



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

“LUÍS DE CAMÕES”

**A HODIERNA APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA
CHANCE**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Aline Vasconcelos Barros

Orientadores: Professor Doutor Enoque Ribeiro dos Santos e Professor Doutor Pedro Gonçalo
Tavares Trovão do Rosário

Número da candidata: 30000160

Agosto de 2020

Lisboa

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, o único verdadeiro mestre e especialista em realizar sonhos de uma maneira muito mais maravilhosa do que pensamos nos nossos melhores planos. O real responsável por esse título acadêmico. A Ele, que nunca deixou meus sonhos morrerem, mesmo nos dias mais difíceis, toda honra, louvor e glória.

À formidável família que Deus me deu, sempre firmes e fortes ao meu lado, grandes incentivadoras desse projecto inusitado que surgiu de modo inesperado em minha vida. Nada disso seria possível sem minhas amadas meninas, mamãe e Jade, que inclusive se mostrou uma empenhada caçula auxiliar nas intermináveis pesquisas bibliográficas, *no matter where*.

Ao reencontro que Lisboa me deu de presente, meu querido Eulinho. Como foi especial tê-lo de volta nos meus caminhos e relembrar como é bom estar em sua companhia repleta da sua peculiar alegria contagiante.

Aos amigos da Universidade Autónoma de Lisboa, que fizeram desta jornada um misto de descobertas, amadurecimento e alegria. Tive a honra de conhecer excelentes indivíduos, tanto na área pessoal quanto na profissional. Aprendi muito com cada um. Todos que conheceram a nossa turma 16 se encantaram com o nosso entrosamento e bom humor, mesmo nos dias mais estressantes. Já estou a sentir muita saudade.

Ao meu orientador e amigo Enoque, que desde o primeiro momento demonstrou o profissional e ser humano de excelência que é. Exemplo de inteligência aliada à humildade e prestabilidade. Muito obrigada por ter, desde o princípio, se interessado pelo meu trabalho e me acompanhado nessa árdua tarefa.

Não poderia deixar de agradecer ao meu presentinho de 2020: Rafa, pelo super encorajamento na tumultuada reta final desta trajetória. A ele que quis investir em mim.

A todas as pessoas que de alguma maneira carinhosamente colaboraram com a concretização deste tão almejado objectivo, o meu muito obrigado, visto que a torcida e oração de cada um surtiu o devido efeito.

Por fim, dedico esse trabalho à memória dos meus eternos amados papai, vovô Jerominho e a prima Thayz, os quais tenho a plena certeza de que se estivessem aqui, estariam muito felizes e em comemoração comigo por mais essa vitória.

RESUMO

A responsabilidade civil estabelecida no ordenamento jurídico português apresenta alguns entraves para a concretização da indemnização do indivíduo lesado.

Impulsionada por um cenário de maior complexidade dos processos produtivos, bem como das sociedades modernas, a teoria da perda de uma chance representa uma ferramenta hábil para os casos danosos revestidos de imprecisão no que concerne à definição da causalidade.

Palavras-chave: TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. APLICAÇÃO ACTUAL. NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL.

ABSTRACT

The civil responsibility established in the Portuguese legal system presents some obstacles to the achievement of the aggrieved individual's indemnity.

Driven by a scenario of the greater complexity of the productive processes, as well as of modern societies, the theory of the loss of a chance represents a skillful tool for the damaging cases enclosed by imprecision regarding the definition of causality.

Keywords: THEORY OF LOSS OF A CHANCE. CURRENT APPLICATION. CAUSALITY NEXUS. CIVIL RESPONSABILITY.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	5
1. REGIME GERAL PORTUGUÊS DE RESPONSABILIDADE CIVIL	8
1.1. Classificações da responsabilidade civil	9
1.2. Pressupostos da responsabilidade civil subjetiva no ordenamento jurídico português	13
1.2.1. Facto voluntário do agente	14
1.2.2. Ilícitude.....	15
1.2.3. Culpa	24
1.2.4. Dano	27
1.2.5. Nexo de causalidade.....	30
2. CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DE CHANCE.....	35
2.1. Conceito de perda de uma chance	41
2.2. Elementos nucleares da perda de uma chance.....	48
2.3. Efeitos da perda de chance nos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais.....	53
2.4. Cotejo com o princípio da dignidade da pessoa humana.....	56
3. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	61
3.1. Perda de chance de cura ou sobrevivência	62
3.1.1. Da responsabilidade civil médica no regime tradicional.....	65
3.1.2. Da aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito médico	71
3.2. A perda de chance de ganho.....	80
3.3. Perda de chance processual	84
3.4. Cálculo da indenização.....	87
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99
FONTES DOCUMENTAIS.....	102
Legislação.....	102
Jurisprudências	102
Supremo Tribunal de Justiça	102
Superior Tribunal de Justiça.....	103
Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região	104

ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art – artigo

Arts – artigos

CCP/66 – Código Civil Português de 1966

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976

STA – Supremo Tribunal Administrativo português

STJ - PT – Supremo Tribunal de Justiça português

STJ – Superior Tribunal de Justiça brasileiro

ss - seguintes

INTRODUÇÃO

A Revolução Industrial e outros fatos históricos deram azo a um progresso dos processos produtivos e a sucessivas evoluções no modo de viver das pessoas, o que resulta em modernas sociedades de natureza multifacetada e complexa. Esse conjunto de transformações trouxe reflexos para a seara jurídica, de modo que surge nos ordenamentos jurídicos uma mudança no objetivo da responsabilidade civil.

Neste contexto, a teoria da perda de uma chance nada mais é do que um dos frutos dessa metamorfose pela qual passou o Direito de Danos, como uma resposta necessária aos novos obstáculos que surgiram à aplicação do regime geral de responsabilidade do tudo ou nada legalmente previstos.

A finalidade deste estudo traduz-se em explicar na seara jurídica lusitana, o tratamento dado à teoria da perda de uma chance, bem como o modo em que é aplicada nas demandas de carácter indemnizatório.

O tema apresenta-se de forma importante para o quotidiano prático, visto que há situações fáticas da vida que são revestidas de incerteza. No regime de responsabilidade civil previsto no Código Civil lusitano vigente, não há resposta para essas circunstâncias eivadas de álea. Destarte, a relevância da figura da perda de chance, que actua como instrumento para o ressarcimento dos danos resultantes de cenários sobre os quais pairam algum grau de imprecisão.

Ressalte-se que este estudo debruça-se sobre os fundamentos desta teoria, para tanto, demonstra que sua aplicação está condicionada a determinados requisitos, sem fomentar o enriquecimento ilícito, como será demonstrado ao longo do texto.

O problema chave deste trabalho investigativo diz respeito a um tema de carácter doutrinário e teórico, aliado a demasiadas divergências de classificação. Para tanto, expõe as hipóteses e pressupostos de aplicação da teoria da perda de uma chance em consonância com o ordenamento jurídico português, além de abordar as divergências existentes sobre o assunto.

A perda de uma chance aplica-se no caso de paralisação de um processo de acontecimentos encadeados visando a uma vantagem ou melhora do panorama actual ou o afastamento de um prejuízo iminente na vida de uma pessoa. A retirada dessa oportunidade de melhora ou de prevenção dá ensejo ao dano objecto de indemnização.

Em outros dizeres, a teoria da perda de uma chance tem como desígnio situações em que um facto ilícito ocasiona um dano a um indivíduo que se encontrava em um processo de busca de um resultado positivo e esse acontecido o atrapalha a lograr o objetivo almejado. Entretanto, não se tem certeza se haveria êxito na tarefa que estava sendo executada sem que tivesse ocorrido a interrupção do processo.

No que concerne ao estabelecimento do dever de indemnizar por meio do instrumento da teoria da perda de uma chance, há discussão quanto à sua natureza jurídica dentro do panorama da responsabilidade civil. Neste trabalho, discorre-se sobre as variadas correntes doutrinárias existentes. Visto tratar-se de uma figura não prevista em lei, no decorrer do estudo serão também analisados diversos julgados que tratam da matéria, inclusive em sede de Direito comparado, com a exposição teórica para o entendimento do tema. No ensejo de elucidar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem o assunto, no desenvolvimento deste trabalho foram empregados os métodos dedutivo e dialéctico.

A estratégia metodológica adoptada para o desenvolvimento do trabalho segue uma sintética exposição do regime geral de responsabilidade civil português, que será utilizada como alicerce facilitador da compreensão da teoria da perda de uma chance, seguida da sua conceituação e delimitação, que se encerra com os núcleos em que já foi judicialmente aplicada.

Dividido em três capítulos, o trabalho faz uma breve exposição, em seu primeiro capítulo, sobre o regime geral português previsto no Código Civil de 1966. O estudo do Direito de Danos legalmente estatuído faz-se necessário para a elucidação da teoria da perda de uma chance. Ao tratar dos pressupostos da responsabilidade civil, foi adoptado como parâmetro norteador deste trabalho a classificação de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão.

O segundo capítulo trata da teoria da perda de uma chance propriamente dita. Nesse capítulo, após delineado o conceito de perda de uma chance, passa-se à exposição de seus elementos nucleares, bem como, de seus efeitos nos aspetos patrimoniais e extrapatrimoniais. Nesse capítulo são explicitadas ainda, as controvérsias existentes sobre a natureza do dano de perda de chance, bem como, é realizado o cotejo da teoria da perda de uma chance com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No terceiro capítulo, com objectivo de melhor compreensão sobre o assunto, o foco passa a ser a análise dos casos em que a teoria da perda de uma chance tem sido aplicada pelos tribunais.

Ao tratar das hipóteses nas quais a teoria da perda de uma chance é passível de aplicabilidade, foi utilizada a classificação de Rute Teixeira Pedro, que as divide no que denomina de núcleos de aplicação. Este foi o critério empregado para a intitulação dos itens integrantes do terceiro e último capítulo. O primeiro deles é referente à perda de uma chance de cura ou de sobrevivência. Nesse diapasão, é cediça a existência de situações fáticas no decorrer de tratamentos terapêuticos ou cirúrgicos médicos que não são revestidas de certeza.

Na ciência da medicina, estudado o regime de responsabilidade civil português, não há resposta para essas circunstâncias revestidas de álea, já que o regramento previsto na legislação lusitana é vinculado à necessidade de comprovação do nexa causal entre a conduta eivada de falha do profissional médico e o dano dela resultante. Assim, entra em cena a teoria da perda de uma chance como uma ferramenta eficaz para a solução das imperfeições não previstas pelo regime indemnizatório do tudo ou nada.

Há ainda, as espécies perda da chance de um ganho e perda da chance processual integrantes do género, núcleos de aplicabilidade da teoria da perda de uma chance. Cada uma dessas categorias será pormenorizada em tópicos próprios integrantes do terceiro capítulo deste estudo.

Ao final deste trabalho, apresentam-se algumas situações de casos concretos com ilustração dos problemas inerentes ao cálculo da indemnização nos casos de concessão de indemnização referente ao dano de perda de chance. Explica-se neste ponto, como se dá a fixação no regime tradicional português de responsabilidade civil, e posteriormente, como os tribunais tem-se comportado nos tempos hodiernos para a resolução deste empecilho.

Ainda no último tópico, apresentam-se também as soluções dadas pela doutrina para a dificuldade em estabelecer o montante indemnizatório nos casos de responsabilização pela perda de oportunidade, visto tratar-se de um enigma dado ao aplicador do Direito, diante de um caso concreto sobre o qual paira o elemento da incerteza. Assim, a relevância desta temática, no que diz respeito à teoria da perda de uma chance, apresenta-se como uma solução ao dinâmico movimento do Direito de Danos, que ademais, não conta com previsão legislativa expressa no ordenamento jurídico português, sendo resultado da construção doutrinária e da aplicação jurisprudencial.

1. REGIME GERAL PORTUGUÊS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para compreender a teoria da perda de uma chance faz-se necessária a explanação sobre o regime tradicional da responsabilidade civil constante do arcabouço jurídico português.

A perda de uma chance é uma figura originária das fontes doutrinária e jurisprudencial. O estudo acerca da legislação sobre a responsabilidade civil é a premissa para o entendimento da aplicação da referida teoria nos tempos hodiernos.

O Código Civil português de 1966 trata da responsabilidade civil no capítulo II, intitulado pelo legislador de ‘Fontes das Obrigações’. Dessa maneira, infere-se que na esfera do Direito Civil lusitano, assim como os contratos, os negócios unilaterais, a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa, a responsabilidade civil também é uma fonte legal de obrigações. Como fonte legal de obrigações, a responsabilidade civil cumpre a função de impelir terceiro a proceder à reparação de danos provocados na esfera jurídica do lesado (credor).

No diploma civilista português, a responsabilidade civil encontra-se posicionada na Secção V, dos arts. 483º a 510º, com duas subsecções, uma que rege a responsabilidade por factos ilícitos e outra reguladora da responsabilidade pelo risco.

Em que pese não haver previsão da teoria da perda de uma chance no *códex*, é que se evidencia a necessidade de analisar o regime tradicional de responsabilidade civil lusitano, a fim de demonstrar qual de suas brechas deu ensejo à criação da figura objecto de estudo deste trabalho.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão conceitua a responsabilidade civil como “conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem. A responsabilidade civil consiste, por isso, numa fonte de obrigações baseada no princípio do ressarcimento dos danos.”¹

¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*: Introdução, da constituição das obrigações. 15.ed. Coimbra: Almedina, 2018. Vol. I. ISBN 978-972-40-7347-7. p. 280.

² GONZÁLEZ, José Alberto. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-452-2.

Em Portugal tem-se como fundamento da responsabilidade penal a punição, enquanto que na seara da demandas civis indemnizatórias o que se busca, em regra, é a retribuição do indivíduo lesado.²

1.1. Classificações da responsabilidade civil

Na doutrina portuguesa, há diversas catalogações da responsabilidade civil. Cite-se o posicionamento de Leitão, para o qual no que diz respeito ao modo de imputação ao agente praticante do acto lesivo, a responsabilidade civil pode ser pela culpa, pelo risco ou pelo sacrifício.³

Pelo que se depreende da redacção do art. 483.º, nº 2 do Código Civil português de 1966, a responsabilidade civil objectiva ou pelo risco, é revestida de carácter excepcional, onde a configuração do dever de indemnizar dá-se com base apenas nos casos previstos em lei.

Dessa maneira, tem-se que a regra no ordenamento lusitano é a responsabilização civil de natureza subjectiva. Em que pese nessa modalidade de responsabilidade o principal escopo ser a reparação, também verifica-se vieses de prevenção e punição.⁴

É cediço que para o emprego dos enfoques preventivo ou punitivo da responsabilização no cálculo do valor da indemnização, é necessário que haja uma análise da intenção do causador do dano. Há, portanto, a valoração dos chamados elementos volitivos, para que o julgador possa concluir se o indivíduo deve apenas reparar o dano que causou ou deve arcar com uma indemnização mais onerosa para que seja punido pelo que fez. Destarte, é imprescindível perquirir se a conduta estava eivada de explícita vontade de produzi-la ou apenas de imprudência, negligência ou imperícia.

Da mesma forma, para o arbitramento de uma indemnização de carácter pedagógico, com maior cunho pecuniário, para que seja destacada perante a sociedade em geral - sobretudo aos prestadores de serviço ou fornecedores de produtos do mesmo ramo da atividade exercida pelo causador do dano, que figuram como potenciais causadores de prejuízos similares – a reprovabilidade da conduta ativa ou omissiva danosa, também se faz necessário esquadriñar a intenção que tinha o agente no momento da sua prática.

² GONZÁLEZ, José Alberto. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-452-2. p. 13.

³ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 279.

⁴ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 280.

Assim, infere-se que essas nuances punitiva e preventiva da indemnização - repise-se não integrem a regra no contexto lusitano - quando presentes, encontram-se na responsabilidade de natureza subjectiva, devido à imprescindibilidade do estudo do estado anímico do agente quando da prática da conduta lesiva na atividade cognitiva do magistrado.

Na responsabilidade civil objectiva ou fundada no risco, não há análise do elemento volitivo do agente para a configuração da obrigação de indemnizar, já que nesta modalidade ainda mais excecional é o escopo preventivo.⁵

No sistema português, a responsabilidade civil é pautada principalmente no carácter subjectivo. Ainda que haja movimento da doutrina moderna no sentido de diminuir a relevância do requisito ‘culpa’ para a configuração da obrigação de indemnizar na esfera extracontratual, o diploma civilista lusitano reforça em vários dispositivos a necessidade de confirmação deste elemento.

Esse é um importante traço do legislador lusitano a ser observado, visto que a comprovação da culpa representa um dos obstáculos enfrentados no quotidiano litigioso para a procedência das demandas indemnizatórias analisadas apenas sob o enfoque do ordenamento posto. Frise-se que a teoria da perda de uma chance foi e segue criando forças a partir da rigidez imposta em diferentes diplomas civilistas no que tange à comprovação de culpa do agente lesante na prática do acto danoso, o que se denota do cenário português.

Retoma-se à explanação da classificação de Leitão, o qual corrobora para delinear o sistema lusitano no que concerne à responsabilidade pelo sacrifício, “também se prescinde de um juízo de desvalor da conduta do agente, sendo a imputação do dano baseada numa compensação ao lesado, justificada pelo sacrifício suportado.” Nessa modalidade, tem-se como única finalidade, a reparatória.⁶

Pode-se dividir ainda em responsabilidade civil contratual ou obrigacional, extracontratual, também denominada de aquiliana ou delitual. Em que pese o diploma civilista português ter disciplinado no art. 562.º a obrigação de indemnizar unitariamente quanto a essas variantes da responsabilidade civil; os demais temas a elas concernentes são expostos de modo desassociado. Nesse contexto, as distinções entre as espécies contratual e extracontratual do género responsabilidade civil são menores no Código Civil Português de 1966.

⁵ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 280.

⁶ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 279-280.

Cite-se, portanto, as principais diferenças entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual no Direito Civil lusitano. Na primeira, presume-se a culpa, o que não se dá na segunda, também denominada de aquiliana. Na modalidade de extracontratual, os prazos prescricionais são reduzidos, enquanto que na contratual, aplicam-se os prazos comuns das obrigações. Outra distinção que se nota é no que diz respeito à responsabilização por actos de terceiro. Na responsabilidade extracontratual, em caso de pluralidade de agentes provocadores do acto lesivo, estes serão considerados como solidários; na responsabilidade contratual, isto acontecerá somente se já houver pactuação anterior de solidariedade.⁷

Ao analisar o regime legislativo português da responsabilidade civil, a doutrina é discordante quanto à classificação, assim como em outros nichos desta fonte legal das obrigações. Convém salientar as diferentes posições, para que o leitor possa entender melhor esses conceitos que serão utilizados como alicerces na explanação e delimitação da perda de uma chance, no próximo capítulo.

Assim, traz-se o posicionamento de José Alberto González, o qual, por sua vez, classifica a responsabilidade civil neste aspeto, em contratual, extracontratual ou por culpa *in contrahendo* (pré-contratual). Para o autor, é possível que dê ensejo à responsabilidade contratual o descumprimento total, parcial ou imperfeito, definitivo ou temporário da obrigação, que pode ser atribuído ou não ao devedor, de forma subjectiva ou objectiva, sendo também possível a não atribuição ao devedor.⁸

Nesse diapasão, passa-se à caracterização da responsabilidade pré-contratual. Sobre o tema, existem posicionamentos doutrinários em três sentidos: um primeiro que a considera como categoria da responsabilidade contratual; outro que a enquadra como espécie do género responsabilidade extracontratual; e, ainda há quem a considere como uma ‘terceira via’.⁹

Para González, a responsabilidade pré-contratual em muito se parece com a extracontratual, além daquilo que concerne à verificação do pressuposto da ilicitude. Em ambas as espécies de responsabilidade civil, não se presume prévio vínculo jurídico entre as partes, o que não permite pressupor a culpa do agente causador do dano. Ademais, sobre a

⁷ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 281.

⁸ GONZÁLEZ, José Alberto. *Responsabilidade Civil*. 2.ed. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-452-2. p. 26.

⁹ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 97.

prescrição, tem-se que a responsabilidade pré-contratual é regida pelo mesmo prazo e condições estipulados para a modalidade contratual.¹⁰

Ainda seguindo a orientação classificatória de González, no que tange à responsabilidade extracontratual, o autor defende que esta pode ser objectiva ou subjectiva. Sendo a primeira por conta do risco, bem como, do produtor, ou ainda por factos ilícitos; enquanto a subjectiva pode fundar-se ou não na culpa presumida.¹¹ Essas classificações de natureza doutrinária possuem a implicância prática de auxiliar na determinação do conjunto normativo material a ser aplicado diante de um caso prático.

Outra controvérsia que paira sobre o regime tradicional português de Direito de Danos é no que concerne à possibilidade (ou não) de compensação de dano extrapatrimonial no âmbito da responsabilidade contratual. Isto porque o art. 496.º, que possibilita tal indemnização, encontra-se elencado na subsecção que trata de forma exclusiva da responsabilidade extracontratual, e não na parte comum a ambas as espécies.¹²

Em resposta ao problema, a corrente maioritária, defendida pela doutrina de Vaz Serra, Pessoa Jorge, Rui Soares Pereira e Galvão Telles, bem como, em sede jurisprudencial, é favorável à compensação de danos extrapatrimoniais na esfera da responsabilidade contratual.¹³

Nessa actividade de delinear em termos gerais o Direito posto sobre responsabilidade civil, com o fito de clarear a ideia da teoria da perda de uma chance, é interessante mencionar que no Direito Civil português há a aceitação da figura de exclusão da responsabilidade por meio de antecipado pacto entre as partes.

Para melhor elucidação sobre o tema, ressalte-se o conceito de António Pinto Monteiro das denominadas convenções de irresponsabilidade delitual, a saber: “estipulações negociais destinadas a excluïrem ou a limitar, em certos termos, mediante acordo prévio das partes, a responsabilidade em que, doutra forma, o devedor incorreria, pelo não cumprimento (cumprimento defeituoso ou mora) das suas obrigações.”. O autor ressalta que tais

¹⁰ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 97.

¹¹ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 26.

¹² PEREIRA, Rui Soares. *A Responsabilidade por danos não patrimoniais do incumprimento das obrigações no Direito Civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009. ISBN 978-972-32-1743-8. p. 250.

¹³ PEREIRA, 2009. *Idem* p. 253.

instrumentos, apesar da nomenclatura, possuem aplicabilidade viável, no cenário lusitano, também na seara da responsabilidade extracontratual.¹⁴

Há outras classificações referentes à responsabilidade civil no campo doutrinário português. Todavia, para o alcance do objectivo deste trabalho, que é a explanação sobre a teoria da perda de uma chance e a forma como ela é aplicada na actualidade, as categorizações aqui já elencadas são suficientes para o desenho do Direito de Danos positivado no Código Civil de 1966.

1.2. Pressupostos da responsabilidade civil subjectiva no ordenamento jurídico português

Os requisitos constantes deste subitem dizem respeito à configuração da responsabilidade civil subjectiva, visto que no ordenamento jurídico português, a modalidade objectiva materializa-se apenas em hipóteses excepcionais elencadas no Código Civil vigente.

Destarte, considera-se que os dispositivos legais que estabelecem a responsabilidade civil objectiva já estatuem, por si só, os requisitos para a sua caracterização, bem como, do respectivo dever de indenizar dela resultante. Assim, tendo em vista o debate principal deste estudo, o tema não será objeto de maiores desdobramentos.

Mais um assunto sobre o qual paira divergência doutrinária no género da responsabilidade civil é a categorização dos pressupostos de sua espécie de natureza subjetiva. Fernando Pessoa Jorge os divide em apenas duas categorias, quais sejam, o acto ilícito, que abrange o nexo de imputação, e o prejuízo reparável, que por sua vez, abarca o nexo de causalidade. Adicionados a estes, o autor elenca a ausência de causas de isenção da responsabilidade civil como pressuposto da responsabilidade civil.¹⁵ Depreende-se desta ordenação dicotômica, que este entendimento é o minoritário. Contudo, em observação um pouco mais minuciosa, é possível entender que Pessoa Jorge nada mais fez do que aglutinar os pressupostos defendidos pela doutrina majoritária em dois principais.

¹⁴ MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil. *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Gráfica de Coimbra. Separata do volume XXVIII, Abril, 1985. p. 100.

¹⁵ JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 55-56.

González, por sua vez, defende que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta lesiva, “abrangendo momentos subjectivos – os relativos ao dolo ou à negligência – incorporando também o nexo de causalidade, o juízo de imputação objectiva, como um sub-capítulo [sic]”; a ilicitude, a culpa e o dano. Contudo, elucida que a classificação tradicional elenca como cinco as condições da responsabilidade civil, quais sejam: uma conduta lesiva, a respectiva ilicitude, a culpa do agente, o dano e o nexo de causalidade (entre a referida conduta e a lesão causada).¹⁶

Já Leitão, organiza os pressupostos da responsabilidade civil subjectiva da seguinte maneira: facto voluntário do agente, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade.¹⁷ A divisão dos requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil, proposta por Leitão, mostra-se como uma importante ferramenta para um tracejo do Direito de Danos português actualmente positivado. Possibilita ainda entender, como se torna possível o deferimento de pedidos indemnizatórios baseados nesta teoria, ainda que não prevista de forma expressa no sistema lusitano.

Se a análise do regime geral de responsabilidade civil, já posto e estatuído pelo legislador português levanta tantas divergências, infere-se que maiores ainda são as dissensões em torno da teoria da perda de uma chance, que nos dias de hoje encontra-se estatuída apenas em sede jurisprudencial e doutrinária.

Em vista disso, uma breve explanação sobre os alicerces da responsabilidade civil, ou seja, seus pressupostos, faz-se elementar para o entendimento da motivação do surgimento da figura da perda de uma chance, bem como, da justificação de sua aplicabilidade no actual ordenamento jurídico lusitano.

1.2.1. Facto voluntário do agente

Em sintonia com a categorização clássica, passa-se a tratar da primeira condição para a configuração da obrigação de indemnizar, o facto voluntário do agente. Faz-se necessário destacar que, integram a conduta do agente como requisito para a configuração da obrigação de indemnizar, tanto a acção, quanto a omissão. Ou seja, ambas as modalidades de comportamento, seja activo ou omissivo, desde que voluntário, integram esse pressuposto.

¹⁶ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 71-73.

¹⁷ Este posicionamento será adoptado como corrente orientadora deste trabalho. LEITÃO, 2018. *Idem* p. 283.

Para que o dano seja indemnizável, é imprescindível que o prejuízo advenha de uma conduta a ser a alguém imputada. Para configurar um pressuposto da responsabilidade civil, tal conduta deve ser revestida de ilicitude. Desse modo, apenas a conduta objectiva dominável ou controlável pela vontade humana dá ensejo à obrigação de indemnizar.¹⁸ Em caso de coacção absoluta, que nada mais é do que a coacção física, não há que se falar em responsabilidade civil do coagido, mas tão-somente do coactor, visto que inexistente o requisito da voluntariedade do praticante do ato.¹⁹

Para Pessoa Jorge, conforme já dito, a responsabilidade civil conta com dois pressupostos, o acto ilícito representa a transgressão de um dever. Para o autor, “para haver a violação do dever e, portanto, acto ilícito, é necessário que o agente esteja no uso das faculdades espirituais, de tal forma que os seus actos lhe sejam moralmente atribuíveis ou imputáveis, por ser ele quem os causou: a violação do dever implica, pois, no agente uma qualidade que é a imputabilidade.”²⁰ Por conseguinte, a partir da premissa de que o primeiro pressuposto da responsabilidade civil, por ele designado acto ilícito, concerne na omissão do comportamento devido, Jorge elenca como requisitos para esta omissão: a possibilidade de ter cumprido; a ausência de causas de justificação; e, a lesão de um direito subjectiva ou de um interesse legalmente tutelado.²¹ A classificação de Jorge em dois pressupostos para a configuração da responsabilidade civil, ainda que considerada minoritária, é aqui citada em razão de que, dentro desses dois requisitos estão embutidos, de maneira agrupada, os demais.

1.2.2. *Ilcitude*

Para González, na responsabilidade civil não há parâmetros taxativos. De forma excecional, há esta definição no Código Civil nas hipóteses da obrigação de indemnizar oriunda de factos lícitos ou do risco, neste último caso, conforme prevê o art. 483.º, n. 2 do CCP/66. Dessa maneira, para o autor, é árdua a tarefa de delimitar a concretização da ilicitude nesta seara do Direito Civil português.²²

¹⁸ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 73.

¹⁹ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 74.

²⁰ JORGE, 1999. *Idem* p. 68.

²¹ JORGE, 1999. *Idem* p. 103.

²² GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 95.

