

PVP: 18 €
ISSN 0873-4372
ISBN 978-972-40-4833-8

O DIREITO

O DIREITO

ANO
144.º
2012

DIRETOR: JORGE MIRANDA

FUNDADORES

António Alves da Fonseca, José Luciano de Castro

ANTIGOS DIRETORES

José Luciano de Castro, António Baptista de Sousa (Visconde de Carnaxide),
Fernando Martins de Carvalho, Marcello Caetano, Inocêncio Galvão Telles

Culminando as inquietações de que a Revista O Direito deu conta no seu Editorial para 2011, agudizou-se a situação orçamental e sócio-económica do País. Após vicissitudes políticas nem sempre exemplares, o País viu-se constringido a pedir ajuda externa, pela impossibilidade de, junto dos mercados, assegurar o refinanciamento da sua incombustível dívida externa.

As consequências são conhecidas. O Governo foi obrigado a negociar com os representantes do Fundo Monetário Internacional, do Banco Central Europeu e da Comissão Europeia (a denominada Troika) um memorando que, em troca do necessário auxílio, envolvia o País num caminho de austeridade orçamental e de algumas reformas estruturais.

A Revista O Direito já ultrapassou, nos últimos cento e cinquenta anos, diversas conjunturas. A atual é mais uma; particularmente injusta, embora bem presente. Esta Revista irá, por isso, manter a sua função: a de, na teia da insondável complexidade legislativa comunitária e internacional, submeter os novos e os velhos problemas ao crivo da Ciência do Direito e dos valores humanos que, por definição, ela representa.

ISBN: 978-972-40-4833-8



0 780724 068338

ALMEDINA

2012
I

ARTIGOS DOUTRINAIS

António Menezes Cordeiro, *A equidade como fonte de Direito*
Rui Cardona Ferreira, *A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*

Ivo Miguel Barroso, *Anteprojecto de Lei da união civil registada*
Airton Guilherme Berger Filho / Gustavo Oliveira Vieira, *O Direito internacional e a governança dos riscos ambientais das nanotecnologias*
Beatriz Costa Siqueira / Hélio Sílvio Ourém Campos, *Ministério Público Federal Local versus Ministério Público Federal Regional: um esforço de integração e de efetividade no processo – ou a relação processual como uma obrigação de resultado*

Madalena Perestrelo de Oliveira, *Participação negligente: esferas de competência como critério de imputação objetiva*
Tiago Viana Barra, *Breves considerações sobre responsabilidade e tutela dos direitos fundamentais*

RESENHA DE JURISPRUDÊNCIA

Jorge Miranda, *O Tribunal Constitucional em 2011*



ALMEDINA

Repare-se que estes vetores se aplicam quer aos âmbitos substantivos, quer aos processuais. Por certo que em ambos os domínios há princípios que o julgador não pode ignorar, quando decida *ex aequo et bono*, sob pena de incorrer em arbítrio. Mas, por outro lado, os dois comportam aspetos de que as partes, através da cláusula de arbitragem, podem dispor⁷⁷. Não parece satisfatório definir equidade como “justiça do caso concreto” ou equivalente, se, com isso, se pretende abdicar de o Direito e da sua Ciência. Como o caso concreto não é juiz de si próprio, ou se cai no arbítrio ou se assiste a uma decisão baseada em razões ignotas e, logo, não científicas.

II. Caso a caso e norma a norma será, pois, necessário proceder a uma análise sobre o crivo da equidade. Em abstrato, podemos considerar a equidade como um modo de aplicação do Direito, através da sua Ciência, com um esbatimento dos seus aspetos mais formais.

A equidade pode, teoricamente, filtrar a realização de qualquer fonte: da lei, do costume, dos usos ou da jurisprudência, como exemplos. Todos têm a sua aplicação, mas “atenuada” pela lente da equidade.

Tecnicamente, não é uma fonte: antes um modo de realizar o Direito, cujo tratamento é oportuno, em sede de fontes.

A perda de chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática

MESTRE RUI CARDONA FERREIRA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A perda de chance nos Direitos francês e italiano: 2.1. O Direito francês: 2.1.1. Em geral; 2.1.2. Na responsabilidade civil por ato médico; 2.1.3. Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil; 2.2. O Direito italiano: 2.2.1. Em geral; 2.2.2. Na responsabilidade civil por ato médico; 2.2.3. Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil. 3. Apreciação crítica e perspectivas de ordenação sistemática: 3.1. Balanço provisório e insuficiência do enquadramento tradicional da perda de chance; 3.2. Propostas alternativas de enquadramento dogmático: 3.2.1. A conceção estritamente normativa da perda de chance; 3.2.2. A teoria da causalidade ou autoria alternativa. 4. Conclusão

1. Introdução

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) evidencia com clareza a atualidade e a relevância prática do tema da indemnização pela perda de *chance*.

Assim, no acórdão de 29.04.2010 (proc. n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1), num caso de responsabilidade civil profissional no exercício do mandato forense, o STJ concluiu que «(...) a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva». Já no acórdão de 28.09.2010 (proc. n.º 171/02), num caso semelhante, foi reconhecido ao cliente lesado o direito a indemnização em resultado da não apresentação tempestiva de contestação, sem que o tribunal tenha aferido do grau de probabilidade de êxito da posição a sustentar na ação em causa pelo cliente lesado. Menos de um mês depois, todavia, através do acórdão proferido em 26.10.2010 (proc. n.º 1410/04), o STJ veio afirmar, em linha com a doutrina dominante e a jurisprudência anterior, o carácter excecional da indemnização pela perda de *chance* e recusou a indemnização que, com esse

⁷⁷ Não é outra a conclusão que se retira da anotação de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA a STJ 15-jan.-1987 (GÓIS PINHEIRO), O Direito 120 (1988), 561-566, 566-578 (p. ex., 574).

fundamento, era pretendida noutro caso de responsabilidade civil profissional no exercício do mandato forense. Finalmente, através do aresto tirado em 10.03.2011 (proc. n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1), também num caso semelhante, o mesmo STJ entendeu que «a chance, quando credível, é portadora de um valor de per se, sendo a respetiva perda passível de indemnização, nomeadamente quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram».

