente por terceiro, deixou de conseguir completar as provas físicas que eram condição de ser considerado numa promoção a que pretendia concorrer. Se não tivesse sido atropelado, não havia garantia de ser promovido, mas o certo é que, com essa ocorrência, ficou irremediavelmente afastada tal possibilidade. Ou os casos em que, por ato ilegal, um concorrente em concurso público de fornecimento de bens ao Estado é afastado do concurso. Ou ainda as situações em que um trabalhador não é admitido a um concurso interno, com vista à sua promoção, por ter sido irregularmente avisado do mesmo.

Um conjunto particular, já profusamente tratado na nossa Jurisprudência, refere-se à *perda de chance processual*. São as situações em que, por exemplo, um mandatário judicial, por esquecimento, não propõe uma ação antes de o direito do seu cliente prescrever, vindo o réu invocar eficazmente a prescrição, com a consequente improcedência da ação; ou não contesta a ação no prazo devido, determinando que os factos alegados pela contraparte sejam considerados confessados; ou deixa passar o prazo para requerer a produção de meios de prova, impedindo que se faça prova dos factos alegados em benefício da pretensão do seu cliente; ou, finalmente, não interpõe recurso da decisão que foi desfavorável ao seu cliente. As possibilidades são

múltiplas. Com tal atuação, o advogado impossibilitou que a pretensão do seu cliente fosse sujeita à apreciação do tribunal, ou à sua reapreciação em sede de recurso. A vitória judicial, incerta até então, ficou irremediavelmente afastada com a atuação do advogado.

Verificamos que, nestas duas últimas categorias, a obtenção do benefício está subordinada ao êxito de um procedimento (judicial, administrativo ou privado) e, entre outros fatores, dependerá da maneira que uma entidade (o juiz, a administração ou o particular que decide o concurso) aprecia determinados factos, aplica certas regras e realiza concretas valorações. São todos eles casos em que não se pode afirmar, com absoluta segurança e em regra, que o conteúdo da decisão teria sido distinto se não tivesse interferido o facto ilícito, mas em que se sabe que o lesado perdeu uma oportunidade de obter uma decisão favorável.

Finalmente, podendo assumir contornos especiais, temos o que se tem designado por *perda de chance de cura ou de sobrevivência*.

Em Portugal, a situação já foi apreciada em pelo menos uma ocasião segundo o enquadramento do dano de perda de chance, com atribuição de indemnização ao lesado, parecendo-nos ser um caso em que, em especial, a questão pode ser convocada com frequência².

Na realidade, e pedindo de empréstimo as palavras de Medina Alcoz, a álea terapêutica, intrínseca à atividade médico-sanitária, constitui campo fértil a serem geradas questões de perda de oportunidade, não se conseguindo saber com segurança, em variadas situações, se, por exemplo, um paciente teria respondido favoravelmente a um determinado tratamento, ainda que se saiba que tal tratamento devia ter sido aplicado e que, ao não o ter sido, se sacrificou uma oportunidade de recuperação ou de prolongamento da vida. A medicina não é, ou não o é ainda, uma ciência exata, de tal maneira que é frequente que enfermidades que parecem curáveis não entrem em remissão apesar da adequada aplicação de um tratamento que, noutras vezes, tem êxito, do mesmo passo que, ao invés, sucede também, por vezes, que se superem patologias aparentemente incuráveis ou insuscetíveis de melhoras³.

A discussão sobre se vivemos, ou não, num universo totalmente determinista, que continua a dividir os filósofos e os investigadores nos vários ramos do conhecimento, não deixará de se reduzir, pelo menos no que ao Direito interessa, à constatação de que, em termos práticos, seja porque os processos causais não são totalmente deterministas, seja porque o nosso conhecimento dos mesmos é limitado, a realidade não é totalmente conformada de forma determinística⁴. O que hoje se nos apresenta como aleatório

² Sentença proferida no processo n.º 1573/10, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23/07/2015, disponível em "https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_345-380.pdf".

³ MEDINA ALCOZ, Luis, *obra citada*, págs. 69-70.

⁴ Cfr. BISHOP, Robert, *Chaos, Indeterminism, and Free Will*, The Oxford Handbook of Free Will (Second ed.), Oxford University Press: "The key question is whether to understand the nature of this probability as epistemic or ontic. Along epistemic lines, one possibility is that there is

poderá ser só, afinal, a consequência de o conhecimento ser limitado, vindo um ulterior desenvolvimento da ciência evidenciar que o que antes parecia produto do acaso é, afinal, deterministicamente causado por um conjunto de fatores até então desconhecido. Dito de outro modo, pode sempre questionar-se se o que entendemos como aleatoriedade poderá ser apenas desconhecimento integral do processo causal. Seja como for, parece-nos que, no atual estado do conhecimento, temos de reconhecer essa limitação e assumir que, pragmaticamente, há ou pode haver intervenção de fatores aleatórios que transformam a sucessão dos eventos e a sua relação causal em algo não inteiramente determinável. Temos, pois, de contar com algum indeterminismo epistémico, ainda que fique em aberto a questão do determinismo/indeterminismo ontológico.

Se o que agora se salienta perpassará todo o tecido da realidade⁵, poderá ainda talvez dizer-se, com propriedade, que a constatação é de sobremaneira evidenciada na área terapêutica, pois que, além do já exposto, concomitantemente com o facto ilícito da prática médica convivem, ainda, com bastante frequência, predisposições do lesado que também seriam, em termos de probabilidade, idóneas a causar o resultado lesivo, mesmo sem intervenção daquele facto ilícito e ainda que este tenha eventualmente aumentado a probabilidade de ele vir a ocorrer.

*some additional factor (i.e., a hidden mechanism) such that once we discover and understand this factor, we would be able to predict the observed behavior of the quantum stoplight with certainty (...). Or perhaps there is an interaction with the broader environment (e.g., neighboring buildings, trees) that we have not taken into account in our observations that explains how these probabilities arise (physicists call this approach decoherence or consistent histories). Under either of these approaches, we would interpret the observed indeterminism in the behavior of stoplights as an expression of our ignorance about the actual workings. Under an ignorance interpretation, indeterminism would not be a fundamental feature of quantum stoplights, but merely epistemic in nature due to our lack of knowledge about the system. Quantum stoplights would turn to be deterministic after all". Apesar de popularmente se afirmar que a mecânica quântica é indeterminista, provando que o universo não é, ou não é totalmente, determinista, no entanto a controvérsia, popularizada por Einstein e Bohr, está longe de se ter por encerrada. De facto, na "interpretação de Copenhaga" de Bohr e Heisenberg, os sistemas físicos contêm apenas probabilidades, e não propriedades específicas, até serem medidas, e as previsões probabilísticas feitas pela mecânica quântica não são um mero reflexo da falta de conhecimento de hipotéticas variáveis escondidas. Porém, outras formulações foram avançadas, nomeadamente por Bohm, Bell e Everett, contestando a interpretação de Copenhaga. Sobre a questão e o debate que ainda se mantém, cfr, entre outros, CARROLL, Sean, *The Big Picture: On the Origins of Life, Meaning, and the Universe Itself*, Dutton, 2016; e BECKER, Adam, *What is Real?: The Unfinished Quest for the Meaning of Quantum Physics*, John Mayer Publishers, 2018.*

⁵ A discussão estende-se também ao campo das ciências da mente e da consciência e, em especial, ao problema da existência de liberdade de decisão (livre arbítrio), sobretudo perante os avanços das neurociências e de evidências entretanto recolhidas que suportarão a hipótese de a decisão ser desencadeada, ou potencialmente gerada, no cérebro antes de da mesma se ter consciência — cfr., a propósito, e a título meramente exemplificativo, LIBET, Benjamin, *Do We Have Free Will?*, in *The Oxford Handbook of Free Will*, Oxford University Press, 2002; DENNETT, Daniel, *Freedom Evolves*, 2013, Penguin London; RUBIA, Francisco J., *El controvertido problema de la libertad*, Revista de Occidente, n.º 356, 2011, disponível em: "http://www.ortegaygasset.edu/descargas/contenidos/01_Rubia.pdf".

Exemplificando: determinado meio de diagnóstico, se utilizado a tempo, implicaria, segundo os estudos especializados, um aumento de 30% da oportunidade de sobrevivência ao permitir detetar precocemente uma doença que, não tratada atempadamente, tem uma elevada taxa de mortalidade. O médico que observou o paciente, confrontado com sintomatologia associada àquele tipo de enfermidade em estado inicial de desenvolvimento, não ordenou a realização do referido meio de diagnóstico. Mais tarde, vem a detetar-se que o paciente tinha a doença em questão, agora já em estado avançado, vindo depois a falecer da mesma. A pergunta que se coloca é, então, a de saber se, caso o médico tivesse determinado a realização do exame de diagnóstico no momento da primeira observação, poderíamos ainda assim dizer com segurança que o paciente não morreria daquela doença. Ou se, ao invés, o paciente faleceria à mesma porque, na situação concreta, a enfermidade teria necessariamente, ou muito provavelmente, esse desfecho, tendo em atenção as predisposições que o paciente já possuía e sendo certo que a taxa de sucesso da intervenção precoce estava estimada em apenas 30%. Ou, numa terceira hipótese, o que fazer se não se conseguir provar nem uma coisa nem outra? Devemos neste caso negar qualquer indemnização aos familiares do lesado falecido? Ou deveremos considerar relevante, para efeitos de atribuição de indemnização, o facto ilícito do profissional médico que, ao omitir a realização de um meio de diagnóstico que, segundo as *leges artis*, lhe era imposto, reduziu em 30% as possibilidades de sobrevivência do lesado? E, se sim, deve-se atribuir uma indemnização pela totalidade do dano morte, ou apenas uma parcela proporcional? Como configuraríamos a questão se, em vez de 30%, as possibilidades de sobrevivência do lesado fossem aumentadas em 50% se tivesse sido atempadamente realizado o exame em questão?

Analisadas as várias categorias apontadas, verificamos que a perda de chance, em todas as suas variantes e enquanto algo que (eventualmente) justificará a atribuição de uma indemnização, pode genericamente definir-se como a perda da possibilidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável.

A nossa Doutrina, acompanhando a discussão feita noutros países, não é unânime no reconhecimento e tratamento da figura. Sumariando as várias posições defendidas, poderemos agrupá-las em três grandes conjuntos⁶.

Uma primeira posição sustenta que a perda de chance não constitui um dano autónomo, não justificando, por outro lado, um tratamento distinto ao nível da (prova da) causalidade. Assim, resultando indemonstrado o nexó causal entre o facto e o dano (final), o lesado não terá direito a qualquer indemnização.

⁶ Partindo do núcleo central das propostas, Mafalda Miranda Barbosa elenca o conjunto de respostas ao problema da seguinte forma: um conjunto centrado nos aspetos processuais atinentes ao ónus da prova; um segundo, orientado pela noção de dano; e um terceiro, perspectivado sob a ótica da causalidade — BARBOSA, Mafalda Miranda, *Novas perspectivas em torno da causalidade na responsabilidade médica*, Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2017, n.º 1, págs. 9-64.

Para um segundo entendimento, a perda de chance convoca apenas um problema de (prova da) causalidade, não podendo ser vista como um dano autónomo. Seja como for, a questão deverá ser resolvida em sede de causalidade e da sua prova, variando as propostas oferecidas a este respeito: intervenção de técnicas de facilitação de prova; inversão do ónus de prova; aligeiramento do *standard* probatório do nexu causal; reconfiguração dogmática do requisito da causalidade, reposicionando o problema num plano essencialmente jurídico de imputação objetiva com referência ao risco criado pelo agente.

Uma terceira posição analisa a perda de chance ao nível do dano, assumindo-a como um dano autónomo indemnizável, verificadas que sejam determinadas condições, sendo relativamente a este dano que deverá ser efetuado o juízo de causalidade.

Esta breve síntese das posições que têm vindo a ser defendidas tem o mérito de, desde já, realçar a necessidade de, na análise da figura da perda de chance, convocar dois aspetos fundamentais, não privativos desta problemática mas que com a mesma se relacionam estreitamente, o que se passa a fazer de seguida: o requisito da causalidade ou imputação objetiva; e a prova dos factos em direito civil.

3. CAUSALIDADE, IMPUTAÇÃO OBJETIVA E PROVA

Começando pelo tema da *prova dos factos*, e se bem analisamos o problema, a hipótese de oportunidade perdida apenas ganhará relevância quando o julgador, depois de aplicar as regras e critérios que orientam a sua tarefa de valoração probatória, considerar não ter ficado demonstrado um grau suficiente de probabilidade que lhe permita decidir pela hipótese segundo a qual o agente *causou* o dano. Ao invés, caso essa convicção tivesse sido alcançada, então, verificados os restantes pressupostos da responsabilidade civil, não restariam dúvidas quanto à atribuição de uma indemnização pela totalidade do dano sofrido. Qual é, então, esse grau suficiente de probabilidade e quais são as regras ou critérios a que se deve recorrer para o estabelecer?

É neste contexto que se vem desenvolvendo a discussão sobre o *standard* de prova a adotar em sede de direito civil, não existindo também aqui unanimidade quer entre os vários sistemas jurídicos, quer dentro do nosso próprio ordenamento⁷⁻⁸.

⁷ A título exemplificativo, na Doutrina nacional, REGO, Margarida Lima, *Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais*, Revista Julgar n.º 21, Coimbra Editora, 2003, págs. 119 e ss.; TEIXEIRA DE SOUSA, *Porque razão a “probabilidade prevalecente” não é uma medida da prova aceitável no ordenamento probatório português*, em “<https://blogipcc.blogspot.com/2019/07/por-que-razao-probabilidade.html>”; RODRIGUES, Maria Gabriela Cunha, *Poderes de iniciativa do juiz em processo civil e ónus de prova*, Revista do CEJ, 1.º semestre 2016, n.º 1, págs. 27-62; PIRES DE SOUSA, Luís

Analizados os vários entendimentos propostos nesta matéria, podemos encontrar uma primeira posição que apenas exige, para que um facto se considere como provado, que a realidade do mesmo seja mais provável do que improvável (*more probable than not*) — o que, em termos percentuais, se traduziria em julgar o facto como provado quando a probabilidade de o mesmo ter ocorrido é superior a 50%.