Entretanto, o sistema português de responsabilidade civil é o da cláusula geral limitada. Em oposição ao sistema de grande cláusula geral, adoptado em França e em Itália, que não estabelece legalmente quais os bens jurídicos que violados dão ensejo à obrigação de indemnizar, repassa-se essa tarefa para o juiz; o sistema de cláusulas gerais limitadas, ao qual se perfilham Portugal e Alemanha, estabelece na lei os bens jurídicos protegidos.²³ Além da cláusula geral prevista no art. 483.º, o actual diploma civilista português também indica em outros dispositivos, condutas características que são revestidas de ilicitude, quais sejam, os arts. 334º, 335º, 484º e 485º, que serão analisados a seguir, denominados por Leitão de tipos delituais específicos.²⁴

Relacionam-se aqui as classificações da responsabilidade civil com os seus pressupostos. Na denominada por alguns doutrinadores de responsabilidade pré-contratual, a ilicitude configura-se nas hipóteses de violação ao dever anexo de boa-fé. Contudo, quando se trata da responsabilidade de natureza contratual, tem-se que há a materialização da ilicitude diante da infracção aos direitos pactuados.²⁵

No caso da responsabilidade obrigacional, é mais simples a apuração da presença do pressuposto da ilicitude. Isso porque, tendo em vista que o contrato já existente prevê quais são as condutas que devem ser observadas pelas partes, a violação delas, por si só, já é suficiente para a materialização da ilicitude. Diante deste contexto, para a verificação da ilicitude, basta averiguar se infração da previsão contratual foi realmente cometida pelo devedor.²⁶

A tarefa de determinar a ocorrência do requisito da ilicitude é mais árdua no âmbito da responsabilidade extracontratual. Deve-se ater aos ditames da cláusula geral do art. 483.º, nº 1 do diploma civilista lusitano, que estabelece dois tipos de atitudes dos contratantes que resultam na caracterização da ilicitude, quais sejam: violar de forma ilícita o direito de outrem ou a transgressão a qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

A ilicitude representa, em todas as disposições em que aparece no Código Civil português vigente, uma ideia de desvalor. Nesse diapasão, a doutrina maioritária hodierna aponta que o sistema português de responsabilidade civil filia-se à teoria do desvalor do facto. Em contraposição à teoria do desvalor do resultado, que afecta a consequência do dano, a teoria do desvalor do facto, recai sobre a conduta do agente. Assim, não se configura a

²³ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 287.

²⁴ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 287.

²⁵ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 95.

²⁶ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 97.

ilicitude na hipótese de a atitude do indivíduo, em que pese violar algum bem jurídico, não representar alguma vedação legal.²⁷ Portanto, tem-se que no cenário do Direito de Danos de Portugal é dado maior enfoque ao valor conduta do que ao valor de sua consequência.

Leitão denomina de tipos delituais específicos, os dispositivos legais que trazem previsões especiais de ilicitude, fora as cláusulas gerais previstas no art. 483º em regra, e no art. 486º para as omissões. São eles: o art. 334º, que trata do abuso de direito, o art. 335º, que dispõe sobre o que o autor intitula de não cedência recíproca em caso de conflito de direitos, o art. 484º que aborda a ofensa do crédito ou do bom nome, e por fim o art. 485º, que diz respeito ao oferecimento de conselhos, recomendações ou informações.²⁸

Neste ponto, no que tange às espécies do género tipos delituais específicos da ilicitude, em consonância com a classificação de Leitão, o abuso de direito é a que merece maior atenção. Isso porque, em análise ao direito comparado, no arcabouço jurídico brasileiro, o abuso de direito apresenta-se como uma das cláusulas gerais que dão ensejo à obrigação de indenizar, previsto no art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002.²⁹

O dispositivo brasileiro, no mesmo sentido dos mais avançados diplomas civilistas vigentes, quais sejam, o português, em seu art. 334.º; o alemão, no art. 226; o argentino, em seu art. 1071; o espanhol, no art. 72 e o suíço, em seu art. 2º, caracterizou o abuso de direito como ato ilícito.³⁰ Entretanto, salienta-se que no Direito Civil brasileiro, o abuso de direito configura responsabilidade objectiva. Nesta esteira, tem-se o enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, que possui natureza doutrinária no âmbito jurídico daquele país. O referido enunciado assim diz: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”³¹

Tanto o Código Civil brasileiro, quanto o português ao tratarem do tema abuso de direito, nos artigos 187 e 334, respetivamente, estabelecem limites, a saber, o fim económico ou social, a boa-fé e os bons costumes. Para Sérgio Cavalieri Filho, o fim social ou

²⁷ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 287-288.

²⁸ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 294.

²⁹ Código Civil Brasileiro de 2002: Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” BRASIL, *Código Civil*: Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro. [Em linha] [Consult. 12 Agosto 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. ISBN 978-85-224-5637-6. p. 161.

³¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. ISBN 978-85-85572-93-8. p. 20.

económico nada mais são do que limitações peculiares que devem ser observadas conforme a casuística, ou seja, de acordo com o caso concreto. Já no que diz respeito à boa-fé e aos bons costumes, estes são padrões genéricos cuja observância é obrigatória na prática de qualquer prerrogativa de natureza subjectiva. Cavalieri Filho conceitua ‘fim económico’ como “o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício [sic].”³² No tocante ao fim social do direito, este se relaciona com o principal escopo que cada sociedade pretende alcançar, qual seja, o bem comum. Assim, no exercício de seus direitos, ainda que individuais, o seu titular deve obediência a este objectivo social essencial.³³

Uma definição coerente de bons costumes no contexto do abuso de direito, extensível também ao caso português, encontra-se no enunciado nº 413 da V Jornada de Direito Civil, que é um evento organizado pelo Conselho da Justiça Federal brasileiro, que reúne doutrinadores brasileiros com a finalidade da edição de proposições não vinculantes que retratem um entendimento académico sobre determinado tema de Direito Civil. Assim diz o referido enunciado: “Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjectiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época; e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.”³⁴

Neste contexto, o enunciado nº 414, editado na mesma ocasião, firma o entendimento de que, no âmbito brasileiro, a teoria do abuso do direito é aplicável a todas as searas do Direito. Indica ainda, como alicerces da teoria do abuso do direito, os princípios da solidariedade, do devido processo legal, bem como, o da confiança, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.³⁵

O precípuo intuito de caracterizar o abuso de direito como acto ilícito é evitar que o exercício de prerrogativas subjectivas atinjam fim diverso para o qual foram criadas. A conduta eivada de abuso de direito enquadra-se nos ditames legais, de modo que apenas materialmente é ilegítima, por afrontar o valor que existe por trás de cada dispositivo de lei.³⁶

³² CAVALIERI FILHO, 2010. *Idem* p. 165.

³³ CAVALIERI FILHO, 2010. *Idem* p. 169.

³⁴ JÚNIOR AGUIAR, 2012. *Idem* p. 62.

³⁵ Enunciado 414 da V Jornada de Direito Civil: “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito”. JÚNIOR AGUIAR, 2012. *Idem* p. 62.

³⁶ CAVALIERI FILHO, 2010. *Idem* p. 161.

Cavaliere Filho destaca que o abuso de direito pode ser definido por meio de duas perspectivas. Uma primeira, de viés clássico, aponta que se configura abuso de direito a conduta que for exercida com o propositado intuito de lesar outrem. A teoria objectiva, por sua vez, estabelece que caso o acto seja realizado em afronta à boa-fé, aos bons costumes ou ao fim social ou económico do direito, enquadra-se como abusivo de direito, não havendo necessidade da análise do carácter anímico de seu agente.³⁷

Durval Ferreira exemplifica a concretização da ocorrência de abuso de direito no âmbito da responsabilidade civil portuguesa, ao apontar que, e.g., a situação de um indivíduo que já havia negociado com um sucateiro um determinado valor para o abate de seu carro e que no caminho dos estaleiros da sucata foi atingido por outro veículo conduzido por uma outra pessoa que foi a única responsável pela ocorrência, que causou vários danos ao veículo que estava a caminho da venda. Em que pese a danificação do veículo, o sucateiro paga por ele o mesmo montante inicialmente combinado com o vendedor. Dessa maneira, em análise a essa curiosa situação, tem-se que houve a prática de um ilícito, contudo sem prejuízo material, não havendo, portanto que se falar em indemnização. A conclusão neste contexto é a de que se o suposto lesado vir a demandar ressarcimento financeiro pelo acidente, estará aqui configurado o abuso de direito, bem como, o enriquecimento ilícito estatuído no art. 473º do diploma civilista lusitano.³⁸

Alicerçado nesse exemplo, Ferreira enunciou a seguinte premissa: “pode haver uma conduta ilícita e culposa dum agente, ofendendo um direito ou bem juridicamente protegido dum terceiro (dano da ilicitude), e, no entanto, dessa ilicitude, a se, não resultar nenhuma afectação negativa e diminutiva na esfera jurídica do lesado, a postular uma compensação monetária.”³⁹

Ademais, sendo certo que houve dano de ilicitude e que este foi ocasionador de um prejuízo ao lesado, a sentença não pode indicar um valor ilíquido, exceto se ficar demonstrado que não houve qualquer efeito desfavorável ou que se tiver acontecido, for passivo de reconstituição natural; ou que um facto culposos do lesado tiver concorrido para a produção ou

³⁷ CAVALIERI FILHO, 2010. *Idem* p. 161.

³⁸ FERREIRA, Durval. *Dano da perda de chance: Responsabilidade civil: Pelo que não se fez ou se fez mal com perda de oportunidade duma vantagem*. 2. ed. Porto: Vida Económica, 2017. ISBN 978-989-768-393-0. p. 126-127.

³⁹ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 126-127.

agravamento dos danos; bem como, na hipótese da vítima que actua com abuso de direito ao ingressar com um pleito indemnizatório.⁴⁰

O segundo tipo delitual específico, seguindo em consonância com a classificação de Leitão, em estudo do Direito de Danos português positivado, é por ele intitulada de não cedência em caso de colisão de direitos prevista no art. 335º, cuja ocorrência dá azo à obrigação de indemnizar.⁴¹ O nº 1, do art. 335º, do Código Civil lusitano estatui que, havendo conflito de direitos, sendo eles iguais ou do mesmo tipo, deve haver concessões mútuas entre as partes, para que não haja prejuízo significativo para qualquer uma delas.

Todavia, no nº 2, há a previsão de que no caso de existência de desigualdade ou diferença entre os direitos, predomina o que deve ser tido como mais elevado. Nesse diapasão, para melhor elucidar o tema, Leitão utiliza a situação hipotética de confronto entre a prerrogativa do locatário de usufruir da coisa, constante do art. 1031º, b do CCP/66, em detrimento do direito do locador de nela realizar reparação de carácter urgente, que está enumerado no art. 1038º do CCP/66. Nesse caso, é obrigação do locatário tolerar as reparações urgentes, bem como, quaisquer obras ordenadas pela autoridade pública.⁴²

Não cedendo as partes, seja na situação de confronto entre direitos iguais ou da mesma espécie, bem como, em se tratando de direitos desiguais ou de tipos distintos, considera-se satisfeito o pressuposto da ilicitude, e em sequência surge a obrigação de indemnizar para aquele que deveria ter cedido, reparando os danos por isso originados.⁴³

O terceiro tipo de ilicitude elencado pelo Código Civil português encontra-se no art. 484º e trata da ofensa do crédito ou do bom nome, que de qualquer pessoa, tanto faz se singular ou colectiva.

Há divergência doutrinária no que toca à abrangência deste dispositivo, mais especificamente, trata-se de um questionamento quanto à existência ou não da responsabilidade civil no caso de divulgação de quaisquer informações, revestidas de veracidade ou não.⁴⁴ Sobre o tema, o entendimento de Leitão pondera que não havia necessidade desta previsão específica em apartado da cláusula geral de ilicitude constante do art. 483º do CCP/66, visto que a Constituição da República portuguesa tutela em seu art. 26,

⁴⁰ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 191-192.

⁴¹ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 296.

⁴² LEITÃO, 2018. *Idem* p. 296.

⁴³ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 296.

⁴⁴ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 297.

nº 1 a garantia de bom nome e reputação. Assim, o Código Civil português protege o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.⁴⁵

Outra tipificação expressa de ilicitude na seara da responsabilidade civil está contida no art. 485º do CCP/76, que dispõe sobre conselhos, recomendações ou informações. Em regra, os meros conselhos, recomendações ou informações não são causa de responsabilização civil, mesmo que tenham sido prestados de maneira negligente. Entretanto, dão ensejo à obrigação de indemnizar três circunstâncias: quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos; quando havia o dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar; e, por último, na hipótese de quando o procedimento do agente constitua *facto punível*.

Para finalizar o debate sobre os casos típicos especiais de ilicitude, merece destaque o entendimento de João de Matos Antunes Varela, que defende que nesses casos a presença da culpa é prescindível para a materialização da responsabilidade civil.⁴⁶

Nessa perspetiva, o que se pode depreender deste rol previsto no Código Civil português vigente como eivados de ilicitude é que devem ser assim considerados, independente de qualquer análise subjectiva. Isso porque, o exame sobre quaisquer aspetos relativos a esses tipos específicos já foi feito pelo legislador, cabendo ao operador do Direito apenas empregá-los como geradores da obrigação de indemnizar.

Passa-se agora a uma breve explanação sobre as causas de exclusão do pressuposto de ilicitude, que quando presentes, resultam no afastamento da responsabilidade civil e da consequente reparação indemnizatória. Traz-se a lembrança, neste trecho, a particular classificação bipartida de Pessoa Jorge dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o acto ilícito e o prejuízo reparável. Para ele, adicionados a estes dois requisitos principais, encontra-se como coadjuvante a inexistência de causas excludentes de ilicitude.⁴⁷

O que quer dizer que, diante da presença de qualquer uma dessas causas, há a consequente eliminação do preceito da ilicitude, de indispensável ocorrência para a materialização da responsabilidade civil. São causas de justificação gerais: o exercício normal de um direito e o cumprimento de um dever. Sobre o exercício normal de um direito, para que este configure uma causa de exclusão da ilicitude, faz-se necessário que não haja conflito com o direito do lesado. Em tal ocorrência, conforme dispõe o art. 335.º, n.º 1 e 2 do

⁴⁵ LEITÃO, 2018. *Idem* p. 299.

⁴⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 885.

⁴⁷ JORGE, 1999. *Idem* p. 55-56.

CCP/66, deve prevalecer o direito do lesado. Ademais, também é imprescindível que o titular do direito esteja regularmente dele revestido, de modo que não haja em seu exercício abuso de poder.⁴⁸

Já no que tange ao cumprimento de um dever, que pode ser de carácter legal ou negocial, este somente exclui a responsabilidade do lesante caso haja equilíbrio entre o prejuízo ocorrido e a finalidade almejada com o cumprimento do dever. Isso em utilização da regra geral do abuso de direito, com encaixe nos ditames do art. 271.º, n.º 3 da CRP, que trata da responsabilidade dos funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas, e mais especificamente prevê que deve ser paralisado o dever de obediência a ordens ou instruções oriundas de legítimo superior hierárquico sempre que tal conduta resulte em qualquer espécie de prática criminosa.⁴⁹

Para uma melhor elucidação do assunto, pode-se exemplificar como cumprimento de um dever legal o exercício da actividade policial, na execução de seu papel institucional de garantia da segurança pública, não respondendo civilmente pelos danos oriundos dessa actividade, desde que praticados dentro dos limites estabelecidos, sob pena de configuração do abuso de direito, que resulta na obrigação de ressarcimento ou compensação.

De acordo com a categorização de González, as causas de exclusão de ilicitude são divididas em gerais e especiais, tem-se como especiais: a legítima defesa, a acção directa, o estado de necessidade e o consentimento do lesado.⁵⁰

A legítima defesa pode ser entendida como uma conduta que representa uma resposta a uma acção anterior, que funciona como um instrumento de relutância a um evento ilegítimo e danoso provocado por um agente lesante. A legítima defesa possui previsão na Carta Magna portuguesa, no art. 21.º, sob a capitulação de direito de resistência, que traz precisa conceituação desta excludente de ilicitude, nos seguintes termos: todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

Um exemplo de acto praticado como legítima defesa é a hipótese em que um indivíduo que está dirigindo um veículo automotor, é assaltado a mão armada, e para defender a si e a sua família que se encontra no carro, atropela o bandido. Independente da repercussão penal, que não será abordada neste estudo, no que toca à responsabilidade civil, não há que se

⁴⁸ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 121.

⁴⁹ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 122-123.

⁵⁰ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 121.

falar em ressarcimento dos danos patrimoniais causados ao sujeito atropelado, e tampouco em compensação de supostos danos extrapatrimoniais.

Junto à legítima defesa, também integra o rol das causas especiais de exclusão da ilicitude a acção directa. A acção directa nada mais é do que um instrumento de autotutela garantido pelo Direito privado português. Há entretanto, no art. 336º do CCP/66, previsão dos requisitos de observância necessária para que a acção directa seja legítima. Para tanto, no intuito de exercer ou garantir prerrogativa própria, não havendo oportunidade de acessar, em tempo os instrumentos estatais de repressão, é permitido que o indivíduo prestes a ser patrimonialmente ofendido aproprie-se, destrua ou deteriore uma coisa, desde que não atinja, nos termos do art. 366º, interesses superiores aos que o agente visa realizar ou assegurar, e tampouco ultrapasse o que for preciso para afastar o dano.

Sobre a quarta causa especial de exclusão de ilicitude, o estado de necessidade, sua melhor definição encontra-se no texto legal do art. 339.º do CCP/66, que prevê que é lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro. Na hipótese de o perigo ter sido causado por culpa exclusiva do agente, ou em qualquer outro caso, podem ser civilmente responsabilizados por conduta lesiva lícita, de maneira proporcional o sujeito provocador do dano, bem como, terceiro que se tenha beneficiado desta conduta, ou colaborado de alguma maneira para o surgimento do estado de necessidade.⁵¹

No que concerne ao consentimento do lesado, quinta e última causa especial de exclusão da ilicitude, previsto no art. 340.º do CCP/66, diz respeito à situação em que a ilicitude é afastada por meio da concordância do ofendido com o dano que lhe fora causado. O alicerce para esta causa de exclusão de ilicitude encontra-se previsto no art. 405º do CCP/66, que trata do princípio da autonomia da vontade. É preciso salientar que para que surta o efeito de eliminar a responsabilidade civil, o consentimento do lesado deve abarcar direito disponível e individual, e que não viole vedação determinada por lei e tampouco os bons costumes.⁵²

Ainda se faz necessário que o sujeito lesado que expressar seu assentimento à lesão seja capaz. Evidencia-se assim, que o referido consentimento, para ser válido como causa de

⁵¹ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 128.

⁵² GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 128-130.

exclusão da ilicitude, deve estar livre dos vícios da vontade e da declaração, previstos nos arts. 240.º a 257.º do CCP/66.⁵³

Por fim, convém explicitar que o consentimento do ofendido pode dar-se de maneira expressa ou presumida, de acordo com o que estabelece o art. 340.º, n.º 3 do CCP/66. Neste ponto, destaca-se que há um requisito comum a todas as causas excludentes de ilicitude, a saber, o de não estarem eivadas de abuso de direito quando da sua execução.

À vista disso, na hipótese de um indivíduo sob o pretexto de exercício normal de um direito, cumprimento de um dever, legítima defesa, estado de necessidade, acção directa ou consentimento do lesado praticar um ato que, de alguma forma transgrida os parâmetros delimitados pelo seu fim económico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, estar-se-á diante de abuso de direito, e consequentemente, de um ato de natureza ilícita.

Sendo o acto praticado de natureza ilícita, visto que eivado de abuso de direito, a excludente de ilicitude não se opera, portanto, configura-se a responsabilidade civil, com a decorrente obrigação de indemnizar.

1.2.3. *Culpa*

Apenas a título de contextualização, no Direito das obrigações português, a responsabilidade civil objectiva só se configura nas hipóteses legalmente elencadas, conforme estatui o art. 483.º, n.º 2 do CCP/66. Exemplos podem ser citados, quais sejam, a responsabilidade do comitente, prevista no art. 500.º do CCP/66, a responsabilidade extracontratual do Estado, tratada no art. 501.º do CCP/66, bem como, os actos dos representantes legais ou auxiliares, estabelecidos no art. 800.º do CCP/66, quando diga respeito a obrigação que pode ser executada por terceiro. Destaque-se ainda, como espécies do género responsabilidade objectiva, a que resulta de danos causados por veículos de circulação terrestre, constante do art. 503.º do CCP/66, a oriunda de danos causados por instalações de energia eléctrica ou de gás, trazida pelo art. 509.º do CCP/66, e a que é proveniente de danos causados por animais, abordada no arts. 493.º e 502.º do CCP/66. Há ainda a responsabilidade do proprietário de instalações prejudiciais, de acordo com o disposto no art. 1347.º do CCP/66. Por derradeiro, consigna-se como modalidade de responsabilidade

⁵³ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 131-132.

objectiva, dentre outras, a do produtor, conforme o disposto no art. 1º do Decreto-Lei n.º 383/89 de 06/11.⁵⁴

Nos demais casos, a configuração da responsabilidade civil requer a análise do estado anímico do agente, considerando que, como já demonstrado, a responsabilização civil subjectiva é a regra no arcabouço jurídico lusitano. Portanto, volta-se à análise dos pressupostos da responsabilidade civil subjectiva, passando agora, ao estudo da culpa.

Diferente da seara penal, no âmbito da responsabilidade civil, tanto faz se a conduta danosa foi realizada dolosa ou negligentemente. O que importa aqui é que o indivíduo lesado tenha restaurado o *statu quo ante*. Assim, presente o elemento culpa, não é pertinente a análise da intensidade com que ocorreu.⁵⁵

González elenca os seguintes elementos para que seja configurada a culpa, quais sejam, a imputabilidade, a consciência da ilicitude, a censurabilidade e a exigibilidade.⁵⁶ A conceção de imputabilidade varia de acordo com a modalidade de responsabilidade civil. Na esfera da responsabilidade obrigacional, a imputabilidade identifica-se, em regra, com a capacidade jurídica de exercício. Entretanto, no que tange às demais modalidades de responsabilidade, um conceito aplicável, em linhas gerais, é o que traduz a imputabilidade como a viabilidade de impor o atributo de autor ou participante a outrem.⁵⁷

Nos dizeres de González, a consciência da ilicitude pode ser traduzida por meio da seguinte ideia: “ainda que o agente tenha capacidade para entender ou querer, a conduta lesiva pode não ser susceptível de reprovação na medida em que aquele seja, desculpavelmente [*sic*], desconhecedor da ilicitude da mesma.”⁵⁸

Sobre a censurabilidade, tem-se que a culpa é avaliada por meio de um parâmetro de reprovabilidade. É considerado culpado o indivíduo que age infringindo esse modelo de comportamento esperado.⁵⁹ Se houver a culpa do lesado, esta pode diminuir ou excluir a obrigação de indemnizar, devido ao afastamento da culpa. E mais, a depender do grau da culpa do indivíduo lesado, resulta a diminuição ou o afastamento total da censurabilidade, que resta neutralizada total ou parcialmente pela conduta culposa da vítima. A título de amostra,

⁵⁴ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 163-196.

⁵⁵ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 134-135.

⁵⁶ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 136.

⁵⁷ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 137-138.

⁵⁸ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 139.

⁵⁹ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 143.

tem-se o caso no qual a má-fé do comprador basta para desonerar o vendedor da obrigação de indemnizar.⁶⁰

Ao tratar da característica da exigibilidade, em que pese estar o agente revestido de consciência da ilicitude e imputabilidade, é possível que não lhe seja exigível conduta diversa do ato danoso resultante, o que eventualmente pode acontecer em hipóteses de intimidação psicológica irresistível.

Em que pese a classificação tradicional dos pressupostos da responsabilidade civil portuguesa adoptada neste trabalho, insta neste ponto, ressaltar o posicionamento de António Pinto Monteiro no que concerne à nova faceta da responsabilidade civil portuguesa, que aponta no seguinte sentido:

O princípio de que não há responsabilidade sem culpa vai-se revelando cada vez mais inadequado à nova realidade, que difere da anterior não só pelo elevadíssimo número de acidentes, mas sobretudo pelas novas características destes. O progresso técnico-industrial acarreta, com efeito, uma mudança qualitativa – e não apenas quantitativa – do acidente. A utilização de meios técnicos cada vez mais complexos e sofisticados, aliada à organização do trabalho em grupo, faz com que o acidente surja com a marca do anonimato, dificultando, ou impossibilitando mesmo, a descoberta da culpa de alguém, diluída na cooperação de múltiplas pessoas e máquinas.⁶¹

Na mesma esteira, João de Matos Antunes Varela arremata: “Mesmo quando a responsabilidade nasce da prática de um facto ilícito, não é justo nem criterioso limitar a indemnização aos danos cobertos pela culpa do agente.”⁶²

Desse modo, importa acentuar que ainda que a culpa figure no clássico rol dos pressupostos necessários para a concretização da responsabilidade civil subjectiva, que é a regra no arcabouço português, visto que as hipóteses de responsabilidade civil objectiva estão previstas no Código Civil, esse requisito tem sido, em algumas ocasiões, aos poucos mitigado pela doutrina. Isso se dá devido à expansão dos processos produtivos em termos de complexidade.

Assim, falar estritamente em culpa pode acarretar à não-indemnização do sujeito lesado em casos em que há a presença de todos os demais pressupostos da responsabilidade civil e sem previsão do caso como integrante da lista de responsabilização objectiva constante do Código Civil português.

⁶⁰ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 153.

⁶¹ MONTEIRO, 1985. *Idem* p. 57.

⁶² VARELA, 2000. *Idem* p. 885.

1.2.4. Dano

Conforme adverte Ferreira sobre o dano: “O termo dano é usado, por vezes, num sentido indistinto tanto para referir a conduta ilícita do agente como para considerar a repercussão negativa dessa conduta na esfera jurídica do lesado, e que será objeto da obrigação de indemnizar”. Dessa maneira, para o referido autor, apesar de serem intituladas pelo mesmo termo, as figuras supramencionadas representam institutos diversos. Há, para ele, portanto, duas espécies distintas de dano.⁶³

A título exemplificativo, a nomenclatura ‘dano’ aplicada no Código Civil português de 1966, no art. 483.º, diz respeito à ilicitude na seara da responsabilidade civil extracontratual.⁶⁴ O mesmo vocábulo dano é utilizado em um sentido diferente em outro dispositivo do mesmo diploma. No art. 562.º, a palavra assume o sentido de prejuízo, representando a consequência maléfica causada à vítima. Trata-se aqui do designado dano de ilicitude.⁶⁵

Sobre esse assunto, Ferreira conclui que “pode suceder que, em determinado caso concreto, se verifique existir um dano da ilicitude, na medida que a conduta do agente ofende, com culpa, um direito ou bem jurídico protegido da vítima – e, todavia, dessa conduta pode não resultar um dano patrimonial ou não patrimonial, como repercussão negativa na esfera jurídica da vítima e a dever ser compensada por uma quantia monetária. Já o inverso não é possível.” Portanto, em suma, tem-se que “se não preexiste ‘dano da ilicitude’, e culposo, então também não haverá obrigação de indemnização alguma.”⁶⁶

Seguindo a explanação com a demonstração das divergências doutrinárias quanto à categorização dos pressupostos da responsabilidade civil, há que se mencionar que na classificação dualista de Fernando Pessoa Jorge, o segundo e último requisito é o prejuízo reparável. Vale dizer que, ainda que o autor adote o entendimento de apenas dois elementos formadores da responsabilidade civil subjetiva no âmbito do ordenamento jurídico português, aqui encontra-se abarcado o pressuposto do dano.

Quanto à categorização dos prejuízos, há uma clássica diferenciação entre os danos emergentes e os lucros cessantes. Os danos emergentes dizem respeito a uma real redução

⁶³ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 125.

⁶⁴ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 125.

⁶⁵ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 125-126.

⁶⁶ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 163.

patrimonial. Já os lucros cessantes nada mais são do que o não-acrécimo deste, o que representa o fracasso de um proveito.⁶⁷

Há uma outra classificação, que diz respeito à responsabilidade contratual. Nesse diapasão, tem-se os danos positivos, que são oriundos de inadimplemento contratual, e os danos negativos, que resultam de contratos firmados que sejam inválidos ou eivados de ineficácia de modo *ex tunc*.⁶⁸

Pode-se dizer também que os danos podem ser certos ou eventuais, assim delimitados no que concerne à certeza ou incerteza de sua ocorrência. Tal diferenciação faz sentido apenas quando se trata de danos futuros, visto que ainda não consumados.⁶⁹

Nesse contexto, é errónea a ideia de que o dano da perda de chance possui natureza eventual. O prejuízo causado é a retirada da oportunidade do indivíduo de alcançar uma vantagem ou evitar a ocorrência de um malefício. Trata-se portanto, de um dano que já se consumou, que é certo, e este é que deve ser indemnizado.