No acórdão de 16.12.2010 (proc. n.º 4948/07), por sua vez, foi atribuída ao lesado uma indemnização pela perda de *chance* de auferimento de rendimentos profissionais em virtude de acidente de viação, sendo que o lesado não se encontrava a desempenhar qualquer atividade profissional regular à data do acidente, nem foi demonstrado que viria a ser admitido a prestar trabalho se o acidente não tivesse ocorrido.

Já no domínio da responsabilidade civil por ato médico, um dos domínios de aplicação em que a figura da perda de *chance* encontra acolhimento noutros Direitos europeus, o STJ tem, todavia, recusado o direito dos pacientes lesados a serem indemnizados com base na perda de *chance* – cf. acórdão de 15.10.2009 (proc. n.º 08B1800), ainda que com dois votos de vencido, e de 22.10.2009 (proc. n.º 409/09).

Estas decisões, com fundamentos não evidentes e sentidos por vezes contraditórios, reclamam um olhar mais atento e um esforço de enquadramento dogmático que possa contribuir para a previsibilidade na aplicação do Direito pelos nossos tribunais.

Embora originariamente próximo do Direito francês de matriz napoleónica, o Direito civil português, aproximou-se, como é sabido, do Direito privado alemão através do Código Civil de 1966, instituindo, nomeadamente, um sistema de responsabilidade civil alinhado, em larga medida, com o sistema do BGB. Um contributo, desejavelmente útil, para a discussão em Portugal do tema da perda de *chance* e do respetivo enquadramento dogmático deve, assim, tomar em linha de conta os dados existentes noutros Direitos continentais – e, em especial, nos Direitos francês e italiano, onde a figura da perda de *chance* tem logrado obter maiores desenvolvimentos –, mas não pode prescindir de uma análise crítica, acompanhando também a reflexão da doutrina germânica.

Neste artigo, apresentamos uma síntese desse percurso de investigação¹, tendo em vista, tanto quanto possível, identificar uma explicação ou um modo de enquadramento dogmático da perda de *chance* compatível com os dados do nosso ordenamento jurídico.

¹ Com maiores desenvolvimentos, mas tendo especialmente em vista os casos de indemnização pela perda de *chance* no domínio da contratação pública, pode ver-se a nossa dissertação *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, *passim*.

2. A perda de *chance* nos Direitos francês e italiano

2.1. O Direito francês

2.1.1. Em geral

A origem da figura da perda de *chance* remonta ao acórdão tirado pela *Cour de cassation* em 17 de julho de 1889, no qual foi concedido provimento a um pedido de indemnização pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e, por conseguinte, de obtenção de ganho de causa².

Desde esse acórdão, o mesmo Tribunal superior vem confirmando regularmente a respetiva doutrina e admitindo a indemnização do dano de perda de *chance*, em particular nos casos de responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário. Está em causa, fundamentalmente, a ideia de que a falta cometida pelo advogado ou consultor que resulte na perda da *hipótese* ou *possibilidade* de conservação ou satisfação dos direitos do respetivo cliente constitui um dano indemnizável. O mesmo racional foi, porém, paulatinamente alargado aos mais diversos domínios de aplicação, tendo a jurisprudência francesa admitido que a indemnização pela perda de *chance* tenha lugar em contextos tão diversos como os jogos de fortuna ou azar, competições desportivas, a progressão na carreira profissional, o desenvolvimento de atividade científica ou comercial e o acesso a determinadas funções³.

Entre os domínios de aplicação desta teoria aceites pela jurisprudência civil francesa encontram-se ainda os casos de perda da *chance* de celebração de um contrato ou da respetiva execução – e, conseqüentemente, de auferir os ganhos respetivos –, designadamente nas situações de *ruptura de negociações*⁴.

² Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil – Les Conditions de la Responsabilité*, 3.ª ed., Paris, 2006, 91, e YVES CHARTIER, *La Réparation du Préjudice dans la Responsabilité Civile*, Paris, 1983, 33.

³ Sobre o perfil e os vários domínios de aplicação da perda de *chance*, vide HENRI MAZEAUD/LÉON MAZEAUD/ANDRÉ TUNC, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, tomo I, 6.ª ed., Paris, 1965, 272 ss., BORIS STARCK, *Droit Civil – Obligations*, Paris, 1972, 51-53, FRANÇOIS CHABAS, *Responsabilité Civile et Responsabilité Pénale*, Paris, 1975, 29 ss., YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., 32-49, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil – 4 – Les Obligations*, 18.ª ed., Paris, 1994, 334 e 342 ss., JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT, *Les Obligations – 2 – Le Fait Juridique*, 8.ª ed., Paris, 1999, 125-127, ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil – Les Obligations*, 3.ª ed., Paris, 1980, 678 ss., PHILIPPE LE TOURNEAU/LOÏC CADIET, *Droit de la Responsabilité*, Paris, 1998, 214, e GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil...*, cit., 91-96.