Em desenvolvimento dessa posição, uma segunda abordagem salienta ser necessário demonstrar-se uma *probabilidade prevalecente*, no sentido de que, entre as várias hipóteses de facto possíveis, deve considerar-se provada aquela que obtenha um maior grau de confirmação, quer por comparação com as demais hipóteses, quer por comparação com a hipótese inversa (ou seja, e quanto a este segundo requisito, comungando do entendimento da posição anterior no sentido de ser necessária a demonstração de que o facto é mais provável do que improvável, não bastando que se demonstre que é mais provável do que outras hipóteses alternativas).

Num patamar superior de exigência, temos o entendimento segundo o qual deve ser adotado um *standard* de *prova clara e convincente* (correspondendo a uma percentagem situada nos 70% a 80%), até chegarmos, finalmente, ao grau mais exigente, o da *prova para lá de toda a dúvida razoável*, correspondente a um grau de certeza apenas pontuada pela dúvida metódica ou filosófica.

Não iremos, nesta sede, analisar mais detalhadamente o tema do *standard* de prova, nem também as *técnicas de facilitação de prova* que podem ser ponderadas aquando do julgamento do facto, mas não se quis deixar de assinalar a problemática como pressuposto incontornável da discussão que há de ser feita em volta da perda de chance⁹.

Filipe, *O standard de prova no processo civil e no processo penal*, em “<http://www.trl.mj.pt/PDF/O%20standard%20de%20prova%202017.pdf>”; MENDES, Paulo de Sousa, *Causalidade* (563.º), in *Código Civil — Livro do Cinquentenário*, Vol. II, Almedina, 2019, págs. 596 e ss..

⁸ Na Jurisprudência, várias decisões têm apontado a *probabilidade prevalecente* como o critério operativo. Assim, entre outras: Acs. TRL de 12/02/2014 (proc. 26/10) e de 17/10/2017 (proc. 585/13); Ac. TRP de 7/01/2019 (proc. 3239/17); Acs. TRG de 16/05/2019 (proc. 3164/17), de 06/06/2019 (proc. 5229/17) e de 19/09/2019 (proc. 3018/18), todos em www.dgsi.pt, tal como os demais citados sem outra menção.

⁹ Sobre técnicas de facilitação de prova e regras de distribuição do seu encargo, incluindo a inversão do ónus de prova, a sua distribuição dinâmica, a prova por presunção judicial, a denominada prova de primeira aparência, a teoria *res ipsa loquitur* ou do dano desproporcionado e o abaixamento de um *standard* de prova mais exigente para um *standard* de prova preponderante ou prevalecente, cfr., entre outros, 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. 327-352; MEDINA ALCOZ, Luis, *La Teoría de la Pérdida...*, págs. 83-87; CALVÃO DA SILVA, João, *A Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, 1990, págs. 712-713; MOTA PINTO, Paulo, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo, Volume II*, Coimbra Editora, 2008, págs. 1103 a 1107, nota (3103); e ainda *Perda de chance processual*, RLJ, ano 145.º, março-abril de 2016, n.º 3997, págs. 179-180; SANTOS, Hugo da Luz e outro, *A distribuição dinâmica do ónus da prova no direito processual civil de Portugal e da Região Administrativa Especial de Macau: algumas notas à luz do direito comparado*, Scientia Iuridica, Tomo 66, n.º 343 (Janeiro/Abril 2017), págs. 41-68; BARBOSA,

Igualmente interligada com a perda de oportunidade está, por outro lado, a questão de saber qual o critério a seguir com respeito à *causalidade* ou, noutra perspetiva, à *imputação objetiva* do dano ao facto. É que, bem vistas as coisas, a teoria da perda de oportunidade, enquanto categoria de dano autónomo, terá o seu campo de aplicação natural em sistemas nos quais se assuma a verificação da *conditio sine qua non* como requisito mínimo da causalidade jurídica¹⁰.

Na verdade, se o juízo de causalidade depender da demonstração de que um determinado resultado lesivo não ocorreria (ou ocorreria de modo substancialmente diverso) se o facto ilícito fosse suprimido da cadeia de acontecimentos — ou, dito de outro modo, se, sem aquele facto ilícito, aquele resultado não se verificaria —, então torna-se claro que, seguindo os esquemas tradicionais de causalidade, não há fundamento suficiente para, nos exemplos acima apontados, imputar o resultado lesivo ao facto.

Segundo essa perspetiva, caso o bilhete de lotaria tivesse sido colocado na tómbola, é certo que o mesmo teria sido premiado? O atraso do transportador do cavalo foi condição *sine qua non* de o cavalo não ter ganhado a corrida ou, caso o cavalo tivesse participado na corrida, é seguro que teria ganhado? O atropelamento do agente policial foi condição *sine qua non* de não ter sido promovido ou, ainda que estivesse bem de saúde, a promoção poderia à mesma não lhe ter sido concedida porque havia outros concorrentes à promoção com iguais ou melhores capacidades? A apresentação de contestação de forma tempestiva levaria que o réu ganhasse a causa ou ficaria (ou poderia ter ficado) vencido mesmo que tivesse contestado tempestivamente? E, finalmente, é seguro que, caso o médico tivesse ordenado a realização do exame de diagnóstico, o paciente não teria falecido ou, pelo menos, teria vivido mais tempo?

A maioria das teorias de causalidade defendidas no nosso seio (teoria da causalidade adequada, teoria do escopo da norma violada e parte das teorias do risco) não prescindem do juízo de condicionalidade como requisito mínimo do juízo de imputação objetiva, antes visando corrigir as consequências que a aplicação irrestrita da *conditio sine qua non* acarretaria¹¹.

Mafalda Miranda, *O ónus de prova da causalidade e a tentativa de compreensão do problema à luz de uma perspetiva imputacional — breves considerações*, Revista de Direito Civil, Ano III (2018), págs. 94 e ss.; PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, *O ónus de prova na responsabilidade civil médica*, em “https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao08/datavenia08_p005_024.pdf”.

¹⁰ Não esquecendo, e aqui incluindo, as respostas que parte da Doutrina tem avançado, ainda no campo das teses contrafactuais, para superar as fragilidades da teoria da *condição sem a qual*, substituindo a ideia de necessidade por uma ideia de *suficiência*, de que o teste NESS (elemento necessário de um conjunto suficiente) é exemplo. Por facilidade de exposição, iremos centrar-nos na condicionalidade necessária, mas o que se dirá a este respeito será também transponível para uma ideia de condição suficiente.

¹¹ Sobre as várias teorias de causalidade, veja-se o breve apontamento, e respetivas indicações bibliográficas, que fizemos a esse respeito em *Causalidade alternativa e a jurisprudência dos tribunais superiores*, disponível em “http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Repons-Civil_2018.pdf”.

Precisamente por não prescindirem desse juízo de condicionalidade como pressuposto mínimo da causalidade, no seu seio, e em face da falha da prova dessa condicionalidade entre o facto e o dano final, uma das respostas avançadas para, ainda assim, não se negar totalmente a indemnização ao lesado passa por autonomizar uma nova categoria de dano, o dano de perda de chance, sendo com respeito a este último que se fará o teste da condicionalidade.

Com isto queremos realçar, tão-só, o seguinte: dependendo do conceito de causalidade/imputação objetiva que adotemos em sede de responsabilidade civil, a resposta a dar ao conjunto de casos acima relacionados, e a casos semelhantes, pode divergir de forma substancial.

Para suportar esta conclusão, chamemos à colação os entendimentos que, partindo de outro critério de imputação objetiva, tornam desnecessário o recurso à figura da perda de chance como dano autónomo para, ainda assim, permitir a atribuição de uma indemnização pelo menos em parte dos casos acima considerados. Assume aqui lugar central o entendimento segundo o qual, para que se afirme um juízo de imputação objetiva entre determinado resultado lesivo e um facto, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco* pelo agente à qual possa ser reconduzido esse resultado, entendimento que, entre nós, tem sido defendido, nomeadamente, por Mafalda Miranda Barbosa.

Para esta autora, que se passa a citar, a pessoa, ao agir, porque é livre, tem de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Nessa atuação, ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada. Ou, ao invés, a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, nas palavras da autora, que haja um aumento do risco, aumento esse que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado, os quais cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa; por outro lado, alicerçam o juízo imputacional ao definirem um círculo de responsabilidade a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo.

Assim, no entendimento que agora se cita, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, em situações de criação ou aumento de risco. Exclui-se, ao invés, a imputação quando o dano se mostra impossível por falta de objeto ou por inidoneidade do meio; quando o risco não foi criado ou não foi aumentado (nomeadamente, através da demonstração que a lesão sempre surgiria independentemente da licitude ou ilicitude do comportamento do lesante, obtendo aqui acolhimento a invocação do comportamento alternativo conforme ao direito); quando haja diminuição do risco; e quando ocorra um facto fortuito ou de força maior. Constatando-se que o dano-lesão pertence ao núcleo da

esfera de risco assim edificada, haverá, depois, que confrontar a esfera titulada pelo potencial lesante com outras esferas de risco/responsabilidade e, nomeadamente, cotejá-la com a esfera de risco encabeçada pelo lesado, pelos terceiros que compõem o horizonte de atuação daquele e ainda com a esfera de risco geral da vida¹².

As consequências desta conceção, ao nível probatório, são determinantes. Continuando a seguir a autora agora citada, ao lesado apenas competirá a prova do evento lesivo e do envolvimento do comportamento do lesante na história do surgimento do dano, sem que seja necessário, para a prova deste envolvimento, que seja superado o teste da condicionalidade *sine qua non* ou da condição suficiente. Na realidade, sendo estes testes usados, afinal, para verificar da relevância ou irrelevância do comportamento do agente para a emergência da lesão, tal relevância já foi atestada, nesta conceção, a montante, visto que o juízo da assunção de uma esfera de risco não deixa de atender a dados concretos da realidade, afastando-se assim os danos impossíveis ou comportamentos inidóneos a causar a lesão. Provada que esteja a edificação de uma esfera de risco, em termos de com a mesma se gerar ou aumentar o risco da possibilidade da lesão, e provada esta última, o lesante tem depois a possibilidade de provar que o seu comportamento não causou o dano, ou não o causou totalmente. Neste contexto, as esferas de risco (do lesado, de terceiro ou do risco geral da vida), a cotejar com a esfera edificada pelo comportamento do lesante, e a causação efetiva do dano por uma daquelas esferas (que não a do lesante) constituirão factos impeditivos do direito do lesado, a alegar e provar pelo lesante.

Resolvida que esteja a imputação da lesão ao comportamento do lesante, torna-se dispensável estabelecer a ligação entre aquela violação e os danos subsequentes em termos de causalidade adequada. Ao lesado cabe apenas provar o dano, para o que terá de demonstrar as concretas utilidades que retirava ou pretendia retirar do bem e a situação em que ficou depois de ocorrida a lesão. O preenchimento da responsabilidade far-se-á através de um juízo de pertinência funcional entre essa esfera de utilidade particular e a esfera de utilidade geral, que é demarcada pelas faculdades jurídicas secundárias que integram o conteúdo do direito subjetivo¹³.

Mafalda Miranda Barbosa considera, assim, ser preferível a solução do *tudo ou nada*, sem prejuízo de redução da indemnização designadamente por consideração do comportamento do lesado. Nesta última situação, estaremos perante duas esferas de risco, a do lesante e a do lesado, justificando-se a redução da indemnização por uma ideia de compensação entre os dois sujeitos, salvo nos casos em que uma absorva a outra¹⁴.

¹² BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia Editora, 2017, págs. 269-270.

¹³ BARBOSA, Mafalda Miranda, *O ónus de prova da causalidade...*, cit..

¹⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda, *Novas perspetivas em torno...*, cit.; e ainda *Lições ...*, cit., pág. 335, nota (720).

Como vemos, nesta formulação do problema da causalidade/imputação objetiva, não se exigindo a prova da relação de condicionalidade *sine qua non* entre o facto ilícito e o dano (final) e fazendo incidir sobre o lesante o encargo probatório de que não foi a sua conduta que causou o resultado lesivo final (satisfeita que esteja a prova a cargo do lesado), ficarão à partida reduzidas as situações em que, por falta de prova daquele liame, o lesado não terá direito a qualquer indemnização. Voltaremos a este posicionamento mais à frente, com vista a equacionar se, mesmo neste recorte dogmático, será de privilegiar a indemnização pelo dano final ou de ponderar uma redução da indemnização com atenção às probabilidades em presença.

Outros autores nacionais também convocam a criação/aumento do risco como fundamento de imputação. É o caso de Rui de Mascarenhas Ataíde, para quem o processo de imputação se baseia, essencialmente, no princípio do risco, combinado com a ideia de adequação, devendo os seus resultados ser sindicados, sempre que possível, pela teoria do escopo da norma, embora, em determinados casos-limite, a valoração do evento ilícito como obra do lesante possa dispensar um ou outro destes critérios. Para este autor, qualquer conduta desvaliosa abre determinadas sendas de riscos específicos que se poderão materializar ou não, devendo-se ter, porém, em atenção que do risco específico em apreço se deve distinguir o risco geral da vida, o qual já não permitirá a imputação do resultado. Alerta o autor, de todo o modo, que é ainda imprescindível que o risco criado se tenha concretizado no evento proibido, ou seja, que haja uma conexão material entre o risco gerado pela conduta e o resultado ilícito, sendo certo que a imputação deste resultado a um determinado facto opera, frequentemente, com recurso a juízos de mera probabilidade sobre o nexo causal (havendo, aliás, domínios que não poderá deixar de ser assim), para concluir que “conscientemente ou não, é o pensamento do sistema móvel aplicado à imputação objetiva que inspira estas decisões normativas: uma causalidade provada basta-se com uma perigosidade reduzida; perigosidade elevada satisfaz-se com uma causalidade potencial”¹⁵.