O dano eventual, no cenário de responsabilização por meio da teoria da perda de uma chance diz respeito àquela situação vantajosa que a vítima pretendia obter e não conseguiu. Nunca se sabe se esse dano, por ser futuro, realmente aconteceria ou não.

Essa temática será melhor abordada no capítulo a seguir, mas desde já, ainda neste momento de explanação das diferentes classificações de dano, para a formação dos conceitos fundamentais necessários para o entendimento da teoria da perda de uma chance, deve-se destacar que o dano objecto deste instrumento de responsabilização civil é certo. Refere-se à chance real e séria que lhe fora tirada, e não diz respeito ao que deixou de ganhar.

Ressalte-se que na responsabilização pela perda de chance, aquilo que deixou de ser alcançado é observado apenas como base de cálculo estatístico do dano certo e concretizado da oportunidade retirada. Sobre a apuração do montante indemnização resultante da aplicação teoria da perda de uma chance, há a devida exposição no último capítulo deste estudo.

Ao voltar ao estudo dos pressupostos da responsabilização civil, no âmbito do regramento geral, previsto no Código Civil português de 1966, tem-se que a análise do dano, para fins de responsabilidade civil, apenas é pertinente quando o prejuízo diga respeito à violação de um bem ou direito assegurado pela ordem jurídica. Assim, lesão do direito e

⁶⁷ JORGE, 1999. *Idem* p. 377.

⁶⁸ JORGE, 1999. *Idem* p. 380.

⁶⁹ JORGE, 1999. *Idem* p. 381.

prejuízo não são sinónimos, em regra. Para melhor elucidação deste conteúdo, pode-se exemplificar com a hipótese do empreiteiro que entrega a casa com o atraso de quinze dias do prazo inicialmente pactuado. Em tese, houve transgressão ao direito de crédito, que pode não ter resultado em prejuízo, como por exemplo, no caso proprietário do imóvel em questão, que possui finalidade de moradia, ter viajado no período do atraso.⁷⁰

Ademais, para que o dano seja indenizável, deve revestir-se das seguintes características, enumeradas por Fernando Pessoa Jorge: alienidade, certeza, mínimo de gravidade e ter sido provocado pelo acto ilícito.⁷¹

Alienidade quer dizer que como requisito da reparabilidade do prejuízo, o dano deve ser alheio, ou seja, deve ter sido sofrido por outra pessoa que não o praticante do acto ilícito.⁷²

No que tange à certeza como qualidade do dano, a definição do dano certo foi dada acima, a saber, o prejuízo já ocorrido e consolidado. Destaque-se que a discussão que envolve a certeza gira em torno dos lucros cessantes, que por sua natureza são intrinsecamente revestidos de carácter aleatório. Pode-se citar a título exemplificativo, a circunstância de o vendedor de um veículo automotor extrapolar o prazo de entrega pactuado em quinze dias. Caso o comprador prove que foi prejudicado pelos quinze dias que deixou de trabalhar, visto que utilizaria o carro comprado para suas actividades profissionais, tem direito a ser indemnizado a título de lucros cessantes. Entretanto, caso a entrega tivesse sido realizada no prazo correcto, poderia ter acontecido um acidente inviabilizador do labor do comprador. Assim, nesse contexto, a premissa que se pode retirar desta situação hipotética é a afirmada por Fernando Pessoa Jorge, nos seguintes dizeres, dignos de destaque: “A certeza dos lucros cessantes, bem como dos prejuízos futuros, baseia-se, pois na evolução normal (e, portanto, provável) dos acontecimentos.”⁷³

Sobre o requisito do mínimo de gravidade, um dano insignificante não configura um requisito que dê ensejo ao surgimento da obrigação de indemnizar, como no caso da obstrução de um grão de milho ou de um minúsculo arranhado num veículo. Não há fundamento legal expresso para tanto; esta conclusão deriva do bom senso, bem como do

⁷⁰ JORGE, 1999. *Idem* p. 383-384.

⁷¹ JORGE, 1999. *Idem* p. 385.

⁷² JORGE, 1999. *Idem* p. 386.

⁷³ JORGE, 1999. *Idem* p. 381-386.

princípio da boa-fé. Pode também ser denotada do art. 398º, nº 2, que revela que o conteúdo da prestação deve representar um interesse do credor digno de protecção legal.⁷⁴

Encerradas as sintéticas explanações sobre o acto voluntário do agente, a ilicitude e a culpa, passa-se agora ao estudo do nexo de causalidade. Para a correcta compreensão da responsabilização civil, é imprescindível a compreensão do conceito de nexo causal.

1.2.5. Nexo de causalidade

É cediça a necessidade do estudo dos pressupostos da responsabilidade civil para a construção da teoria da perda de uma chance. Entretanto, dentre todos os requisitos, independentemente da organização doutrinária deles, o de mais importante observância para o correcto desenhar da perda de chance, que se dará com maior profundidade no próximo capítulo é o nexo causalidade.

Isso porque a maneira como o nexo de causalidade foi tratada pelo legislador civilista português, por meio de uma perspectiva radical do tudo ou nada do pedido indemnizatório quando não explicitamente comprovado, deixou a desejar diante da realidade das situações fáticas quotidianas, e representou uma das brechas deixadas pelo Código Civil de 1966 que deram abertura para o fortalecimento da teoria da perda de uma chance.

Em análise ao *códex* português, tem-se que o principal escopo da responsabilidade civil é reconstruir o estado inicial do lesado antes de ter sofrido o ato danoso. Nessa esteira, o nexo de causalidade representa o instrumento que permitirá auferir quais os danos que realmente teriam sido suportados caso não tivesse ocorrido a violação.⁷⁵

Fernando Pessoa Jorge, de acordo com sua já mencionada peculiar classificação dualista, coloca o assunto do nexo de causalidade dentro do segundo pressuposto da responsabilidade civil, qual seja, o prejuízo reparável.⁷⁶

Nexo causal nada mais é do que a conexão existente entre o acto ilícito e o dano causado. Dessa maneira, para responder se o acto praticado foi o causador do dano, é necessário examinar as teorias relativas à causalidade.

Para Caitlin Sampaio Mulholland, em que pese a análise da causalidade física e material ser importante para um estudo inicial do dano, não é o instrumento apropriado para a

⁷⁴ JORGE, 1999. *Idem* p. 387-388.

⁷⁵ NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 19. ed. Lisboa: Ediforum, 2016. ISBN 978-989-8438-14-0. p. 615.

⁷⁶ JORGE, 1999. *Idem* p. 388.

atribuição da obrigação de indenizar, pois seu espectro muito abrangente faz com que todos tenham que reparar tudo. Nos dizeres do dito autor, “esta noção material da causalidade deve-se substituir pela jurídica que permite uma delimitação das condições juridicamente relevantes para a ocasião do dano.”⁷⁷

Dessa maneira, tem-se que a investigação sobre o nexo causal para fins indenizatórios deve ser sob a perspectiva jurídica, de modo a dar ensejo à concretização da responsabilidade civil pelo regime legalmente resultante da comprovação da ligação entre a conduta e o dano.

É cediço que dentre todos os pressupostos da responsabilidade civil, o que apresenta maior dificuldade para provar-se é o nexo de causalidade, pelos mais diversos motivos. Seja por óbice técnico, que se dá geralmente em áreas de conhecimento específico como a medicina ou a engenharia, seja por conta de impedimentos que obstem à comprovação da situação fática, dentre outras razões. Para resolver essas questões envolvendo a causalidade, é que existem as teorias, a seguir expostas.

Inicia-se pela teoria da equivalência das condições, também denominada de teoria da condição *sine qua non*, para a qual todas as causas encontram-se num mesmo patamar de correspondência no processo de concretização do resultado.⁷⁸ Tal teoria é muito rigorosa com o autor do facto danoso. Como exemplo, pode-se citar o caso de um indivíduo que é levemente ferido por outro, e que por isso precisa de cuidados médicos. Acontece que nesse período de tratamento do sujeito lesado ocorre acidentalmente um incêndio no hospital, que provoca a sua morte. Deve-se considerar, na situação relatada, que os ferimentos não impediram ou obstaculizaram o indivíduo de salvar-se. De acordo com a teoria da equivalência das condições, o agente lesante tem que ser responsabilizado civilmente pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais resultantes deste óbito. Ou seja, por mais remota que seja a consequência resultante da lesão, esta teoria fundamenta que a lesão provocada dá ensejo ao surgimento da obrigação de indenizar todas elas.⁷⁹

Já a teoria do risco permitido, que possui muitas nuances, com bastante prestígio na seara penal, trata dos riscos intrínsecos do contexto das actuais complexas sociedades, marcadas por um império tecnológico predominante, elevado patamar de ramificação do trabalho, bem como por um intenso aceleração do ritmo de vida das pessoas. Tais riscos

⁷⁷ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. ISBN 978-85-62027-04-8. p. 144.

⁷⁸ JORGE, 1999. *Idem* p. 388.

⁷⁹ JORGE, 1999. *Idem* p. 390.

são imensuráveis, e não há qualquer lógica em os atribuir a qualquer indivíduo, visto que têm que ser admitidos, pois resulta na viabilidade de real materialização destes. Somente os riscos que extrapolam o padrão de aceitação social - que representa um conceito aberto e de penosa definição – dão ensejo ao surgimento da obrigação de indemnizar. Resulta, portanto, numa teoria de inconveniente aplicação na esfera do direito civil, visto que desprovida de real benefício na sua execução.⁸⁰

A teoria da última condição, também chamada de teoria da causa próxima, por sua vez, preceitua que há responsabilização civil apenas no que diz respeito ao ato ilícito operou como última condição. Para Fernando Pessoa Jorge, esta teoria tampouco deve ser admitida.⁸¹

No que diz respeito à teoria da última condição a análise que se dá é quanto ao aspeto temporal, de modo que a mais próxima do resultado danoso é que é considerada juridicamente como a ocasionadora deste. Esta teoria não é digna de respaldo, pois, considera-se que a perspectiva de exame da causalidade de um dano não pode ser limitada ao momento de seu acontecimento. Esse não pode ser o liame que define se quem praticou determinada conduta deve ou não indemnizar o indivíduo que sofreu um dano.

É incontroverso na doutrina que o Código Civil português vigente adoptou, ao tratar do tema do nexo de causalidade, a teoria da causalidade adequada, conforme se depreende do estatuído em seu art. 563.º. Para melhor elucidar a teoria da causalidade adequada, João de Matos Antunes Varela colaciona que:

“Há que escolher, entre os antecedentes históricos do dano, aquele que, segundo o curso normal das coisas, se pode considerar apto para o produzir, afastando aqueles que só por virtude de circunstâncias extraordinárias o possam ter determinado. Que o facto seja condição do dano será requisito necessário; mas não é requisito suficiente, para que possa ser considerado como causa desse dano.”⁸²

No mesmo sentido, arremata Caitlin Sampaio Mulholland: “o nexo de causalidade, sendo o elemento formal da responsabilidade civil, cumpre duas funções significativas para a configuração da obrigação de indenizar: a primeira, a de apontar o agente causador do dano a quem será imputado o resultado; a segunda, a de delimitar a verba indenizatória por meio da identificação dos danos que devem ser indenizados por estarem ligados à conduta ou

⁸⁰ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 84.

⁸¹ JORGE, 1999. *Idem* p. 391-392.

⁸² VARELA, 2000. *Idem* p. 889.

atividade do agente por um laço de necessidade (teoria do dano direto e imediato) ou de adequação (teoria da causalidade adequada). [sic]”⁸³

A teoria da causalidade adequada possui duas vertentes, de acordo com a doutrina, sendo uma positiva e a outra negativa. Sobre o tema o Supremo Tribunal de Justiça – Português - STJ-PT -, em recurso de revista, assim julgou:

“No âmbito do direito civil, art. 563º do Código Civil consagra a vertente mais ampla da causalidade adequada, ou seja, a sua formulação negativa. Esta vertente negativa da causalidade adequada não pressupõe a exclusividade do facto condicionante do dano, nem exige que a causalidade tenha de ser directa e imediata, pelo que admite: não só a concorrência de outros factos condicionantes, contemporâneos ou não; como ainda a causalidade indirecta, bastando que o facto condicionante desencadeie outro que directamente suscite o dano”.⁸⁴

Ainda que não tenha havido a concessão do recurso no supramencionado caso concreto julgado pelo STJ-PT pela não-configuração do nexo causal, o referido acórdão definiu de maneira clara e concisa a vertente negativa do nexo de causalidade adoptada pelo diploma civilista lusitano em vigência.

Em sentido oposto, a vertente positiva do nexo de causalidade aponta no sentido de que o acto será considerado como o gerador do dano quando este for oriundo de decorrência natural daquele. Ferreira, por sua vez, considera que a vertente negativa da teoria da causalidade adequada é bem mais ampla do que a sua conceção positiva, bem como mais vasta do que o autor denomina de causalidade probabilista, do dano de perda de chance.⁸⁵

Para o autor, no Código Civil português de 1966, a teoria da causalidade negativa tem sido mais aceita na regulação da responsabilidade civil contratual ou extracontratual por actos ilícitos. Já a conceção positiva adequa-se melhor à responsabilização concernente à prática de actos ilícitos criminais, bem como ilícitos civis.⁸⁶

Neste ponto do estudo, faz-se necessária a análise da causa virtual. Trata-se da conjuntura em que a conduta do agente não deu ensejo ao dano graças a um evento fortuito, natural ou começado por outro indivíduo, que foi quem realmente o provocou, no final das contas.⁸⁷

⁸³ MULHOLLAND, 2010. *Idem* p. 297.

⁸⁴ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 07A138*. Relator: Borges Soeiro. DJ.: 6.3.2007. [Em linha]. [Consult. 04 Set 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a4496c5390b5c4580257297003cc935?OpenDocument>.

⁸⁵ FERREIRA, Durval. *Dano da perda de chance: Responsabilidade civil: pelo que não se fez ou se fez mal com perda de oportunidade duma vantagem*. 2. ed. Porto: Vida Económica, 2017. ISBN 978-989-768-393-0. p. 72.

⁸⁶ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 72.

⁸⁷ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 93.

O estabelecimento pelo sistema português da vertente negativa da teoria da causalidade em tese significaria uma maior abertura do pressuposto do nexu causal. Todavia, ainda assim, o regime positivado não deixa de ser rígido no que concerne à necessidade de prova inequívoca deste elo entre a conduta e o resultado danoso.

A causa virtual é um fator apto a ocasionar determinado dano, que apenas não ocorre graças ao acontecimento de outra causa que verdadeiramente o gerou, a denominada causa real. Reveste-se a causa virtual de relevância positiva e negativa. A primeira diz respeito à utilização da figura da causa virtual para atribuir a obrigação de indemnizar ao verdadeiro agente provocador do dano, enquanto a segunda refere-se à exclusão ou atenuação da responsabilização do indivíduo que produziu a causa real.⁸⁸

Como exemplo do fenómeno da causa virtual, tem-se o caso de um apartamento que teve um incêndio provocado por um indivíduo, mas que dias depois foi objeto de outro incêndio accidental. Nesse contexto, tem-se que o incêndio posterior é considerado como causa virtual do dano ao referido apartamento, já que foi irrelevante em relação ao primeiro incêndio que verdadeiramente destruiu o imóvel.⁸⁹

É pacífico o entendimento na doutrina no sentido de que a relevância positiva da causa virtual não tem maior pertinência no cenário da responsabilidade civil portuguesa. A divergência doutrinária, entretanto, é no que concerne à relevância negativa da causa virtual. Essa questão reflete na abrangência do dano a ser indemnizado, que será analisado com maior profundidade no item 3.4 deste trabalho.⁹⁰

Exposto este breve panorama geral do sistema português de responsabilidade civil, tem-se formadas as bases conceituais necessárias para que se possa passar ao estudo da teoria da perda de uma chance propriamente dita.

⁸⁸ GONZÁLEZ, 2009. *Idem* p. 93.

⁸⁹ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 151.

⁹⁰ VARELA, 2000. *Idem* p. 927.

2. CARACTERIZAÇÃO DA PERDA DE CHANCE

Sobre as fontes do direito, o comum é que a lei seja a última fonte a tratar sobre um determinado tema ou instituto. O movimento comum do Direito é no sentido de que surjam as demandas judiciais diante das necessidades reais da população quanto aos acontecimentos do dia-a-dia das pessoas. Nesse momento, é normal que ainda não haja normativa positivada que corresponda aos anseios sociais, a matéria ainda precisa estar amadurecida após o debate legislativo para somente depois ser sancionada. Essa premissa não é estanque. Sobre um mesmo tema, a doutrina e jurisprudência não vêm necessariamente antes da lei, embora esse seja o embalo que impulsiona a positivação de determinada matéria.

Com a ‘perda de uma chance’ não foi diferente. Tudo começou em França quando o operador do direito se deparou com caso prático de difícil resolução por meio das normas de responsabilidade civil já codificadas naquele ordenamento e plantou a semente da teoria da perda de uma chance, que foi tomando força ao longo dos anos e alcançou outros países, o que ampliou o debate doutrinário sobre o tema até os dias atuais.

Nesse capítulo, explica-se como se configura a perda de chance, em que consiste, quais os elementos nucleares, os reflexos patrimoniais e extrapatrimoniais que produz e por fim, será analisada em cotejo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Para tal, inicia-se esta etapa reiterando que a teoria da perda de uma chance não possui previsão expressa no Código Civil de 1966. Trata-se de uma ideia de construção doutrinária e jurisprudencial.

No cenário brasileiro, em artigo publicado na revista editada em virtude da celebração dos 30 anos do Superior Tribunal de Justiça, em 2019, o ex Ministro da referida corte, Francisco Cesar Asfor, toma como premissa de seu estudo que a teoria da perda de uma chance trata-se de uma espécie do gênero das fontes da responsabilidade civil.⁹¹

Sobre o seu surgimento, a teoria da perda de uma chance nasceu em França, no julgado em que um advogado, por meio de ato eivado de culpa, pelo fato de ter interposto o recurso intempestivamente retirou de seu cliente a oportunidade de vencer a causa. Tal

⁹¹ ROCHA, Francisco Cesar Asfor. *A Teoria da perda de uma chance e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Doutrina: edição comemorativa, 30 anos – Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019. ISBN 978-85-7248-199-1. p.168.

advogado foi condenado a indenizá-lo em parte do montante, levando-se em consideração a chance por ele perdida.⁹²

Ressalte-se que teoria da perda de uma chance possui três núcleos de aplicação, conforme a classificação da autora Rute Teixeira Pedro, quais sejam, a perda de uma chance de cura ou sobrevivência, a perda de uma chance de um ganho e a perda de uma chance processual. Esta última esfera de aplicação diz respeito ao episódio histórico supramencionado que representou o impulso inicial da teoria objecto deste estudo, e que será melhor elucidada em tópico próprio no terceiro capítulo deste trabalho.

Para a contextualização da conjuntura que deu ensejo ao surgimento da figura da perda de uma chance, lembra-se que houve, com a ocorrência da Revolução Industrial e a consequente modernização dos ambientes de trabalho, uma objetivação da responsabilidade civil, resultado do advento de um panorama de risco nos processos produtivos. Ao se debruçarem sobre esse fenómeno no âmbito do estudo do Direito civil, na análise da evolução dos requisitos da responsabilidade civil, a maioria dos juristas se detém apenas à culpa. Entretanto, é importante ressaltar que não foi apenas este pressuposto que progrediu, devendo também ser observadas as transformações que aconteceram no nexo de causalidade e no dano, que também foram relativizados.⁹³

O posicionamento de Caitlin Sampaio Mulholland é no sentido de que “a doutrina da responsabilidade civil se vê atormentada por novas questões que geram perplexidade na comunidade jurídica e trazem como consequência uma necessária reformulação das bases do sistema jurídico, importando no desenvolvimento de novas visões sobre velhas e engessadas regras.”⁹⁴ Nessa esteira, assevera Rafael Peteffi da Silva que, “todas as características do sistema liberal e individualista da responsabilidade civil foram fortemente relativizadas, tendo como consequência o aparecimento da supracitada responsabilidade civil objetiva. [sic]”⁹⁵

Diante dos desafios contemporâneos resultantes de um processo evolutivo das sociedades, o foco da responsabilidade civil mudou, passou a ser a finalidade principal a de reparar o indivíduo lesado. Dessa maneira, a hodierna conjuntura social requer novas respostas a desafios inéditos, para as quais o regime clássico da responsabilidade civil tem-se

⁹² CASTANHEIRA, Sérgio. *Portugal: Uma chance perdida*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2119-0.

⁹³ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7536-0. [VitalSource Bookshelf version]. Retrieved from vbk://9788522475360. p. 3-6.

⁹⁴ MULHOLLAND, 2010. *Idem* p. 4.

⁹⁵ SILVA, 2013. *Idem* p. 3.

verificado inapto. Para alcançar tal escopo, invoca-se o Estado a assumir os riscos oriundos do inovador desenvolvimento, conduta característica de solidariedade humana que cabe ao Estado de Direito Social tutelar. *A priori*, derivam do sistema tradicional da responsabilidade civil somente as situações que por conta da proteção do ser humano requerem instrumentos com maior adequação às características dos prejuízos englobados.⁹⁶

O Direito precisa estar apto a responder à movimentação social. A partir do momento em que a realidade fática do cidadão encontra-se num patamar diferente do que é abarcado pelo arcabouço jurídico de seu país, é cediço que este precisa ser reformulado para tutelar os novos bens jurídicos que naturalmente nascem da evolução de uma geração para a outra do modo de viver das pessoas.

É interessante mencionar, neste ponto, os *Ethereal torts*, vocábulo criado por Nancy Levit para designar um novo grupo de danos, resultantes do inovador padrão solidarista do direito que alterou a conjuntura do regime destinado à indenizar prejuízos. São danos que – nos dias atuais – são tidos como absolutamente indemnizáveis, que dizem respeito a rompimento de confiança ou expectativa, invasão de privacidade, perda de uma chance, perda de opção, perigo financeiro, desgaste emocional.⁹⁷

A hodierna realidade mundial é globalizada, revestida de tecnologia em quase todas as atividades do ser humano. É cediço que o modo de produção e trabalho mudou, assim como o nível de complexidade das relações sociais e profissionais também cresceu. Esse conjunto de transformações inevitavelmente resulta na maior ocorrência de geração de prejuízos de um indivíduo ao outro no exercício dos mais diferentes tipos de atividade.

Inseridas num meio multifacetado e cada vez mais dinâmico de convivência, o direito de reparação concernente à violação de um bem jurídico fica prejudicado quando analisada a conduta lesante sob a óptica de um regramento jurídico rígido de responsabilidade civil. Dessa maneira, na contra mão da fossilização do Direito, surge a teoria da perda de uma chance, que actua como um instrumento inovador adequado às transformações das sociedades.

Hoje em dia, a teoria da perda de uma chance é aplicada em vários países. Dessa maneira, tem diversas denominações, quais sejam, “*Perde d’une Chance*”, em francês,

⁹⁶ MONTEIRO, 1985. *Idem* p. 62.

⁹⁷ SILVA, 2013. *Idem* p. 73-74.

“*Perdita di Chance*”, em italiano, “*Pérdida de Oportunidades*”, em espanhol, e por fim, “*Lost of a Chance*”, em inglês.⁹⁸

Entretanto, a referida teoria não tem se desenrolado apenas no âmbito interno dos ordenamentos jurídicos. Várias entidades da Europa e de carácter internacional vêm empregando esta ideia. Como exemplo, pode-se citar o Conselho das Comunidades Europeias, que editou a Directiva 92/13/CE, que em seu artigo 2.7, refere-se à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance.⁹⁹

Na mesma esteira, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, o UNIDROIT, elaborou os princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, que dispõem em seu art. 7.4.3, segunda alínea¹⁰⁰ acerca da teoria da perda de uma chance.¹⁰¹

Nesta direcção, Durval Ferreira examina essa disseminação do instituto do dano da perda de oportunidades sob duas ópticas, as quais denominam de capacidades expansivas horizontal e vertical. A primeira diz respeito à propagação desta figura em vários países, como Itália, Espanha, Estados Unidos da América, Argentina, Chile e Portugal. Aqui, refere-se, portanto, à aceitação da teoria da perda de uma chance no âmbito interno dos ordenamentos jurídicos.¹⁰²

Os tribunais de Portugal iniciaram a apreciação da figura da perda de uma chance, de maneira explícita, por volta do ano 2007 em diante.¹⁰³

Já sob um segundo ponto de vista, para o referido autor, tem-se que a figura igualmente foi difundida num sentido vertical, visto que atingiu entidades da Europa e do mundo todo, de diferentes naturezas, quais sejam, o Conselho e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o Tribunal Europeu e a *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, o Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), a

⁹⁸ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 15.

⁹⁹ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 18. Trecho da referida Directiva transcrito pelo autor, *in verbis*: “Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato, tendo assim sido prejudicada essa violação.”

¹⁰⁰ (2) “A indenização pela perda de uma expectativa deve ser concedida na proporção da probabilidade de sua ocorrência”. GAMA JR., Lauro. *Tradução dos Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais* [Em linha]. [Consult. 24 Out. 2019]. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>.

¹⁰¹ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 18-19.

¹⁰² FERREIRA, 2017. *Idem* p. 117.

¹⁰³ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 226.

Academia de Jusprivatistas Europeus, bem como o Grupo Europeu de Responsabilidade Civil (EGTL).¹⁰⁴

No cerne da questão, tem-se que a teoria da perda de uma chance tem como objecto situações em que um fato ilícito ocasiona um dano a um indivíduo que se encontrava em um processo de busca de um resultado positivo e este infeliz acontecido o atrapalha a lograr o objectivo almejado. Entretanto, não se tem certeza se haveria êxito na tarefa que estava sendo executada sem que tivesse ocorrido o ilícito. Para melhor elucidar o tema, faz-se necessária a menção de exemplos. Por exemplo, o caso real do corredor brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima que nas Olimpíadas de 2004 liderava a competição da maratona, e quando faltavam apenas seis quilómetros para a conclusão da prova, foi derrubado por um manifestante, o que ocasionou a sua chegada em terceiro lugar.¹⁰⁵ Tribunais portugueses já se pronunciaram concedendo indemnização por meio da aplicação da teoria da perda de uma chance na circunstância em que o lesado, por conta de retardo ou algum obstáculo enfrentado no caminho perdeu a oportunidade de concorrer a uma ascensão profissional ou de participar de exame.¹⁰⁶

Outra situação na qual a teoria da perda de uma chance pode dar ensejo à indemnização de danos, como já mencionado neste capítulo, é a do advogado que perde o prazo processual referente à demanda de seu constituinte. Há ainda precedentes jurisprudenciais concedendo reparação a danos com fundamentação na teoria da perda de uma chance na seara médica.

Essas hipóteses de aplicabilidade da perda de uma chance serão melhor exploradas no último capítulo deste trabalho, que aborda, de maneira agrupada os núcleos de aplicação desta figura, quais sejam, a perda de chance de cura ou sobrevivência, a perda de chance processual e a perda de chance de um ganho. Entretanto, a discussão doutrinária sobre o assunto é no sentido de definir qual a natureza do dano reparável com base na teoria da perda de uma chance. O questionamento é se diz respeito a lucro cessante ou se integra uma categoria autónoma de dano, ou ainda se concerne, nas palavras de Rui Cardona Ferreira a um

¹⁰⁴ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 117.

¹⁰⁵ ROCHA, Nuno Santos. *A perda de chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-5443-8. p. 19.

¹⁰⁶ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3. p.234-235.

“dano final cuja verificação não se acha demonstrada, segundo os parâmetros normalmente adoptados em matéria de causalidade.”¹⁰⁷

Sobre a teoria de perda de uma chance, o debate no qual a doutrina mais se digladiava é no que tange à definição de sua natureza jurídica. Há posições em todos os sentidos, doutrinadores de várias nacionalidades que escrevem sobre o enquadramento do dano resultante da perda de chance.

Considerando a inviabilidade de provar o dano final, que se traduz na retirada da oportunidade de alcançar o proveito almejado pelo indivíduo lesado, tem-se utilizado técnicas como o cálculo aproximado e análise de plausibilidade. Tendo em vista que existe algum nível de exatidão nessas ferramentas, a figura da perda de uma chance às vezes é considerada uma categoria autónoma de dano, outras vezes um instrumento de flexibilização do nexos causal.¹⁰⁸

Em termos processuais, para que o indivíduo lesado seja indemnizado, há a necessidade de demonstrar em juízo a relação existente entre o prejuízo que lhe fora causado e a conduta de quem o praticou. Todavia, é indiscutível que muitas vezes essa comprovação pode ser de difícil concretização. Actua, portanto, essa impossibilidade de obtenção da prova como um dos argumentos alicerces daqueles que defendem que a teoria da perda de uma chance funciona como uma via de mitigação do rígido e tradicional pressuposto da responsabilidade civil denominado de nexos causal.