⁴ Referindo que a responsabilidade civil pela ruptura de negociações é considerada, em França, de natureza delitual, admitindo-se, nesse contexto, a indemnização da perda de *chance* de celebração do contrato, vide PHILIPPE LE TOURNEAU/LOÏC CADIET, *Droit de la Responsabilité*, cit., 86-87. Conforme dão nota, todavia, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, se a jurisprudência tendia, tradicionalmente, a

Constata-se, pois, que a jurisprudência francesa aceita a aplicação da noção de perda de *chance* de forma muito ampla. Como referem Geneviève Viney/Patrice Jourdan, aquela noção tem encontrado, em França, campo fértil, quer na área da responsabilidade delitual, quer na da responsabilidade obrigacional, tendo como pressuposto o desaparecimento da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou de uma vantagem: a jurisprudência tende a vislumbrar aí um dano *direto* e *certo*, embora admitindo que, *por definição, a realização de uma chance nunca é certa*⁵. Também Yves Chartier assinala, aliás, que «*não há limites de princípio, nem domínio reservado*» à aplicação da perda de *chance*⁶.

Não obstante a larga projeção da figura da perda de *chance* na jurisprudência dos tribunais franceses, para que a respetiva indemnização seja admitida não deixam aqueles de impor determinados requisitos. Com efeito, para além da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, incluindo a existência do dano e de um nexo de causalidade entre o facto lesivo e o dano, exige-se que a *chance* a indemnizar seja *real* e *séria*.

Assim, para que a perda de *chance* seja indemnizável, não basta a constatação da prévia existência, numa qualquer medida, da oportunidade ou da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou vantagem por parte do lesado, em face do circunstancialismo concretamente existente, que tenham sido destruídas em resultado do facto lesivo ocorrido. Para tal, é ainda necessário que a concretização da *chance* se apresente com um grau de probabilidade ou verosimilhança razoável e não com carácter meramente hipotético.

De outra forma, a perda de *chance* não se apresenta, segundo a jurisprudência francesa e a doutrina dominantes, revestida da *certeza* que é condição da indemnizabilidade do dano⁷. Daí a necessidade de verificar se a *chance* é real e séria, o que não é senão, como assinala Yves Chartier, «*(...) uma outra forma de exprimir que o evento tornado impossível era provável*»⁸. Nessa *probabilidade* de ocorrência do evento final reside a *certeza* de que depende, em geral, a indemnizabilidade do dano,

reconhecer neste domínio a indemnização pela perda de *chance*, além das despesas inúteis incorridas no decurso das negociações, a *Chambre commerciale* parece hoje ter abandonado essa orientação, recusando a indemnização pela perda de *chance* de conclusão do contrato negociado (cf. *Traité de Droit Civil...*, cit., 93-94 e nota 439).

⁵ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., 96. Conforme aí dão nota as Autoras, a *facilidade* com que a jurisprudência francesa tem recorrido à figura da perda de *chance* induziu, aliás, um efeito perverso ou abusivo, verificando-se, por vezes, a atribuição de uma indemnização *parcial* quando esta deveria ter sido atribuída *integralmente*, por referência à perda do objeto ou do bem sobre o qual incidia a *chance* e não à perda da *chance* em si mesma.

⁶ In *La Réparation...*, cit., 50.

⁷ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., 99.

⁸ In *La Réparation...*, cit., 50.

quando nos situemos no domínio da perda de *chance*. Por outras palavras, a *certeza* do dano indemnizável é aqui *degradada* em mera probabilidade de ocorrência do resultado a que a *chance* se refere.

Tal orientação não é, contudo, inteiramente uniforme. A questão tem sido discutida, fundamentalmente, a respeito da responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário e que, como referimos acima, está historicamente na génese da figura da perda de *chance*. Embora a jurisprudência dominante exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na ação perdida (ou não proposta) – o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa respetiva –, sob pena de não se considerar verificada a *certeza* do dano, outra corrente jurisprudencial tem concedido a indemnização ao lesado independentemente desse circunstancialismo, invocando que nenhuma ação judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte⁹.

De acordo com esta segunda linha de orientação, o baixo grau de probabilidade de obtenção de uma decisão judicial favorável na ação primitiva não impede a atribuição de uma indemnização ao cliente lesado, mas apenas influi no respetivo *quantum* indemnizatório. Parece ser também esta a posição considerada preferível por Geneviève Viney/Patrice Jourdan, admitindo que haja lugar a indemnização sempre que a improcedência da ação primitiva não fosse certa e reconhecendo que a condenação no pagamento da indemnização teria aqui, pelo menos, «*(...) uma função de pena privada que pode ser útil*»¹⁰.

Já no que toca à fixação do montante da indemnização, é normalmente afirmado que a perda de *chance* apenas dá lugar a uma indemnização *parcial*. Com isso, pretende-se assinalar que a indemnização corresponde unicamente a uma fração do valor que corresponderia à destruição do próprio bem ou vantagem que deixou de concretizar-se em resultado da perda de *chance*¹¹.

Do ponto de vista dogmático, porém, a doutrina francesa assinala que não estamos perante nenhuma exceção ao princípio da reparação integral, mas que a redução em causa evidencia a perda de *chance* como *dano específico e autónomo por referência ao dano final*¹². No entanto, quando se trata de determinar o montante efetivo da indemnização, a mesma doutrina não deixa de reconhecer que aquele

⁹ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., 99-100.

¹⁰ *Ibidem*, 100.

¹¹ Como refere FRANÇOIS CHABAS, «*a própria perda de chance, desde que não se trate de um prejuízo hipotético, é um prejuízo reparável, mas que, por força da ilea, dá direito a uma indemnização por danos de montante inferior ao que seria devido pela perda do direito já adquirido*» – in *Responsabilité Civile...*, cit., 30.

¹² Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., 102.

há de tomar como referência o valor do dano final e refletir, depois, a fração correspondente ao grau de probabilidade de realização da *chance* perdida¹³.

Assim, mesmo ao abrigo da orientação minoritária acima descrita, segundo a qual o grau de probabilidade ou a *seriedade* da *chance* não constituem um pressuposto da própria obrigação de indemnizar, o desencadeamento da responsabilidade civil pela perda de *chance* pressupõe sempre, em primeiro lugar, a prova da ocorrência do próprio dano final e, depois, a avaliação pelo juiz, em face dos elementos carreados para o processo, desse mesmo grau de probabilidade, que mais não seja para determinar o *quantum* indemnizatório¹⁴.