Nuno Pinto Oliveira, pese embora parta de um juízo de condicionalidade, igualmente apela à noção de criação de risco. É certo que o estudo que consultámos se refere à específica questão da causalidade alternativa. Porém, o autor inclui nesta problemática também os casos em que se verifica um concurso entre explicações causais responsabilizantes e explicações causais não responsabilizantes, sendo que estas últimas poderão ser constituídas por factos naturais ou por factos do próprio lesado, o que nos permitirá abrir uma via de eventual transposição das conclusões a que chega para a perda de chance, conforme adiantaremos mais à frente.

¹⁵ ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *Causalidade e Imputação Objetiva na Teoria da Responsabilidade Civil. A Sobreposição das Concepções Normativas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume III, Coimbra Editora, 2010, págs. 200-217.

Adaptando a sua exposição a esta hipótese de concurso de factos naturais ou do próprio lesado, por um lado, e do facto do putativo lesante, por outro, enquanto potenciais explicações causais, e se bem interpretamos o seu pensamento, será de considerar a relação entre as potenciais explicações causais e o lesado não como uma relação global, mas como uma relação individual. Tendo tal como pano de fundo, o critério da condicionalidade deverá ser corrigido nestes casos por forma a que, na aplicação do mesmo a cada uma dessas relações individuais, o aplicador do direito se abstraia das causas concorrentes. Nesta conceção, o lesado terá de provar que o potencial lesante contribuiu significativamente para a criação de um risco concreto especialmente elevado, tão elevado que, *abstraindo de todas as causas concorrentes*, o aplicador do direito deveria dar como preenchido o requisito de que o facto foi condição *sine qua non* do dano. Exige-se ainda que o facto seja adequado a criar aquele dano segundo a formulação positiva da teoria da adequação, ou seja, quando, segundo a sua natureza geral, o facto do potencial lesante faça aumentar significativamente o perigo de produção do dano; e, além disso, que o facto do potencial lesante seja condição *sine qua non* de um agravamento, em concreto, do perigo ou risco de produção da lesão. Por sua vez, o lesante poderá fazer a contraprova dos factos alegados pelo lesado ou fazer a prova de uma causa alternativa, sendo que, quanto a esta, para afastar a sua responsabilidade, terá de provar que a causa alternativa foi condição *atual e efetiva* do dano, pois se apenas provar que a causa alternativa *é também potencial*, mantém-se a sua responsabilidade¹⁶.

A convocação da causalidade alternativa neste contexto já fora, aliás, feita nomeadamente por Helmut Koziol, para quem os casos resolvidos por aplicação da teoria da perda de chance podem igualmente ser analisados nessa perspetiva, concorrendo, como causas alternativas, a coincidência e um facto gerador de responsabilidade. A diferença estará nos pontos de partida: a doutrina da perda de chance foca-se na reconfiguração do conceito de dano, ao passo que a análise da questão à luz da causalidade alternativa centra-se já na eventual reconfiguração do conceito de causalidade ou de imputação objetiva¹⁷.

Também Rui Cardona Ferreira (ver *infra*) salientou, em matéria de dano patrimonial, a necessidade de modelar o requisito da causalidade com base na ideia da criação ou do aumento ilícito do risco de materialização do dano final.

¹⁶ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Em tema de causalidade alternativa*, in *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso — O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspetivas*, Almedina, 2017, págs. 542 e ss..

¹⁷ KOZIOL, Helmut, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag KG Wien, 2012, págs. 153-154.

4. A DOCTRINA DA PERDA DE CHANCE

Nas construções baseadas no juízo de condicionalidade necessária, como vimos, uma das tentativas de resolução das questões levantadas a este nível passa pela reformulação do conceito de dano. Para tanto, autonomiza-se do dano/evento final (a morte; o não recebimento do prémio; a não promoção; o decaimento no processo judicial; etc.) um *dano intermédio*, constituído pela chance perdida. Será em relação a esta última que se irá averiguar se é possível afirmar o juízo de condicionalidade com o facto ilícito. Sendo incerto que o dano final foi causado por aquele facto, em termos de condicionalidade necessária ou suficiente, afirmar-se-á, porém, o nexó causal com a perda de oportunidade quando fique demonstrado que o facto ilícito determinou a destruição da chance de evitar o dano final.

A doutrina da perda de chance propõe que se atribua uma indemnização ao lesado nos casos em que não se consegue demonstrar que a perda de uma determinada vantagem é consequência do facto do lesante, mas em que, de qualquer modo, se constata que as probabilidades que o lesado dispunha de alcançar tal vantagem não eram desprezíveis, antes se qualificando como *sérias e reais*. Assim, conforme realça Medina Alcoz, o seu campo de aplicação situa-se entre dois limites: um, constituído pela probabilidade nula ou desprezível em como o facto do lesante causou o dano (onde não há lugar a indemnização); outro, constituído pela alta probabilidade que se converte em certeza (a probabilidade suficiente no *standard* probatório que se adote, cuja verificação dará lugar à reparação integral do dano final)¹⁸.

Continuando a seguir este autor, importa, pois, distinguir três hipóteses: a perda de oportunidade genérica, imperfeita, simples ou comum, abaixo do limiar de seriedade da chance, que não dá direito a qualquer reparação; a perda de oportunidade perfeita, igual ou acima do limiar da certeza da causalidade, e que determina a afirmação do nexó causal entre o facto e o dano final; e a *perda de oportunidade específica*, situada entre os dois limiares, sendo esta última que pode dar lugar à atuação da doutrina da perda de chance. São estes os casos que agora nos interessam, de chances sérias e reais, expressando probabilidades consideráveis, malgrado serem insuficientes para efeito de afirmação do nexó causal com o dano final.

Ficam também de fora as situações de utilidade potencial que são comuns ao desenvolvimento das pessoas, o conjunto de situações genéricas de utilidade possível de que goza qualquer indivíduo (expectativas gerais não tuteladas). Ao invés, só se enquadram na noção de chance as possibilidades concretas e consistentes de obter um resultado útil de que gozava *especificamente*, e naquela *situação concreta*, o lesado.

Vemos, pois, que a perda de chance assume uma natureza dúplice no que à certeza respeita: exige-se a certeza da existência de uma possibilidade

¹⁸ MEDINA ALCOZ, Luiz, *obra citada*, págs. 316-317.

séria de conseguir uma vantagem ou de evitar uma desvantagem; mas está-se perante a incerteza de que tal vantagem/evitamento de desvantagem teriam sido alcançados caso o facto do lesante não tivesse ocorrido.

Vamos agora tentar resumir os pressupostos da admissibilidade da reparação com base na doutrina da perda de chance. Nesta tarefa, seguiremos em particular o estudo de Rute Teixeira Pedro, referência incontornável dentro dos defensores nacionais da teoria.

Assim, a chance tem de ser referida a um resultado positivo futuro (ganho de uma vantagem ou evitamento de uma desvantagem) que pode vir a verificar-se, mas cuja verificação não é certa. Não pode referir-se a uma probabilidade nula, escassa ou insignificante, antes tendo de ser real e séria. Também não pode referir-se a uma probabilidade alta ou suficiente, caso em que se deve ter por provado onexo causal entre o facto e o dano final, reconhecendo-se ao lesado o direito à reparação total¹⁹. A chance não pode referir-se a casos em que o dano final, cuja relação causal é apenas possível, ainda não se tenha materializado²⁰. E não pode referir-se a casos em que acontecimentos futuros poderão razoavelmente propiciar a sua reparação²¹. Por outro lado, a doutrina da perda de chance não tem aplicação quando o lesado tenha deixado de empregar os meios probatórios que, estando ao seu alcance, teriam podido formular um juízo mais seguro em torno da existência do nexocausal, não podendo a falta de diligência do lesado na tarefa probatória reverter em seu favor. Finalmente, é necessário, conforme refere Rute Teixeira Pedro, que se verifique um comportamento de terceiro suscetível de gerar a sua responsabilidade e que elimina, de forma definitiva, as possibilidades (ou algumas) de o resultado vantajoso se vir a produzir, constituindo essa eliminação de possibilidades precisamente o dano suscetível de reparação²².

¹⁹ Existe, porém, quem propugne uma solução diversa. Conforme refere Luis Medina Alcoz (*Hacia una Nueva Teoría ...*, cit., pág. 45, nota 66), existe um setor minoritário na doutrina norte-americana que postula a aplicação do critério da responsabilidade proporcional à probabilidade causal em casos nos quais a medida probabilística encontrada é superior ao limiar de certeza, radicada no direito norte-americano em 50%, ou inferior ao nível mínimo de seriedade que, em regra, pressupõe a aplicação da doutrina da perda de chance e que se pode convencionalmente fixar na barreira dos 15%. São defensores desta posição J. H. King e J. Makdisi. O autor faz a análise crítica desta posição em *La Teoría de la Pérdida...*, cit., págs. 367-377 e 425-432.

²⁰ Também aqui existe, segundo nos dá conta Luis Medina Alcoz (MEDINA ALCOZ, Luis Medina, *Hacia una Nueva Teoría...*, cit., pág. 45, nota 67), uma posição minoritária que preconiza a aplicação de um critério de responsabilidade proporcional nas hipóteses de exposição ao risco.

²¹ Iguualmente existem posições contrárias a este respeito, a que se refere Luis Medina Alcoz (*idem*, pág. 45, nota 68), segundo as quais procedem estes casos, posição que se deve rejeitar, segundo o autor, visto que se corre o risco de enriquecer a vítima ao atribuir-se-lhe uma indemnização pela perda de chance em situações em que, posteriormente, a vantagem almejada venha a concretizar-se. Sobre esta questão, cfr. ainda PEDRO, Rute Teixeira, *obra citada*, págs. 202-203, nota (499).

²² *Idem*, págs. 200-205.

A perda de chance é um *dano autónomo*, substancialmente diverso do dano decorrente da perda do resultado por ela propiciado: na realidade, e usando as palavras de Rute Teixeira Pedro, uma coisa é o prejuízo decorrente da perda de uma situação intermédia (por exemplo, da frustração da possibilidade de ganhar o prémio), outra diferente é o prejuízo decorrente do malogro do efeito final esperado (no mesmo exemplo, a perda do próprio prémio). É também um *dano emergente*, visto que, aceite a configuração da chance como uma realidade autónoma e parte integrante do património do lesado, então a sua perda ocorre necessariamente com referência a um bem já existente; um dano *atual*, por oposição a dano futuro, pois a chance fica logo afastada, em regra, aquando da prática do facto ilícito; e um *dano certo*, pois tem por objeto a perda da possibilidade atual de conseguir um resultado determinado, possibilidade essa que existia no momento da lesão.

Quanto a saber se o dano de perda de chance tem natureza patrimonial ou não patrimonial, pensamos que pode assumir as duas vertentes. Por exemplo, se um escritor é impedido de integrar um concurso onde as obras de vários autores irão ser apreciadas com vista à entrega de uma distinção honorífica e de um prémio monetário, a perda de chance de ganhar esse concurso traduzir-se-á num dano patrimonial (perda da oportunidade de auferir o prémio monetário) e num dano não patrimonial (perda da oportunidade de receber a menção honorífica).

Outro aspeto saliente é o de o dano de perda de chance ser claramente *subsidiário*, a ele apenas se recorrendo quando seja impossível atribuir ao lesado a reparação do dano final.

Sendo o dano de perda de chance distinto do dano final, a indemnização a atribuir pela sua reparação deve refletir essa diferença. Esse reflexo é dado pela repercussão do grau de probabilidade no montante da indemnização a atribuir ao lesado. A reparação deve ser medida, pois, com relação à chance perdida, não podendo ser igual à vantagem que se procurava. Consequentemente, a indemnização não pode ser nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado caso se afirmasse o nexos causal entre o facto e o dano final. A indemnização deve, sim, corresponder ao valor da chance perdida.

Para tanto, devemos realizar uma tarefa de *dupla avaliação*: em primeiro lugar, proceder à avaliação do dano final; seguidamente, fixar o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra traduzido num valor percentual. Saliente-se, porém, que o cálculo da probabilidade não pode ser deixado para momento posterior ao da decisão que aprecia o invocado direito à indemnização, nomeadamente para o incidente de liquidação previsto no art. 609.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC), visto que tal operação é, desde logo, necessária para apurar se a chance perdida é séria e real. Obtidos tais valores, resta aplicar ao valor a que corresponde a avaliação do dano final o valor percentual apurado e representativo do grau de probabilidade.

Assim, se por facto negligente do médico o paciente perder 30% de chances de sobrevivência e, posteriormente, vier a falecer sem que se logre

estabelecer, com a segurança necessária, o nexo causal entre a negligência do médico e a morte do paciente, a indemnização pela perda de chance de sobrevivência será calculada do seguinte modo: avaliação do resultado final morte que, para efeitos de argumentação, se estabelece em €100.000,00; fixação do grau de probabilidade de evitamento da morte em 30%; aplicação desta percentagem àquele valor, fixando-se a indemnização em €30.000,00. O mesmo raciocínio é transponível para o caso do bilhete de lotaria: o prémio era de €10.000,00; caso o bilhete tivesse sido colocado no local de onde seria extraído o bilhete vencedor, o lesado teria 10% de probabilidades de o seu bilhete ser premiado, pois eram 10 os bilhetes no total; a indemnização será fixada, então, em €1.000,00.

Não sendo possível determinar com rigor nomeadamente o grau de probabilidade, pode o tribunal recorrer à equidade para fixação do *quantum* indemnizatório, nos termos do art. 566.º, n.º 3, do Código Civil (CC)? Cremos que sim, tal como o já afirmámos anteriormente, mas importa deixar claro o seguinte: para o poder fazer, o tribunal já tem de ter por demonstrado um grau de probabilidade mínimo que eleve a chance perdida à categoria de chance séria e consistente.