Nesse sentido, corrobora o posicionamento de Caitlin Sampaio Mulholland: “a construção da teoria da perda da chance foi um dos primeiros impulsos da doutrina e da jurisprudência no sentido de criar-se um fundamento para a presunção da causalidade. Isto porque dada a probabilidade na perda – cerne da teoria da perda da chance – a vítima do dano não teria como comprovar que a oportunidade perdida é resultado da conduta ou atividade perpetrada pelo agente a quem se pode imputar os danos causados. A dificuldade na prova da chance perdida é um dos primeiros indícios favoráveis à presunção da causalidade. [sic]”¹⁰⁹

Os que se filiam a essa vertente de que a perda de uma chance nada mais é que do que uma flexibilização do pressuposto do nexos causal defendem a possibilidade de

¹⁰⁷ FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance* (em especial, na contratação pública). Coimbra: Coimbra, 2011. ISBN 978-972-32-1943-2. p. 13.

¹⁰⁸ SILVA, 2013. *Idem* p.115.

¹⁰⁹ MULHOLLAND, 2010. *Idem* p. 37.

procedência dos pedidos indemnizatórios com base no raciocínio de que é viável a aplicação de uma presunção de causalidade nesses casos.

Este é, contudo, apenas um dos posicionamentos sobre a natureza jurídica da perda de uma chance. Os demais continuarão sendo expostos ao longo deste capítulo, que tem por escopo a compreensão da figura da teoria da perda de uma chance.

2.1. Conceito de perda de uma chance

Inicia-se esse tópico com a citação das definições enumeradas por alguns autores. Nesse diapasão, Nuno Santos Rocha assim conceitua: “A perda de chance consubstancia a perda da possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável.”¹¹⁰ Já para Francisco Cesar Asfor:

“A teoria da perda de uma chance diz respeito à indenização outorgada à vítima por força de um comportamento do agressor que obsta uma possível vantagem futura ou que se esquia de uma efetiva privação. A chance aqui mencionada foi perdida por um ato ilícito promovido pela parte contrária, daí por que tem o condão de ser indenizada. Seguindo essa linha de raciocínio, é correto afirmar que a reparação não está atrelada ao dano, mas à perda da chance propriamente dita”. [sic]¹¹¹

Há de se entender que o bem jurídico tutelado por esta teoria é a chance, e não o sofrimento ou dor (danos extrapatrimoniais) ou as consequências materiais (danos patrimoniais) advindos do prejuízo causado.

Nas situações enquadradas como perda de uma chance, a grande razão que obsta a reparação do prejuízo é a inviabilidade de demonstração de que a acção ou omissão do demandado diz respeito a uma *conditio sine qua non*.¹¹²

Como já dito, a teoria da perda de uma chance não está prevista na legislação portuguesa, sendo até o presente momento fruto de construções doutrinária e jurisprudencial. Sua presença é verificada em alguns acórdãos dos tribunais lusitanos, que adoptam a mesma lógica preceituada na referida teoria, alguns sem mencioná-la de forma expressa.¹¹³ É uníssona, na doutrina, a necessidade de edição de lei em que se abarque o assunto,

¹¹⁰ ROCHA, Nuno Santos. *A perda de chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-5443-8. p. 19.

¹¹¹ ROCHA, In: STJ, 2019. *Idem* p. 171-172.

¹¹² SILVA, 2013. *Idem* p. 79.

¹¹³ PEDRO, 2008. *Idem* p. 232- 236.

principalmente nas hipóteses em que o lesado encontra-se desguarnecido no que concerne aos meios de prova, posicionamento reforçado por Patrícia Cordeiro da Costa.¹¹⁴

Nesse ponto convém destacar o entendimento de António Pinto Monteiro, que coincide com o defendido neste trabalho, no sentido de que “o reconhecimento da actividade constitutiva da jurisprudência (a que subjazem, acentue-se, novas orientações metodológicas do pensamento jurídico, orientadas para a realização prática do direito) não pode apagar ou diminuir o irrecusável papel de intervenção normativa, veiculado pela lei. O enaltecimento da função judicial no desempenho daquela tarefa – ao ponto de se reclamar para a jurisprudência a natureza de ‘fonte de direito’ – não significa recusar à lei o papel de instrumento privilegiado na conformação jurídica da sociedade, nem convida o legislador a atitudes abstencionistas.”¹¹⁵

A teoria da perda de uma chance precisa integrar o direito positivado português por vários motivos. Primeiro, deve-se ter, seja no próprio Código Civil vigente ou em sede de legislação esparsa, directrizes necessárias para a aplicação desta figura. Diante da inexistência de padrões legais que orientem o operador do direito, posições diferentes quanto a casos similares têm sido tomadas pelos tribunais portugueses, o que inevitavelmente gera insegurança jurídica.

Dessa forma, uniformizar o direito material e processual quanto à aplicabilidade da responsabilidade civil por meio da perda de uma chance é necessidade indiscutível em Portugal. A maior urgência é no que diz respeito aos requisitos que devem ser atendidos para a concessão de pleitos indemnizatórios com base na perda de chance. O legislador português deve elencar um rol do que entende ser primordial para a concretização da obrigação de reparação.

Num segundo ponto, a edição de lei é resultado de um amadurecimento da matéria por meio do debate inerente ao processo legislativo. Ademais, a previsão passa a ser de legitimidade indiscutível, visto que os integrantes do Poder Legislativo são os indivíduos que receberam do povo, por meio do voto, o poder de eleger os assuntos que devem constar do ordenamento jurídico da nação.

Pelo fato de a teoria da perda de uma chance não estar positivada no arcabouço português, Nuno Santos Rocha assevera que:

¹¹⁴ COSTA, Patrícia Cordeiro da. *Causalidade, Dano e Prova: A incerteza na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6134-4. Pp. 168-169.

¹¹⁵ MONTEIRO, 1985. *Idem* p. 32-34.

“Em todas estas situações descritas como típicas hipóteses de perda de chance, encontramos-nos perante um processo aleatório, e exactamente por isso ficamos impossibilitados de conseguir estabelecer um nexo causal entre o facto ilícito e o resultado útil desejado que não se produziu, dado que, mesmo que o primeiro não chegasse a ocorrer, não era certa a verificação do segundo”.¹¹⁶

Existe então, uma acirrada divergência doutrinária que paira sobre a natureza jurídica da perda de uma chance, diante de várias vertentes de entendimento sobre o tema.

Uma primeira classe de correntes é no sentido de que a perda de uma chance limita-se à mitigação da rígida aplicação do nexo de causalidade, uma espécie de afrouxamento dos pressupostos do regime tradicional da responsabilidade civil. Para este entendimento, a indemnização é calculada de forma proporcional à conexão entre o acto lesivo eivado de culpa e a perda da melhora pretendida.¹¹⁷

Em sentido oposto, um segundo grupo de correntes entende a teoria da perda de uma chance como uma categoria de alargamento da conceção de dano, o que resulta em uma categoria independente. Em outras palavras, para Rafael Peteffi da Silva, há duas categorias de perda de uma chance, quais sejam, uma baseada na noção de dano autónomo, retratada pelas chances perdidas e outra apoiada na “causalidade parcial que a conduta do réu apresenta em relação ao dano final.”¹¹⁸

A doutrina majoritária portuguesa defende o dano da perda de uma chance como dano autónomo. Em sentido contrário, tem-se o posicionamento minoritário de autores como Júlio Vieira Gomes, Paulo Mota Pinto e Rui Cardona Ferreira.¹¹⁹

Também há discussão quanto à localização da figura da perda de uma chance dentro do quadro do regime de responsabilidade civil. Ou seja, há uma evidente dúvida sobre a localização da perda de uma chance, se esta estaria nos moldes dos conceitos de dano emergente ou de lucro cessante.

Neste embate, há posicionamento em ambos os sentidos, de modo que prevalece na doutrina portuguesa que é um dano emergente, diverso do dano extrapatrimonial, e ademais, em que pese a proximidade com a teoria da criação de riscos, são figuras de fundamentos distintos.¹²⁰

¹¹⁶ ROCHA, 2017. *Idem* p. 21.

¹¹⁷ SILVA, 2013. *Idem* p. 17.

¹¹⁸ SILVA, 2013. *Idem* p. 110.

¹¹⁹ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 83.

¹²⁰ ROCHA, 2017. *Idem* p. 71.

No entendimento deste trabalho, merece respaldo a posição que defende que o dano resultante da perda de chance integra a categoria de dano emergente, de carácter autónomo. O bem jurídico aqui tutelado é a oportunidade de melhora ou de sucesso que foi retirada do indivíduo lesado.

É digna de reforço a ideia de que o dano da perda de chance possui efectiva concretude, não cabendo aqui divagações sobre o que se deixou de ganhar. A oportunidade já foi retirada do sujeito lesado, e independentemente de não ser possível saber qual seria o resultado final caso a chance tivesse sido implementada, é indiscutível que ela já não está mais à disposição do prejudicado. Ou seja, em resumo, para ele foi fechada uma porta.

Ainda sob o enfoque da doutrina lusitana, corrobora para o posicionamento deste trabalho o exposto por Durval Ferreira, que assevera que o entendimento majoritário aponta para o dano de perda de uma chance como um prejuízo de natureza emergente e autónoma. Nesse diapasão, o autor analisa o que denominou de nexos de probabilidade. Para ele, esse nexo de probabilidade está localizado acima de um patamar de mínimo de probabilidade, irrelevante, mas abaixo do estágio de convicção necessário para o enquadramento na teoria da causalidade adequada positiva.¹²¹

Rute Teixeira Pedro, por sua vez, qualifica o dano da perda de chance como sendo um dano autónomo, presente, emergente e certo.¹²² Todavia, a autora ressalva que a perda de uma chance é revestida de autonomia no que concerne a fins de ressarcimentos, e a entende como “merecedora de tutela autónoma”, mas que “constitui uma individualidade dependente de uma outra, representando a sua tutela um instrumento de protecção de outro bem.”¹²³

No mesmo sentido, Nuno Santos Rocha é defensor do posicionamento de que se trata de um dano autónomo e destaca que para que haja a admissão da perda de uma chance no regramento português condizente à responsabilidade civil, esta teoria deverá ser conceituada como uma outra modalidade de dano indemnizável, com a observância de todos os requisitos imprescindíveis para a configuração da condenação indemnizatória.¹²⁴

Ainda que já sinalizada a postura adoptada sobre esse tema neste trabalho, evidencia-se a continuidade de um debate doutrinário acerca da natureza jurídica do dano da perda de

¹²¹ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 52.

¹²² PEDRO, 2008. *Idem* p. 221- 227.

¹²³ PEDRO, 2008. *Idem* p. 377-389.

¹²⁴ ROCHA, 2017. *Idem* p. 23.

chance, visto que indubitavelmente enriquecedor e fundamental para a construção de ideias mais sólidas sobre a teoria em causa.

Ao analisar o entendimento exposto por François Chabas, Rafael Peteffi aponta que “é de se considerar François Chabas como mais um pensador que visualiza a existência de duas categorias de casos tratados pela teoria da perda de uma chance: os que trabalham com a noção de causalidade parcial e os que utilizam a noção de dano autônomo e específico. [sic]”¹²⁵

Jacques Bore e John Makdisi defendem que o emprego da teoria da perda de uma chance, seja qual for a modalidade, encontra-se alicerçado na causalidade parcial. Por outro lado, Joseph King Jr. e Georges Durry, dentre outros, se posicionam no sentido de que a obrigação de indenizar oriunda da perda de uma chance baseia-se em uma concepção ampliada de dano.¹²⁶

Nos dias atuais, a corrente majoritária no cenário francês, iniciada pelo posicionamento pioneiro de René Savatier, aponta no sentido de que apenas nos casos de perda de uma chance de cura ou de sobrevivência é que há uma aplicação diferente do que ocorre nas outras modalidades de surgimento de obrigação de indenizar, graças a prejuízo resultante da retirada de oportunidade. Nos outros supramencionados núcleos de aplicação da teoria da perda uma chance, a reparação funda-se num dano de natureza autônoma, que representa o entendimento doutrinário tradicional.¹²⁷

Já no que concerne ao julgamento dos casos que envolvem a medicina, para a doutrina majoritária francesa, o juiz deve aplicar a regra do tudo ou nada, ou seja, caso haja certeza nonexo causal entre a conduta e o dano, defere-se o pedido de indenização de maneira integral. Dessa maneira, de acordo com o entendimento ora exposto, havendo alguma margem de dúvida quanto à configuração do nexode causalidade entre a postura médica e o prejuízo final, não resta caracterizada responsabilidade civil de qualquer natureza, não devendo haver aqui espaço para deferimento parcial do pleito indenizatório.¹²⁸

A corrente que predomina na doutrina francesa é no sentido de que a perda de uma chance reveste-se da natureza jurídica de dano autônomo, e sua aplicação restou denominada de perda de uma chance clássica. A partir desta orientação, entende-se que a perda de uma

¹²⁵ SILVA, 2013. *Idem* p. 103.

¹²⁶ SILVA, 2013. *Idem* p. 83.

¹²⁷ SILVA, 2013. *Idem* p. 84.

¹²⁸ SILVA, 2013. *Idem* p. 83-88.

chance não se aplica nesses moldes à seara médica. Todavia, a jurisprudência francesa não se norteou por esses ditames.¹²⁹

Sob o enfoque da doutrina majoritária francesa, nos dizeres de Rafael Peteffi da Silva, “para se reconhecer a autonomia pretendida pela perda das chances, é necessário que o ato danoso do ofensor retire de vez todas as chances que possuía a vítima, ou seja, interrompa o processo aleatório antes de chegar ao seu fim. De fato, se o processo aleatório seguir o curso normal até o final, a conduta do réu somente poderá ser vislumbrada como uma possível causa concorrente para a causação do dano final.”¹³⁰

No que tange à seara médica, os tribunais franceses não acompanharam esse entendimento defendido pela doutrina dominante.¹³¹ Há jurisprudência no sentido oposto em que ilustra a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance aos casos médicos, e mitiga a responsabilização civil pautada no radicalismo do tudo ou nada diante de situações em que paira alguma dose de álea quanto ao nexos de causalidade.

Joseph King Jr. entende que a perda de uma chance possui natureza jurídica de dano autónomo. Até neste ponto, tem-se como adepto à corrente predominante na França. Entretanto, ao contrário do mencionado posicionamento, Joseph King Jr. entende que também no ramo médico deve haver a aplicação da teoria da perda de uma chance a título de dano autónomo.¹³²

Em Portugal, prevalece no âmbito do Supremo Tribunal Administrativo, bem como, nos Tribunais da Relação que o dano de perda de oportunidade configura-se como um dano de carácter autónomo e emergente, materializado na violação de um bem jurídico tutelado, o qual a chance integra. Já no âmbito do STJ - PT, em sentido oposto ao verificado no STA e nos Tribunais de Relação, constatou-se um primeiro entendimento que foi prevalente na direcção de negar carácter autónomo ao dano da perda de chance.¹³³

Contudo, o STJ - PT demonstrou avanço quanto a esta matéria, consubstanciado em duas vertentes. Numa primeira linha, o STJ-PT já aceitou a viabilidade de ascensão do dano da perda de uma chance ao patamar de ‘dano autónomo’. Num segundo aspeto, em substituição ao regime de responsabilidade civil do tudo ou nada, é possível a reparação por meio da referida teoria, desde que a oportunidade retirada, nos dizeres do mencionado tribunal

¹²⁹ SILVA, 2013. *Idem* p. 84.

¹³⁰ SILVA, 2013. *Idem* p. 105.

¹³¹ SILVA, 2013. *Idem* p. 89.

¹³² SILVA, 2013. *Idem* p. 105.

¹³³ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 48-49.

“ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado”.¹³⁴ Registe-se que também há casos em julgados portugueses que utilizam a essência do conceito teoria da perda de uma chance como fundamento para a concessão de pleitos indemnizatórios, mas que o fazem sem a mencionar de forma expressa.

Em termos de direito comparado, tem-se que a teoria da perda de uma chance é aplicada de modo preponderante na esfera do Direito Continental Europeu, na França, Itália e Espanha. Todavia, nos ordenamentos jurídicos de natureza anglo-saxónica, predomina o estabelecimento de um patamar mínimo de 50% viabilidade. Em entendimento minoritário, tem-se o padrão mínimo diminuído para aproximadamente 35 a 40%.¹³⁵

Sérgio Savi assevera como fundamento para a admissão da teoria da perda de uma chance no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: “Assim como os Códigos Civis Francês e Italiano, o Código Civil Brasileiro estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade civil, em que prevê a indenização de qualquer espécie de dano sofrido pela vítima, inclusive o decorrente da perda de uma chance que em determinados casos concretos preencherá os demais requisitos exigidos para o surgimento do dever de indenizar. [sic]”¹³⁶

A conclusão de Durval Ferreira - no tocante à comparação entre a teoria da perda de uma chance, de influência francófona, e a vertente negativa da teoria da causalidade adequada, resultante da experiência alemã -, embora de origens distintas, é no seguinte sentido: “não será ousado dizer-se que a teoria do dano de perda de chance e a teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa, se podem considerar congêneres, ascendo dum mesmo impulso de necessidade de evolução e dum mesmo sentimento de juízo de valor.”¹³⁷

Visto que vários renomados autores são adeptos à conceção negativa da teoria da causalidade adequada, que é mais ampla no que concerne ao nexo de causalidade, não há justificativa para não se filiar à aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, que é mais limitada nesse aspeto.¹³⁸

¹³⁴ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 48-49.

¹³⁵ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 105.

¹³⁶ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7230-7. p. 106.

¹³⁷ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 73.

¹³⁸ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 73.

Durval Ferreira destaca a irrelevância da figura de dano final para a configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance. Isso com fundamento nos ditames do art. 569.º do CCP/66, que estatui que na acção indemnizatória não há necessidade que o autor aponte o montante preciso dos danos sofridos.¹³⁹

Nesses casos de imprecisão do valor pedido na petição inicial, é cabível a aplicação do art. 609.º, n.º 2 do Código de Processo Civil Português, que determina que o Tribunal poderá determinar a procedência do pedido com a indemnização no valor resultante de liquidação. Nessa esteira, também é adequada a aplicabilidade da disposição do art. 566.º, n.º3 do CCP/66, que possibilita a utilização da ferramenta da equidade para o cálculo do *quantum debeatur*.¹⁴⁰

O tema do valor da indemnização no caso de dano da teoria da perda de uma chance será melhor elucidado no último capítulo deste trabalho.

Isto exposto, diante do estudo das diferentes opiniões doutrinárias sobre a natureza do dano da perda de uma chance, o posicionamento defendido neste trabalho é de que se trata de dano de natureza autónoma, certa, emergente, visto que já foi concretizada a retirada do indivíduo da oportunidade de alcançar uma situação mais vantajosa ou de evitar algum prejuízo.

2.2. Elementos nucleares da perda de uma chance

Passa-se agora à análise dos elementos que não podem faltar para a configuração da responsabilidade civil pela perda de uma chance e consequentemente da obrigação de indemnizar.

É imprescindível o estabelecimento de balizas para a aplicação da teoria da perda de uma chance. Ainda que não haja no Direito de Danos português a enumeração de um rol, deve-se utilizar o que dispõem doutrina e jurisprudência nesse sentido, para que a figura em debate não tenha sua finalidade desviada e seja utilizada como meio de enriquecimento ilícito.

No intuito de melhor explanação deste tema, destaca-se a posição de Rute Teixeira Pedro, que enumera, além dos pressupostos do regime geral da responsabilidade civil, três

¹³⁹ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 158.

¹⁴⁰ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 158.

requisitos da reparação do dano da perda de uma chance, quais sejam: a existência de um vindouro resultado favorável, que pode ser que aconteça, mas que não é tido como assegurada; num segundo patamar, deve haver a verdadeira possibilidade de concretização do fim almejado; por último, a acção ou omissão de um indivíduo que impeça a viabilidade de ocorrência do resultado positivo.¹⁴¹

Júlio Vieira Gomes alerta que “ao nível prático, todos os sistemas que admitem o dano da perda de chance têm que colocar exigências quanto ao tipo de chance que estão dispostos a tutelar [...], terá de tratar-se de uma chance séria ou de uma expectativa que não poderá ser meramente fáctica.”¹⁴²

Ao somar os entendimentos até aqui expostos, tem-se que o primeiro pressuposto para a aplicação da teoria da perda de chance como instrumento de responsabilização civil em caso de dúvidas quanto ao nexo da causalidade a ser aqui abordado é o de tratar-se de uma chance real e séria, que para Rafael Peteffi, “deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva [*sic*]”.¹⁴³

O benefício almejado pelo indivíduo prejudicado não deve dizer respeito a um devaneio, a uma simples conjectura e tampouco a uma aspiração. Se houvesse responsabilização nesses casos, o que ocorreria seria prestigiar actos gananciosos ao invés de priorizar a indemnização de uma chance retirada.

Para facilitar a verificação prática da existência ou ausência desse pressuposto, Durval Ferreira aponta que “uma das circunstâncias que em regra contribuem para a afirmação da seriedade da chance é a proximidade temporal da data em que o evento desejado (obtenção de vantagem/evitamento de prejuízo) se realizaria [*sic*]”.¹⁴⁴ Ferreira entende que o requisito da seriedade da chance aumenta o rol de atributos do dano de perda de chance, que passa a ser dano de natureza autónoma, emergente e certa.¹⁴⁵

Francisco Cesar Asfor Rocha acompanha esse posicionamento, ao indicar do mesmo modo, dentre outros requisitos a necessidade de a chance ser real e concreta.¹⁴⁶

¹⁴¹ PEDRO, 2008. *Idem* p. 198-205.

¹⁴² GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de chance. In: *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1998. Vol. XIX, Tomo II. ISSN 0871-0336. P.25.

¹⁴³ SILVA, 2013. *Idem* p. 138.

¹⁴⁴ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 59.

¹⁴⁵ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 59.

¹⁴⁶ ROCHA, In: STJ, 2019. *Idem* p. 17.

Em sede de direito comparado, interessante é o ordenamento jurídico estadunidense, no qual o regime geral de responsabilidade civil é aplicado nas situações em que uma conduta médica remova 51% da possibilidade de sobrevivência do doente. Isso porque nesta circunstância resta, para o direito civil norte-americano, constatada a presença do requisito do nexo de causalidade, não havendo aqui, conseqüentemente, margem para o emprego da teoria da perda de uma chance. Ou seja, somente haverá a incidência da perda de uma chance com o fito de indenizar civilmente o lesado nos casos em que dele foi extraído pelo réu da acção um percentual menor que 50% das chances que ele possuía de lograr o resultado benéfico almejado.¹⁴⁷

Em outros dizeres, tem-se portanto, nos Estados Unidos um requisito específico para a aceitação da indenização na seara médica com base na perda de uma chance, que diz respeito à necessidade de observância do patamar de cinquenta por cento de probabilidade de chance. Nessa mesma esteira, é o posicionamento de Savi, no sentido de:

Não é [...] qualquer chance perdida que pode ser levada em consideração pelo ordenamento jurídico para fins de indenização. Apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (o êxito no recurso, por exemplo) é que se poderá falar em reparação da perda da chance como dano material emergente.[sic]¹⁴⁸

A fixação desse parâmetro do percentual de cinquenta por cento como meio de definir se uma chance é real e séria e conseqüentemente apta a fundamentar a concessão de pedido indenizatório trata-se de tentativa da doutrina para suprir a lacuna legislativa no que tange ao tema. Em painel internacional, a jurisprudência brasileira confirma que a existência de uma chance real e séria, integra o rol de requisitos para a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance. Nesse sentido, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

“1. A perda de uma chance é técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa, para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica trabalha com o deslocamento da reparação: a responsabilidade retira sua mira da vantagem aleatória e, naturalmente, intangível, e elege a chance como objeto a ser reparado” (CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 922, ago, 2012). 2. Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbrará o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. 3. No lugar de reparar aquilo que teria sido (providência impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi. É nesse momento pretérito que se verifica se a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação. 4. A teoria da perda de uma chance não se presta a reparar danos fantasiosos, não servindo ao acolhimento de meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja

¹⁴⁷ SILVA, 2013. *Idem* p. 141.

¹⁴⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7230-7. p. 65.

indenização é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim um dano concreto (perda de probabilidade). A indenização será devida, quando constatada a privação real e séria de chances, quando detectado que, sem a conduta do réu, a vítima teria obtido o resultado desejado. 5. No caso concreto, houve venda de ações sem a autorização do titular, configurando o ato ilícito. O dano suportado consistiu exatamente na perda da chance de obter uma vantagem, qual seja a venda daquelas ações por melhor valor. Presente, também, o nexo de causalidade entre o ato ilícito (venda antecipada não autorizada) e o dano (perda da chance de venda valorizada), já que a venda pelo titular das ações, em momento futuro, por melhor preço, não pode ocorrer justamente porque os papéis já não estavam disponíveis para serem colocados em negociação. 6. Recurso especial a que se nega provimento”.¹⁴⁹ [grifo nosso]

Em que pese o acórdão do STJ brasileiro, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão abordar uma posição diferente à defendida nesse trabalho quanto aos elementos conceituais e estruturais da teoria da perda de uma chance, merece destaque a explanação que é feita quando ao requisito da seriedade da chance da qual o indivíduo lesado fora privado.

O segundo e último requisito para a aplicabilidade da perda de uma chance, para Rafael Peteffi, é a quantificação das chances perdidas.¹⁵⁰ O assunto do cálculo do montante indenizatório nos casos de reparação por meio da teoria da perda de uma chance será melhor tratado no item 3.4 deste trabalho.

Durval Ferreira estabelece uma sistemática mais simples de requisitos para a aplicabilidade da responsabilidade civil por meio do instrumento da teoria da perda de uma chance. Para o autor, é suficiente apenas uma probabilidade, sem a necessidade de uma certeza. Isso porque “a lei não é expressa em determinar qual o grau de probabilidade de conexão causal que *a priori* deve existir entre um dano da ilicitude e uma sua (verificada) repercussão negativa. Como também, a lei não estabelece em que proporcionalidade deverá ser distribuída, pelo lesante e pela vítima, esse grau de probabilidade que no caso se assumam.”¹⁵¹

Na Europa Continental, na seara doutrinária, defende-se que a responsabilização civil pela via da perda de uma oportunidade somente possui pertinência se a relação entre o que Durval Ferreira denomina de dano da ilicitude e repercussão negativa apresentar-se entre o grau máximo dos 80 a 85%, e um grau mínimo, de diminuta e insignificante perspectiva.¹⁵² No que tange a esse nível mínimo, os autores que escrevem sob o tema, na esfera do direito anglo-saxão, o definem em 15%. Para eles, um evento danoso que possua chance estatística

¹⁴⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1540153/RS. Relator: Luís Felipe Salomão. DJ: 17.4.2018 [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271540153%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271540153%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271540153%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271540153%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

¹⁵⁰ SILVA, 2013. *Idem* p. 143.

¹⁵¹ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 173.

¹⁵² FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 176.

menor que esse percentual, não se encontra revestido da relevância necessária para a configuração da responsabilidade civil pela perda de uma oportunidade. Entretanto, neste ponto, convém ressaltar que há doutrinadores franceses que entendem ser este grau mínimo de probabilidade o equivalente a 20%.¹⁵³

As seguintes expressões “causalidade suficiente”, “relevante”, e diversas outras, muitas vezes utilizadas para determinar quais danos são indenizáveis pela perda de uma chance e quais não são, possuem amplo espectro de subjectividade, o que representa a cediça dificuldade em preencher tais conceitos demasiados abertos. Na Inglaterra, no Canadá, na Austrália e em Québec, países filiados à vertente anglo-saxónica do direito, para o enquadramento na teoria da perda de uma chance, considera-se como parâmetro significativo de viabilidade, o de 50%. Em que pese tal informação, as técnicas utilizadas para se chegar a esse número não são severas, e predomina o preceito do *more probable, than not/ more likely than not*, por meio de uma avaliação de hipóteses, o denominado *balance of probabilities*.¹⁵⁴

Ainda em sede de direito comparado, já no cenário italiano, ao longo dos anos, nota-se que os tribunais têm-se aprimorado, de modo que anteriormente decidiam que a oportunidade perdida tratava-se de simples esperança, não dando ensejo à obrigação de indenizar, e nos dias de hoje passaram a aceitar a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, com a inserção do prejuízo dela oriundo na ideia de dano emergente.¹⁵⁵

A ferramenta que oportunizou essa mudança de entendimento jurisprudencial da Itália, em compasso com o entendimento doutrinário predominante naquele país, foi a adopção de uma fórmula de cálculo que se opera da seguinte maneira: multiplica-se o valor do dano final pela percentagem de viabilidade de alcançar o objectivo almejado, que não se concretizou devido à retirada da chance. Se o produto dessa conta atingir 50%, ou seja, se restar demonstrado que o dano possui uma taxa de certeza superior a esse patamar, concede-se, na maior parte das demandas, o pleito indenizatório.¹⁵⁶

Seguindo essa linha, Durval Ferreira, num contexto geral, classifica o dano reparável nas situações de perda de chance, conforme o critério de percentual de probabilidade de ter sido provocado pelo acto ilícito: dano elevado, para a faixa entre os 50% e os 80% - 85%;

¹⁵³ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 176-177.