2.1.2. Na responsabilidade civil por ato médico

Uma das matérias em que a figura em causa alcançou particular desenvolvimento na jurisprudência francesa, a partir de meados da década de 60 do século passado, é o da perda de *chance de recuperação ou sobrevivência*, no domínio da responsabilidade civil por ato médico, seja dos próprios profissionais de saúde, seja dos respetivos estabelecimentos hospitalares¹⁵. O recurso à perda de *chance*, como instrumento *conscientemente* empregue na superação das dificuldades postas, em tal domínio, pelas exigências de prova do nexos de causalidade, surge, historicamente, através de um aresto tirado pela *cour d'appel* de Grenoble, em 24 de outubro de 1961, num caso em que estava em causa a falta de diagnóstico oportuno de uma fratura já evidenciada em anterior exame radiológico, com conseqüente agravamento do estado de saúde do paciente¹⁶. Alguns anos mais tarde, é a própria *Cour de cassation* que vem a sancionar tal doutrina, através de um acórdão tirado em 14 de dezembro de 1965, a que se seguiram diversos outros arestos, versando também casos de negligência médica e mantendo, desde então, uma corrente jurisprudencial que consagrou a indemnização pela perda de *chance de recuperação ou sobrevivência*¹⁷.

Estão em causa situações em que, na sequência de erros de diagnóstico ou de falhas no tratamento prescrito, o doente vem a falecer ou o respetivo estado de saúde se agrava ou se prolonga, quando, não fora a falta cometida, a morte ou o agravamento da doença talvez pudessem ter sido impedidos ou o doente tivesse mesmo recuperado do mal de que padecia. Às situações de erro de diagnóstico

¹³ *Ibidem*, 103.

¹⁴ Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., 51-52.

¹⁵ Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., 35 ss.

¹⁶ Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., 229.

¹⁷ *Ibidem*, 230 e nota 185.

ou falha no tratamento prescrito têm sido ainda equiparadas, nalguma medida, as situações de violação do dever de informação do paciente sobre os riscos da terapia a adotar ou de uma intervenção cirúrgica.

Uma incursão na doutrina francesa, em torno deste último domínio da responsabilidade civil, permite identificar quatro posições diferentes, a saber:

a) Uma posição mais conservadora ou tradicional, segundo a qual estaria em causa uma aplicação espúria da perda de *chance*, que não prescinde da existência de um dano autónomo impossível de descortinar em tal domínio¹⁸;

b) Uma segunda posição, de acordo com a qual não se registam diferenças substanciais entre este domínio de aplicação da perda de *chance* e qualquer outro, mas em que o recurso à figura resulta aí numa diminuição da indemnização (integral) que deveria ser atribuída ao lesado com fundamento no risco ilicitamente criado¹⁹;

c) Uma terceira posição, que sustenta uma perspectiva unívoca da perda de *chance*, como dano autónomo, e a sua aplicação indiferenciada nos mais diversos domínios²⁰;

d) Finalmente, a perspectiva de que a perda de *chance* não apresenta qualquer especialidade no contexto da responsabilidade civil por ato médico, mas consti-

¹⁸ SAVATIER, por exemplo, considerou estar-se aqui, verdadeiramente, perante um *sofisma*, por via do qual o juiz confunde a sua *incerteza* ou *perplexidade*, quanto à verificação do nexos de causalidade, com um cálculo de probabilidades arbitrariamente definido, quando deveria haver lugar a indemnização apenas perante a demonstração de que o dano (final) não se teria produzido na ausência da falta verificada (cf. *La Théorie des Obligations en Droit Privé Économique*, 4.^a ed., Paris, 1979, 304). Também JEAN PENNEAU refere que «(...) se trata de artifício puramente verbal através do qual se pretende resolver, no plano do prejuízo, um problema que, pela sua verdadeira natureza, é um problema de causalidade», sustentando que há uma diferença essencial entre a generalidade dos casos em que a jurisprudência faz uso da teoria da perda de *chance* e os casos de responsabilidade civil por diagnóstico ou intervenção clínica deficientes ou ainda por violação do dever de informação do paciente quanto aos respetivos riscos (cf. *La Responsabilité du Médecin*, Paris, 1992, 31). JEAN CARBONNIER veio, igualmente, sufragar estas críticas (cf. *Droit Civil...*, cit., 343).

¹⁹ Assim, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., 231. A crítica de GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN coloca-se, todavia, da perspectiva oposta à que descrevemos na nota anterior, entendendo as Autoras que a perda de *chance* não constitui instrumento idóneo para o estabelecimento da responsabilidade civil por ato médico, mas apenas por implicar uma redução da indemnização correspondente ao dano concretamente ocorrido, em termos algo arbitrários ou aleatórios (*ibidem*, 232-233 e 236).

²⁰ Neste sentido, YVES CHARTIER sustenta que, também neste domínio, o dano a considerar é, efetivamente, «(...) constituído pela própria perda de chance: é por isso que, aliás, como em todas as hipóteses de ressarcimento de uma perda de chance, a indemnização não poderá representar senão uma fração do que seria devido se o médico ou o cirurgião tivesse sido responsável pelo próprio estado da vítima» (in *La Réparation...*, cit., 38-39).

tui, em todas as suas manifestações, expressão de uma ideia de *causalidade parcial* e não um verdadeiro dano autónomo²¹.

Esta diversidade de entendimentos – que constitui uma brecha na habitualmente divulgada *consensualidade* da perda de *chance* no Direito francês – denota bem a complexidade e as incertezas a respeito deste tema.