Dito de outro modo, a intervenção do art. 566.º, n.º 3, do CC só pode operar num momento em que o tribunal já estabeleceu a existência de uma chance séria e consistente, ainda que num intervalo de probabilidade mínima e máxima, mas permitindo o limite mínimo desse intervalo afirmar a existência de uma chance séria, faltando apenas quantificar a indemnização. Se persiste a dúvida quanto à existência de uma chance e à *seriedade* da mesma, o art. 566.º, n.º 3, não pode, a nosso ver, ser convocado para, com recurso à equidade, resolver um problema de falta de prova, nomeadamente em termos salomónicos. Esta norma destina-se a estabelecer um critério de quantificação de indemnização, não de prova dos factos. Voltaremos a esta questão.

Nos casos particulares da responsabilidade dos profissionais forenses, a avaliação da probabilidade de sucesso no litígio passa pela realização do *juízo dentro do juízo*. Nas palavras de Medina Alcoz, o juiz está, nestes casos, obrigado a realizar uma representação ideal do que teria sucedido no processo caso não tivesse ocorrido o facto negligente do advogado, avaliando o grau de probabilidade de vitória nesse processo. Assim, o curso dos acontecimentos que é preciso imaginar é o curso do processo judicial que não chegou a começar, ou não foi contestado, ou relativamente ao qual não foi interposto o recurso, etc.²³.

Este *juízo dentro do juízo* é essencial quer para a determinação da existência de uma chance séria de vitória no processo, quer posteriormente na fixação do *quantum* indemnizatório. Questão a ponderar será, porém, a de saber se a avaliação da probabilidade de vitória no processo deve ser feita

²³ MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una Nueva Teoría ...*, cit., págs. 52-54.

segundo o ponto de vista do juiz da ação de responsabilidade civil movida contra o advogado, ou se passa por averiguar como teria presumivelmente decidido o juiz da ação falhada ou omitida. Tal distinção pode ser determinante quanto a questões jurídicas relativamente às quais os juízes em causa tenham opiniões conhecidas divergentes. Parece-nos que o segundo prisma de avaliação (o do juiz da ação frustrada) é o que melhor se coaduna com a oportunidade perdida, a qual deve ser avaliada o mais possível com referência ao caso concreto.

Como já havíamos referido no nosso estudo anterior, o cálculo da probabilidade de vitória na ação falhada será mais ou menos dificultado consoante o tipo de facto ilícito praticado: será mais fácil nos casos em que, por exemplo, o advogado não interpôs recurso da decisão proferida, deixando que a mesma transitasse em julgado, reconduzindo-se o cálculo das probabilidades, em boa parte dos casos, à averiguação do sentido da decisão do tribunal superior em casos semelhantes (a generalização do recurso da matéria de facto da decisão proferida em primeira instância, em processo civil, veio, porém, reduzir em grande medida a abrangência desta nossa afirmação); será, ao invés, mais complexo quando o advogado não propôs a ação e deixou caducar ou prescrever o direito, não contestou ou não apresentou tempestivamente requerimento probatório. Nestes últimos casos, a sorte da ação “falhada”, caso não tivesse ocorrido o facto ilícito, depende em muito maior grau do julgamento da matéria de facto, mais difícil de prever, sendo certo ainda que será difícil replicar, na ação de responsabilidade civil movida contra o advogado, o julgamento que ocorreria naquela outra ação (desde logo, uma das partes da ação “falhada” não é parte na ação de responsabilidade civil, pelo que, em regra, faltará nesta última todo o *apport* que, por aquela parte, seria levado para a “ação falhada”, mormente ao nível dos meios probatórios, sendo assim mais difícil de prever qual seria o desfecho da mesma).

De realçar que este *juízo dentro do juízo*, passando pelo apuramento do percurso decisório que o tribunal da ação falhada realizaria no julgamento da mesma, é, no essencial, uma *questão de facto*, a depender, pois, desde logo da alegação e prova dos factos de onde se possa extrair qual teria sido a decisão que, em termos de probabilidade suficientemente séria para afirmar a existência de uma chance relevante, seria proferida caso não tivesse interferido o facto ilícito do profissional forense.

Aliás, importa reforçar, agora em termos gerais, pois que não exclusiva da perda de chance processual, que a questão da probabilidade de verificação do resultado favorável que se perdeu é, no essencial, uma verdadeira *questão de facto*, a ter de ser alegada e provada pelo lesado, sob pena de o tribunal que julga o pedido de indemnização com base na perda de chance não ter elementos seguros onde possa apoiar a decisão de atribuição da indemnização, quer quanto à *existência* do dano de perda de chance em si, quer quanto, num segundo momento, à *quantificação* da indemnização.

A chance indemnizável não é, como se acima procurou salientar, uma chance abstrata ou filosófica, no campo das possibilidades gerais, mas uma

chance séria, concreta e consistente, apoiada numa probabilidade igualmente séria e consistente de ocorrência da vantagem perdida não fora o facto ilícito. Sob pena de se transformar a perda de chance num mecanismo de atribuição irrestrita de indemnizações, bastando a presença de uma mera suspeita de probabilidade, a ação de indemnização deve ser preparada, em termos de alegação de facto e de produção de prova, de forma a que o tribunal, na decisão a tomar, tenha dados de facto suficientes para, desde logo, concluir pela existência de uma chance séria.

Nem os arts. 566.º, n.º 3, e 569.º do CC e 609.º, n.º 2, do CPC permitem outra leitura. A indemnização pela chance perdida depende da prova efetiva da existência de uma chance séria; a avaliação do requisito da seriedade depende, por sua vez, da demonstração do grau de probabilidade de concretização da vantagem perdida, não fora o facto ilícito. A medida da probabilidade está, assim, indissociavelmente ligada à *existência* do próprio dano, e não só à medida da indemnização (para a qual, na falta de outros elementos, e provado que esteja já o se do dano, poderá ser fixada com recurso à equidade, nos termos do art. 566.º, n.º 3, do CC), não sendo, por outro lado, o seu aferimento uma pura questão de direito a resolver pelo tribunal, mas antes, e no essencial, repete-se, uma verdadeira questão de facto²⁴.

Não se confunda, ainda, a perda de chance processual com o dano não patrimonial eventualmente causado pela atuação do mandatário ao não praticar o ato devido (por exemplo, o desgosto, ansiedade, etc., que o mandante sofreu por não ver o seu caso devidamente apreciado pelo tribunal na ação frustrada, agora independentemente do resultado da ação frustrada). Esse dano, a verificar-se, não é uma perda de chance, e sim um dano não patrimonial final, cuja ressarcibilidade dependerá da prova, entre outros elementos factuais, dos sofrimentos morais do mandante e do nexo de imputação objetiva entre esses sofrimentos e o facto ilícito; e, noutra vertente, da aceitação da ressarcibilidade de danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual e da verificação dos requisitos exigidos pelo art. 496.º do CC.

Consideremos o seguinte exemplo com vista a distinguir as situações: a ação falhada era uma ação de indemnização através da qual o mandante pretendia a condenação do réu no pagamento de uma indemnização avultada; caso a recebesse, o demandante planeava fazer uma viagem com que desde sempre sonhara, mas para a qual nunca tivera meios financeiros. O advogado,

²⁴ Entre os vários contributos da nossa Jurisprudência, o Ac TRL de 29/10/2013 (proc. 1922/05) mostra-se de uma riqueza e profundidade exemplares, sendo abordadas variadíssimas questões relacionadas com a perda de chance processual. Entre outras conclusões, também ali se afirma que a questão da probabilidade a apurar pelo *juízo dentro do julgamento* é uma *questão de facto* e que o recurso ao art. 566.º, n.º 3, do CC apenas pode ter lugar já na fase da quantificação da indemnização, não podendo ser utilizado para apreciação da própria consistência da chance. Desse mesmo ano, igualmente fazendo apelo à necessidade de realização do *juízo dentro do julgamento*, destaca-se ainda o Ac. STJ de 05/02/2013 (proc. 488/2013). A argumentação é posteriormente repelinada em várias outras decisões, algumas das quais adiante indicadas.

culposamente, propôs a ação já decorrido o prazo de prescrição do direito e o réu, nessa ação, invocou a exceção de prescrição na contestação, a qual foi julgada procedente e, conseqüentemente, julgada improcedente a ação.

Devemos aqui distinguir três possíveis danos: a *perda de chance processual na vertente patrimonial*, com referência à quantia pecuniária pedida na ação frustrada; a *perda de chance processual na vertente não patrimonial*, com referência aos sentimentos de felicidade que o mandante perdeu a oportunidade de sentir, por não poder fazer a viagem que sempre planeava e para a qual o recebimento daquela quantia era essencial; e o dano não patrimonial, agora *final*, do mandante, pela ansiedade que o incumprimento dos deveres pelo seu mandatário lhe causou, ao saber que a ação frustrada não teve o curso normal, não se considerando aqui o seu desfecho concreto. Para os dois primeiros danos, é requisito necessário da sua ressarcibilidade, entre outros, que o lesado faça prova de que tinha uma chance séria de obter vencimento na ação frustrada, caso ela fosse proposta antes de decorrido o prazo de prescrição do direito que, pela mesma, pretendia fazer valer, o que passará pela alegação e prova de factos de onde se extraia o grau de probabilidade de ganho dessa causa e do valor em dinheiro que pela mesma receberia.

Serão ações difíceis de preparar e de julgar, é certo. No caso agora exemplificado, teria o lesado nomeadamente de alegar e provar o grau de probabilidade com que conseguiria, por sua vez, provar os factos que alegara na ação frustrada, o que poderá, e normalmente implicará, ter de fazer a prova, na segunda ação, dos factos que alegara na ação falhada, ou pelo menos a prova de que ali os conseguiria provar com determinado grau de probabilidade (porque ainda podia ter recorrido, por exemplo, a uma testemunha essencial, que, entretanto, faleceu). E ainda terá de provar o grau de probabilidade com que conseguiria obter, do juiz da ação frustrada, uma decisão a seu favor em termos de aplicação do Direito, o que poderá ter de passar pela alegação e prova do sentido das decisões que o tribunal que julgaria a ação falhada (nas várias instâncias, sendo o caso) foi assumindo em processos semelhantes.

Mas não nos devemos deixar impressionar por essa dificuldade. A doutrina de perda de chance não deixa de ter, na sua génese, uma natureza de remédio de aplicação restrita aos casos em que não se logra demonstrar o nexo de imputação objetiva entre o facto ilícito e o dano final. Precisamente por ter essa função corretiva e subsidiária, não pode servir, afinal, de pretexto para, tendo-se fechado a porta da indemnização do dano final por falta de prova, se abrir desmesuradamente a janela e admitir o ressarcimento de chances sem consistência séria.

O que seja uma chance séria e, nomeadamente, se se poderá/deverá exprimir em termos quantitativos é outro ponto crítico da discussão, que abordaremos adiante.

Quanto ao dano de perda de chance na vertente não patrimonial, de notar ainda que se a vantagem final que se perdeu assume as características exigidas pelo art. 496.º do CC para a admissibilidade da compensação da

sua perda, enquanto dano final, parece-nos que, por via de regra, a perda da chance de evitar esse dano também satisfará tais requisitos, desde que cumulativamente se verifiquem as restantes características de que a chance se deve revestir (nomeadamente, seriedade, dignidade e consistência).

5. POSICIONAMENTO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA NACIONAIS: O RESUMO POSSÍVEL

Pelo que já se deixou dito, não é difícil adivinhar as críticas que esta construção atrai, a primeira das quais que a perda de oportunidade não é algo que exista em si, de forma autónoma, pois, pelo contrário, só se torna visível quando o dano final se concretiza e nunca perde uma ligação estreita com este último.

E, mesmo defendendo-se que é um dano autónomo, tal abre caminho a uma segunda crítica, no sentido de a propalada autonomia determinar logicamente algo que parece inaceitável: devendo-se indemnizar a perda de chance como um dano em si, então dever-se-ia afirmar, por coerência lógica, a sua ressarcibilidade mesmo quando o dano final não ocorre. No exemplo do exame de diagnóstico omitido, se essa omissão diminuiu 30% as possibilidades de sobrevivência, não deveria então a perda de oportunidade de sobrevivência ser indemnizada mesmo que o paciente sobreviva (não cuidamos aqui da criação de um eventual sofrimento moral no paciente por saber que tem menos hipóteses de sobrevivência, dano esse que, à semelhança do atrás referido aquando da perda de chance processual, é um dano não patrimonial final, e não uma perda de oportunidade)?

A apontada falta de autonomia é, segundo os críticos, especialmente patente no que concerne aos danos patrimoniais, pois a chance, em si, não é um bem patrimonial transacionável, não constituindo uma posição económica autónoma dos bens que integram o património do lesado. Não só o critério da diferença previsto no art. 566.º, n.º 2, do CC se mostra de difícil, ou mesmo impossível, aplicação nestes casos, como a atribuição de uma indemnização por meras chances perdidas se traduziria no reconhecimento geral da ressarcibilidade de danos puramente económicos, erigindo o património em geral à categoria de direito absoluto.

Outra crítica apontada é a de que incentivar os tribunais a aplicar a teoria mesmo nos casos em que o nexos causal entre o facto e o dano final estará já suficientemente demonstrado, bem como nos casos em que o dano nada tem a ver com o facto ilícito, levando os juízes a preferirem o conforto da atribuição de indemnizações parcelares em vez de ajuizarem se se provou ou não o nexos causal entre o facto e o dano final — sendo assim o “paraíso para os juízes indecisos”, nas palavras de Savatier²⁵.

²⁵ *Apud* PEDRO, Rute Teixeira, *obra citada*, pág. 286.