¹⁵⁴ FERREIRA, 2017. *Idem*. p. 175.

¹⁵⁵ SAVI, 2012. *Idem* p. 33-34.

¹⁵⁶ SAVI, 2012. *Idem* p. 33-34.

dano médio, aproximadamente 50%; dano baixo, contido entre os 15% - 20% e os 50% e dano muito baixo aquele inferior a 15% - 20%.¹⁵⁷

No que concerne ao intitulado dano muito elevado, que possui plausibilidade de ter sido resultante do acto ilícito do agente maior que 80% - 85%, tem-se que o dever de reparar aqui é fruto da aplicação do regramento geral da responsabilidade civil, por meio da utilização da clássica teoria da causalidade adequada. Ou seja, aqui não há enquadramento na teoria da perda de uma chance, e o indivíduo lesado receberá a indemnização integral referente ao prejuízo suportado. Já o dano muito baixo, que não atinge nem 15% a 20%, é o único integrante deste rol que não dá azo à obrigação de indemnizar.¹⁵⁸

Regista o autor, que no intervalo entre o padrão mínimo de 15% - 20% e o máximo de 80% - 85%, é possível a aplicação da teoria da perda de uma chance, excepto nas situações de responsabilidade extracontratual enumeradas no art. 493º, nº 2 do Código Civil português.¹⁵⁹ Tal categorização elaborada por Ferreira nada mais é do que um método estatístico para a concretização ou não da obrigação de indemnizar. Diante da falta de previsão legislativa que estabeleça parâmetros para a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance, a doutrina vem desdobrando-se para suprir tal lacuna.

Diante deste cenário, em Portugal, nas circunstâncias em que existe dificuldade na determinação do percentual estatístico da chance, diante do impasse na sua definição, há jurisprudência no sentido de ser mais viável que este seja considerado aproximadamente em 50%.¹⁶⁰

Isto posto, sobre os elementos nucleares da perda de uma chance, em nome da segurança jurídica, repise-se o clamor ao legislador infraconstitucional português pela edição de norma com previsão expressa da teoria da perda de uma chance como instrumento de responsabilidade civil, com o estabelecimento de requisitos objectivos para a sua aplicabilidade.

2.3. Efeitos da perda de chance nos aspetos patrimoniais e extrapatrimoniais

¹⁵⁷ FERREIRA, 2017. *Idem.* p. 177.

¹⁵⁸ FERREIRA, 2017. *Idem.* p. 177.

¹⁵⁹ FERREIRA, 2017. *Idem.* p. 175.

¹⁶⁰ FERREIRA, 2017. *Idem.* p. 181.

A esta altura deste trabalho, necessário é tratar das consequências da configuração da responsabilidade civil com fundamento na teoria da perda de uma chance, em especial no que tange aos aspetos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Quando se fala em perda de uma chance, o pensamento que geralmente brota sobre o tema é no que tange ao dano de carácter extrapatrimonial, devido ao prejuízo emocional criado na vítima em virtude da frustração por ela experimentada.

Entretanto, em atenção à realidade fática, nada impede que uma mesma conduta lesiva gere danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial. A consequência jurídica, quando configurada a responsabilidade civil, seja por meio do regime geral positivado ou da teoria da perda de uma chance, é a concessão numa mesma demanda de reparação do dano patrimonial bem como da compensação do dano extrapatrimonial.

Um exemplo é o clássico caso do advogado que deixa de interpor um recurso no prazo e seu cliente acaba por perder uma acção que tinha grandes chances de melhorar sua condição financeira. Houve aqui, um prejuízo material, que será calculado levando-se em conta a chance que foi retirada do outorgante. É possível também que nessa situação haja a configuração de dano extrapatrimonial, caso o indivíduo lesado tenha sofrido forte abalo psicológico, como na ilustrativa de hipótese de ter sofrido um ataque cardíaco não letal ao receber a notícia de seu procurador.

O tema foi discutido na V Jornada de Direito Civil, evento que reúne no Brasil doutrinadores civilistas para a formulação de premissas doutrinárias a partir da interpretação do Código Civil brasileiro de 2002, no qual foi editado o Enunciado nº 444, em análise do art. 927 daquele diploma, que expõe a seguinte orientação, *in verbis*: “A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.”¹⁶¹

Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro, num caso em que um advogado perdeu o prazo processual para a interposição de um recurso, o referido tribunal reconheceu a hipótese como cabível no conceito de perda de uma chance e ainda proferiu: “a perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. A hipótese

¹⁶¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. ISBN 978-85-85572-93-8. p. 65.

revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.”¹⁶²

Ficou claro no acórdão em apreço que o STJ brasileiro reconheceu a independência entre os danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial no âmbito da perda de uma chance, visto que o mencionado tribunal manteve a condenação à compensação dos danos extrapatrimoniais estabelecida pela instância inferior, e não os majorou devido a uma questão de natureza processual, bem como negou a concessão de danos materiais que já tinham sido analisados em outras demandas.

Em outras palavras, em que pese na circunstância concreta em questão, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça brasileiro não ter deferido o pedido de danos materiais, admitiu [o julgado], de maneira explícita, um significativo atributo da teoria da perda de uma chance, o de que a aplicabilidade desta figura, de acordo com a casuística, pode dar ensejo ao surgimento de danos de qualidades diferentes: patrimoniais e extrapatrimoniais.¹⁶³

Sobre a definição de dano extrapatrimonial, o STJ - PT, por sua vez, assim se pronunciou:

“- O dano não patrimonial não reside em factos, situações ou estados mais ou menos abstractos aptas para desencadear consequências de ordem moral ou espiritual sofridas pelo lesado, mas na efectiva verificação dessas consequências;

- A avaliação da gravidade do dano, para efeitos de compensação, tem de aferir-se segundo um padrão objectivo;

- Dano grave não terá que ser considerado apenas aquele que é “exorbitante ou excepcional”, mas também aquele que “sai da mediania, que ultrapassa as fronteiras da banalidade”. Um dano considerável que, no seu mínimo, espelha a intensidade duma dor, duma angústia, dum desgosto, dum sofrimento moral que, segundo as regras da experiência e do bom senso, se torna inexigível em termos de resignação”. [grifo nosso] ¹⁶⁴

Tem-se, portanto, estabelecidos os contornos que devem ser observados para a concessão de pleito compensatório de danos extrapatrimoniais. O mero dissabor do indivíduo não é causa para a condenação do réu do processo ao pagamento de danos dessa natureza.

¹⁶² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp 1079185/MG*. Relator: Nancy Andrichi. DJ.: 14.8.2009. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271079185%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271079185%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271079185%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271079185%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

¹⁶³ SAVI, 2012. *Idem* p. 81.

¹⁶⁴ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 07A1187/JSTJ000*. Relator: Alves Velho. DJ.: 25.5.2007. [Em linha]. [Consult. 04 Set 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/08eeb783bff6511b802572e5003b48f6?OpenDocument>.

Essa decisão do STJ - PT reforça o combate à disseminada indústria do dano moral, bem como a de vedação ao enriquecimento ilícito. Em outros dizeres, ainda que a demanda seja pautada na teoria da perda de chance, devem ser provados nos autos os elementos objectivos que caracterizam o real sofrimento de dano extrapatrimonial.

No mesmo sentido, Sérgio Savi assevera que “haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material poderá, também, ser considerada um agregador do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta dos requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. [...] O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos descritos neste livro, a perda de uma chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente [sic]”.¹⁶⁵ Sérgio Cavalieri Filho, por sua vez destaca:

“Hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insuscetível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização”. [sic]¹⁶⁶

Em síntese, resta claro a independência entre os danos de natureza patrimonial e extrapatrimonial no que concerne à responsabilidade civil alicerçada na teoria da perda de uma chance. Em outras palavras, a depender da casuística, pode haver a condenação apenas a danos extrapatrimoniais, ou apenas a danos patrimoniais ou a ambos concomitantemente.

Sobre o cálculo do montante indemnizatório nas acções concedidas em virtude de dano de perda de chance, uma abordagem mais profunda dá-se no terceiro e último capítulo deste trabalho.

2.4. Cotejo com o princípio da dignidade da pessoa humana

Figura de aplicação possível em várias áreas do Direito, a perda de uma chance deve ser analisada sob uma óptica interdisciplinar. Não só por isso, mas também para fundamentar a aceitação desta teoria no ordenamento português, principal parâmetro deste trabalho. Para

¹⁶⁵ SAVI, 2012. *Idem* p. 60.

¹⁶⁶ CAVALIERI FILHO, 2010. *Idem* p. 84.

tanto, faz-se necessário que a teoria da perda de uma chance esteja alinhada a outros ramos da ciência jurídica, o que contribui para expandir as fronteiras do Direito de Danos.

Pode-se constatar a concretização do movimento da constitucionalização do Direito Civil português, motivo pelo qual a análise dos institutos e figuras jurídicas, devem sempre ter como primeiro paradigma a Constituição, o que torna pertinente a análise da responsabilização do dano da perda de chance com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Sob enfoque constitucional, repisa-se ser cabível o questionamento da compatibilidade da responsabilização civil por perda de uma chance com o princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1.º da Carta Magna de 1976, como princípio fundamental basilar da República Portuguesa.

Conforme já dito, houve uma reformulação do conceito de dano, o que ocasionou uma nova leitura do escopo da responsabilidade civil, que deixou de se buscar o autor do prejuízo causado e passou-se a priorizar a indemnização do lesado. Essa virada no entendimento da responsabilidade civil ao redor do mundo, tanto nos ordenamentos filiados ao sistema da *commom law*, bem como, nos do modelo romano-germânico, foi ocasionada pela evolução dos processos produtivos e de prestação de serviços que resultou numa maior complexidade das relações jurídicas. Em síntese, tudo isso representou um movimento de salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o indivíduo prejudicado passou a ser o centro da ciência da responsabilidade civil. Nos dias atuais, a simples observância da licitude não é suficiente. Deve-se buscar uma antecedente valoração dos factos, de modo que, de acordo com o exame de Sérgio Savi sobre o tema, “nem todo ato lícito será merecedor de tutela.”¹⁶⁷

A análise do Direito Civil, de acordo com os ditames constitucionais, possibilita um estudo global das situações objectivas, na busca da real efectivação da justiça. Nesse contexto, a perda de uma chance, no maior número de circunstâncias, poderá ser tida como um dano injusto que, por conseguinte, dá ensejo à obrigação de indemnizar.¹⁶⁸

Tudo isso, retrata a materialização da constitucionalização do Direito civil, de modo a adequar a legislação infraconstitucional privada aos princípios fundamentais abrigados pela Constituição. Nessa direcção, reitera-se que a dignidade da pessoa humana foi consagrada como princípio fundamental base da República Portuguesa logo no primeiro artigo da

¹⁶⁷ SAVI, 2012. *Idem* p. 117.

¹⁶⁸ SAVI, 2012. *Idem* p. 119.

Constituição de 1976, devendo, portanto ter seu conteúdo irradiado por todo o ordenamento jurídico lusitano.

No âmbito da teoria da perda de uma chance, o cenário que requer a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é aquele em que há alguma dificuldade de demonstração do nexo de causalidade, sendo este postulado aplicado como instrumento medidor da configuração da responsabilidade civil. Diante dessa conjuntura, Caitlin Sampaio Mulholland assevera que “o princípio da dignidade da pessoa humana é apostado para, de acordo com seu conteúdo axiológico (proteção da integridade psicofísica, da igualdade, da liberdade e da solidariedade), atender à plena reparação da vítima pelo dano sofrido.”¹⁶⁹

Na seara da responsabilidade civil, o princípio da dignidade da pessoa humana exerce um duplo papel: o primeiro de definir os casos de dano injusto provocado e assinalar o padrão de cálculo da indemnização; e o segundo, de no caso de inviabilidade de comprovação do nexo causal, determinar o dever indemnizatório, o que dá prioridade à pessoa lesada. Essa segunda função representa a real aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana neste ramo do direito civil.¹⁷⁰

Em que pese não ser a única, como acima demonstrado, outra maneira de manifesta efectivação do princípio da dignidade da pessoa humana no campo do direito de danos é na compensação dos danos extrapatrimoniais, que são calculados de acordo com a violação a um determinado bem jurídico do indivíduo, de modo que resta configurada a ofensa ao princípio em destaque.¹⁷¹ Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho:

“O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz por meio de uma indenização fixada em proporção ao dano”.¹⁷²

A título de direito comparado, regista-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 1º, inciso III elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à categoria de um dos fundamentos daquele Estado Democrático de Direito, o que gera o denominado direito subjectivo constitucional à dignidade. Dessa maneira, no ordenamento brasileiro, o dano extrapatrimonial recebeu um novo contorno, com o aumento de sua

¹⁶⁹ MULHOLLAND, 2010. *Idem* p. 74-75.

¹⁷⁰ MULHOLLAND, 2010. *Idem* p. 74.

¹⁷¹ MULHOLLAND, 2010. *Idem* p. 74-75.

¹⁷² CAVALIERI FILHO, 2010. *Idem* p. 13.

abrangência e enfoque, visto que o princípio da dignidade da pessoa humana nada mais é do que o alicerce das demais diretrizes morais, retratando a substância de todos os direitos da personalidade.¹⁷³

Neste ponto, convém salientar o entendimento de Sérgio Savi sobre a relação do princípio da dignidade da pessoa humana e a teoria da perda de uma chance no quadro brasileiro:

“A Constituição Federal, [...] ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (CF/88, art. 1º, III) e ao consagrar como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3º, I), acabou, a nosso sentir, por transpor para o texto constitucional o princípio da reparação integral dos danos. [...] Se a Constituição Federal estabelece que a reparação deve ser justa, eficaz e, portanto, plena, não há como se negar a necessidade de indenização dos casos em que alguém perde uma chance ou oportunidade em razão de ato de outrem. Negar a indenização nestes casos equivaleria à infringência dos postulados do pós positivismo, como a hermenêutica principiológica, a força normativa da Constituição Federal e a necessidade de releitura dos institutos tradicionais de Direito Civil à luz da tábua axiológica constitucional”.¹⁷⁴

Nesse contexto, para o autor, o princípio da reparação integral dos danos, que possui natureza constitucional, exerce a função de frisar a viabilidade de reparação e compensação dos prejuízos oriundos de chance perdida, com a ressalva de que a aplicação deste postulado nessa circunstância de retirada de oportunidade dar-se-á apenas quanto às particularidades concernentes ao estabelecimento do valor indenizatório.¹⁷⁵

Em outras palavras, o princípio constitucional da reparação integral dos danos é compatível com a figura da teoria perda de uma chance, entretanto, a sua aplicação no dano desta natureza, limita-se à fixação do *quantum debeatur* da indenização do prejuízo da retirada da oportunidade. Deve-se atentar, portanto, que existe, para esse autor, a possibilidade de reparação integral do dano da perda de chance, que não deve ser confundida com a reparação integral do resultado final almejado e frustrado, que não é passível de indenização.

Diante do exposto neste subitem, é cediço que devido à robustez dos princípios constitucionais e o progresso do Direito de Danos, houve uma mudança no ponto central da responsabilidade civil, que passou a ser, como já mencionado, o indivíduo lesado por um dano injusto. Desse modo, em geral, a retirada de uma real oportunidade da conquista de

¹⁷³ CAVALIERI FILHO, 2010. *Idem* p. 82.

¹⁷⁴ SAVI, 2012. *Idem* p. 109.

¹⁷⁵ SAVI, 2012. *Idem* p. 110.

algum proveito ou de impedimento de um malefício configura um dano eivado de injustiça, o que dá ensejo à obrigação de indenizar.¹⁷⁶

Assim, a teoria da perda de uma chance encontra-se em compasso com o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa figura conta, portanto, com respaldo constitucional e atua inclusive como instrumento de tutela dos direitos da personalidade, visto que não deixa que o indivíduo lesado reste sem a indenização que lhe é devida pelos prejuízos causados. Destaca-se que a perda de uma chance não representa um mero alargamento da responsabilidade civil, e que não pode ser usada como meio de enriquecimento ilícito.

O posicionamento defendido neste trabalho é que a teoria da perda de uma chance não se trata de instrumento que corrobora para a famigerada indústria de danos, que representa uma busca desenfreada por indenizações indevidas. Isso resta cristalino diante dos já explanados requisitos para a aplicação da responsabilidade civil pela perda de chance.

¹⁷⁶ SAVI, 2012. *Idem* p. 124.

3. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Passa-se agora à demonstração das situações nas quais pode haver a aplicação da teoria da perda de uma chance como fundamento para a responsabilização de natureza cível.

No âmbito da doutrina portuguesa, há diferentes posicionamentos sobre as circunstâncias de cabimento da indemnização do dano da perda de chance. Durval Ferreira considera que a responsabilização civil pela perda de uma chance é passível de eventual aplicação em inúmeros casos, assim, para ele, esta teoria é revestida de ubiquidade.¹⁷⁷

Rute Teixeira Pedro, por sua vez, elenca as hipóteses nas quais pode se dar a aplicação da teoria da perda de uma chance, às quais denomina “núcleos de aplicação”, quais sejam, “a perda da chance de um ganho; a perda da chance processual e a perda de chance de cura ou sobrevivência”. Estes dois últimos núcleos, em muito se assemelham, visto que ambos tratam da responsabilidade civil que recai sobre os profissionais liberais, quais sejam, os advogados e os médicos.¹⁷⁸

Neste trabalho, foi base a categorização feita por Pedro, das possibilidades da configuração da obrigação de indemnizar o dano da perda de chance. Entretanto, essa classificação possui intuito académico, para a definição de um corte metodológico de estudo da aplicação da teoria da perda de uma chance. É cediço que a análise de responsabilidade sempre dependerá da análise da casuística apresentada ao aplicador do Direito, conforme delimitou Durval Ferreira, a teoria em comento é revestida da característica da ubiquidade. Contudo, para uma melhor coerência e clareza deste estudo, adopta-se o critério de Pedro. Dessa maneira, cada núcleo de aplicação, assim denominado pela autora, os principais âmbitos de possível responsabilidade lastreada na teoria da perda de uma chance, corresponde a um subitem.

Inicia-se pela ‘perda de chance de cura e sobrevivência’, assim referido por Pedro, que diz respeito à configuração da perda de chance na seara médica. Nesse ponto, haverá *a priori* uma explanação das peculiaridades do regime de Direito de Danos positivado português concernente à medicina.

¹⁷⁷ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 28.

¹⁷⁸ PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*. Coimbra: Coimbra, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3. pp. 187 a 191.

Faz-se uma breve apresentação da responsabilidade civil no âmbito médico para basear o entendimento sobre a aplicabilidade da perda de uma chance nesse ramo. No primeiro subitem, haverá a exposição propriamente dita sobre o cabimento da condenação de médicos a indemnização por dano de perda de chance. No segundo subitem, realiza-se análise da ‘perda de chance de ganho’, conforme denomina Pedro. Tratam-se das situações em que há a retirada da oportunidade de melhora com reflexos na situação económica e/ou patrimonial do indivíduo lesado.

Por conseguinte, no estudo desses núcleos, apresenta-se o terceiro e último núcleo de aplicação, em consonância com essa categorização de Pedro, norteadora deste capítulo, tem-se a perda de chance processual, que se relaciona com as faltas oriundas da actividade advocatícia.

3.1. Perda de chance de cura ou sobrevivência

Este capítulo foi baseado em trabalho escrito por esta autora na ocasião do Doutoramento cursado na Universidade Autónoma de Lisboa, e que devido à pertinência do tema, transcreve-se alguns trechos a seguir.¹⁷⁹

A perda de chance de cura ou sobrevivência, como já mencionada, nada mais é do que um dos três núcleos de aplicação da teoria da perda de uma chance elencados pela autora Rute Pedro. Convém iniciar esta explanação com a premissa estabelecida por José Carlos Vieira Andrade, no sentido que a proteção dos Direitos Fundamentais dá-se por meio de todas as áreas do Direito.¹⁸⁰

Numa abordagem interdisciplinar do tema, é certo que “ao procurar atendimento médico, o paciente almeja a cura ou a melhora de seu quadro clínico, de seu estado de enfermidade. Dessa maneira, os direitos em debate são os direitos à vida e à integridade física, que nada mais são que espécies do género direitos da personalidade. Tais direitos não se encontram explícitos no texto do Código Civil Português, contudo, é cediça a sua proveniência do art. 24.º da Constituição da República Portuguesa”.¹⁸¹

¹⁷⁹ BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

¹⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN: 978-972-40-3716-5. p. 315.

¹⁸¹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007. Tomo III – Pessoas. ISBN: 978-972-40-3102-6. p. 155.

Em compasso com o fenómeno da constitucionalização do Direito Civil, e consequentemente do Direito de Danos, faz-se necessário observar, sempre que possível, a tutela dos direitos da personalidade do indivíduo prejudicado. Desta forma, ressalta-se que, “em caso de erro médico ou de diagnóstico que resulta em morte, há por óbvio, lesão ao direito à vida. Se a conduta danosa resultar em perda de alguma das funções biológicas do organismo, o direito da personalidade violado é o da integridade física.”¹⁸²

Ao analisar o direito à vida, sob a óptica constitucionalista, “para que reste demonstrada a sua importância no rol dos direitos da personalidade, cita-se o entendimento de Canotilho e Vital Moreira, os quais o consideram como uma garantia primordial, qualificando-o como uma proposição de todos os outros direitos fundamentais.”¹⁸³ Sobre a vida humana, deve-se compreender que esta não se limita apenas a um simples decurso natural, devendo a sua tutela ser efetivada por meio de diversos níveis de guarida. Questiona Inês Fernandes Godinho se “este moderno estado de coisas não permitirá entender existir, outrossim, um novo contexto a considerar para a formulação de outro tipo penal que projecta a sempre digna vida humana.”^{184,185}

Destaque-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como princípio fundamental da República Portuguesa no art. 1º da Constituição de 1976, foi tratado com maior profundidade no segundo capítulo deste trabalho, restando claro que a teoria da perda de uma chance com ele coaduna, em especial, quando aplicado na área médica.

Com base no raciocínio anterior, “tendo o paciente procurado o atendimento médico em busca de cura, ou de melhora de sua enfermidade e resultado essa busca, por conta de erro do profissional médico em dano ao seu direito da personalidade à integridade física ou à vida – em casos mais severos, resultantes em óbito – lhe sobra a possibilidade de recorrer à disciplina da responsabilidade civil para o ressarcimento do mal patrimonial e extrapatrimonial que lhe fora causado. Dessa maneira, tem-se a responsabilidade civil como

¹⁸² BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: Novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

CORDEIRO, 2007. *Idem* p. 164.

¹⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada: Volume I*. 4a ed. Coimbra: Coimbra, 2007. ISBN: 978-972-32-1462-8. p. 446.

¹⁸⁴ GODINHO, Inês Fernandes. Problemas jurídico-penais em torno da vida humana. In: *O Sentido e o Conteúdo do bem jurídico vida humana*. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN: 978-972-32-2028-5. pp. 72-73.

¹⁸⁵ BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: Novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

uma seara do Direito também garantidora dos direitos da personalidade, que como já referido, devem ser protegidos pelos mais variados ramos jurídicos.

De modo que, ainda que violados os direitos à vida e/ou à integridade física, a responsabilidade civil além de ressarcir o paciente lesado, actuará como instrumento pedagógico perante a sociedade médica, evitando assim, ainda que de forma indirecta, o acontecimento de novas ocorrências danosas.

Ainda que Portugal não seja adepto à corrente norte-americana dos *punitive damages* - sistema orientado pela fixação judicial do *quantum* indemnizatório aos causadores do prejuízo patrimonial e/ou extrapatrimonial em patamares supostamente exagerados com o fito de impedir que falhas semelhantes venham a se repetir, educando terceiros prestadores de serviços ou fornecedores de produtos similares – é possível que a responsabilização civil pelo sistema lusitano exerça também este papel preventivo.”¹⁸⁶

Neste capítulo, será evidenciado, no âmbito do Direito português, o regramento relativo à responsabilidade civil na seara médica, explanando-se como a figura da perda de uma chance tem sido utilizada nas acções que têm por escopo a compensação dos danos do paciente que teve algum de seus direitos da personalidade violado em virtude de erro procedimental ou de diagnóstico.

Sendo a medicina área do conhecimento executada por profissional de natureza liberal na qual reiteradamente encontra-se desprovida de parâmetros objectivos, diante da diversidade de possibilidades perante o quadro clínico do enfermo, é natural a existência de incerteza quanto a acontecimentos no decorrer do tratamento ou terapia. Portanto, nem sempre será fácil a realização da prova processual de que o ato médico teve conexão directa com a sequela danosa, visto que o regramento português positivado de responsabilidade civil é demasiadamente rígido no que tange a este ponto.

Este trabalho debruça-se sobre os fundamentos da teoria da perda de uma chance para demonstrar que sua aplicação está condicionada a determinados requisitos, e que esta não serve como mero meio de alargamento da responsabilidade civil do profissional médico. Para atingir tal escopo, adopta-se a mesma metodologia empregada ao longo deste estudo, iniciando-se pelo regramento sobre a matéria previsto legalmente em Portugal. Somente após formado esse alicerce conceitual sobre como configura-se, em regra, a responsabilidade civil

¹⁸⁶ BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: Novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

médica na seara lusitana, é que será possível tecer os devidos comentários sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance neste ramo científico específico.

A seguir é demonstrada como dá-se a resposta do ordenamento jurídico português na esfera civil ao ato de erro médico em sentido estrito ou de diagnóstico causador de dano ao paciente enfermo. Adiante, analisa-se como a figura da perda de uma chance pode contribuir com os desígnios indemnizatório e profilático.

3.1.1. Da responsabilidade civil médica no regime tradicional

Seguindo o roteiro exposto, apresenta-se de forma sintética um esboço do regime português positivado no que concerne à responsabilização civil do médico, que servirá como alicerce para a conseguinte explanação sobre a aplicabilidade da teoria da perda de uma chance a este profissional liberal.

“Em Portugal, assistiu-se na década de 1998 a 2008, a um acréscimo do número de demandas concernentes à má prestação da atividade médica.¹⁸⁷ As estatísticas são claras neste sentido, de modo que as pretensões indemnizatórias concernentes a procedimentos médicos podem ter como objecto, tanto o erro médico propriamente dito, quanto o erro de diagnóstico.”¹⁸⁸ Para melhor compreensão, elencam-se “os principais deveres do médico na relação jurídica existente com o paciente, quais sejam, o dever de elaboração e conservação da ficha clínica do enfermo; o dever de informação e o dever de obtenção de consentimento informado; bem como, o dever de proteção dos doentes.¹⁸⁹ A violação de qualquer desses deveres, quando preenchidos os requisitos legais para a responsabilização civil, dão ensejo à indemnização, para a compensação dos danos extrapatrimoniais, bem como, a recomposição dos danos patrimoniais.

A título de exemplo, pode-se citar como danos de carácter patrimonial advindos de erro médico, em sentido amplo, as despesas desnecessárias efectuadas com exames e procedimentos indevidos, o dispêndio pecuniário com medicamentos erroneamente prescritos

¹⁸⁷ PEDRO, 2008. *Idem* p. 32.

¹⁸⁸ BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: Novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

¹⁸⁹ PEDRO, 2008. *Idem* p. 74-83.

para a enfermidade da qual padecia o paciente, bem como com intervenções terapêuticas, cirúrgicas ou internações não adequadas para a melhora ou cura no quadro clínico do doente.