2.1.3. *Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil*

A problemática da perda de *chance* prende-se, em França, com o requisito da *certeza* do dano, que é tradicionalmente afirmado na doutrina. Como refere Yves Chartier, essa ideia de *certeza* do dano retira o seu fundamento do próprio *bom senso*, dado que, de outra forma, poderia enriquecer-se, sem causa, o suposto lesado²². O dano meramente *eventual* ou *hipotético* não é, portanto, indemnizável.

A figura da perda de *chance* permite, assim, assegurar ao lesado *alguma* indemnização, quando a verificação do dano final se apresenta aleatória, mas é ainda possível constatar uma probabilidade *séria* da respetiva ocorrência. É que, perante essa margem de aleatoriedade, o dano final não pode considerar-se *certo* e mesmo uma indemnização parcial que, assumidamente, se lhe referisse, brigaria com outro princípio normalmente afirmado no Direito francês da responsabilidade civil, qual seja o da *reparação integral*²³.

No entanto, a certeza do dano de perda de *chance* apresenta-se como uma certeza *relativa* ou de *segundo grau*²⁴, dado que, por natureza, é impossível saber

²¹ Dando voz a esta última perspetiva, encontra-se JACQUES BORÉ, segundo o qual o correto entendimento do mecanismo da perda de *chance* não passaria pela *deteção* de um dano autónomo e distinto do dano final, mas pela revisão da estrutura a adotar a respeito da relação de causalidade entre o facto lesivo e o (único) dano verificado: «(...) a justificação do ressarcimento da perda de chance não é possível senão segundo uma conceção de causalidade que, tendo em conta a complexidade do real, reconheça, na produção dos fenómenos, a combinação da lei causal e da lei aleatória» (cf. «L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait donumageable», in *Juris-Classeur Périodique*, 1974, I, 2620, n.º 23). Em sentido próximo, pronunciou-se, mais recentemente, FRÉDÉRIC DES-COPRS DECLÈRE (cf. «La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin», in *Recueil Dalloz*, 2005, n.º 11, 742-748).

²² Cf. *La Réparation...*, cit., 21.

²³ Referindo-se a este princípio, vide GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., 82, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil, 4/ Les Obligations*, 18.ª ed., 1994, 447-448, PHILIPPE CONTE/PATRICK MAISTRE DU CHAMBON, *La Responsabilité Civile Délictuelle*, Grenoble, 1991, 23-25.

²⁴ Cf. YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., 22.

se, não tendo a *chance* sido *perdida* ou *destruída*, a vantagem prosseguida teria sido alcançada ou a perda evitada²⁵.

A autonomia da perda de *chance* em face do dano final, não é, aliás, inquestionável. Com efeito, tal autonomia não pode deixar de ser posta em causa a partir do momento em que se constata que a indemnizabilidade da perda de *chance* assenta, numa dupla perspetiva, na *probabilidade* de verificação do dano final. É que, como assinala ainda Yves Chartier, «(...) é o próprio grau de probabilidade da chance perdida invocada que, do mesmo passo, justifica a reparação e determina a fração do ganho esperado, ou da perda que não tenha sido possível evitar, a indemnizar»²⁶.

A propalada autonomia da perda de *chance* só aparece evidenciada, de forma congruente, quando se sustente que a sua indemnizabilidade e o *quantum* indemnizatório são relativamente indiferentes ao grau de probabilidade de concretização da *chance*. Nesse enquadramento, o único pressuposto é a existência de *alguma* – ou *qualquer* – *chance* e basta, portanto, a respetiva perda para que o lesado tenha direito a ser indemnizado, desde que se encontrem verificados os restantes pressupostos da responsabilidade civil.

Já na perspetiva do Direito positivo, o surgimento e a expansão da perda de *chance*, no Direito francês, enquanto dano patrimonial, emergente e autónomo, não podem ser dissociados da circunstância de o *Code Civil* ter consagrado uma cláusula aberta em matéria de responsabilidade civil delitual, assente na noção de *faute* (cf. artigo 1382.º do *Code Civil*). Por isso, tal conceção pode ser dificilmente transponível, pelo menos com a amplitude com que é admitida em França, para sistemas de responsabilidade civil que, como o nosso, tendam a restringir, segundo a orientação dominante, a responsabilidade civil delitual à violação culposa de direitos absolutos ou de disposições legais que tenham por finalidade a proteção de outrem.

Ainda na perspetiva do Direito positivo, o sistema francês de responsabilidade civil é também marcado, no plano da causalidade, pela redação do artigo 1151.º do *Code Civil*, que adota uma fórmula de sentido impreciso. Na verdade, a fórmula desse preceito legal não parece ter um conteúdo preceptivo e tende a ser entendida, fundamentalmente, numa aceção *negativa*, tendo em vista o repúdio

²⁵ Também PHILIPPE CONTE/PATRICK MAISTRE DU CHAMBON assinalam que «(...) a perda de chance apresenta-se como um prejuízo certo, na medida em que o ganho esperado se encontra definitivamente perdido. Mas é igualmente um prejuízo eventual, porque nada garante que o lesado, na hipótese de evolução normal dos acontecimentos, teria obtido o ganho frustrado» – in *La Responsabilité Civile...*, cit., 41.

²⁶ In *La Réparation...*, cit., 32. Sublinhando o mesmo aspeto, vide ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil...*, cit., 680.

das consequências decorrentes de uma aplicação linear e cega da teoria da *conditio sine qua non*²⁷.

A isto acresce que, no plano doutrinário e dogmático, *grassa* entre os autores franceses um desalento generalizado quanto à viabilidade e à utilidade de uma teoria da causalidade, constatando-se uma tendência para remeter as questões de fronteira ou mais complexas para o domínio da apreciação da prova. Jean Carbonnier observa, aliás, que «(...) a jurisprudência parece decidir sobretudo empiricamente (...)», recusando a verificação do nexo de causalidade quando esta se apresenta demasiado *lassa* ou demasiado *extraordinária*, mas reduzindo o nível de exigência quando a falta cometida se revista de maior gravidade²⁸. Por isso, refere ainda este Autor que «(...) dá-se uma ideia bastante precisa da jurisprudência, se se disser que ela se serve de uma causalidade moral mais do que material»²⁹.