As críticas agora apontadas encontraram eco também na nossa Doutrina. Em 2006, Carneiro da Frada considerou, porém, poder justificar-se uma diferença no tratamento dos casos consoante a fonte de responsabilidade: se, no plano contratual, a perda de oportunidades poderia desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (caso tenham erigido essa chance a bem jurídico protegido pelo contrato), já no campo delitual tal caminho seria bem mais difícil de trilhar, pois a primeira alternativa do art. 483.º, n.º 1, do CC (violação de direitos absolutos) não lhe daria espaço e, fora desse contexto (ou seja, já no campo da segunda modalidade de ilicitude prevista na segunda parte do n.º 1 do art. 483.º do CC), tudo dependeria da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo fosse precisamente a salvaguarda da chance²⁶.

Em estudo realizado em 2008, Júlio Gomes também criticou a teoria, identificando como problema conceptual mais grave o de saber até que ponto é que não encobriria, no fundo, questões distintas que se situam em dois planos que importa separar: o plano do dano e o plano da causalidade. Para o autor, não possuindo a chance, enquanto tal, um valor económico próprio, não poderia qualificar-se como uma entidade patrimonial autónoma. Além disso, a doutrina da perda de chance não representaria uma mera revisão do conceito de dano, constituindo antes uma rutura com a conceção clássica da causalidade. Mesmo que porventura se devesse, de *jure condendo*, questionar a suficiência da teoria da causalidade adequada, porém a mesma está consagrada no art. 563.º do Código Civil, não se afigurando adequado introduzir, de uma maneira tão dissimulada, um reconhecimento da causalidade probabilística. Concluiu o autor, neste estudo, afigurar-se-lhe que a mera perda de chance não teria, em geral, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória, sendo de rejeitar a mesma quer represente a introdução de uma noção de causalidade probabilística, quer como expediente de facilitação do ónus probatório do lesado. Admitiu o autor, porém, um espaço ou dimensão residual da perda de chance no Direito português vigente, a abranger situações pontuais em que a chance já se densificou o suficiente, tais como a situação em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria ou em que se é ilicitamente afastado de um concurso ou de uma fase posterior de um concurso²⁷. Posteriormente, voltando a analisar a figura, sustentou que, quando a chance se tenha densificado e seja mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se deverá considerar existir já um lucro cessante suficientemente certo para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade²⁸.

²⁶ FRADA, Carneiro, *Direito Civil — Responsabilidade Civil — O Método do Caso*, Almedina, 2006, pág. 104.

²⁷ GOMES, Júlio, *Em Torno do Dano da Perda de Chance — Algumas Reflexões*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume II, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 2008.

²⁸ GOMES, Júlio, *Ainda sobre a figura do dano de perda de oportunidade*, in *Cadernos de Direito Privado*, número especial, *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado — Responsabilidade Civil*, 2012, págs. 17-29.

Paulo Mota Pinto, na sua investigação publicada em 2008, considerou igualmente não existir base jurídico-positiva que suporte a indemnização da perda de chance. A chance, em si, não existiria empiricamente nem seria autonomamente negociável de forma autónoma. Para o autor, a questão fundamental passa por saber se o âmbito de proteção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão, bastando essa mera elevação do risco para que se imponha ao agente o dever de indemnizar, concluindo o autor que, mesmo nesse plano, a indemnização da perda de chance não dispensa, por um lado, a efetiva verificação do valor do dano final e, por outro lado, que não podia ser imposta a indemnização por uma qualquer elevação do risco, antes tendo de existir um limiar mínimo de relevância. Ainda assim, mesmo quanto a chances sérias, manifestou dúvidas sobre a justificação do dano de perda de chance *de iure condendo*, pois teria como efeito transformar o lesante como garante da mera probabilidade de sucesso do lesado, concedendo a este mais do que a própria chance realmente representava²⁹. Posteriormente, em estudo de 2016, o autor analisou em especial a perda de chance processual, mantendo o entendimento anterior segundo o qual não é de admitir, em geral, quer no plano do direito constituído, quer no plano do direito a constituir. Seja como for, a admitir-se o ressarcimento, o mesmo não pode bastar-se com a mera chance abstrata ou especulativa de sucesso processual, devendo apurar-se, em concreto, qual a sua consistência e seriedade e, nesta tarefa, o *juízo dentro do julgamento a realizar segundo a perspetiva do tribunal que julgaria o processo frustrado* (requisito que analisa com particular minúcia neste estudo, para o qual remetemos) pode reduzir a incerteza que caracteriza a chance³⁰.

Menezes Cordeiro é igualmente contrário à admissibilidade da indemnização pela perda de chance, considerando que a mesma implica uma redistribuição do risco não permitida³¹.

Rui Cardona Ferreira, por sua vez, distingue os danos patrimoniais e os não patrimoniais, admitindo a ressarcibilidade no segundo caso, aderindo à conceção estritamente normativa da perda de chance. Já quanto ao dano patrimonial, considerou não ser viável a existência de um dano de perda de chance, antes propugnando que se rompesse com o entendimento monolítico da relação de causalidade exigível para fundar o dever de indemnizar quando existam dados normativos que justifiquem um *abaixamento* da respetiva fasquia. Assim, dever-se-ia realizar uma modelação do critério da causalidade em termos substancialmente idênticos aos que resultam da teoria da conexão do risco, assentando-o na ideia de criação ou elevação ilícita de um risco de

²⁹ MOTA PINTO, Paulo, *Interesse contratual...*, cit., págs. 1103 e ss., nota (3103).

³⁰ MOTA PINTO, Paulo, *Perda de chance processual*, cit..

³¹ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil II. Parte Geral. Negócio Jurídico*, Almedina, 2014, pág. 288.

materialização do dano final (o único a indemnizar, ainda que apenas parcialmente). Todavia, tal modelação do requisito da causalidade deve ser rodeada de especiais cuidados, não prescindindo do ónus do lesado de provar a verificação do dano final e uma considerável probabilidade de obtenção da vantagem perdida que, reportando-se à responsabilidade do mandatário, considerou acertado situar, como orientação geral, no limiar dos 50%³².

Mafalda Miranda Barbosa também não acolhe a figura. Por um lado, realça que, no que se refere à responsabilidade civil delitual e à primeira modalidade de ilicitude prevista no art. 483.º, n.º 1, do CC, estamos limitados pela necessidade de desvelação da ilicitude por via da violação de um direito absoluto, a qual não se verifica quando nos deparamos com uma simples hipótese de lesão da chance de salvaguarda do bem jurídico. Por outro lado, se o dano final não vier a ocorrer, não fará sentido indemnizar a perda de oportunidade, o que evidencia a falta de autonomia do dano. A autora concede que, no quadro da responsabilidade contratual, algumas das dificuldades são atenuadas, sendo a indemnização das chances perdidas aceite ou não consoante o âmbito do dever a que o devedor se obrigou. Mas já na responsabilidade pré-contratual avultam novamente dificuldades, podendo haver problemas em compatibilizar a figura com a limitação da indemnização ao interesse contratual negativo, admitindo, porém, que se possa colocar o problema de um eventual ressarcimento de perda de chance de obtenção de oportunidades alternativas.

Nuno Trigo dos Reis defende dever-se formular o problema ao nível da prova. A norma de decisão processual, tendente a afirmar quem deve suportar a incerteza sobre a verificação de um facto danoso, só é suscetível de ser apurada no caso concreto, dependendo não apenas do grau de probabilidade de obtenção hipotética do proveito, mas também da valoração dos elementos materiais da responsabilidade (como a medida do desvalor da conduta, o grau de culpa, a dignidade dos interesses jurídicos em jogo, a controlabilidade do risco pelo lesante, a assimetria informativa entre as partes, entre outros) e da intensidade com que eles se verificam no caso. O autor apela, se bem o interpretamos, a uma distribuição dinâmica do ónus de prova, defendendo ainda que, realizada a imputação do dano final ao facto, a indemnização seja atribuída pelo valor do dano final, sem prejuízo de redução a *posteriori* por aplicação do art. 494.º do CC³³.

No outro lado do espectro, Rute Teixeira Pedro defende a admissão desta categoria de dano, estabelecendo de forma muito desenvolvida e minuciosa,

³² FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial, na Contratação Pública)*, Coimbra Editora, 2011, pág. 53 (nota 63), pág. 57 e págs. 329 e ss.; e ainda *A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, n.º 4, págs. 1301 e ss..

³³ TRIGO DOS REIS, Nuno, in *O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência*, 2.ª edição, AAFDL, 2018, págs. 348-352.

no estudo por si realizado e que seguimos muito de perto na secção anterior, os contornos e requisitos da perda de chance para ser considerada como fundamento de indemnização, bem como os critérios da sua fixação.

Já anteriormente Sinde Monteiro sustentara que, entre nós, nada pareceria opor-se à ressarcibilidade da perda de chance, respeitadas que sejam os “*garde-fous*” colocados pela doutrina e jurisprudência francesas³⁴. Álvaro Dias, por sua vez, também já afirmara que a perda de chance seria um dano tão digno de indemnização como qualquer outro, desde que se conseguisse fazer prova de todos os requisitos da obrigação de indemnizar, mormente a certeza do dano e o nexo de causalidade adequada entre este e o facto. Para o autor, se configurarmos a perda de chance como uma lesão do direito à integridade ou incolumidade do património do respetivo titular, facilmente nos daríamos conta estarmos perante um dano certo (salvo quanto ao seu montante), emergindo a perda de uma possibilidade atual, e não de um resultado futuro³⁵.

De destacar também o trabalho de Afonso de Melo a respeito da responsabilidade civil do advogado, onde analisa nomeadamente a questão do *julgamento dentro do julgamento*³⁶. E, mais recentemente, defendendo a figura, entre outros, Sara Lemos de Menezes, Nuno Santos Rocha, Vera Lúcia Raposo e Durval Ferreira³⁷.

Carlos Cadilha assumiu, por sua vez, uma posição cautelosa em estudo de 2011, no sentido de que, inexistindo qualquer indicação legal quanto aos termos em que a perda de chance poderá ser aceite no direito português, a figura deveria ser encarada com grandes cautelas e apenas nas situações em que a privação da probabilidade de obtenção de uma vantagem se pudesse caracterizar, com mais evidência, como um dano autónomo³⁸.

Em estudo mais recente, Menezes Leitão defende a admissibilidade da perda de oportunidade como dano, sendo a indemnização fixada com base na determinação das probabilidades que a oportunidade tinha de se verificar. Apela à necessidade de um mínimo de probabilidade séria de verificação da oportunidade, sendo de excluir a indemnização caso assim não suceda e, na fixação desse limiar mínimo, considera que se deve exigir que a oportunidade

³⁴ SINDE MONTEIRO, António, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989, págs. 297-300.

³⁵ DIAS, João António Álvaro, *Dano Corporal — Quadro Epistemológico e Aspetos Ressarcitórios*, Almedina, 2004, págs. 250-255.

³⁶ MELO, Afonso, *Responsabilidade Civil de Mandatário Judicial*, in Boletim da Ordem dos Advogados n.º 26, Maio e Junho de 2003, págs. 26 e ss..

³⁷ MENEZES, Sara Lemos de, *Perda de oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?*, dissertação de mestrado, Universidade Católica, 2013; ROCHA, Nuno Santos, *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, Almedina, 2015; RAPOSO, Vera Lúcia, *Em busca da chance perdida — O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica*, Revista do Ministério Público, n.º 138; FERREIRA, Durval, *Dano de Perda de Chance — Responsabilidade Civil*, Vida Económica, 2016.

³⁸ CADILHA, Carlos, *Regime da responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra Editora, 2011, págs. 98-99.

tenha uma probabilidade de verificação superior a 50%. A indemnização, sempre fixada em montante inferior ao dano final, será graduada pelo juiz nos termos do art. 566.º, n.º 3, do CC, consoante o maior ou menor grau de probabilidade de verificação da oportunidade³⁹.

Se na Doutrina se mantém, como vemos, muito aceso o debate, sem que se possa afirmar já se ter desenhado uma tendência claramente maioritária, cremos que o cenário já será algo distinto ao nível da Jurisprudência, verificando-se uma tendência crescente, nos últimos anos, no sentido de admitir a ressarcibilidade da perda de chance, ainda que, em considerável parte dos casos, a indemnização acabe por não ser atribuída por se considerar não estarem reunidos os pressupostos necessários.

Uma análise detalhada da Jurisprudência já foi feita nomeadamente por Paulo Mota Pinto, Rui Cardona Ferreira e Miguel Seabra no que diz respeito, em especial, à perda de chance processual e também por Rute Teixeira Pedro quanto à figura em termos gerais⁴⁰.

Assim, e partindo deste último trabalho, no contexto dos casos de perda de chance de um ganho temos, por exemplo, o Ac. TRL de 14/07/2015 (proc. 6987/13), relativo à instalação, pela ré, de um alarme que não funcionou, tendo ocorrido um furto de bens da autora. Considerou-se que, apesar de não ser possível afirmar que o funcionamento do alarme evitaria o furto, era certo que a conduta omissiva da ré fez perder a autora a chance de evitar a concretização do furto ou pelo menos evitar a extensão dos danos. Avaliou-se como *significativa* a possibilidade, caso o alarme funcionasse, dos assaltantes se colocarem imediatamente em fuga ou, pelo menos, como *fortíssima* a possibilidade de retirarem um número significativamente menor de objetos furtados. Não tendo a decisão estabelecido quantitativamente um valor de probabilidade de evitamento do dano final, veio a atribuir uma indemnização muito próxima desse dano, apurado com relação ao facto ilícito imputado à ré (o dano final foi avaliado em €6.557,37, sendo a indemnização pela perda de oportunidade fixada em €5.000,00, cerca de 76% do valor do dano final).

Também recorrendo à noção da perda de chance, o Ac. STA de 25/10/2006 (proc. 0289/06) afirmou que constituía um dano indemnizável a perda da possibilidade de promoção e a exclusão da possibilidade ulterior de progressão na carreira.

³⁹ LEITÃO, Luiz Menezes, *A perda de oportunidade como dano no direito português, in Responsabilidade Civil — Cinquenta anos em Portugal, Cinquenta anos no Brasil*, Vol. II, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, págs. 141-152.