Sobre a responsabilidade dos profissionais liberais, nos quais enquadra-se o médico, não existe em Portugal um regime legislativo próprio. A falta de um regramento posto específico dificulta a resolução de demandas que têm por objecto a compensação de danos extrapatrimoniais resultantes de erro médico ou de erro de diagnóstico por meio da normativa geral de responsabilidade civil. Ou seja, diante de um erro médico, seja procedimental ou de diagnóstico, as chances de sucesso do paciente lesado (quando o dano afecta o direito à integridade física) ou de seus herdeiros (na hipótese do resultado óbito, nos termos do art. 495.º), em pretensão indemnizatória na qual o direito aplicável é o regime genérico de responsabilização civil previsto no Código Civil Português de 1966 são pequenas, mormente nos casos em que há a incidência de alguma imprecisão na averiguação dos fatos ocorridos durante o tratamento. Tal adversidade mostra-se sobressalente no caso da atividade médica, na qual há um desequilíbrio na relação entre o médico e o paciente, levando-se em conta a vulnerabilidade técnica e física deste no contexto do atendimento.¹⁹⁰ Ademais, é certo que o indivíduo que padece de uma enfermidade, acompanhada de dores e sintomas desagradáveis também se encontra, ainda que parcialmente, sob abalo psicológico, fato este que coaduna para a disparidade elencada.

Dentre as dificuldades na obtenção de êxito em acção de natureza indemnizatória na seara médica, pode-se mencionar o óbice da identificação do profissional que praticou o ato ensejador do dano, tendo em vista que esta actividade tornou-se mais complexa ao longo de uma evolução tecnológica e a demasiada especialização de conhecimentos, de modo que o aumento do número de pessoas que participam de procedimentos médicos se dá progressivamente.¹⁹¹

No âmbito do arcabouço jurídico português, em caso de exercício da actividade médica a título privado, independentemente de estar a responsabilidade civil alicerçada no carácter contratual ou extracontratual, faz-se necessária a presença dos seguintes requisitos para o surgimento do dever de indemnização: a acção ou omissão do médico na realização de um ato que se configure como “ilícito, culposo, que cause um dano ao doente.”¹⁹²

¹⁹⁰ PEDRO, 2008. *Idem* p. 52.

¹⁹¹ PEDRO, 2008. *Idem* p. 34.

¹⁹² PEDRO, 2008. *Idem* p. 83-84.

Deve-se, contudo, neste ínterim, ressaltar a previsão do art. 500.^o do Código Civil português de 1966, que trata do caso de procedimento executado em conjunto que eventualmente resulte em responsabilização do médico comitente. Nesta mesma direcção, deve-se excepcionar também à citada lista geral de requisitos necessários para a configuração do dever de indemnizar o disposto no art. 800.^o, que diz respeito à possível responsabilidade do médico pelos actos praticados por seus auxiliares.¹⁹³

Ainda sobre o ónus probatório, convém colacionar a distinção que a doutrina faz entre obrigação de meios e de resultado. Esta classificação é atribuída ao civilista francês Demogue, que lecciona que no que diz respeito à obrigação de resultado, o devedor compromete-se a lograr um desfecho previamente definido.¹⁹⁴ Já na obrigação de meios, o devedor não se vincula a um determinado resultado, e sim ao desempenho de uma actividade com o cuidado indispensável para o alcance do fim esperado. O principal exemplo citado na explanação dessa modalidade de obrigação é a actividade desenvolvida pelos médicos.¹⁹⁵ Todavia, como excepção, pode-se elencar a actividade médica de elaboração de próteses, que se enquadra no rol das obrigações de resultado. Já no que diz respeito à aplicação da prótese, tendo em vista que o sucesso da adaptação depende de vários factores alheios à actuação médica, trata-se essa de uma obrigação de meio.¹⁹⁶

Apesar haver divergências doutrinárias sobre o tema, prevalece em Portugal que em regra, a responsabilidade civil no âmbito médico possui natureza contratual. Entretanto, há situações excepcionais nas quais se configura a responsabilidade como extracontratual, como por exemplo, no caso em que o paciente encontra-se inconsciente ou na hipótese de tratar-se de menor desacompanhado de seu representante legal.¹⁹⁷ Há também a situação de danos que afectam a terceiros, inicialmente não abrangidos pela égide contratual, em havendo a emissão de um atestado médico falso que atingirá o seu destinatário, por exemplo.¹⁹⁸

Sobre as caracterizações da relação jurídica médico-paciente, Rute Teixeira Pedro defende que, nos moldes do ordenamento jurídico lusitano, possui natureza consumerista.¹⁹⁹ Embora digam respeito a discussão de natureza doutrinária, essas diferenciações possuem severas consequências no que tange ao ónus da prova a ser produzida na demanda que

¹⁹³ PEDRO, 2008. *Idem* p. 83-84.

¹⁹⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*: Volume I: Introdução, da constituição das obrigações. 8.a ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3858-2. pp. 139-140.

¹⁹⁵ LEITÃO, 2009. *Idem*.

¹⁹⁶ PEDRO, 2008. *Idem* p. 100.

¹⁹⁷ PEDRO, 2008. *Idem* p. 50-53.

¹⁹⁸ PEDRO, 2008. *Idem* p. 56-63.

¹⁹⁹ PEDRO, 2008. *Idem* p. 50-53.

objectiva a reparação indemnizatória. O reflexo no âmbito processual é que numa acção em que se discuta o inadimplemento de uma obrigação de resultado, basta o credor provar que a avença não foi cumprida pelo simples facto de o desfecho esperado não ter-se realizado.²⁰⁰

Em sentido oposto, no que concerne ao debate sobre uma obrigação de meios, para o deferimento de seu pedido, faz-se necessário que o credor comprove que o devedor não actuou com o zelo pelo qual se obrigou.²⁰¹ Sob este entendimento, ressalvadas as peculiaridades do caso concreto, traz-se o julgado do STJ – PT”²⁰² - abaixo ementa na íntegra -, posto que tal acórdão trata de temas essenciais para o entendimento da estrutura da responsabilidade civil médica fundamentada no regramento tradicional do Código Civil lusitano, que possui como traço característico a prova inequívoca do nexo de causalidade.

“I - Em sede de responsabilidade civil por actos médicos ocorre frequentemente uma situação de concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual, sendo orientação reiterada da jurisprudência do STJ a opção pelo regime da responsabilidade contratual tanto por ser mais conforme ao princípio geral da autonomia privada, como por ser, em regra, mais favorável à tutela efectiva do lesado. [...] IV - Estando em causa a realização de um exame de colonoscopia, sem função curativa, do qual nasce uma obrigação de resultado (obtenção dos dados clínicos do exame), ocorrendo uma perfuração do colon do paciente, sem que esteja em discussão o cumprimento do dever primário de prestação do médico mas o cumprimento do dever acessório de, na realização do exame clínico, ser respeitada a integridade física daquele, duas construções dogmáticas podem ser perfilhadas: (i) a ocorrência da perfuração do colon basta para configurar a ilicitude, uma vez que uma lesão da integridade física do paciente, não exigida pelo cumprimento do contrato, implica a sua verificação (ilicitude do resultado), caso em que haverá que ponderar da exclusão da ilicitude pelo consentimento informado daquele quanto aos riscos próprios daquela colonoscopia (cfr. art. 340º, nº 1, do CC); (ii) incumbe ao paciente lesado provar a ilicitude da conduta do médico, isto é a falta de cumprimento do dever objectivo de diligência ou de cuidado, imposto pelas *leges artis*, dever que integra a necessidade de, no decurso da intervenção médica, tudo fazer para não afectar a integridade física daquele (ilicitude da conduta), caso em que, mesmo não se provando a violação desse dever, ainda assim, sempre se terá de averiguar se foi devidamente cumprido o dever de informar o paciente dos riscos inerentes à intervenção médica e se este os aceitou. [...] VI - Tendo havido violação do dever de esclarecimento do paciente, com consequências laterais desvantajosas, isto é, a perfuração do colon, e com agravamento do estado de saúde, os bens jurídicos protegidos são a liberdade e a integridade física e moral, e os danos ressarcíveis tanto são os danos patrimoniais como os danos não patrimoniais. VII - Por conseguinte, quer se siga a concepção da ilicitude do resultado quer a concepção da ilicitude da conduta, o R. médico e a respectiva seguradora encontram-se solidariamente obrigados a reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos pela A. com fundamento em falta de consentimento devidamente informado para a realização da colonoscopia. VIII - Identificando-se, da matéria de facto, uma relação contratual entre a A. e o R. médico, que tem como objecto a prestação dos serviços especificamente médicos e uma outra relação contratual entre a A. e a R. Hospital, que não envolve a prestação de serviços médicos em sentido estrito, estamos perante uma situação, denominada pela doutrina, como “contrato dividido” ou autónomo, pelo que tendo-se concluído pela responsabilidade do R. médico com fundamento na falta de consentimento

²⁰⁰ LEITÃO, 2009. *Idem* p. 139-140.

²⁰¹ LEITÃO, 2009. *Idem* p. 139-140.

²⁰² BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: Novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

devidamente informado da A., não pode responsabilizar-se a R. Hospital pela conduta do mesmo médico”.²⁰³ [grifo nosso]

“Salienta-se que em caso de prestação de serviço por entidade de saúde pública, a responsabilidade do médico possui natureza subjectiva, ou seja, responderá apenas no caso de verificação de dolo e culpa. Quem nesta situação, responde em primeiro plano, no regramento civil português é a instituição, pessoa colectiva prestadora do serviço.”²⁰⁴

Destarte, diante da prática de um ato censurável pelo médico, que seja eivado de ilicitude, culpa (visto tratar-se de modalidade de responsabilidade civil subjectiva), que resulte num dano, que tenha tido nexos causal com a referida conduta médica, surge a obrigação de indemnizar, posto que preenchidos todos os requisitos da responsabilidade civil médica.

Nesse contexto, destaca-se a necessidade de observância dos pressupostos da responsabilidade civil, ainda no que concerne aos danos²⁰⁵ de carácter não patrimonial, Filipe Albuquerque Matos dispõe que:

“Apesar da bondade da solução legislativa portuguesa e do seu carácter inovador, o Código de 66 não deixou de aquilatar devidamente o peso da argumentação contrária à admissibilidade da compensação dos danos não patrimoniais, razão pela qual faz depender o ressarcimento destes prejuízos dos pressupostos ou restrições expressamente referidas no art. 496.º (...) Queremos com isto considerar que a circunstância de ser admitida a compensação por danos não patrimoniais em termos gerais, tal não significa que aceite um ressarcimento automático de tais prejuízos”.

Leitão complementa o entendimento ao afirmar que, “o fato de o doente não ter se curado não indicia a responsabilidade do médico, cabendo àquele demonstrar que o processo que visava obter a cura não foi conduzido com a adequada diligência.”^{206,207}

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro traz o que denominou de ‘chance de sobrevivência’, e assim, sedimenta a procedência de pleito indemnizatório que a tenha como objecto.

“[...] II. Na origem, trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, proposta por Joelson de Almeida Souza, Jairo de Almeida Souza, Jailson de Almeida Souza e Joaquim de Almeida Souza, em desfavor do Estado do Acre, em decorrência da não disponibilização de

²⁰³ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 7053/12.7TBVNG.P1.S1*. Relator: Maria da Graça Trigo. DJ.: 22.3.2018. [Em linha]. [Consult. 17 Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument>.

²⁰⁴ PEDRO, 2008. *Idem* p. 67-69.

²⁰⁵ MATOS, Filipe Albuquerque. *A compensação dos danos não patrimoniais no Código Civil de 1966*. In: Responsabilidade Civil: cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. ISBN 978-989-8787-92-7. p. 37.

²⁰⁶ LEITÃO, 2009. *Idem* p. 139-140.

²⁰⁷ BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: Novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

medicamento para tratamento de câncer, na rede pública estadual de saúde, resultando no óbito de seu genitor. [...] V. Ademais, o Tribunal de origem manteve a sentença de parcial procedência, concluindo, à luz das provas dos autos, que "há nexó de causalidade entre a conduta omissiva e a precoce morte do Paciente, de quem lhe foi retirada a chance de uma sobrevida, não havendo que se falar em caso fortuito, sequer comprovado pelo Estado". Ainda segundo o acórdão de 2º Grau, "a conduta omissiva do Estado em não fornecer o medicamento impediu que o enfermo tivesse a possibilidade de um benefício futuro provável, consubstanciado na esperança de controle da evolução da doença". Conclusão em sentido contrário, demandaria, inarredavelmente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável, em sede de Recurso Especial, em face da Súmula 7 desta Corte".²⁰⁸ [grifo nosso]

Além da chance de sobrevida, outro ponto que chama atenção neste julgado é a condenação do Estado pelo não devido fornecimento do medicamento necessário. Essa conduta estatal representou a retirada da oportunidade do paciente de viver por mais algum tempo.

Diante do exposto, tem-se que a falta no ordenamento jurídico português de regramento especial que discipline as peculiaridades concernentes à prestação do serviço médico, resulta na aplicação do regime geral de responsabilidade civil previsto no *códex* civilista de 1966. É cediço que aplicar ao erro médico e ao erro de diagnóstico o regramento geral lusitano de responsabilidade civil, é prejudicial à vítima de danos dessa natureza, deixando a mesma desguarnecida diante da rigidez probatória que é fruto desse cenário normativo.

A posição defendida neste trabalho é no sentido de que, antes mesmo de tratar-se do dano da perda de chance, deve haver em Portugal a edição de normas específicas à responsabilidade civil médica, para que não se recaia na aplicação do regulamento geral de Direito de Danos, visto tratar-se de área da ciência com nuances peculiares que devem ser observadas para a fixação dos elementos necessários para a configuração da obrigação de indemnizar.

É necessário reiterar que em nenhum momento deste estudo, o entendimento é a favor da indústria do dano. Não se trata de uma mera flexibilização dos actuais requisitos legais com o objectivo exclusivo da procedência dos pedidos indemnizatórios, o que resultaria no enriquecimento ilícito do autor da demanda.

O que se sugere neste subitem é a edição de regramento voltado à responsabilização civil dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes dos erros na prestação do serviço médico, indubitavelmente revestido de características próprias.

²⁰⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *AgInt no REsp 1577177/AC*. Relator: Assusete Magalhães. DJ.: 28.6.2017 [Em linha]. [Consult. 14 Abr 2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

O dano de perda de chance resultante do exercício da medicina será tratado no subitem a seguir, não se aplicando ao mesmo, as considerações aqui tecidas.

3.1.2. Da aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito médico

A princípio deve-se levar em consideração a posição adotada neste trabalho, qual seja, a de que o dano resultante da perda de uma chance trata-se de um dano de natureza emergente e autónoma. Isso porque se trata de uma situação já consolidada da retirada da oportunidade de melhora do alcance do indivíduo lesado.

Como já mencionado no segundo capítulo, o entendimento predominante na doutrina francesa é que a teoria da perda de uma chance não é aplicável à medicina. Ao revés, a jurisprudência daquele país conta com diversos julgados nos quais há a configuração da obrigação de indemnizar o dano da perda de chance concernente à prestação do serviço médico.²⁰⁹

A utilização da teoria da perda de uma chance nos casos de responsabilização civil na esfera médica se apresenta como uma alternativa ao regime indemnizatório tradicional. Isso porque, no cenário português, a aplicação do regramento clássico dá ensejo a decisões que na maioria das vezes não amparam o lesado em seu dano extrapatrimonial sofrido.²¹⁰

A título de direito comparado, visto que na medicina o cálculo probabilístico da percentagem de chance do paciente é mais confiável do que nos outros ramos, nos Estados Unidos, a aplicação da teoria da perda de uma chance limita-se às situações danosas concernentes ao ramo médico. Isso porque, no ordenamento jurídico estadunidense, existe um cuidado maior quanto à observância do pressuposto de uma chance real e séria para o enquadramento na responsabilização civil por perda de uma chance.²¹¹

“A *priori*, convém ressaltar que a álea é inerente à actividade médica. Ou seja, inúmeros factores externos, que são incontrolláveis pelo médico, como a condição física preexistente do paciente, as respostas do organismo dele ao tratamento aplicado, dentre outros fazem com que a actuação neste ramo da ciência seja envolta de elevado nível de incerteza.”²¹²

²⁰⁹ SILVA, 2013. *Idem* p. 84-89.

²¹⁰ PEDRO, 2008. *Idem* p. 18-21.

²¹¹ SILVA, 2013. *Idem* p. 139-140.

²¹² PEDRO, 2008. *Idem* p. 236- 237.

Há quem critique a aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito médico, tal como René Savatier, dentre outros.²¹³ Nesta esteira, salienta Nuno Santos Rocha que “para esses autores, a aplicação da teoria da perda de chance ao campo da responsabilidade civil do médico seria assim um erro, uma vez que se estaria a proceder ao desvirtuamento do nexó causal tal qual comumente o concebemos”.^{214,215}

Contrários a este posicionamento estritamente doutrinário, os tribunais franceses foram os primeiros a aplicar a teoria da perda de uma chance a casos médicos.²¹⁶

Merece guarida a afirmação de que a teoria da perda de uma chance não pode ser aplicada à medicina. Desde que se trate de uma chance concreta e séria, o dano de sua retirada, seja de carácter patrimonial ou extrapatrimonial, ou ambos, não pode deixar de ser indemnizado ao indivíduo que foi vítima de um erro médico ou de diagnóstico que não conseguiu provar por conta dos rígidos moldes do Direito de Danos lusitano positivado.

Num contexto geral, a observância da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil médica, tem sido reportada nas seguintes facetas: o dano da perda de chance de cura ou de sobrevivência; o dano oriundo da perda de chance de recusar a uma intervenção, bem como na situação de violação do médico de seu dever de informação, e ainda o dano eivado da perda de uma chance da prova frustrada, dentre outras situações.²¹⁷

“Quanto à perda de chance de sobrevivência, ganham relevo os pronunciamentos judiciais que dizem respeito à demora na identificação de cancro, que pode resultar no óbito do paciente. Já no que concerne à perda de chance de cura, localizam-se decisões nas quais é deferida a compensação do dano da perda de chance de sofrer consequências mais brandas do tratamento, bem como do dano da perda de chance de lograr uma melhora no quadro clínico, e ainda do dano da perda de chance de livrar-se de uma doença.”²¹⁸

Colocada em causa a violação do médico de seu dever de informação, tem-se a ocorrência de dano pelo fato de ter havido uma falta de comunicação ao paciente quanto aos

²¹³ ROCHA, Nuno Santos. *A perda de chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-5443-8. p.41.

²¹⁴ ROCHA, 2017. *Idem* 36-44.

²¹⁵ BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

²¹⁶ PEDRO, 2008. *Idem* p. 243.

²¹⁷ PEDRO, 2008. *Idem* p. 262-280.

²¹⁸ PEDRO, 2008. *Idem* p. 262- 265.

perigos do tratamento a que submetido, não lhe sendo dada, portanto, a chance de recusar dada intervenção.²¹⁹

Sobre o direito à autodeterminação, a Organização Mundial da Saúde aprovou a Carta dos Direitos das Pessoas Doentes, que regulamenta essa garantia. Há ainda a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, datada de 1997, que dispõe em seu capítulo II que o prévio consentimento do paciente é requisito para todo procedimento na seara da saúde. Na mesma esteira, segue o art. 3.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, editada no ano 2000, que embora não seja cogente, denota as ideias do bloco.²²⁰

Apenas em carácter de curiosidade, visto que o enfoque deste trabalho é a responsabilidade civil, estatui o art. 150.º do Código Penal português vigente que somente são revestidos de licitude os tratamentos médico-cirúrgicos realizados em consonância com as *leges artis*.²²¹

Nessa conjectura, porém adaptada para o ramo civilista, um exemplo trazido pela jurisprudência francesa de aplicação da teoria da perda de chance no ramo médico é para os casos em que, tendo em vista a modernidade tecnológica existente, não tenha sido diagnosticada durante a gestação alguma doença ou má formação do feto que possa vir a impedir sua sobrevivência.²²² Seja por falha do médico em não detectar o problema ou por não ter realizado o devido exame, essa foi considerada em França como fundamento para a responsabilização civil do médico, tendo em vista que não foi dada à gestante a oportunidade de decidir se queria ou não realizar um aborto terapêutico.²²³

Sobre o tema em discussão, há a Resolução n.º 10 de 29 de janeiro de 1976, expedida pela Comissão de Saúde e Assuntos Sociais do Concelho da Europa em Estrasburgo, que “recomenda ao comité de Ministros do Conselho da Europa (os Ministros da Saúde) que convidem os Governos dos Estados Membros: [...] b) A chamarem a atenção dos médicos para que saibam que os doentes têm direito, se assim o manifestarem, de ser informados sobre

²¹⁹ PEDRO, 2008. *Idem* p. 277.

²²⁰ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-3250-4. p. 365-366.

²²¹ BARBAS, 2016. *Idem* p. 369.

²²² PEDRO, 2008. *Idem* p. 262-280.

²²³ PEDRO, 2008. *Idem* p. 262-280.

sua doença e o tratamento previsto e actuar de modo que no momento da admissão sejam esclarecidos no que respeita ao funcionamento da equipa médica do estabelecimento.”²²⁴

Merece comentários ainda a Convenção de Oviedo que foi internalizada ao arcabouço jurídico português por meio da Resolução nº 1/2001 da Assembleia da República, que dispõe em seu art. 5º, *in verbis*, que a regra geral nos tratamentos médicos é que qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Estatui ainda que esta pessoa deve receber de forma prévia, a informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção, bem como, às suas consequências e riscos. Finaliza o dispositivo com a previsão de que a pessoa em questão, pode em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.^{225,,226}

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português evidencia a existência da possibilidade de condenação por violação ao dever de esclarecimento prévio na prestação de atendimento médico, especificadamente na situação de intervenção cirúrgica, objecto do caso em comento:²²⁷

“I - Na relação que se estabelece entre o médico e o doente, o dever de informar/esclarecer do primeiro confina-se, no momento da assumpção do diagnóstico, em dar a conhecer ao segundo o tipo, a extensão e os efeitos da doença de que é portador e a forma medicamente adequada de a tratar. II - O dever de informar mostra-se, em concreto, adequada e correctamente cumprido, porquanto os clínicos consultados (réus) informaram a doente (autora) (i) da natureza e tipo de patologia diagnosticada, (ii) do tipo de intervenção que deveria ser realizada para que fosse debelada, e (iii) das previsíveis consequências, de acordo com a ciência médico-cirúrgica, que poderiam advir do tipo de intervenção a realizar, a nível urológico. III - Os efeitos perversos que advieram à autora em momento posterior à intervenção cirúrgica, relevam de uma deficiente e malformada técnica médico-cirúrgica do clínico e não do dever de informar. IV - A responsabilidade civil médica pode ter, simultaneamente, natureza extracontratual e contratual, pois o mesmo facto pode constituir, a um tempo, uma violação do contrato e um facto ilícito lesivo do direito absoluto à vida ou à integridade física. V- Em regra, a jurisprudência aplica o princípio da consunção, de acordo com o qual o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual, solução mais ajustada aos interesses do lesado e mais conforme ao princípio geral da autonomia privada. VI - Entre a autora e o réu firmou-se uma relação contratual mediante a qual este se comprometeu, pela qualificação que lhe está conferida de profissional clínico, mediante retribuição, a tratar uma doença que lhe havia sido diagnosticada e que deveria ser debelada. VII - A obrigação assumida foi obrigação de meios porque não resultou provado que o profissional clínico se tivesse obrigado a um resultado específico, v.g. de proceder a uma cura absoluta e definitiva do morbo a tratar. VIII - O erro médico consubstancia-se na realização de um acto adstrito e da competência funcional de um profissional de medicina que se revelou

²²⁴ BARBAS, 2016. *Idem* p. 364-365.

²²⁵ PORTUGAL. *Convenção de Oviedo ratificada pela Resolução nº 1/2001 da Assembleia da República*. [Em linha] [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/235128/details/maximized>.

²²⁶ BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

²²⁷ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 6669/11.3TBVNG.S1*. Relator: Gabriel Catarino. DJ.: 7.3.2017. [Em linha]. [Consult. 14 Abr 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c49e6fd3e66825802580dc00577556?OpenDocument&Highlight=0,6669%2F11.3TBVNG.S1>.

descaracterizado e desadequado aos fins que a ciência e a arte da medicina injungiam para a debelação ou minoração de um padecimento previamente diagnosticado e reconhecido pela cognoscibilidade da ciência médica. IX - Tendo ficado provado que (i) a autora não padecia ou evidenciava sinais, antes da intervenção cirúrgica, de possuir uma bexiga neurogénica atónica; (ii) as deficiências evidenciadas sobrevieram à cirurgia a que foi submetida; (iii) a cirurgia a que foi submetida implicava ou envolvia a bexiga; e, (iv) não tendo ficado provado que a autora se tenha submetido a outra intervenção cirúrgica, conclui-se pela ocorrência de um nexo causal entre a intervenção e as sequelas que a autora apresenta e outro sim uma actividade (comissiva) culposa traduzida numa imperícia na arte da técnica cirúrgica. X - Atendendo à idade da lesada (33 anos) e às consequências gravosas, no plano da auto-estima e da estabilidade físcopsíquica, resultantes da necessidade de auto-algaliação e colostomia, estima-se em € 120000 o valor da indemnização por danos não patrimoniais a suportar pelos réus”. [grifo nosso]

Além de tratar do dever do médico de informar, a ementa do acórdão foi aqui transcrita em sua totalidade por também abordar importantes características da responsabilização civil médica, como a possibilidade de uma mesma conduta dar ensejo, ao mesmo tempo, às espécies contratual e extracontratual do género responsabilidade; o que se resolve por meio do princípio da consumpção, em que o regramento da primeira absorve o da segunda espécie.

Sobre o dever de informar, em carácter excecional, o Código Penal português, por sua vez, prevê o chamado privilégio terapêutico, em contraposição à obrigatoriedade do consentimento informado do paciente para a submissão a tratamento médico ou cirúrgico.²²⁸

“Tal instituto está estabelecido nos artigos 38.º, 39.º, 149.º, 156.º e 157.º do diploma penalista, de modo que o médico não será punido em casos de realização de intervenções nas quais não tenha havido a anuência do paciente, por motivos de urgência que importe em risco à vida e integridade física deste. Também é autorizada a realização de procedimento médico ou cirúrgico nas hipóteses em que houve a mudança do tratamento no curso de sua execução devido ao estado clínico do paciente, bem como da ciência médica no que tange à melhor técnica para garantir a melhora e ou cura.”^{229,230}

Deste modo, sobre as situações autorizadoras do privilégio terapêutico, finaliza Stela Barbas que “a primeira hipótese diz respeito aos casos de perigo na demora; enquanto a segunda concerne às situações em que há um alargamento da acção médica.”²³¹

Digna de elogio é a previsão expressa no Código Penal lusitano do instituto do privilégio terapêutico, visto que há situações em que o médico não pode aguardar o consentimento do enfermo para tomar a providência necessária para a melhora de seu quadro

²²⁸ BARBAS, 2016. *Idem* p. 369-370.

²²⁹ BARBAS, 2016. *Idem* p. 369-370.

²³⁰ BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

²³¹ BARBAS, 2016. *Idem* p. 369-370.

clínico. Eventuais demandas indenizatórias pautadas em falta consentimento, havendo a comprovação do privilégio terapêutico por parte do médico não devem prosperar.

Traz-se, a essa altura, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, em prol da responsabilização via teoria da perda de uma chance, tendo como ré uma empresa especializada em colecta e armazenagem de células tronco:

“1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto. [...] 3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde. 6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO”.²³² [grifo nosso]

Esta decisão do STJ brasileiro tem por objeto o caso concreto de uma empresa contratada para o recolhimento e a conservação das células tronco embrionárias do bebé que não enviou qualquer profissional para realizar o procedimento, que só pode ocorrer, por questões técnicas, na ocasião do parto. A ideia dos pais, ao contratar tal serviço, foi a de prevenção em caso de eventual doença grave de seu filho, para garantir material genético disponível para a manipulação em prol de uma possível cura. Diante desse cenário, o referido Tribunal entendeu que a criança sofreu a perda da chance de ter guardadas células possíveis de utilização em futura necessidade terapêutica.

Tal decisão reflecte a perfeita aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito médico, visto que é condenada a acção do agente pelo dano da oportunidade que fora retirada do indivíduo lesado, e não pelo dano eventual que nunca se saberá se realmente aconteceria ou não. Ou seja, no caso em tela, não é possível saber se acontecerá a concretização do dano da referida criança padecer, no futuro, de uma enfermidade séria e precisar de células tronco embrionárias para tratamento, às quais não terá acesso devido à omissão lesante praticada.