Pode, portanto, concluir-se que a configuração da perda de *chance*, enquanto dano autónomo, encontra um campo particularmente fértil no sistema de responsabilidade civil francês, em face quer da amplitude da noção de *faute*, quer da reduzida apetência para a *prospecção* de construções alternativas, que situem a perda de *chance* no plano da causalidade. Mesmo em França, porém, os precisos contornos dogmáticos da perda de *chance* constituem objeto de controvérsia, em especial na responsabilidade civil por ato médico.

2.2. O Direito italiano

2.2.1. Em geral

A teoria da perda de *chance* foi acolhida em Itália, na vigência do *Codice Civile*, de 1942, beneficiando da proximidade geográfica e cultural com a França e da semelhança, nalguns aspetos importantes, entre os respetivos códigos civis. Tal como em França, o surgimento – *rectius*, a receção – e o desenvolvimento desta teoria fez-se, fundamentalmente, por via jurisprudencial, num percurso iniciado

²⁷ Neste sentido, cf. SAVATIER, *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, Paris, 1939, tomo II, 95-96, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., 192, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil...*, cit., 334-335. Também no sentido de que a exigência de uma relação *imediate e direta* se limita a reclamar um nexo *suficiente* de causalidade, vide ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil...*, cit., 681.

²⁸ In *Droit Civil...*, cit., 346.

²⁹ *Ibidem*. A referência a uma causalidade *moral* só encontra explicação, em França, em vista de uma certa mobilidade dos pressupostos da responsabilidade civil e da tendência jurisprudencial para atenuar as exigências a respeito da causalidade, quando a conduta ilícita se reveste de considerável gravidade.

há pouco mais de vinte e cinco anos, não obstante a perda de *chance* já aparecer referida nalgumas obras e artigos doutrinários anteriores³⁰.

Importa, aliás, começar por referir que em Itália, tal como em França, não se encontra unanimidade na doutrina quanto ao escorrito enquadramento dogmático da perda de *chance*, constatando-se a existência de uma corrente de pensamento que a concebe como um dano emergente autónomo³¹ e de outra linha de orientação, que projeta a perda de *chance* unicamente no plano da causalidade referente a lucros cessantes ou, mais amplamente, a um dano final cuja verificação não se acha demonstrada, segundo os parâmetros normalmente adotados em matéria de causalidade³².

A conceção da perda de *chance* como lucro cessante mereceu bastantes reservas também na jurisprudência italiana, dada a dificuldade em demonstrar, nesse enquadramento, a verificação de um nexo de causalidade entre o facto ilícito e a *chance* perdida. Embora existam acórdãos admitindo essa qualificação que concedem, ainda assim, uma indemnização ao lesado, a perda de *chance* tem encontrado um caminho mais fácil sob a forma de dano emergente, correspondente à lesão de uma situação jurídica já integrada no património do lesado e traduzida na possibilidade de aquisição da vantagem a que se refere a própria *chance*.

Como marcos fundadores desta segunda orientação, são normalmente referidos dois arestos da secção laboral da *Corte di Cassazione*, que versam sobre procedimentos destinados à admissão ou promoção de trabalhadores que foram

³⁰ Cf. PACCHIONI, *Diritto Civile Italiano IV, Dei delitti e quasi delitti*, Pádua, 1940, 111, BUSNELLI, «Perdita di una “chance” e risarcimento del danno», *Il Foro Italiano*, 1965, e M. BOCCHIOLA, «Perdita di una “chance” e certezza del danno», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976.

³¹ Assim, além de BOCCHIOLA (cf. nota anterior), vide DE CUPIS, «Il risarcimento della perdita di una “chance”», in *Giurisprudenza Italiana*, 1986, I, 1, 1181, FRANCESCO GHISGLIERI, «Risarcimento del danno e perdita di chance», *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* (NGCC), março/abril 1991, 141-142 e 145, MASSIMO FRANZONI, *Il Danno al Patrimonio*, Milão, 1996, 228-229, PIER GIUSEPPE MONATERI, *Le Fonti delle Oblighazioni, 3 – La Responsabilità Civile* (obra inserida no *Trattato di Diritto Civile*, coord. RODOLFO SACCO), Turim, 1998, 283-285, NICOLA MONTICELLI, «La perdita di chance», in *NGCC – Casi Scelti in Tema di Responsabilità Civile* (coord. GUIDO ALPA/GIOVANNA CAPILLI/PIETRO MARIA PUTTI), 2004, 178.

³² Assim, CARLO CASTRONOVO, *La Nuova Responsabilità Civile*, 3.ª ed., Milão, 2006, 545, nota 212, e 761-763. Sustentando a qualificação da perda de *chance* como lucro cessante do interesse negativo, no domínio da responsabilidade pré-contratual, vide ALBERTO SAGNA, *Il Risarcimento del Danno nella Responsabilità Precontrattuale*, Milão, 2004, 138 ss. Sobre o tema, sem tomar posição sobre a configuração dogmática da perda de *chance*, mas dando nota dos termos da controvérsia e das hesitações da jurisprudência, vide AUGUSTO BALDASSARI, *Il Danno Patrimoniale*, Milão, 2001, 177-199, e TOMMASO GUALANO, «Perdita di chance», in *Il Danno Risarcibile* (org. de GIUSEPPE VETTORI), vol. I, Pádua, 2004, 121-190. Ainda sobre o tema da perda de *chance*, nos seus vários domínios de aplicação, e assinalando as diferentes configurações que a figura pode assumir (ora como dano patrimonial, ora como dano não patrimonial), vide DOMENICO CHINDEMI, *Il Danno da Perdita di Chance*, 2.ª ed., Milão, 2010, *passim*.

irregularmente interrompidos (cf. Ac. de 19.11.1983, n.º 6906)³³ ou em que um dado trabalhador é ilícitamente impedido de prosseguir as provas tendentes à respetiva admissão (cf. Ac. de 19.12.1985, n.º 6506)³⁴.