⁴⁰ Respetivamente: MOTA PINTO, Paulo, *Perda de chance processual*, cit.; FERREIRA, Rui Cardona, *A perda de chance revisitada...*, cit.; SEABRA, Miguel Silveira da Costa, *Análise jurisprudencial sobre o tema da perda de chance processual*, dissertação de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, 2019, disponível em "<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28744/1/TESE%20PDF.pdf>"; PEDRO, Rute Teixeira, *Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance à Luz da Jurisprudência*, disponível em "http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_Repons-Civil_2018.pdf".

No domínio da jurisdição administrativa e fiscal são, aliás, variadas as situações em que a perda de chance tem sido convocada, nomeadamente em consequência da não admissão a concurso por ato ilegal ou da invocação, pela Administração, de causa legítima de inexecução do julgado. Sem preocupação exaustiva, aponta-se, por exemplo, o Ac. TCAN de 07/06/2016 (proc. 02589/14), relativo a candidatura a bolsa, onde se considerou que, sabendo-se apenas que o valor total dessa bolsa rondaria os €35.000,00 e não dispondo o Tribunal do grau de probabilidades que a autora tinha de a obter, não era possível arbitrar uma indemnização sem recurso à equidade, vindo a fixar a mesma no valor de €2.500,00. Em sentido semelhante, também o Ac. TCAN de 15/11/2019 (proc. 00049/05), referindo-se na respetiva fundamentação que, se era certo que o concurso fora anulado por falta de fundamentação, nada garantia que o incremento da mesma viesse a permitir que a recorrente pudesse vir a ser provida numa das três vagas concursadas, tanto mais que ficara anteriormente classificada em 10.º lugar; por esse motivo, manteve a decisão recorrida de fixação do valor indemnizatório em €2.500,00, por não se mostrar desviado da necessária equidade, justiça e proporcionalidade, em função das diminutas expectativas de provimento numa das três vagas.

No Ac. TCAN de 17/11/2017 (proc. 00011/11) foi-se mais longe na explicitação, em termos concretos e quantitativos, da seriedade da oportunidade perdida. Também em contexto concursal, ponderou-se que, atendendo nomeadamente à valia técnica do equipamento com que a autora havia concorrido e de serem apenas duas concorrentes, a possibilidade de a autora poder vir a ganhar o concurso seria de cerca de 50%. É certo que o valor da indemnização atribuída não reproduz o resultado da aplicação dessa percentagem ao cálculo do lucro perdido, tendo-se fixado a indemnização em €100.000,00 com recurso à equidade. Porém, ficaram por concretizar valores que seriam de abater àquele lucro, o que sempre tornaria inviável uma tal simples operação matemática, justificando-se assim o recurso à equidade. Também no Ac. TCAN de 12/06/2019 (proc. 01517/07) se estabeleceu o grau de probabilidade de obtenção dum dos lugares a que o autor concorrera em atenção ao número de vagas e ao número de candidatos.

O Ac. TCAN de 30/01/2020 (proc. 02150/06) considerou, por sua vez, que, atenta a circunstância de se estar perante um procedimento com três candidatos para duas vagas, o autor teria um terço de probabilidades de não ser selecionado. O recurso à equidade, em consequência da evidenciada perda de oportunidade não quantificável, não poderia deixar de atender a essa circunstância e ter ainda em atenção os valores que têm sido atribuídos noutras ações de natureza análoga, em face da insusceptibilidade de retomar o procedimento e da incerteza no preenchimento da referida vaga. Mais se considerou que, não estando ali em causa a concessão ao interessado de uma indemnização típica da responsabilidade civil, mas antes da atribuição de uma compensação pela inexecução do julgado, tal circunstância teria de ficar refletida no montante atribuído, fixando-se, a título de perda de chance, um valor indemnizatório de €20.000,00.

Já no Ac. STA de 06/06/2019 (proc. 0684/14), o autor pedia uma indemnização com base em atraso na administração da justiça, nomeadamente o ressarcimento do valor de uma quota social cujo pagamento estava a ser cobrado de um terceiro na ação onde se verificou o atraso, cobrança que se gorou por ter entretanto ocorrido a insolvência do devedor. Na decisão agora em apreço, entendeu-se que o atraso na realização da justiça não fora indiferente à causação do dano, pois fizera o autor perder a oportunidade de obter o pagamento da sua quota social. Mas tal não garantia que, a ocorrer essa oportunidade, o pagamento fosse certo, porquanto outros fatores o poderiam vir a impedir, estando-se, assim, no domínio de uma causalidade meramente probabilística que não era suficiente para estabelecer, entre o ato ilícito e culposo apurado e o dano reclamado, um relevante nexos causal. Só de uma forma indireta ou reflexa o dano patrimonial invocado podia ser imputado objetivamente ao atraso na administração da justiça, pois apenas era seguro que a violação do direito do autor a uma decisão em prazo razoável diminuía a chance de conseguir o pagamento da sua quota. De todo o modo, o STA acabou por não atribuir qualquer indemnização pela perda de oportunidade por considerar que a pretensão formulada pelo autor (pedido e causa de pedir) não vinha estruturada em termos de ser ressarcido por *perda de chance*, visto que antes pretendia, com base na violação ilícita e culposa do direito a uma decisão em prazo razoável, ser ressarcido do valor da sua quota, estando vedado ao Tribunal condenar o réu por um objeto diferente.

Esta última decisão levanta a questão de saber se o tribunal pode julgar procedente um pedido indemnizatório por perda de chance quando aquele foi construído pelo demandante com base no dano final. Salvo melhor entendimento, a tal parece nada obstar, pelo menos na economia do Código de Processo Civil, pois estar-se-á, no essencial, no domínio da qualificação jurídica dos factos, tendo o tribunal liberdade em alterar essa qualificação nos termos do art. 5.º, n.º 3, do CPC, sem prejuízo, sendo necessário, do prévio cumprimento do contraditório atento o disposto no art. 3.º, n.º 3, do CPC (na modalidade de proibição de *decisões surpresa*). Por outro lado, parece-nos que não se está a condenar em algo diverso (o pedido era de condenação em quantia pecuniária a título de indemnização), nem a invocar-se um instituto distinto (mantendo-se o objeto da condenação no seio da responsabilidade civil extracontratual) que pudesse, com isso, acarretar a consideração de se estar a conhecer de uma causa de pedir diversa ou perante uma “questão nova”.

Já nos Tribunais comuns, interessante também o caso decidido pelo Ac. TRC de 18/02/2020 (proc. 2133/16), onde se apreciou a situação em que o autor, lesado de acidente de viação, era praticante do motociclismo desde pequeno, competindo em provas nacionais de *motocross* e de *enduro* onde obtinha prémios pecuniários, tendo, em consequência do acidente, ficado afastado da atividade desportiva. Foi atribuída uma indemnização pela perda de chance de voltar a fazê-lo e nomeadamente de obter prémios pecuniários. Ainda no campo da perda de oportunidade de obter um ganho (apresentação

de proposta de negócio a concurso com vista de obtenção de prémio), o Ac. TRP de 21/11/2019 (proc. 1982/16) ajuizou que, para o autor poder ser indemnizado por perda de chance, tem de provar que existiu uma perda atual e efetiva e que essa perda provocou, de forma “séria, concreta e real a perda da forte(íssima) possibilidade de ocorrer o evento favorável”.

Outra situação apreciada prendeu-se com a participação de um facto, não verídico, à Central de Responsabilidades de Crédito junto do Banco de Portugal e que, segundo os demandantes, havia causado a perda da oportunidade de obtenção de um crédito, tendo, no caso, a ação sido julgada improcedente por falta de prova da chance de obtenção daquele crédito — Ac. TRL de 19/05/2019 (proc. 3906/17) e Ac. TRL de 10/10/2019 (proc. 1594/17). Na primeira destas decisões, assinala-se ainda que, de todo o modo, o prejuízo da perda de chance não equivale ao montante do crédito pretendido, ou do valor do bem que com o mesmo se queria adquirir, pois sempre os demandantes teriam de reembolsar a entidade mutuante pelo valor do crédito, mas antes e apenas os prejuízos que resultassem da não concessão do crédito (por exemplo, despesas acrescidas por não adquirirem o bem a que se destinava o crédito ou ganhos ou vantagens de que não beneficiaram e que esperavam obter com esse bem).

A perda de chance já foi também equacionada num caso em que o demandante, agredido numa discoteca em consequência de desacatos ocorridos entre pessoas não identificadas, pretendia ser indemnizado pelos responsáveis do estabelecimento, nomeadamente, pela perda de chance de obter êxito nessa ação de indemnização, uma vez que os réus não haviam conservado as gravações de imagem e som recolhidas no momento da agressão. A pretensão não foi atendida, por falta de prova de que, mesmo que tivessem sido conservadas, havia chance séria de sucesso — Ac. TRP de 06/05/2014 (proc. 1970/11). Em recurso de revista interposto pelo demandante, com vista a que a indemnização fosse calculada pelo valor do dano final, foi mantida a decisão — Ac. STJ de 11/01/2017.

Quanto à perda de chance processual, verifica-se um crescimento muito acentuado do número de decisões em que é admitida a sua ressarcibilidade, verificados determinados requisitos, assumindo a necessidade de fazer o *juízo dentro do juízo*. Destacamos, sem preocupação de exaustividade, o Ac. STJ de 05/02/2013 e o Ac. TRL de 29/10/2013, ambos já acima referidos; o Ac. STJ de 05/07/2018 (proc. 2011/15); o Ac. TRL de 19/02/2019 (proc. 25015/16); e o Ac. TRL 21/11/2019 (proc. 879/13).

Em várias dessas decisões denota-se uma especial preocupação de, além de analisar os dados de facto com vista à realização do *juízo dentro do juízo*, estabelecer o concreto grau de probabilidade de obtenção da vantagem perdida, repudiando juízos abstratos ou salomónicos de probabilidade, nomeadamente na ausência de prova de um limiar mínimo de seriedade da chance processual. Veja-se, por exemplo, o acima referido Ac. STJ de 05/07/2018, onde se decidiu não se dever admitir, num plano abstrato e, por isso, desligado das circunstâncias concretas da ação em causa, que

o recurso teria uma probabilidade de sucesso de 50% e, em consequência, socorrer-se desta mesma percentagem como critério para a fixação equitativa do *quantum* indemnizatório, antes se devendo seguir uma metodologia que comece por averiguar da existência ou não de uma probabilidade, consistente e séria, do sucesso do recurso que deixou de ser interposto e, caso se venha a concluir afirmativamente, determinar o respetivo *quantum* indemnizatório de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Destaque também para, por exemplo, o Ac. TRC de 20/03/2018 (proc. 4194/15), onde é feita uma análise minuciosa dos dados de facto provados relativos à ação frustrada, com vista a aferir da seriedade da oportunidade perdida. E para o Ac. TRE de 21/04/2016 (proc. 382/13), onde se analisam, quanto à probabilidade da decisão de Direito a ser tomada pelo tribunal da ação frustrada, várias decisões dos Tribunais Superiores sobre a questão envolvida (preferência de graduação de um crédito laboral em insolvência) e se afirma o limiar mínimo de relevância da chance, para ser considerada como séria, nos 50% de probabilidade de ganho da ação frustrada.

No Ac. STJ de 30/05/2019 (proc. 22174/15), realça-se que, 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, parece mais curial ponderar perante cada hipótese concreta qual o grau de probabilidade segura deste sucesso, sendo razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e, portanto, qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade segundo um juízo de probabilidade suficiente independente do resultado final frustrado. Demonstrada essa espécie de dano, questão diferente será já a avaliação do *quantum* indemnizatório devido, segundo o critério da teoria da diferença, sendo também neste plano de avaliação que se poderá lançar mão, em última instância, do critério da equidade, o qual não pode, pois, ser utilizado em sede de determinação da própria consistência da perda de chance.

Esta última decisão aborda ainda uma interessante questão relativa ao ónus de prova. Estando assente que compete ao demandante provar a chance séria de obter vencimento na ação frustrada, pode questionar-se se os ónus de prova aplicáveis nesta última ação se transportam para a ação de responsabilidade por perda de chance processual e, se sim, em que termos. Concretizando: a ação frustrada era uma ação de impugnação de despedimento, proposta pelo autor da ação de responsabilidade por perda de chance processual contra a entidade patronal. Nessa ação, era a entidade patronal quem tinha o ónus de provar os factos integrativos da justa causa de despedimento (ao trabalhador apenas competirá provar o despedimento). Pode assim questionar-se se, na ação de responsabilidade civil por perda de chance processual subsequente, o autor apenas tem de provar o que teria de alegar e provar na ação frustrada, transferindo-se o ónus de prova do réu da ação frustrada para o réu da ação de responsabilidade civil por perda de chance. O que, no caso, levaria a concluir ser o advogado, réu nesta segunda ação,

quem teria de alegar e provar, para obstar à consideração da chance como séria, que a entidade patronal da ação frustrada conseguiria provar (ou conseguiria fazê-lo com relevante grau de probabilidade) a justa causa de despedimento. O STJ assim não considerou, afirmando que, cabendo ao demandante, na ação de responsabilidade civil por perda de chance processual, o ónus de provar a probabilidade de sucesso da ação de impugnação de despedimento, cabe-lhe também demonstrar a alta probabilidade de a entidade patronal não lograr a prova da justa causa de despedimento.

Noutra aplicação da figura, o Ac. TRE de 14/09/2017 (proc. 1633/13) decidiu que, em processo de execução, a perda de chance por ato ou omissão do agente de execução tem como pressuposto nomeadamente a existência de bens de valor suficiente a proporcionar o pagamento coercivo do crédito dado à execução. Exemplo paralelo, agora no campo das ações de insolvência, é nos dado pelo Ac. TRG de 30/05/2019 (proc. 2036/17).