No que tange ao tema do dever médico de informar, ainda no âmbito lusitano, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, em seu art. 43.^o, bem como a Base XIV, n.^o 1, b) da Lei n.^o 48/90 (Lei de Bases da Saúde) possuem disposições que estatuem o

²³² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp 1291247/RJ. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. DJ.: 1.10.2014 [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

consentimento informado como elemento de presença imprescindível na relação médico-paciente.²³³

Um exemplo jurisprudencial que pode ser mencionado é a “situação hipotética de um paciente sobre o qual recai a suspeita de ter um tumor maligno, e que por este motivo, é levado ao hospital. Todavia, as providências que deveriam ter sido adoptadas, só foram colocadas em prática, sete semanas depois. Após um ano, este paciente falece. Não se sabe se teria o paciente sobrevivido se as providências inadiáveis tivessem sido tomadas no primeiro momento. Contudo, foi possível constatar que, no caso narrado, as chances de sobrevivência seriam de 60%.”²³⁴

Mais um acontecimento também comentado por Júlio Vieira Gomes, é o relativo a julgamento proferido, na França, pela *Première chambre civile de la Cour de Cassation*, de 20 de Julho de 1988, que diz respeito a um indivíduo que sentiu fortes dores cervicais, e na data de 9 de julho de 1982 foi diagnosticado por seu médico com um simples torcicolo. Em 12 de Julho, o mesmo médico repetiu seu parecer clínico e negou o pedido feito pela família de internação do doente. Três dias depois, outro médico, ao examinar o paciente, procedeu à transferência dele em carácter de urgência para outro hospital, devido à persistência das dores. Nessa ocasião, o doente foi diagnosticado com uma meningite aguda. Em 17 de Julho, surgiu uma tetraplegia, que demonstrou uma epidurite, relacionada à meningite. A atitude culposa do primeiro médico foi entendida pelo Tribunal como a causa do sério progresso da patologia, indemnizando-o, entretanto apenas pela perda de chance. A *Cour de cassation*, por sua vez, negou um recurso que pedia a compensação integral dos danos e manteve a decisão da instância inferior com o fundamento da impossibilidade de precisar quão menores seriam as consequências da doença sem a ocorrência do ato culposos do médico.²³⁵

Portanto, como requisitos de compensação do dano da perda de uma chance no âmbito da responsabilidade civil do médico, tem-se em primeiro lugar, a presença de uma oportunidade tangível, que represente uma verdadeira oportunidade de melhora do quadro clínico, podendo consistir na cura ou na sobrevivência. Num segundo estágio, encontra-se a averiguação dos requisitos do regime geral da responsabilidade civil.²³⁶

²³³ BARBAS, 2016. *Idem* p. 370.

²³⁴ GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de chance. In: *Direito e Justiça* - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Volume XIX, Tomo II. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1998. ISSN 0871-0336. p.16.

²³⁵ GOMES, 1998. *Idem* p.17.

²³⁶ PEDRO, 2008. *Idem* p. 295-301.

O entendimento de François Chabas, citado na obra de Pedro, regista que a aplicação da teoria da perda de uma chance na esfera médica depende da presença cumulativa de duas condições: 1) que “o paciente esteja já numa situação de simples sobrevivência (ou de meras possibilidades de cura) quando o facto é cometido; 2) que o facto impeça definitivamente a evolução do processo – que forme a álea em certeza.”²³⁷

Numa óptica processual sobre a figura da perda de uma chance, tem-se que na acção em que se pleiteia a condenação de um médico a indemnizar seu paciente nela fundamentada, a inversão do ónus da prova dar-se-á nos casos elencados no n.º 2 do art. 344.º do Código Civil Português de 1966. Por exemplo, pode-se citar a circunstância em que o réu se desfaz dos papéis essenciais à prova do dano, como os prontuários médicos do paciente.²³⁸

Sobre o tema, Stela Barbas defende que “a ficha clínica é propriedade do doente. O médico ou a instituição hospitalar apenas detém a guarda desses elementos para preservar o historial genético de cada doente.”²³⁹

Na Argentina, houve a condenação de um hospital por ter perdido os relatórios que comprovariam se a morte de uma paciente, logo após um procedimento cirúrgico, realizado naquele estabelecimento, teria sido causada por este. O fundamento da decisão foi o descumprimento das obrigações de guarda dos referidos documentos. Entretanto, os médicos que participaram da mencionada cirurgia foram absolvidos, diante da ausência de evidências quanto a qualquer falha por eles eventualmente praticada.²⁴⁰

Sobre as vantagens e desvantagens, Rute Teixeira Pedro menciona que, no que toca aos obstáculos de carácter prático à aplicação da teoria da perda de uma chance, podem ser elencados: a complexidade na fixação do *quantum* indemnizatório, bem como, a artificialidade da mesma. Assim, a dilatação da extensão da responsabilidade civil do médico aliada ao desenvolvimento da medicina defensiva negativa aparecem como consequências desfavoráveis da observância da figura da perda de chance.²⁴¹

Todavia, a título de vantagens de aplicação da teoria, tem-se o sobrepujamento do preceito do tudo ou nada; a resposta jurídica à incerteza inerente à actividade médica e a

²³⁷ PEDRO, 2008. *Idem* p. 292.

²³⁸ PEDRO, 2008. *Idem* p. 364- 366.

²³⁹ BARBAS, 2016. *Idem* p. 395-396.

²⁴⁰ PEDRO, 2008. *Idem* p. 277- 279.

²⁴¹ PEDRO, 2008. *Idem* p. 430-441.

correção da irregularidade na distribuição do ónus da prova nas demandas referentes à actividade médica.²⁴²

Sob esta óptica, resta portanto, claro que as vantagens da aplicação da teoria da perda de uma chance às demandas indemnizatórias médicas superam os inconvenientes, de modo que, preenchidos no caso concreto os já mencionados requisitos para a sua utilização, não há que se falar em dúvida quanto à obrigação de indemnizar o dano da perda de chance.

Sobre o tema, em sede de direito comparado, convém destacar decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro:²⁴³

“[...] 2. O propósito recursal consiste em verificar a ocorrência de erro médico, em razão de negligência, imprudência ou imperícia, passível de condenação em compensar dano moral. 3. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil, ocasionada por erro médico, na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente. Precedentes. 4. A visão tradicional da responsabilidade civil subjetiva; na qual é imprescindível a demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato praticado pelo sujeito; não é mitigada na teoria da perda de uma chance. Presentes a conduta do médico, omissiva ou comissiva, e o comprometimento real da possibilidade de cura do paciente, presente o nexo causal. 5. A apreciação do erro de diagnóstico por parte do juiz deve ser cautelosa, com tônica especial quando os métodos científicos são discutíveis ou sujeitos a dúvidas, pois nesses casos o erro profissional não pode ser considerado imperícia, imprudência ou negligência. 6. Na espécie, a perda de uma chance remota ou improvável de saúde da paciente que recebeu alta hospitalar, em vez da internação, não constitui erro médico passível de compensação, sobretudo quando constatado que a sua morte foi um evento raro e extraordinário ligado à ciência médica. 7. Recurso especial interposto pelo médico conhecido e provido. Recurso especial interposto pelos genitores julgado prejudicado”. [grifo nosso]”²⁴⁴

No acórdão acima proferido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro não houve o acolhimento da teoria da perda de uma chance por conta de no caso concreto ter-se verificado uma situação fática que desconfigurou o carácter concreto e real da chance perdida pelo paciente.

Todavia, denota-se da fundamentação da decisão que o mesmo tribunal possui precedentes no sentido da aceitação da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance em casos revestidos de dúvidas quanto aos critérios científicos adoptados pelo médico no decorrer do tratamento.

²⁴² PEDRO, 2008. *Idem* p. 441- 453.

²⁴³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp 1662338/SP. Relator: Nancy Andrighi. DJ.; 12.12.2017 [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

²⁴⁴ BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.

Dessa maneira, no âmbito jurisprudencial brasileiro, há a aplicação da figura da perda de chance, também no ramo médico, quando observados os pressupostos necessários à sua incidência na seara da responsabilidade civil.

François Chabas, citado por Rafael Peteffi, por sua vez, criou duas vertentes, chamadas de aplicação verdadeira e aplicação falsa da teoria da perda de uma chance no âmbito médico. Nesse diapasão, segundo o autor, a aplicação verdadeira se dá diante da presença de dois requisitos por ele criados: que o paciente esteja num estado passível de ocasionar o óbito ou deformidade definitiva; e concomitantemente que haja a paralisação permanente do decurso imprevisível dos feitos.²⁴⁵

Nesta mesma esteira, o autor expõe que para a denominada aplicação falsa da perda de uma chance é suficiente que não exista algum dos dois supramencionados pressupostos da aplicação verdadeira. Nestas situações, é preciso que haja uma flexibilização do nexo de causalidade para a responsabilização do médico.²⁴⁶

Diante do exposto, em compasso com a classificação de Pedro dos núcleos de aplicação da teoria da perda de uma chance, mostrou-se possível a indenização do dano de perda de chance de cura ou de sobrevivência em Portugal, desde que obedecidos os explanados requisitos para tanto. Ademais, restou demonstrada essa possibilidade também em outros países.

3.2. A perda de chance de ganho

Neste subitem trata-se do segundo núcleo de aplicação da teoria da perda de uma chance, de acordo com a catalogação de Rute Teixeira Pedro, referente ao dano da perda de chance de ganho.

Recorda-se que a perda de uma chance apenas é utilizada como instrumento de responsabilização civil nas situações em que o lesado não consegue demonstrar o nexo de causalidade que conecte a actuação do réu e a privação permanente do resultado benéfico almejado. Nessa esteira, a teoria da perda de uma chance representa uma alternativa por meio

²⁴⁵ SILVA, 2013. *Idem* p. 101.

²⁴⁶ SILVA, 2013. *Idem* p. 102.

da qual é possível evidenciar o nexo de causalidade que interliga a acção ou omissão do ofensor à oportunidade que tomou do indivíduo prejudicado.²⁴⁷

Um exemplo dentre os vários de aplicação da teoria da perda de oportunidade de ganho é o caso previsto no ordenamento jurídico espanhol, que ao internalizar a Directiva 92/13 do Conselho Europeu, passou a prever na seara dos contratos públicos a possibilidade de concessão de indemnização ao licitador pela violação praticada pelo órgão da adjudicação no tocante à perda da chance da vantagem que seria obtida se tivesse havido êxito na contratação.²⁴⁸

Também pode-se citar como exemplo de perda da chance de um ganho, a hipotética situação na qual o bilhete de lotaria não foi colocado dentro da urna do sorteio. Nesse caso, não se pode dizer que seria certo que o participante do sorteio da lotaria seria o ganhador do prémio. Mas, ele não teve sequer a oportunidade de participar. Aqui resta clara a configuração do dano da perda de chance. Esse exemplo é um excelente retrato do posicionamento defendido neste estudo de que esse dano é de natureza emergente, visto que concretizada a sua ocorrência.

O que está em causa no dano da perda de chance não é a observância do objectivo final almejado que não pôde ser realizado. O foco está naquilo que já foi perdido, que é a privação da oportunidade de disputar ou percorrer o propósito desejado.

Dentro dessa mesma categoria, tem-se o caso do maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima, que foi empurrado por um espectador quando ocupava o primeiro lugar de uma prova olímpica. Após o ocorrido, o brasileiro continuou sua participação na prova, porém, terminando-a em terceiro lugar. Aqui não se sabe se a real causa da queda de posições foi o dito empurrão, um ato ilícito de um terceiro, mas resta claro que por conta dele o atleta perdeu a chance de finalizar a corrida em primeiro lugar.²⁴⁹

Em análise actual da jurisprudência portuguesa, tem-se que o núcleo da perda de uma chance de um ganho tem pouca aplicação. Todavia, o Supremo Tribunal de Justiça empregou esse conceito num caso em que um intermediário financeiro não informou o seu cliente do risco do negócio de uma aplicação, à qual este acabou aderindo e posteriormente sofrendo o prejuízo.

²⁴⁷ SILVA, 2013. *Idem* p. 142-143.

²⁴⁸ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 29.

²⁴⁹ ROCHA, 2017. *Idem* p. 19-20.

Nos dizeres do acórdão, “ao invés lhe prestou informação ambígua tendente a convencê-lo da inexistência de risco ou de um risco igual ao de um depósito a prazo do próprio banco.” O referido Tribunal ainda proferiu no julgado:²⁵⁰

“No caso dos autos, não estamos perante uma situação em que o dano resulta naturalisticamente de uma certa acção ou omissão. O que está em causa é uma situação hipotética. Pretende saber-se se o dano (perda do capital investido e respectivos juros) ocorreria se o R. tivesse cumprido escrupulosamente os seus deveres de intermediário financeiro, em, particular o dever de informar o A. ,de forma «completa, verdadeira, actual, clara, objectiva e lícita», ou seja se o A. perante esta informação, sempre subscreveria a aplicação financeira - obrigação SLN... Nestes casos a jurisprudência deste Tribunal, de que é exemplo o Ac. de 28/4/16, proc. Nº 1114/11.7TBAMT.P1.S1, relatado pelo Cons. Abrantes Geraldês, sustenta que «os danos relevantes para efeitos de indemnização, quando se reportem a situações que impliquem uma projecção no futuro dos efeitos de determinado comportamento do agente, são determinados em função de um critério de probabilidade, não exigindo a lei a certeza quanto à sua ocorrência. Vai neste sentido também Júlio Gomes, “Sobre o dano de perda de chance”, em Direito e Justiça, vol. XIX, tomo II, pág. 11, quando refere explicitamente que “importa, no entanto, não confundir a certeza do dano, isto é, o ter-se verificado ou a existência de circunstâncias que o tornam inevitável ou simplesmente provável, com o seu carácter imediato”, mencionando François Chabas que afirma que “é preciso que os juízes tenham a certeza de que se o facto incriminado não tivesse ocorrido, o acontecimento teria podido realizar-se” e, por outro lado, Jacques Flour/Jean-Luc Albert para quem a “exigência de certeza suscita sérias dificuldades, porque a vida social não é feita de certezas matemáticas. A certeza a que aqui se faz referência é apenas uma probabilidade suficiente”».

Ora, das regras da experiência comum podemos facilmente retirar, que o Autor não teria tomado a decisão de subscrever as obrigações se lhe tivesse sido dito, pelos funcionários do apelante, que corria o risco de perder todo ou parte do seu dinheiro no caso de insolvência da sociedade emitente dessas obrigações, ou que o retorno do capital não era garantido. Na verdade está demonstrado que na data dos factos foi transmitida ao autor, por funcionário da ré que lhe sugeriu esse produto, a informação de que o reembolso do capital aplicado era garantido (porquanto não era produto de risco), que tinha uma rentabilidade assegurada, com juros semestrais e que poderia dispor do capital investido quando assim o entendesse, bastando avisar a agência com a antecedência de alguns dias. [...]

Sendo assim impõe-se concluir que se os funcionários da R. tivessem prestado a informação legal e contratualmente devida o A. muito provavelmente, com altíssima probabilidade, nunca teria subscrito aquela aplicação. Ora isto é quanto basta para estar verificado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelos AA. e a conduta ilícita e culposa do R., traduzida na violação do deveres de informação e da boa-fé contratual, que sobre si impendiam enquanto intermediário financeiro.” [grifo nosso]

Neste caso, inclusive com menção a doutrina especializada sobre a teoria objecto deste estudo, o STJ português aplicou claramente, a responsabilização civil pela perda da chance de ganho financeiro devido ao descumprimento do dever da informação que reveste a actividade de intermediação financeira, considerando-se que não se sabe com certeza qual seria o resultado caso o investidor tivesse optado por outro produto.

A título de direito comparado, registre-se o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, que inclusive já foi citado

²⁵⁰ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 2581/16.8T8LRA.C2.S1*. Relator: Bernardo Domingos. DJ.: 25.0.2018. [Em linha]. [Consult. 22 Fev. 2020]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2699ca083f701560802583310051fc9a?OpenDocument>.

no capítulo 2 deste trabalho, que trata da situação em que houve condenação por perda de chance devido à prática do acto ilícito de venda antecipada de acções sem autorização do titular. Perdeu-se, portanto a oportunidade de vendê-las em momento mais favorável com o objectivo de valorizá-las, o que representa uma evidente hipótese de perda de uma chance de ganho.²⁵¹

Outro caso digno de comentários que aconteceu no Brasil foi o caso de um participante de um *reality show* que foi dele eliminado por conta de um erro da organização ao computar os pontos. O curioso acontecimento foi objecto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça daquele país, que assim decidiu:

“[...] 3. A teoria da perda de uma chance tem por objetivo reparar o dano decorrente da lesão de uma legítima expectativa que não se concretizou porque determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos e impediu a realização do resultado final esperado pelo indivíduo. 4. A reparação das chances perdidas tem fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002 e é reforçada pelo princípio da reparação integral dos danos, consagrado no art. 944 do CC/2002. 5. Deve ficar demonstrado que a chance perdida é séria e real, não sendo suficiente a mera esperança ou expectativa da ocorrência do resultado para que o dano seja indenizado. 6. Na presente hipótese, o Tribunal de origem demonstrou que ficaram configurados os requisitos para reparação por perda de uma chance, tendo em vista (i) a comprovação de erro na contagem de pontos na rodada semifinal da competição, o que tornou a eliminação do autor indevida, e (ii) a violação das regras da competição que asseguravam a oportunidade de disputar rodada de desempate.”²⁵² [grifo nosso]

Este caso molda-se perfeitamente no núcleo da perda da chance de um ganho, visto que ao ser ilicitamente eliminado da competição, foi retirada a oportunidade do participante de ter uma melhora na sua condição financeira, embora não se saiba se ele realmente ganharia o *reality show*.

Considera-se que, apesar de ser aceita pela doutrina portuguesa, a responsabilidade civil pela perda da chance de ganho ainda é pouco aplicada pelos tribunais deste país. Por esta razão, aproveita-se de mais um julgado, para uma melhor elucidação de como esta figura é empregada no cenário do direito comparado.

Desta vez, trata-se de acórdão proferido, no âmbito brasileiro, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 14^a Região, que ilustrou a possibilidade da utilização da teoria da perda da chance de um ganho no campo do Direito do Trabalho. Trata-se do caso de um empregado que tinha uma séria chance de um ganho salarial decorrente de sua promoção ao

²⁵¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp* 1540153/RS. Relator: Luís Felipe Salomão. DJ.: 17.4.2018. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271540153%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271540153%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271540153%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271540153%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

²⁵² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp* 1757936/SP. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ.: 28 de agosto de 2019 [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

cargo de vendedor, visto que aprovado em processo selectivo da empresa, mas que teve perdida a chance de alcançar esse proveito em virtude de ato ilícito praticado pelo empregador, quando da sua dispensa, manifestamente abusiva e ilícita. Assim, consignou a referida corte: “Independentemente dos ganhos perdidos, o que se indeniza é o prejuízo consistente na perda dessa oportunidade, a perda da chance real de alcançar a promoção legitimamente esperada.”²⁵³

Convém trazer a essa abordagem a concepção assédio moral, que assim como outras causas, actua como elemento motivador de compensação de dano de natureza extrapatrimonial, e ocorre com frequência no quotidiano nas relações entre empregado e empregador.

Sobre esse ponto o autor brasileiro Enoque Ribeiro dos Santos, conceitua o assédio moral como “toda forma de violência psíquica, psicológica, humilhação, constrangimento ou outros métodos de agressão psicológica em face de um ser humano.”²⁵⁴

Saliente-se que configurado o assédio moral, este é ensejador de dano de carácter extrapatrimonial tanto nas demandas que possuem como norma aplicável o Direito de Danos positivado, bem como nos casos que envolvem a perda de uma chance como fundamento indemnizatório. Ou seja, nada impede que numa mesma acção judicial seja discutida a concretização da responsabilidade civil pela perda de chance, bem como de assédio moral, visto que não se tratam de temas conflitantes.

Isto posto, amplia-se a abrangência do núcleo de aplicação da perda da chance de um ganho, demonstrada a viabilidade de sua adopção também na área do direito laboral.

3.3. Perda de chance processual

Neste subitem trata-se do derradeiro núcleo de aplicação da perda de uma chance apontado por Rute Teixeira Pedro: a perda de chance processual.

²⁵³ BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - TRT. Acórdão 0001315-87.2010.5.14.0005. Relator: Elana Cardoso Lopes. Órgão Julgador: TRT 14a Região. DJ.: 6.4.2011. [Em linha]. [Consult. 22 Feb. 2020]. Disponível em: https://appserver.trt14.jus.br/pesquisa/down.php?q=db/10.14.1.108/INDEX_ACORSENTMONO_GSA_SAP2/a zE9MiwxOTc3NTMx.

²⁵⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9289-5. p. 180.

A perda de uma chance processual é o núcleo desta teoria com maior incidência de aplicação pelos tribunais portugueses nos tempos hodiernos, sendo também aceita pela doutrina majoritária em Portugal. No que diz respeito à perda da chance processual, a mais comum situação de sua ocorrência dar-se-á no caso em que o advogado perde algum prazo, como o recursal, e a parte que representa é privada da oportunidade de ganhar a acção.

Sobre o tema, decisão recente do STJ-PT conceitua o núcleo da perda de uma chance processual, ao julgar o caso de um advogado que culposamente deixou de contestar uma acção na qual fora contratado para actuar. A referida Corte, assim consignou no acórdão em destaque:

“[...] II. O advogado que, por culpa sua, não contesta a acção está a retirar ao seu cliente a possibilidade de exercer o seu direito de defesa e, consequentemente, a possibilidade de ver apreciados, na acção, os seus argumentos, as suas razões e provas que as suportariam, e dessa forma, intervir ativamente no desenvolvimento e resultado do processo, o que constitui, só por si, um prejuízo ou dano autónomo, na medida em que fez perder ao seu cliente a oportunidade ou a “chance” de evitar um prejuízo.

III. Assim, verificados os demais pressupostos da responsabilidade civil exigidos pelo artigo 563º do Código Civil, ou seja, o nexo de causalidade adequada existente entre a conduta omissiva e culposa do advogado e o dano sofrido pelo cliente em consequência desta omissão, constitui-se aquele na obrigação de indemnizar o seu cliente pelo referido dano de “perda de chance”, a calcular segundo a equidade, nos termos do disposto no artigo 566.º, nº 3 do Código Civil.

IV. Não tendo o réu deduzido defesa numa acção nem tendo sido produzida qualquer prova, não é possível saber-se qual o grau de probabilidade da procedência ou improcedência dessa acção, caso a contestação tivesse sido apresentada, já que tal dependeria da factualidade que, após audiência, viesse a ser fixada, pelo que será de fixar o grau da possibilidade de ocorrer uma ou outra situação (procedência, improcedência – total ou parcial) em 50% para cada uma das partes”. [grifo nosso]²⁵⁵

Destarte, nesta decisão, o STJ – PT dá a condenação por perda de uma chance. Ao tratar de demanda judicial, na qual não se sabe o real desfecho, ainda que o advogado houvesse exercido a função para a qual fora nomeado, não se pode imputar a obrigação deste de indemnizar o indivíduo lesado com fundamento no regramento geral do Direito de Danos estabelecido no diploma civilista lusitano.

Isto posto, a responsabilização civil ora determinada deu-se com base na teoria da perda de uma chance processual, com a imposição de indemnização ao advogado, referente à oportunidade que fora retirada de seu cliente, um dano autónomo e independente do resultado final por ele desejado. Nessa direcção, Sérgio Cavalieri Filho assevera que “no caso do advogado que perde o prazo para recorrer de uma sentença, por exemplo, a indenização não será pelo benefício que o cliente do advogado teria auferido com a vitória da causa, mas pelo

²⁵⁵ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 6720/14.5T8LRS.L2.S2*. Relator: Rosa Tching. DJ.: 30.5.2019. [Em linha]. [Consult. 04 Set. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bba47300ff2f03f28025840a004e3a08?OpenDocument&Highlight=0,DOCTRINA,CAUSALIDADE,ADEQUADA>.

fato de ter perdido essa chance; não será pelo fato de ter perdido a disputa, mas pelo fato de não ter podido disputar. O que deve ser objeto da indenização, repita-se, é a perda da possibilidade de ver o recurso apreciado e julgado pelo Tribunal [sic].”²⁵⁶

No cenário brasileiro, também é cediça a aplicabilidade da perda de uma chance processual, como demonstra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, abaixo compilado.

“1. A teoria da perda de uma chance (*perde d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa”.²⁵⁷ [grifo nosso]

Todavia, o que mais chama atenção neste julgado é a determinação pela referida Corte de que haja a observância da viabilidade do cliente vir a lograr êxito em sua demanda judicial. Não se trata, portanto, de um dano *in re ipsa*, presumível apenas pelo fato do exercício desleixado do mandato pelo advogado.

Em que pese ser o núcleo da teoria da perda de uma chance mais aplicado no âmbito dos tribunais portugueses, a perda de chance processual tem sido utilizada de maneira desuniforme. Isso deve-se ao fato de não haver legislação sobre o tema, o que abre espaço para que cada julgador estabeleça seus próprios requisitos para a aceitação da teoria da perda de uma chance como fundamento da obrigação de indenizar, o que indubitavelmente gera insegurança jurídica para o cidadão jurisdicionado.

A falta de diploma regulador para o tema abrange todas as hipóteses de aplicação da perda de uma chance, e não só as concernentes à prestação dos serviços advocatícios.

²⁵⁶ CAVALIERI FILHO, 2010. *Idem* p. 78.

²⁵⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp 1190180/RS. Relator: Luís Felipe Salomão. DJ.: 22.11.2010 [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271190180%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271190180%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271190180%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271190180%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

Após tais explanações, repisa-se a necessidade de edição de lei que delimite os requisitos para a utilização da perda de chance no Direito de Danos português, para estabelecer patamares objectivos para o cálculo das indemnizações dela derivadas.

3.4. Cálculo da indemnização

É cediço que em termos de responsabilidade civil, mesmo no regramento positivado no Código Civil lusitano de 1966, o cálculo do valor indemnizatório é uma tarefa que deve ser coberta de redobrada cautela. Maior prudência ainda é requerida nos casos que envolvem o dano da perda de chance.

Isso porque a indemnização nada mais é do que a concretização da responsabilidade civil, o alvo da instrução probatória, o instrumento de restabelecimento, quando possível, do estado anterior ao dano. A indemnização representa a coroação do trabalho do Poder Judiciário ao longo de toda demanda, devendo ser acertadamente delimitada, sob pena de colocar a perder o sentido da acção.

Em outras palavras, é nociva não só ao sujeito prejudicado, bem como à actividade judicial empregada na marcha processual a indemnização arbitrada a menor ou a maior do que o montante correcto para o caso concreto. Pode desperdiçar todo o afincamento empregado ao longo do processo, se finalizado erroneamente com um cálculo incorrecto do valor indemnizatório. Mas como saber qual o valor certo para cada circunstância? Essa é a incumbência do aplicador do direito mais difícil de ser executada numa acção judicial que envolva o dano da perda de chance. Entretanto, no âmbito do actual Direito de Danos lusitano positivado, a tarefa se mostra menos árdua, diante de dispositivos legais que orientam o magistrado nesta função de determinar quanto será pago à vítima em virtude dos danos por ela sofridos.

Trata-se neste subitem, em apertada síntese, do panorama constante do Código Civil de 1966 sobre a definição da quantia indemnizatória para os casos de responsabilidade civil estabelecida nos termos do regramento geral, bem como nas hipóteses relativas ao dano da perda de chance. Em seguida, serão explanados os moldes que têm sido usados para a quantificação da reparação ou compensação dos danos oriundos da perda de chance, sejam eles de carácter patrimonial ou extrapatrimonial.

Destarte, dispõe o art. 566.º, n.º 1 do Código Civil português vigente, que deve ser priorizada, a título indemnizatório, a reconstituição natural. Apenas em casos em que esta não for viável, não for apta a reparar totalmente o dano causado, ou seja demasiadamente custosa para o obrigado, é que deve dar-se o pagamento em dinheiro.

Regista-se que o dano de natureza extrapatrimonial é passível apenas de compensação. Aqui, não há que se falar em reconstituição natural e tampouco em indemnização.²⁵⁸ Isso se dá em consideração ao carácter imaterial inerente ao dano extrapatrimonial. Ainda sobre o regime tradicional de responsabilidade civil, encontra-se estatuída no art. 566º, n.º 2 do CCP/66, a denominada teoria da diferença, instrumento eleito pelo legislador português para viabilizar o cálculo do montante indemnizatório. De acordo com o dispositivo citado – art. 566º, n.º 2, CCP/66 –, o método consiste em computar a diferença existente entre a real situação e a situação hipotética do património da vítima do dano, ou seja, como estaria sua condição sem que este tivesse ocorrido. Para tanto, é determinante que seja considerado o último momento possível.²⁵⁹

Para calcular o valor da indemnização, deve ser levado em consideração o nexo de causalidade. Como já explanado no item 1.2.5 deste trabalho, o mesmo exerce um duplo papel como pressuposto da responsabilidade civil: o primeiro de determinar quem é o autor do acto danoso e o segundo de delimitar o valor a ser pago a título indemnizatório, de acordo com o nível de conexão entre o dano e a conduta de seu causador. Ademais, deve também ser dada importância à relevância negativa da causa virtual, também já exposta no item 1.2.5 deste estudo, na parte que trata do nexo de causalidade.