No primeiro caso, a *Corte di Cassazione* entendeu que «(...) o conceito de perda e de lucro [cessante] a que se refere o artigo 1223.º do Codice Civile não abrange somente quantias pecuniárias, mas qualquer utilidade economicamente avaliável (...)», de tal forma que se encontram aí abrangidas as situações às quais se encontre associado um «rendimento provável». De forma perentória, o mesmo aresto esclareceu que «(...) o facto de a situação ser idónea (...) a produzir apenas provavelmente, e não com absoluta certeza, o rendimento com ela relacionado, condiciona não a existência, mas apenas a avaliação do dano ressarcível», sendo que a indemnização se refere «(...) não à perda de um resultado favorável, mas antes à perda da possibilidade de conseguir um resultado útil, possibilidade existente no respetivo património no momento em que [o trabalhador] sofreu o comportamento ilícito da empresa e a lesão do direito».

Assim, considerando que a interrupção injustificada do procedimento destinado à admissão dos trabalhadores violava o artigo 1337.º do *Codice Civile* e que a empresa demandada havia incorrido, portanto, numa situação de culpa in contrahendo, a *Corte di Cassazione* reconheceu o direito daqueles a serem indemnizados pela perda de chance de celebração do contrato de trabalho em causa e admitiu o recurso à equidade, nos termos do artigo 1226.º do mesmo código, com vista à determinação do quantum indemnizatório.

No segundo caso, objeto de aresto tirado pelo mesmo tribunal dois anos mais tarde, a *Corte di Cassazione* reiterou a posição anteriormente expressa, afirmando que estava em causa «(...) um dano certo (ainda que não no seu montante), que consiste não num lucro cessante, mas antes no dano emergente da perda de uma possibilidade atual, não de um resultado futuro (...)».

Este acórdão comporta, porém, duas nuances relativamente ao acórdão anterior. Em primeiro lugar, quanto ao enquadramento normativo da pretensão indemnizatória, a *Corte di Cassazione* não se refere à violação de deveres pré-contratuais ou da boa fé, invocando simplesmente que o caso evidenciava uma «(...) lesão do direito à integridade do próprio património» do lesado, que havia já passado a integrar a chance perdida. Em segundo lugar, a *Corte di Cassazione* veio esclarecer que o ónus da prova da existência da chance, enquanto dano indemnizável, compete ao lesado,

³³ Publicado em *Giustizia Civile*, 1984, I, 1841 ss., com anotação de CAPPAGLI («Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione»).

³⁴ Publicado em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, ano LXXXIV (1986), n.ºs 5-8, 213-219, com anotação de ZENO-ZENCOVICH («Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura»).

nos termos gerais, e que satisfaz esse ónus quem demonstre uma probabilidade de concretização do resultado a que a chance se refere superior a 50%.

No que se refere, finalmente, à determinação do quantum indemnizatório, a *Corte di Cassazione* deixou, também neste segundo acórdão, uma diretriz explícita: o valor da própria chance há de consistir no valor atribuído ao resultado que constitui seu objeto (no caso de espécie, o montante da remuneração que o trabalhador deixou de auferir), reduzido segundo um coeficiente que tenha em conta o grau de probabilidade de obtenção desse mesmo resultado. Subsidiariamente, nos casos em que este critério se revele de aplicação difícil ou incerta, haverá então que recorrer à equidade, nos termos do artigo 1226.º do *Codice Civile*.

Estes dois acórdãos, que traçam o perfil da perda de chance em termos muito semelhantes aos que vimos serem apresentados na jurisprudência e na doutrina francesas dominantes, constituem o início de um já extenso filão na aplicação desta figura, no âmbito dos procedimentos tendentes à admissão ou promoção de trabalhadores por parte das respetivas entidades empregadoras, sejam elas de mão privada ou pública. Na verdade, a secção laboral da *Corte di Cassazione* teve oportunidade de reiterar a sua doutrina sobre esta matéria, num vasto conjunto de decisões, ao longo das últimas duas décadas. Não obstante, alguns acórdãos, para além da clarificação quanto à natureza pré-contratual ou mesmo obrigacional da responsabilidade em causa³⁵, apresentam desenvolvimentos quanto à autonomia e ao modo de determinação da chance indemnizável³⁶.

Apesar da importância do recurso à perda de chance no âmbito dos procedimentos para a contratação ou promoção de trabalhadores, quer pelo número de espécies jurisprudenciais, quer pela riqueza e pela diversidade do seu conteúdo, a figura tem sido adotada, em Itália, nas mais variadas situações de responsabilidade civil, nomeadamente em casos de responsabilidade civil profissional de advogados³⁷.

³⁵ Cf. Acs. de 22.03.1989 (n.º 1441), de 22.07.1995 (n.º 8010) e de 06.06.2006 (n.º 13241).