Outro exemplo é encontrado no Ac. TRP de 14/06/2016 (proc. 540/13): o advogado não interpôs recurso da decisão que condenara o autor em prisão efetiva, destruindo a chance de este beneficiar da suspensão da execução da pena de prisão. No caso concreto, tendo em atenção o resultado dos recursos interpostos pelos coarguidos (condenados em penas semelhantes e com antecedentes criminais também semelhantes, viram a sua pena de prisão suspensa na sequência desses recursos), foi estabelecida a consistência da chance perdida em 70%, percentagem que foi ainda utilizada na fixação da indemnização por danos patrimoniais.

Já quanto à perda de chance de cura, a produção jurisprudencial é muito menor, destacando-se a Sentença da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa de 23/07/2015, já acima referida, que reconheceu o direito a indemnização pela perda de chance de sobrevivência com base em erro de diagnóstico.

Outro caso desta natureza é relatado no Ac. STA de 01/02/2018 (proc. 062/17). Na situação em apreço, não era seguro que a realização atempada de uma ecografia ocular, permitindo o respetivo diagnóstico, tivesse evitado o descolamento irreversível da retina e a consequente cegueira do autor. Apenas era seguro que, se esse descolamento da retina tivesse sido diagnosticado atempadamente, as chances de cura teriam sido maiores. A decisão recorrida havia entendido que apenas se provara umnexo de causalidade adequada entre a conduta ilícita e culposa e o dano da diminuição de possibilidades de evitar a cegueira do olho direito, atribuindo uma indemnização, pela equidade, fixada em €6.000,00. A questão acabou por não ser apreciada pelo STA, por não fazer parte da revista, pelo que se manteve o julgado nessa parte.

Ainda no campo da responsabilidade civil médica, o Ac. STJ de 02/11/2017 (proc. 23592/11) constitui um importante contributo na definição da perda de chance enquanto dano, agora através da exclusão da aplicação da teoria a casos de violação do dever de informação. Nesta decisão, ponderou-se que, embora naturalisticamente não tenha sido a falta de informação

que provocou a lesão, a perspetiva jurídica correta para avaliar da existência do direito a uma indemnização era a de determinar se deve ser ressarcido o concreto dano consistente na perda da oportunidade de decidir correr o risco da lesão e das suas consequências. Concluiu-se que tal perda de oportunidade é, em abstrato, suscetível de ser indemnizada em si mesma, obtendo sustentação material no direito à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja, entendendo-se, como se o fez nesta decisão, que a falta de consentimento informado constitui, em si mesma, um dano (final), não é necessário recorrer à perda de chance para fundamentar a indemnização⁴¹. Idêntica perspetiva veio depois a ser assumida também no Ac. STJ de 22/03/2018 (proc. 7053/12).

Sobre a eventual convocação da doutrina de perda de chance nas *wrongful actions*, veja-se o Ac. STJ de 17/01/2013 (proc. 9434/06)⁴²⁻⁴³.

Para lá da discussão sobre a admissibilidade da perda de chance como dano autónomo, outro ponto de dissenso, agora entre quem aceita a figura, está em saber qual o limiar mínimo de probabilidade que permite qualificar a chance como séria.

Rui Cardona Ferreira aponta o valor 50% como patamar mínimo, no que é acompanhado por Paulo Mota Pinto e Menezes Leitão, nos estudos acima

⁴¹ Luis Medina Alcoz não vê que haja fundamento dogmático para limitar o campo de aplicação da doutrina da perda de chance de forma a excluir os casos de falta de consentimento informado, desde que se admita a própria doutrina como técnica admissível — MEDINA ALCOZ, Luis, *La Teoría de la Pérdida...*, págs. 104-105, nota (184). Ao invés, Rute Teixeira Pedro entende que a aplicação da noção aos casos de falta do devido esclarecimento se deve considerar duvidosa, porquanto, quando se discute a verificação de um dano de perda de chance, averigua-se a possível influência do comportamento do agente lesante sobre o curso que a realidade factual seguiu, e não sobre o modo como o lesado poderia ter exercido a sua liberdade — PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico...*, págs. 317-319. Ainda sobre a contribuição do lesado, a Autora reflete sobre a situação de o lesado contribuir, ele próprio, para o malogro das chances de sobrevivência, de forma concorrente com o ato do médico. Aí “haverá, então, que atentar, para efeito da afirmação do âmbito da responsabilidade deste profissional, na contribuição do lesado para a destruição das chances que o médico se comprometera a aproveitar. Assim, considerando a disciplina consagrada no nosso ordenamento, verificados que sejam os requisitos de que depende o nascimento de uma obrigação de indemnizar a cargo do profissional, há que averiguar, à luz do disposto no art. 570.º, se a intervenção do lesado para a produção ou agravamento do dano — no caso, o dano da perda da chance — deverá traduzir-se na manutenção, diminuição ou exclusão da indemnização” — *Idem*, págs. 318-319.

⁴² Nesta matéria, ver também MOTA PINTO, Paulo, *Indemnização em Caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*, Revista Lex Medicinæ — Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 4, n.º 7, Coimbra Editora, págs. 5-25; GONÇALVES, Diogo Costa, *Wrongful life actions em Portugal, 20 anos depois*, em “<https://revista-direitoresponsabilidade.pt/2020/wrongful-life-actions-em-portugal-20-anos-depois-diogo-costa-goncalves/>”; BARBOSA, Mafalda Miranda, *Vida como um dano: breve reflexão*, em “<http://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/vida-como-um-dano-breve-reflexao-mafalda-miranda-barbosa/>”; e MAGALHÃES, David, *Responsabilidade por vidas e nascimentos “indevidos” e direito fundamental ao aborto? A dignidade humana numa encruzilhada*, em “<https://revista-direitoresponsabilidade.pt/2019/responsabilidade-por-vidas-e-nascimentos-indevidos-e-direito-fundamental-ao-aborto-a-dignidade-humana-numa-encruzilhada-david-magalhaes/>”.

⁴³ A análise à luz da perda de chance também foi apreciada por PEDRO, Rute Teixeira, *obra citada*, págs. 272-277.

apontados. Também assim o entende Júlio Gomes, quando refere que a chance, para ser indemnizável, já deve estar suficientemente densificada em termos de ser mais provável a sua realização do que a sua não verificação. Noutra linha de pensamento, Rute Teixeira Pedro defende não se dever definir quantitativamente a seriedade da chance através da fixação de um valor rígido aplicável em geral. Apenas perante a situação particular *sub iudice*, à luz da análise dos seus contornos e da natureza dos bens afetados, se poderá apreciar onde deve ser colocada a fasquia (devendo, no caso particular da perda de chance de cura, a informação estatística ser acompanhada de indagação suplementar a abranger as características pessoais do paciente, os elementos circunstanciais do contexto espaço-temporal e todas as particularidades distintivas do caso singular)⁴⁴. André Dias Pereira e Nuno Pinto Oliveira igualmente criticam a solução de fixação do patamar em 50%, que reputam de demasiado elevado⁴⁵. Na jurisprudência encontram-se sobretudo valorações qualitativas e não quantitativas, e sem unanimidade (*provável, consistente, real, séria, elevada, altamente provável, significativa, probabilidade altamente segura, etc.*), havendo algumas referências a valores percentuais e, em particular, a 50%.

Sem prejuízo de melhor entendimento, parece-nos que o patamar dos 50% poderá ser, pelo menos, como valor geral, demasiado elevado como mínimo exigível. Recorde-se que o que agora se pretende é estabelecer o limiar mínimo de relevância da chance, e não o limiar mínimo de prova necessário para considerar demonstrado o nexos causal entre o facto e o dano *final*. Aliás, um limiar mínimo de probabilidade da chance de 50% será, até, incongruente para quem defenda o *standard* probatório da *probabilidade prevalente*, que apenas exigirá, para prova do nexos causal entre o facto e o dano final, uma probabilidade superior a 50%.

Mas, mesmo no contexto de um *standard* probatório de exigência superior, na ordem dos 70% a 80%, cremos que se poderá afirmar a seriedade da chance ainda que o valor das probabilidades de evitar o dano final não atinja os 50%, acompanhando Rute Teixeira Pedro na análise que faz da questão no sentido de se dever atender, nomeadamente, aos contornos do caso e à natureza dos bens afetados.

Recorrendo aos exemplos acima enunciados: considerando a natureza dos valores em questão, a percentagem de 30% de probabilidade de cura, caso fosse feito o exame de diagnóstico omitido, poderá ser avaliada como suficiente para afirmar uma chance séria. Porém, tal percentagem poderá ser insuficiente enquanto probabilidade de ganho de um processo onde apenas se discutem direitos patrimoniais. Por outro lado, no caso da lotaria, 10%

⁴⁴ PEDRO, Rute Teixeira, *Reflexões sobre...*, cit..

⁴⁵ PEREIRA, André Dias/OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Uncertain Causation under Portuguese Tort Law*, in PoLAR — Portuguese Law Review, Julho 2017, Vol. 1, n.º 1, págs. 1 e ss., em “<http://www.portugueselawreview.pt/wp-content/uploads/2017/08/0.-POLAR-VOLUME-1-SP-RING-SUMMER-2017-No-1.pdf>”.

parecerá um valor de probabilidade insignificante, mas, em face da total aleatoriedade do jogo e do reduzido conjunto de bilhetes que podiam ser premiados (eram só dez), poderá afinal considerar-se que a chance de ganho atingiu o limiar mínimo de relevância exigida.

Um dos casos relatados por David A. Fischer é emblemático na demonstração que o patamar dos 50% será, porventura, demasiado exigente. No processo *Fryers vs. University of Ulster*, a demandante candidatara-se a trabalhar na Universidade demandada e provou que, por discriminação com base no sexo, não fora selecionada para integrar a *short list* de candidatos a serem entrevistados. O tribunal considerou que, caso a demandante tivesse sido incluída nessa lista, teria 25% de chances de ser contratada⁴⁶.

E como tratar o caso construído por Nils Jansen? Nesta hipótese, a vítima sofrera uma paragem cardíaca súbita e, se fosse tratada imediatamente, teria 80% de hipóteses de sobrevivência. Ao ser transportada para o hospital, a ambulância em que seguia teve um acidente causado culposamente por um peão que atravessava a rua. Tal causou um atraso de dez minutos, o que reduziu as hipóteses de sobrevivência de 80% para 40%. Chegada ao hospital, a vítima não recebeu tratamento durante dez minutos porque o médico de serviço, de forma gravemente negligente, preferiu terminar de beber o seu chá, pensando que a condição da vítima não era muito séria. Este novo atraso eliminou as chances de sobrevivência, vindo a vítima a falecer⁴⁷. Ou seja, analisadas individualmente as condutas do peão e do médico, nenhuma delas implicou a redução das chances de sobrevivência em medida igual ou superior a 50%.

Creemos, pois, dever-se fixar esse limite mínimo essencialmente através de uma ponderação casuística, cabendo à Doutrina e Jurisprudência a tarefa de densificação dos critérios com vista à redução da insegurança que tal necessariamente acarreta.

6. ANÁLISE CRÍTICA

O conceito de dano caracteriza-se nomeadamente pela sua plasticidade. A noção de *dano indemnizável* não deixa de ser uma construção jurídica que tem vindo a evoluir no sentido de abranger realidades que antes se entendia não conter. Veja-se a polémica que continua a rodear a questão de saber se a mera privação de uso de um bem constitui um dano mesmo que não implique qualquer prejuízo patrimonial concreto, que se possa apurar pelo critério da diferença, ou sofrimento moral. Ou a questão dos danos puramente eco-

⁴⁶ FISCHER, David. A, *Tort Recovery for loss of a chance*, in *Wake Forest Law Review*, 2001, págs. 605-655, disponível em "<https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1180&context=facpubs>".

⁴⁷ JANSEN, Nils, *The idea of a lost chance*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, vol. 19 (pp. 271-296), pág. 272.

nómicos e dos danos reflexos, para elencar apenas algumas figuras controvertidas.

Já em data anterior havíamos afirmado nada obstar, a nosso ver, à consideração da perda da chance como um dano autónomo, verificadas que estejam determinadas condições⁴⁸. Volvidos estes anos, e mesmo ponderando a reconsideração do requisito da imputação objetiva em termos de se poder afirmar que o mesmo, nomeadamente em casos de causalidade alternativa (a que se poderão, aliás, reconduzir os casos de perda de chance, segundo determinada conceção, conforme acima referido), poderá não exigir, como limiar mínimo, a presença de uma relação de condicionalidade necessária⁴⁹, continuamos a ver na doutrina de perda de chance uma solução, normativamente fundada e adequada à resolução das questões que convocam a sua aplicação.

A oportunidade perdida merece a tutela do Direito porque, à data da lesão, integra o património jurídico do lesado (património económico e património moral), sendo suscetível de avaliação económica e jurídica. Nessa medida, a perda da chance é indemnizável por consubstanciar a lesão da integridade daquele património — património entendido como uma soma de todos os valores juridicamente protegidos⁵⁰. Continuando a citar Rute Teixeira Pedro, a ressarcibilidade existe na medida em que a lesão dos interesses ligados ao dano corresponda à violação de uma norma ou de um vínculo contratual pré-constituído que conceda proteção (direta) àqueles interesses. A chance perdida não deixa de ser um valor conexo a um outro bem do lesado, pelo que a norma que tutela este último deve ser estendida para tutela daquela⁵¹.

A chance não é, assim, apenas uma mera expectativa de facto, antes constitui uma das manifestações do outro bem jurídico com que está conexas. A norma tuteladora deste é, por sua vez, tuteladora daquela. Nas palavras de Rute Teixeira Pedro, “a autónoma tutela reparatória das chances (reconhecendo que a respetiva destruição é danosa) traduz, apenas, a extensão da proteção jurídico-civilística a outras *camadas* que densificam o conteúdo de específicos bens jurídico-pessoais, derivados de e incluídos naquele direito geral. Representará uma defesa de segunda linha, que operará para garantir o funcionamento do instituto da responsabilidade civil (...). Ora, considerando a “«chance» perdida como um valor conexo a um bem do lesado”, não se exigirá, assim, que a chance, em si mesma, seja “suscetível de ser judicialmente acionada”, sendo suficiente que ela respeite “a um direito suscetível

⁴⁸ *Causalidade, Dano e Prova — A Incerteza na Responsabilidade Civil*, cit..