Visto que a relevância negativa da causa virtual reflecte na medida do dano a ser indemnizado, utiliza-se a conclusão de Varela sobre o tema “a causa virtual não exonera o lesante da obrigação de indemnizar, salvo disposição legal em contrário. Isso não impede, porém, que a causa virtual do dano seja tomada na devida conta, quer no cálculo do lucro cessante, quer na adaptação da indemnização fixada sob a forma de renda às circunstâncias que vão sendo conhecidas pelos interessados”.²⁶⁰ Por outro lado, há circunstâncias legalmente previstas de isenção parcial ou total de responsabilidade, nas quais o juiz deve estabelecer o *quantum debeatur* em valor menor ao que em regra decorreria da utilização da teoria da diferença, ou até mesmo afastar o dever de indemnização.²⁶¹ Ainda sob a égide do Direito de

²⁵⁸ VARELA, 2000. *Idem* p. 906.

²⁵⁹ MONTEIRO, 1985. *Idem* p. 91.

²⁶⁰ VARELA, 2000. *Idem* p. 936.

²⁶¹ JORGE, 1999. *Idem* p. 418-419.

Danos português positivado, no estabelecimento do montante indemnizatório observa-se, dentre outras situações, a culpabilidade do agente, bem como as condições financeiras dele e da vítima do dano.²⁶²

O art. 566.º, n.º 3 do diploma civilista lusitano estipula a utilização da equidade para a definição do valor da indemnização para os casos nos quais não seja possível calculá-lo de maneira certa. Ademais, outro método previsto no Código Civil português para a fixação do valor da indemnização é o estabelecimento de patamares máximos, o que se vê em situações elencadas em rol de carácter taxativo constante dos arts. 508.º e 510.º. Isso se deve ao fato dessas circunstâncias serem revestidas de risco.²⁶³

Destaca-se a possibilidade constante do arcabouço jurídico português de definição do valor indemnizatório ou de um limite máximo por meio de acordo entre as partes lesante e lesada. É indiscutível que este representa o melhor método de liquidação da obrigação de indemnizar, visto que serão evitados os problemas oriundos do procedimento de cálculo.²⁶⁴

Sobre a duração do dever de indemnizar, este pode ser momentâneo ou continuado, de acordo com a natureza do dano causado. A indemnização contínua é imposta, por exemplo, nos casos de demorada enfermidade, perda ou diminuição permanente ou temporária da capacidade laboral do lesado, dentre outros. Nesse contexto, pode haver mediante pedido do indivíduo prejudicado, o estabelecimento de reparação por meio de renda permanente ou provisória. Devido à periodicidade desta obrigação, pode haver alteração de sua duração, bem como do seu valor, com o fito de adequação à realidade das consequências do dano sofrido, caso aconteça alguma mudança circunstancial, nos termos do que dispõe o art. 567.º, n.º 2 do diploma civilista português. Entretanto, ressalte-se que deve ser mantida, para o estabelecimento do montante pecuniário indemnizatório, a obediência à teoria da diferença prevista no art. 566.º, n.º 2 do CCP/66 que estabelece que o Tribunal deve ter em conta, para a análise da situação patrimonial do indivíduo lesado, a data mais recente. Para a aplicação desta norma, deve-se ter como data mais recente a do fim da demanda na primeira instância.²⁶⁵

Quando se trata de fixar a indemnização na esfera da perda de chance, Caitlin Sampaio Mulholland tem o seguinte posicionamento:

²⁶² JORGE, 1999. *Idem* p. 418-419.

²⁶³ JORGE, 1999. *Idem* p. 418-419.

²⁶⁴ MONTEIRO, 1985. *Idem* p. 96.

²⁶⁵ VARELA, 2000. *Idem* p. 885.

“Em casos de perda da chance, estaremos diante de uma análise muito mais significativa no âmbito do nexo de causalidade do que da quantificação do dano. Isto porque a perda de uma chance liga-se ao limite causal da responsabilidade do agente causador do dano e não à qualificação desta hipótese como sendo de dano emergente ou lucro cessante, ou até mesmo um terceiro gênero. Esta classificação é relevante, mas não representa o real problema por trás da perda da chance, que se estabelece na extensão do *quantum indenizatório* que será delimitado pela investigação do nexo de causalidade”.²⁶⁶

Como já visto no item 2.2 deste manuscrito, que trata dos elementos nucleares da perda de uma chance, se a oportunidade não for revestida das características de seriedade e realidade, não pode servir como respaldo para a responsabilização civil. Ou seja, a perda de chance despida de qualquer probabilidade de êxito não deve ser indenizada. Nesse contexto, apenas há a possibilidade de fixação de indenização parcial caso a plausibilidade de concretização da chance pretendida seja muito alta. Pode-se falar, inclusive, em reparação ou compensação integral, se diante de uma chance perdida coberta de um ressaltado nível de viabilidade.²⁶⁷

Tem-se como premissa que nos casos de responsabilidade civil pela perda uma chance a indenização deve ser menor que o montante do proveito desejado que fora frustrado.²⁶⁸

Sobre o posicionamento mencionado quanto à quantificação do *quantum debeat*, Rafael Peteffi entende que este é coerente com aqueles que pensam que a perda de uma chance diz respeito a uma causalidade parcial. Nesse contexto, o referido autor alega que “porém, aqueles que acreditam que a responsabilidade pela perda de uma chance, ou pelo menos algumas aplicações desta teoria, esteja alicerçada em um conceito específico de dano, terão de admitir que a reparação observada em casos de perda de uma chance deve ser conceituada como integral.”²⁶⁹

Há de prevalecer, o entendimento de que o dano da perda de uma chance não corresponde a um modo de causalidade parcial. Ao longo de todo esse estudo, tem-se fundamentado a natureza autónoma deste dano, posição esta que reflecte na fixação do *quantum indenizatório*. Dessa maneira, tem-se que a fixação indenização do dano da perda de chance deve ser balizada de acordo com a casuística, ou seja, conforme a circunstância fática de cada situação. O parâmetro deve ser o dano emergente da efectivada privação da oportunidade.

²⁶⁶ MULHOLLAND, 2010. *Idem* p. 35.

²⁶⁷ FERREIRA, 2017. *Idem* p. 21.

²⁶⁸ SILVA, 2013. *Idem* p. 143.

²⁶⁹ SILVA, 2013. *Idem* p. 144.

Trata-se, portanto, da indemnização integral deste dano concretizado, que não se confunde com a não-obtenção do resultado almejado, que nunca se saberá se seria de possível alcance ou não. Frise-se que o foco é perda da chance, e não a situação de desejada melhora de natureza - dentre outras - física, económica ou processual frustrada.

O acórdão proferido pelo STJ - PT, que diz respeito à abrangência da indemnização nos casos em que configurada a perda de chance de ganho, num caso específico em que o dano reflectiu na capacidade laboral do indivíduo lesado.

“I. Ao avaliar e quantificar o dano patrimonial futuro, pode e deve o tribunal reflectir também na indemnização arbitrada a perda de oportunidades profissionais futuras que decorra do grau de incapacidade fixado ao lesado, ponderando e reflectindo por esta via na indemnização, não apenas as perdas salariais prováveis, mas também o dano patrimonial decorrente da inevitável perda de chance ou oportunidades profissionais por parte do lesado.”²⁷⁰ [grifo nosso]

À vista disso, esse julgado vem também a confirmar a possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do Direito de Trabalho lusitano, que representa, dentro da classificação adoptada neste estudo a perda de uma chance de ganho.

No caso em apreço, por conta de uma incapacidade causada no ambiente de trabalho, além da condenação dos danos materiais causados, representados pelas perdas salariais prováveis, houve também a condenação do empregador devido à retirada do indivíduo lesado de oportunidades profissionais.

Aqui, evidencia-se que o posicionamento defendido neste estudo é o de tratar o dano da perda de chance de um dano emergente, autónomo e certo. Portanto, a conceção do julgado acima, a indemnização concernente à perda de chance ou oportunidade profissional por parte do lesado, configura o dano extrapatrimonial finalizado e comprovado da privação da possibilidade do empregado de eventualmente atingir uma melhora ocupacional.

Sobre a fixação *quantum debeatur* da indemnização medidora do dano extrapatrimonial proveniente das relações de trabalho, em sede de direito comparado, merece destaque o disposto no art. 223-G, parágrafos 1º e 2º da Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil²⁷¹, que representa uma tarificação do dano desta natureza.

²⁷⁰ PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 175/05.2TBPSR.E2.S1*. Relator: Lopes do Rego. DJ.: 10.11.2016 [Em linha]. [Consult. 18 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/838f901c99971886802580680059022e?OpenDocument>.

²⁷¹ Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 223-G §1º: Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário

Já no tocante à fixação da indenização nos casos de perda de chance processual, ou seja, naquelas hipóteses em que o jurisdicionado teve a sua oportunidade de vantagem retirada pela má prestação dos serviços advocatícios, busca-se pelo posicionamento de Luís Medina Alcoz, ilustrado na obra de Durval Ferreira. Alcoz explicita que a definição do *quantum debeatur* nessas circunstâncias passa pelo que ele denomina de juízo dentro do juízo, que significa que o juiz que analisa a pretensão indenizatória deve observar o que haveria acontecido no processo caso o advogado tivesse cumprido de forma correcta com a sua obrigação de prestação diligente de serviço, apreciando a probabilidade de êxito na demanda. A conclusão desta verificação é determinante para a decisão quanto à procedência ou não do pleito indenizatório e em caso positivo, também para a determinação da quantia a ser reparada.²⁷²

Ainda que esse método seja utilizado para a estipulação do valor da indenização no caso da perda de chance, visto que pode ser considerado como uma válida técnica processual, reitera-se que o dano da perda de chance deve ser restituído integralmente, visto que não se mistura com o objetivo final almejado. Em outras palavras, no caso da perda de chance processual, o objecto do cálculo indenizatório é dano da retirada pelo advogado da chance de seu cliente de continuar no litígio em busca da vitória de demanda. Trata-se de um dano concreto e realizado. O que será calculado aqui, não é o valor que o cliente poderia ter ganhado com a demanda, mas sim a oportunidade que lhe fora tomada.

Para finalizar, é pertinente a menção a acórdão do STJ brasileiro que diferencia a indenização por lucros cessantes da indenização por perda de uma chance, nos seguintes termos: “Nos lucros cessantes há certeza da vantagem perdida, enquanto na perda de uma chance há certeza da probabilidade perdida de se auferir uma vantagem. Trata-se, portanto, de dois institutos jurídicos distintos.”²⁷³

O referido julgado muito diferenciou essas duas espécies de indenização, o que reafirma a natureza emergente do dano de perda de uma chance, em nada se confundindo com os lucros cessante.

contratual do ofendido. §2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*: Decreto-Lei nº 5.452/43, de 1º de maio. [Em linha] [Consult. 28 Maio 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

²⁷² FERREIRA, 2017. *Idem* p. 68-69.

²⁷³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp 1750233/SP. Relator: Nancy Andrigli. DJ.: 8.2.2019. [Em linha]. [Consult. 07 Out. 2019] Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

Sobre o objecto deste último capítulo, que trata dos núcleos de aplicação da teoria da perda de uma chance, conforme orientação de Pedro, foi dado um enfoque maior à perda de chance de cura ou de sobrevivência, tema relacionado à prestação de serviço médico. O assunto possui meandros mais peculiares e delicados que devem ser analisados para a configuração da obrigação de indemnizar. Além disso, a utilização da perda de uma chance na área da medicina é um dos temas mais controversos na doutrina e na jurisprudência junto à questão da definição do valor da indemnização, e por isso, foram os tópicos de maior abordagem.

Quanto aos demais temas deste derradeiro capítulo – a perda de chance de um ganho e a perda de chance processual – ainda que possam ser vistos como de entendimento simples, não se fazem menos importantes. É por justo serem de entendimento mais simples e objetivo, que uma exposição esboçada fez-se suficiente para a sua devida elucidação.

CONCLUSÃO

No vigente Direito de Danos português, atingidos os pressupostos da responsabilidade civil subjectiva, elencados neste trabalho de acordo com a classificação de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, quais sejam, facto voluntário do agente, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade tem-se o nascimento da obrigação de indemnizar.

Sobre o regime geral de responsabilidade civil, o actual Código Civil de 1966 de Portugal adoptou a teoria da causalidade adequada do nexo causal, que é pertinente para a delimitação das causas do dano que serão juridicamente relevantes. Contudo, esse regramento não tem sido congruente com as demandas modernas, diante do notório dinamismo social e económico, resultado de acontecimentos históricos como a Revolução Industrial, os cada vez mais rápidos avanços da tecnologia, dentre outros. Isso porque, o actual Direito de Danos previsto no actual *códex* civilista português apresenta-se demasiado rígido. Atrelado à premissa do tudo ou nada indemnizatório, deixa de acobertar claras violações a direitos da personalidade decorrentes das situações de perda de chance.

Figura de criação doutrinária e jurisprudencial, nascida em França, a teoria da perda de uma chance divide opiniões no que concerne à sua aplicação. Grande divergência paira sobre a sua natureza jurídica.

Em apertada síntese, há duas correntes quanto ao tema. Uma primeira corrente defende que o dano da perda de uma chance é resultado de uma modalidade de causalidade parcial, um fruto do afrouxamento do nexo de causalidade com o fito de constituir a obrigação de indemnizar, ou seja, trata-se de um instrumento transformador do regime de constatação do nexo de causalidade. Enquanto, por outro lado, uma segunda corrente entende que o dano da perda de chance consiste numa espécie de dano de natureza autónoma e independente. Na doutrina portuguesa, prevalece a segunda corrente no sentido de que se trata de dano autónomo, mas também há autores que se filiam à primeira vertente aqui listada.

Há também na doutrina portuguesa o questionamento no sentido de ser o dano da perda de chance enquadrado como dano emergente ou como lucro cessante. A questão divide os autores, havendo entendimentos defendidos nos dois sentidos, entretanto, predomina ser um dano de carácter emergente.

Quanto aos elementos nucleares da perda de uma chance, pode-se resumi-los à possibilidade do indivíduo lesado de alcançar uma melhora no seu quadro, seja na seara da saúde, financeira ou processual aliada a uma chance séria e concreta de atingir esse resultado benéfico, e por derradeiro, há a necessidade da ocorrência de um ato danoso.

A observância desses componentes estruturantes para a aplicação da perda de uma chance é necessária, visto que esta não pode ser utilizada como instrumento para a obtenção de enriquecimento ilícito.

Diante de todo esse cenário, deve-se ter em conta o fenómeno da constitucionalização do Direito Civil moderno, que resulta na irradiação dos ditames e princípios contidos na Carta Magna às normas infraconstitucionais. Por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana passou, assim como outros postulados, a nortear o Direito de Danos português.

Desse modo, os institutos civilistas devem hodiernamente ser interpretados e aplicados sob a óptica da dignidade da pessoa humana. Isto posto, tem-se que a responsabilização civil fundada na perda de chance está em consonância com esse transcendente princípio, pois essa figura opera inclusive como uma ferramenta de tutela dos direitos da personalidade, já que possibilita que a pessoa lesada não fique sem a reparação ou compensação pelos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais que sofreu e não conseguiu obter a devida indemnização por meio do Direito de Danos positivado.

Ressalve-se que, deve-se sempre ter em mente que a teoria da perda de uma chance possui pressupostos de observância necessária para a sua devida aplicabilidade, sendo cristalino que não pode funcionar como meio de locupletamento ilícito característico da famigerada contemporânea indústria de danos.

Sobre os núcleos de aplicação da perda de uma chance, foi empregada a classificação adoptada por Rute Teixeira Pedro, que assim os nomeou e elencou em três espécies: perda da chance de cura ou sobrevivência, perda da chance de ganho e perda de chance processual.

Sobre o cenário internacional, há países em que é notória a aceitação da teoria da perda de uma chance em todas essas modalidades, como em França e em Itália. Entretanto, no contexto português, a teoria ainda está despontando, tendo sua maior aplicabilidade na responsabilização civil do dano da perda de uma chance processual. No Brasil, assim como

em Portugal, o instituto ainda levanta questionamentos sobre o seu emprego em algumas categorias.

No que diz respeito ao tratamento jurisprudencial do tema, os tribunais portugueses possuem julgados em todos os sentidos. Há decisões que aplicam a responsabilização civil lastreada na perda de chance, bem como as que, em sentido diametralmente oposto, a rechaçam. Nota-se ainda, julgados que na prática aplicam a perda de uma chance, fundamentando os acórdãos nas noções elementares da mesma, sem contudo, citá-la.

Nessa esteira, em Portugal, os Tribunais de Relação e o Supremo Tribunal Administrativo têm considerado o dano da perda de chance como de natureza autónoma e emergente. Enquanto no Supremo Tribunal de Justiça - PT, a concepção que predomina é do dano da perda de chance como um dano autónomo, mas que só pode ser indemnizado desde que a chance da qual o indivíduo fora privado seja dotada de consistência e seriedade.

Tudo isso tem acontecido em Portugal em compasso com movimento natural do Direito. Em resposta aos fatos da realidade, primeiramente os tribunais começam a pronunciar-se. Em seguida, vem a actividade doutrinária, que não só comenta aquilo que foi decidido pelo Judiciário, mas também, lapida as teorias ali debatidas e construídas para a resolução dos casos concretos submetidos à jurisdição.

Apenas depois disso é que há o devido amadurecimento do tema, com o surgimento dos fundamentos necessários para o debate legislativo, que comina na confecção dos diplomas legais regulamentadores de determinada matéria.

Com a teoria da perda de uma chance não foi diferente. Situando-a na realidade portuguesa, tem-se que o momento actual clama pela edição de legislação sobre o assunto, sobre o qual a jurisprudência e a doutrina já se debruçaram.

Repise-se, que em que pese a jurisprudência também ser uma fonte do direito, defende-se nesse estudo a necessidade de edição de lei sobre o tema, para que possa integrar o ordenamento jurídico português de forma clara e com os requisitos e delimitações de sua aplicação previstos explicitamente, de modo a evitar divergências no tocante à sua natureza.

Em especial na área da medicina, urge que sejam editadas normas explícitas acerca da figura da perda de chance, expondo de qual forma esta será adoptada em Portugal, visto que neste ramo ainda existe muita dissensão sobre a sua aplicação.

Ademais, ainda sobre a seara médica, em que pese o regramento geral de responsabilidade civil, previsto nos arts. 483.º a 798.º do Código Civil português de 1966, a tutela do paciente é quase que inexistente, diante da já demonstrada hipossuficiência que este nitidamente apresenta na sua relação com o médico.

Nessa conjuntura, a figura da teoria da perda de uma chance aparece como uma solução à dificuldade que o doente possui de provar o nexo de causalidade entre a conduta faltosa do profissional que o atendeu e o resultado negativo produzido.

Tendo em vista que a aceitação pela aplicação da teoria da perda uma chance possibilita uma ampliação das concessões de pretensões indemnizatórias oriundas de erro médico, é cediço que além do ressarcimento dos danos sofridos pelo paciente prejudicado, há também o exercício de um papel pedagógico perante estes profissionais liberais, funcionando assim como instrumento – ainda que indirecto - de tutela dos direitos à vida e à integridade física, enquadrados pela doutrina no rol dos direitos da personalidade.

Ademais, a lei é a resposta necessária para a elucidação das questões que se encontram pendentes sobre os fundamentos da teoria da perda de uma chance. A edição legislativa, nesse caso, blindará o cidadão da inaceitável segurança jurídica.

Dessa maneira, diante de todo o exposto e considerando a ausência, na actualidade, de legislação que aborde a teoria da perda de uma chance no ordenamento jurídico português, entende-se como mais assertiva a corrente doutrinária que enxerga o dano da perda de chance como um tipo de dano autónomo.

Ademais, resta demonstrado ao longo de todo o estudo que o dano da perda de chance configura-se como dano emergente. Isso porque diz respeito a dano certo, já ocorrido e concretizado, que abrange nada mais do que a retirada da oportunidade, de modo que o resultado final apenas é considerado para fins estatísticos no momento do cálculo indemnizatório. Portanto, não há que se falar em lucro cessante no que toca à responsabilização civil pela perda de chance.

Neste sentir, ainda que não se consiga demonstrar a causalidade entre a conduta e o resultado danoso ocorrido por meio das regras do regime geral de responsabilidade civil, deve-se indemnizar o indivíduo lesado pelas chances sérias e reais que ele possuía e que foram descartadas ou diminuídas pela conduta ilícita do agente lesante.

Todavia, ressalte-se que a teoria da perda de uma chance não deve ser utilizada como subterfúgio às regras da responsabilidade civil que impõem a comprovação do nexo de

causalidade, mas sim com a estrita observância dos pressupostos para a sua aplicação, que foram explicitados neste trabalho, sob pena de criação de um quadro de desordem e de enriquecimento ilícito. Portanto, acompanha-se, em parte, a doutrina majoritária francesa. Como demonstrado no segundo capítulo, na França predomina o entendimento de que a indemnização com base na teoria da perda de uma chance se dá graças a uma classificação do dano como de natureza autónoma.

No que tange à seara médica, para a maioria dos autores franceses, os danos referentes à perda da chance de cura ou de sobrevivência devem ser reparados e compensados por meio do regime tradicional do tudo ou nada. Ou seja, para essa corrente, se não comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a conduta, nada deverá receber o sujeito lesado.

Outras vertentes surgiram no âmbito francês em sentido contrário, de modo a defender que na seara médica a reparação de danos fundados na perda de uma oportunidade devem ser indemnizados com alicerce no conceito de causalidade parcial.

Por derradeiro, tem-se que em Portugal, qualquer dos núcleos de aplicação da teoria da perda de uma chance, tanto faz se diz respeito à perda da chance de um ganho ou à perda de uma chance processual, bem como à perda de uma chance de cura ou sobrevivência, caracterizam um dano de natureza autónoma, certa e emergente e de legítima aplicação como fundamento da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. ISBN 978-85-85572-93-8.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN: 978-972-40-3716-5.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-3250-4.
- BARROS, Aline Vasconcelos. *A Teoria da perda de uma chance como instrumento de tutela do paciente lesado por erro médico*. Trabalho da unidade curricular: novos desafios em sede de tutela geral da personalidade jurídica. Doutoramento da Universidade Autónoma de Lisboa, 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2007. Volume I. ISBN: 978- 972-32-1462-8.
- CASTANHEIRA, Sérgio. *Portugal: Uma chance perdida*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2119-0.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. ISBN 978-85-224-5637-6.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral – Tomo III Pessoas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN: 978-972-40-3102-6.
- COSTA, Patrícia Cordeiro da. *Causalidade, Dano e Prova: A incerteza na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6134-4.
- FERREIRA, Durval. *Dano da perda de chance: Responsabilidade civil: Pelo que não se fez ou se fez mal com perda de oportunidade duma vantagem*. 2. ed. Porto: Vida Económica, 2017. ISBN 978-989-768-393-0.
- FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*. Coimbra: Coimbra, 2011. ISBN 978-972-32-1943-2.

- GODINHO, Inês Fernandes. Problemas jurídico-penais em torno da vida humana. In: *O Sentido e o Conteúdo do bem jurídico vida humana*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN: 978-972-32-2028-5.
- GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de chance. In: *Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Volume XIX, Tomo II. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 1998. ISSN 0871-0336.
- GONZÁLEZ, José Alberto. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2009. ISBN 978-972-724-452-2.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Direito das Obrigações*:: Introdução, da constituição das obrigações. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009. Volume I. ISBN 978-972-40-3858-2.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*: Introdução, da constituição das obrigações. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2018. Volume I. ISBN 978-972-40-7347-7.
- MATOS, Filipe Albuquerque. A compensação dos danos não patrimoniais no Código Civil de 1966. In: *Responsabilidade Civil: cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2017. ISBN 978-989-8787-92-7.
- MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil. *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Gráfica de Coimbra. Separata do volume XXVIII (Abril 1985).
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. ISBN 978-85-62027-04-8.
- NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*. 19. ed. Lisboa: Ediforum, 2016. ISBN 978-989-8438-14-0.
- PEDRO, Rute Teixeira. *A Responsabilidade Civil do Médico*: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado. Coimbra: Coimbra, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3.

PEREIRA, Rui Soares. *A Responsabilidade por danos não patrimoniais do incumprimento das obrigações no Direito Civil português*. Coimbra: Coimbra, 2009. ISBN 978-972-32-1743-8.

ROCHA, Francisco Cesar Asfor. A Teoria da perda de uma chance e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Doutrina*: edição comemorativa, 30 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019. ISBN 978-85-7248-199-1.

ROCHA, Nuno Santos. *A perda de chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-5443-8.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O dano moral na dispensa do empregado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9289-5.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7230-7.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7536-0. [VitalSource Bookshelf version]. Retrieved from vbk://9788522475360.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

FONTES DOCUMENTAIS

Legislação

BRASIL, *Código Civil*: Lei nº 10.406/02, de 10 de janeiro. [Em linha] [Consult. 12 Agosto 2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*: Decreto-Lei nº 5.452/43, de 1º de maio. [Em linha] [Consult. 28 Maio 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

PORTUGAL. *Código Civil*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN: 978-972-40-7167-1.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6867-1.

PORTUGAL. *Convenção de Oviedo ratificada pela Resolução nº 1/2001 da Assembleia da República*. [Em linha] [Consult. 24 Abr. 2019]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/235128/details/maximized>.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal de Justiça

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 6669/11.3TBVNG.S1*. Relator: Gabriel Catarino. DJ.: 7.3.2017. [Em linha]. [Consult. 14 Abr 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d6c49e6fd3e66825802580dc00577556?OpenDocument&Highlight=0,6669%2F11.3TBVNG.S1>.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 2581/16.8T8LRA.C2.S1*. Relator: Bernardo Domingos. DJ.: 25.0.2018. [Em linha]. [Consult. 22 Fev. 2020]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2699ca083f701560802583310051fc9a?OpenDocument>.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 175/05.2TBPSR.E2.S1*. Relator: Lopes do Rego. DJ.: 10.11.2016 [Em linha]. [Consult. 18 Jul. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/838f901c99971886802580680059022e?OpenDocument>.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 6720/14.5T8LRS.L2.S2*. Relator: Rosa Tching. DJ.: 30.5.2019. [Em linha]. [Consult. 04 Set. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bba47300ff2f03f28025840a004e3a08?OpenDocument&Highlight=0,DOCTRINA,CAUSALIDADE,ADEQUADA>.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 7053/12.7TBVNG.P1.S1*. Relator: Maria da Graça Trigo. DJ.: 22.3.2018. [Em linha]. [Consult. 17 Jan. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/988c851558ed0ab88025825800550bef?OpenDocument>.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 07A1187/JSTJ000*. Relator: Alves Velho. DJ.: 25.5.2007. [Em linha]. [Consult. 04 Set 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/08eeb783bff6511b802572e5003b48f6?OpenDocument>.

PORTUGAL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ-PT. *Acórdão 07A138* Relator: Borges Soeiro. DJ.: 6.3.2007. [Em linha]. [Consult. 04 Set 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a4496c5390b5c4580257297003cc935?OpenDocument>.

Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp 1079185/MG*. Relator: Nancy Andrighi. DJ.: 14.8.2009. [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271079185%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271079185%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271079185%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271079185%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *AgInt no REsp 1577177/AC*. Relator: Assusete Magalhães. DJ.: 28.6.2017 [Em linha]. [Consult. 14 Abr 2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp 1662338/SP*. Relator: Nancy Andrighi. DJ.; 12.12.2017 [Em linha]. [Consult. 05 Mai. 2019]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp 1750233/SP*. Relator: Nancy Andrighi. DJ.: 8.2.2019. [Em linha]. [Consult. 07 Out. 2019] Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp 1757936/SP*. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ.: 28 de agosto de 2019 [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp 1190180/RS*. Relator: Luís Felipe Salomão. DJ.: 22.11.2010 [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271190180%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271190180%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271190180%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271190180%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1540153/RS*. Relator: Luís Felipe Salomão. DJ.: 17.4.2018 [Em linha]. [Consult. 16 Out. 2019]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271540153%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271540153%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271540153%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271540153%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *REsp 1291247/RJ*. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. DJ.: 1.10.2014 [Em linha]. [Consult. 19 Set. 2019]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>.

Outros Órgãos

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - TRT. *Acórdão 0001315-87.2010.5.14.0005*. Relator: Elana Cardoso Lopes. Órgão Julgador: TRT 14^a Região. DJ.: 6.4.2011. [Em linha]. [Consult. 22 Fev. 2020]. Disponível em: https://appserver.trt14.jus.br/pesquisa/down.php?q=db/10.14.1.108/INDEX_ACORSENT MONO_GSA_SAP2/azE9MiwxOTc3NTMx.