⁴⁹ *Causalidade alternativa e a jurisprudência dos tribunais superiores*, cit..

⁵⁰ Cfr. PEDRO, Rute Teixeira, *obra citada*, pág. 214, citando Júlio Gomes (*O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Porto, ed. Universidade Católica Portuguesa, 1998, pág. 252). No mesmo sentido, РОСНА, Nuno Santos, *obra citada*, págs. 40-42.

⁵¹ *Idem*, pág. 214.

de se fazer valer judicialmente” (...). Desta forma, parece-nos que, entre nós, não se colocarão grandes dificuldades, quanto à subsunção no art. 483.º, dos comportamentos frustradores daquelas espécies de chances, nem quanto à sua consideração como danos juridicamente reparáveis. No que à responsabilidade contratual diz respeito, não se duvidará da relevância jurídica da violação das chances que constituem o objeto sobre que incide a prestação debitória (...)”⁵².

Aceita-se que a teoria tem algo de artificial, sendo, talvez, uma *mentira técnica* a que se referia Ihering. Mas cremos ser reclamada pelo Direito, sobretudo se se adotar um *standard* probatório elevado e uma configuração do nexu imputacional que parta da condicionalidade necessária. Por outro lado, além de encontrar sustentação suficiente no nosso Direito já constituído, encontra-se também suficientemente desenvolvida nos seus fundamentos, pressupostos e campo de aplicação por forma a ser considerada uma ferramenta útil e eficaz na definição do justo e do injusto dentro do quadro legal considerado.

De salientar ainda que a figura da perda de chance foi expressamente acolhida nos princípios *Unidroit* sobre contratos internacionais⁵³. Quanto aos princípios de responsabilidade civil extracontratual elaborados pelo *European Group on Tort Law*, não estando expressamente prevista a perda de chance, no entanto, e apesar de se consagrar a *conditio sine qua non* como regra geral de causalidade, logo a seguir são previstas várias exceções (arts. 3:103, 3:105 e 3:106), as quais, numa configuração da perda de chance como um dos casos de causalidade alternativa, concorrendo circunstâncias da esfera do lesado, também permitirão a atribuição de uma indemnização proporcional à oportunidade perdida⁵⁴.

Duas notas adicionais.

A primeira prende-se com o que se apelida de incerteza extrínseca e intrínseca. Quando acima se referiu que o problema da perda de oportunidade de cura ou de sobrevivência pode assumir contornos especiais, tal decorre também da circunstância de ser um campo em que, precisamente por se ter de contar com as predisposições do lesado e com a evolução natural da doença, é difícil, em grande parte das hipóteses, estabelecer se a incerteza da relação causal entre o facto ilícito e o dano final é intrínseca ou extrínseca. Conforme descreve Medina Alcoz, incerteza extrínseca ocorre nos casos em que a probabilidade de causalidade é necessariamente de 100% ou de 0%, mas o desconhecimento da maneira como se desenvolveu o processo etiológico real e verdadeiro impede a averiguação do sucedido; a incerteza intrínseca, por sua vez, ocorre quando se verifica um componente de aleato-

⁵² *Ibidem*, obra citada, págs. 383-385.

⁵³ Disponíveis em “<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>”.

⁵⁴ Consultáveis em “<http://www.egtl.org/PETLPortuguese.html>”.

riedade que impede radicalmente saber quais seriam as consequências futuras de um facto passado. A aleatoriedade extrínseca está ligada a processos causais não interrompidos, que não se podem conhecer atenta a imperfeição do conhecimento humano. Já a aleatoriedade intrínseca está associada a processos causais indeterminados cujo conhecimento é ontologicamente impossível porque nunca ocorreram verdadeiramente⁵⁵.

A distinção tem sido realçada por quem defende que o problema da perda de uma estrita chance não pode relacionar-se com um problema de pura dificuldade processual de prova (incerteza extrínseca), mas apenas com um problema de impossibilidade material determinada pela presença de elementos aleatórios que não são marginais (incerteza intrínseca). Assim, para esta conceção, atendendo à produção do dano final, a perda de uma estrita chance supõe que se esteja, não perante um prejuízo não demonstrado, mas teoricamente demonstrável, e sim perante um prejuízo que é, de *per si*, indemonstrável.

Dois exemplos podem ajudar a esclarecer esta distinção: temos incerteza extrínseca quando um médico não faz determinado exame e só tardiamente se descobre que o paciente sofre de cancro, vindo este a morrer dessa doença. Teoricamente será possível apurar-se se o paciente podia curar-se caso o exame tivesse sido feito atempadamente, mas, por dificuldades de prova (ou mesmo por impossibilidade de prova atento o estado atual da ciência), tal dúvida não foi resolvida. Já teremos incerteza intrínseca no acima descrito caso do bilhete de lotaria: ao não ter sido colocado no local de onde seria extraído o bilhete premiado, é ontologicamente impossível saber qual seria o resultado caso tivesse sido lá colocado. O mesmo se poderá dizer, em certa medida, dos casos do concorrente afastado ilicitamente do concurso ou dos casos em que a ação não foi proposta ou contestada a tempo pelo mandatário judicial. Ainda que se possa, em determinadas situações, atendendo aos fundamentos da pretensão do cliente do advogado ou às características do concorrente ou da sua proposta, concluir que o cliente/concorrente nunca teria, respetivamente, ganho a causa ou ganho o concurso, porém, também nestas hipóteses temos, verdadeiramente, uma impossibilidade ontológica de saber qual seria o resultado no cenário inverso, pois foi interrompido o processo causal pelo ato ilícito.

A crítica levantada à consideração dos casos de incerteza extrínseca como abrangidos pela perda de chance enquanto dano indemnizável funda-se no argumento de que, afinal, se está a dar cobertura a situações que não são de oportunidades perdidas, mas tão-só de falta de prova do nexos causal⁵⁶.

⁵⁵ MEDINA ALCOZ, Luis, *Hacia una Nueva Teoría ...*, págs. 99-103.

⁵⁶ Ver ainda ROCHA, Nuno Santos, *obra citada*; SEABRA, Diana Antão, *As dificuldades probatórias na responsabilidade civil médica do recurso a presunções e à perda de chance*, in *Saúde, Novas tecnologias e responsabilidades. Nos 30 anos do Centro de Direito Biomédico. Vol. I, Cadernos da Lex Medicinæ*, n.º 4, Vol. I, 2019.

Porém, a distinção não deve, a nosso ver, ser vista como relevante para o que agora nos ocupa, no que acompanhamos nomeadamente Medina Alcoz.

O autor, partindo do exemplo da jarra de feijões azuis e dourados construído por Joseph H. King Jr. (para o qual se remete, por ser particularmente ilustrativo)⁵⁷, entende não ser aceitável a distinção com estes contornos e consequências, pois há casos em que é impossível distinguir quando os processos causais parecem completos e preordenados ou incompletos e indeterminados. Por outro lado, ainda que, em casos como os expostos, a distinção se patenteie como possível, há que admitir que, na realidade, a conduta do agente danoso teve os mesmos efeitos práticos. O determinante será não a fonte da ignorância (o acaso ou as limitações humanas), mas sim que esta subsista depois de a vítima ter tentado superá-la com os recursos probatórios que o ordenamento colocou à sua disposição⁵⁸.

Em segunda nota, tentaremos equacionar o problema da perda de chance no contexto da formulação do problema da imputação objetiva segundo a teoria da edificação de esferas de risco. Como vimos, no essencial esta posição preconiza uma conceção normativa da imputação objetiva que determinará, quando ocorra a demonstração da edificação de uma esfera de risco pelo facto do lesante, bem como a prova do resultado lesivo e da pertinência deste àquela esfera de risco, que passe a competir ao lesante a prova de que a sua atuação/omissão não causou o resultado lesivo. Na falta desta prova pelo lesante, o mesmo responderá pela totalidade do dano.

Adiantámos acima que nos parece também ser de repudiar, pelo menos como regra, a atribuição de uma indemnização pela totalidade do dano final, quando, relativamente a este último, apenas se demonstrou uma causalidade potencial no contexto da oportunidade perdida. De todo o modo, também nos parece ser possível, no âmbito das teorias do risco, ponderar a atribuição de uma indemnização proporcional ao risco criado pelo lesante, que não diferirá, no essencial, do valor que seria atribuído seguindo-se a doutrina da perda de chance.

Assim, no caso da falta de exame de diagnóstico em que se verifique que a morte também poderia ter ocorrido apenas em consequência da enfermidade, questionamos se o cotejo da esfera de risco edificada pelo comportamento negligente do médico com a esfera de risco encabeçada pelo lesado poderá fundamentar a repartição de responsabilidades entre ambos, numa

⁵⁷ LUIS MEDINA ALCOZ, *Hacia una Nueva Teoría ...*, págs. 43-45; KING, Joseph H. Jr., “Reduction of Likelihood” — *Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine*, in *The University Memphis Law Review*, 1998, Vol. 28, págs. 491 e ss..

⁵⁸ Sendo por isso que algumas propostas tentam resolver o problema através da consideração de um denominado dano probatório (*evidential damage*), pondo a tónica na circunstância de que foi o agente quem criou a complexidade probatória irreduzível através da sua conduta — neste sentido, cfr. PORAT, Ariel e STEIN, ALEX, *Tort Liability Under Uncertainty*, Oxford University Press, 2001, págs. 57 e ss., e págs. 185 e ss.. Para análise crítica desta construção, ver o nosso *Causalidade, dano e prova...*, págs. 134 e ss.; e ainda BARBOSA, Mafalda Miranda, *O ónus da prova...*, págs. 112-117.

aplicação de um princípio de responsabilidade proporcional que encontrará uma das suas destilações no art. 570.º do CC, levando à atribuição de uma indemnização a cargo do médico na proporção do risco criado pela sua atuação. Ou, visto de outra perspetiva, se tal cotejo de esferas de risco do lesante e do lesado, em situações em que não se excluem mutuamente, poderá determinar a redução da indemnização a atribuir com base numa ideia de compensação⁵⁹. Este juízo poderá reforçar-se com a convocação de fatores corretivos ao nível do montante da indemnização, no sentido da sua redução em consequência de uma “menor causalidade”, atendendo em particular às pistas dadas pelo legislador nacional no art. 494.º do CC e vendo nesta norma um exemplo de técnica legislativa que, em atenção aos referidos princípios da proporcionalidade e da Justiça, consagra uma solução de flexibilidade que poderá ser aplicada também nesta sede.

Nos restantes exemplos de perda de oportunidade que enunciámos, o cotejo das esferas de risco far-se-á entre a esfera de risco edificada pelo lesante e a esfera de risco geral da vida (de perda do concurso, da ação judicial, etc.), sendo esta reconduzível, afinal, à esfera de risco do lesado. Nesse cotejo, se se concluir que uma das esferas de risco consome completamente a outra, teremos, consoante o caso, a indemnização total do dano ou a não atribuição de qualquer quantia indemnizatória; caso contrário, justificar-se-á uma indemnização proporcional ao risco criado pelo lesante, pelas mesmas razões atrás apontadas.

Ou seja, neste contexto dogmático, o problema das oportunidades perdidas poderá ser resolvido ao nível da causalidade/imputação objetiva e não diferirá, afinal, do problema da causalidade alternativa incerta: sabe-se que o dano foi causado ou pelo médico ou pela enfermidade; ou pelo atraso do transporte do cavalo ou pela incapacidade deste de ganhar a competição; etc.. Nestes casos, a formulação do cotejo das esferas de risco permitirá, se bem analisamos as consequências possíveis da adoção desta construção, a imputação do dano final ao facto ilícito do putativo lesante, salvo se este demonstrar que a sua atuação foi totalmente estranha à causação do resultado; mas, por outro lado, interferindo no caso concreto outras esferas de risco, sejam do lesado, sejam de terceiro, sejam do risco geral da vida, mas sem que absorvam totalmente a esfera de risco erigida pelo facto ilícito do lesante, então uma aplicação dos princípios gerais da Justiça e da proporcionalidade, destilados nomeadamente nas normas acima indicadas, justificará a redução da indemnização a atribuir ao lesado por forma a que apenas receba o que for proporcional ao risco criado pela atuação do lesante.

⁵⁹ A ideia de responsabilidade proporcional não encontra eco apenas no art. 570.º do CC. Na realidade, em situações de pluralidade de responsáveis, nas relações internas funciona o direito de regresso previsto nos arts. 497.º, n.º 2, e 507.º, n.º 2, do CC. Nos casos que aqui nos interessam, esse “regresso” é operado diretamente pela redução da indemnização a atribuir ao lesado na proporção do risco gerado pela sua esfera.

7. CONCLUSÃO

O percurso expositivo que agora se realizou veio, pelo menos para nós, revelar mais uma vez que o caminho do aplicador do Direito estará sempre condicionado por limitações que se apresentam, pelo menos aparentemente, irreduzíveis. Limitações no conhecimento dos factos, mas também na construção de uma teoria que, de forma coerente e global, responda satisfatoriamente a todas as questões que se vão colocando.

O Direito vive nesta dicotomia de ser e dever ser, de facto em bruto e construção mais ou menos artificial. Sem com isto querer significar devermos desistir e deixar de tentar aperfeiçoar as ferramentas ao dispor do jurista, porém, também será um exercício de humildade reconhecer que será, talvez, tarefa impossível reconciliar todas as vertentes problemáticas de uma forma total e logicamente coerente.

De todo o modo, a insatisfação não deixa de ser um dos motores do desenvolvimento e, nessa medida, deveremos vê-la, também, como um instrumento que nos impele ao melhoramento permanente do nosso trabalho, na busca da melhor solução do litígio que, por sua vez, realize de forma otimizada todos os valores e princípios que constituem a base do nosso sistema jurídico.

(Concluído e revisto em março de 2020.)