³⁶ Assim, no acórdão tirado em 13.06.1991 (n.º 6657), a *Corte di Cassazione* salientou que a indemnização pela perda de chance pressupõe a prova da existência de uma possibilidade não desprezível de promoção do trabalhador lesado, mas que a prova do nexo causal, entre o incumprimento por parte do empregador e a lesão da chance, se encontra, via de regra, *in re ipsa*. Segundo este acórdão, o reconhecimento de uma chance indemnizável não depende, ao contrário do entendimento propugnado no acórdão de 19.12.1985 (n.º 6506), de uma probabilidade de êxito do lesado superior a 50%, caso o procedimento tivesse sido conduzido em termos regulares pela entidade empregadora. Para esse efeito, e ainda segundo o referido aresto, é suficiente uma razoável certeza do dano, ou seja, da dita possibilidade não desprezível de êxito no processo seletivo implementado pela entidade empregadora. Em sentido próximo ao desta decisão, foram ainda tirados outros acórdãos pela *Corte di Cassazione* – cf. Acs. de 28.05.1992 (n.º 6392), de 22.04.1993 (n.º 4725) e de 25.10.2000 (n.º 14074).

³⁷ Sobre a perda de chance neste domínio, vide GENNARO GIANNINI/MARIO POGLIANI, *La Responsabilità da Illecito Civile – Assicuratore, Magistrato, Produttore, Professionista*, Milão, 1996, TOMMASO GUALANO,

2.2.2. Na responsabilidade civil por ato médico

À semelhança do que vimos suceder em França, a teoria da perda de *chance* também encontra aplicação no contexto da responsabilidade civil por ato médico, oferecendo aí interessantes motivos de reflexão.

Deve começar por referir-se, porém, que a perda de *chance* não é tradicionalmente utilizada, em Itália, para superar as dificuldades que, nesse contexto, se colocam na demonstração do nexo de causalidade, só tendo sido acolhida muito recentemente na jurisprudência da *Corte di Cassazione*.

Com efeito, uma síntese da evolução da jurisprudência italiana neste domínio, em traços *impressionistas*, pode apresentar-se nos seguintes moldes:

a) Numa fase inicial, a tendência apresentada pela jurisprudência civil ia no sentido da rejeição das pretensões indemnizatórias, considerando não se encontrar estabelecido o nexo de causalidade segundo os parâmetros normalmente exigíveis³⁸;

b) Num segundo momento, é possível detetar importantes arestos, sobretudo da secção penal da *Corte di Cassazione*, que condenam os médicos e as unidades de saúde demandadas, mesmo quando não se revela viável demonstrar a existência do nexo de causalidade com *certeza*, mas apenas com uma *probabilidade razoável*³⁹;

«Responsabilità dell'avvocato», in *Il Danno Risarcibile*, coord. GIUSEPPE VETTORI, cit., 349-362, MARIA FEOLA, «Nesso di causalità e perdita di "chances" nella responsabilità civile del professionista forense», *Rivista Critica del Diritto Privato*, março 2004, 151-182, RICCARDO CONTE, «Profili di responsabilità civile dell'avvocato», *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Jan./Fev. 2004, 144-165, e ELISABETA CORAPI, «La responsabilità dell'avvocato», *NGCC – Casi Selti in Tema di Responsabilità Civile* (coord. GUIDO ALPA/ GIOVANNA CAPILLI/PIETRO MARIA PUTTI), 2004, 13-22.

³⁸ Cf., por exemplo, o aresto tirado pela secção civil da *Corte di Cassazione*, em 7.08.1982 (n.º 4437), em que a *Corte di Cassazione* concluiu pela «(...) inexistência de uma relação de causalidade entre a demora no diagnóstico e na intervenção cirúrgica (...)» e a morte do paciente lesado.

³⁹ Cf., em especial, o aresto tirado em 19.07.1991 (n.º 371), no famoso caso *Silvestri e Leone*, abundantemente referido na doutrina e na jurisprudência posteriores. O acórdão em causa foi proferido num recurso interposto por dois médicos – que dão nome ao acórdão, Giuseppe Silvestri e Antonio Leone – da decisão proferida pela *Corte d'appello* de Nápoles, confirmando a sentença proferida em primeira instância e que os havia condenado pela morte de uma paciente. Não obstante ter ficado provado que o diagnóstico oportuno da doença apenas teria proporcionado à doente lesada, no circunstancialismo concreto, uma probabilidade de sobrevivência de 30%, a *Corte di Cassazione* confirmou a decisão recorrida, sustentando que «(...) na avaliação do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento, em matéria de responsabilidade profissional médica, o critério da certeza dos efeitos da conduta pode ser substituído pelo da probabilidade desses efeitos – ainda que limitada (no caso de espécie, 30%) – e da idoneidade da conduta para produzir-los (...)». Seria suficiente, portanto, uma «(...) séria e razoável possibilidade de sucesso, de tal forma que a vida da paciente tivesse sido, com uma certa probabilidade, salva», para imputar-se o resultado ao agente.

c) Num terceiro momento, porém, constatou-se uma inflexão na orientação da jurisprudência penal, que adotou, ao menos formalmente, um crivo mais restritivo na aferição do nexo de causalidade, neste grupo de casos⁴⁰;

d) Por fim, mais recentemente, a jurisprudência civil da *Corte di Cassazione* passou a admitir o recurso à figura da perda de *chance*, com vista a assegurar ao lesado alguma indemnização perante a incerteza quanto à verificação do nexo de causalidade⁴¹.

A evolução histórica descrita evidencia, claramente, que o recurso à figura da perda de *chance*, como dano autónomo, indemnizável no quadro da responsabilidade civil por ato médico, constitui aí sucedâneo de um entendimento mais flexível a respeito da causalidade, entretanto abandonado pela *Corte di Cassazione*. Assim, e tanto quanto sabemos, o supremo tribunal italiano apenas veio a julgar procedente uma pretensão indemnizatória alicerçada nessa teoria, pela primeira vez, através do aresto tirado em 18.09.2008 (n.º 23846)⁴².

⁴⁰ Esta evolução jurisprudencial é marcada por uma inflexão da jurisprudência da secção penal da *Corte di Cassazione*, operada através de três arestos, de sentido idêntico, tirados no final de 2000 – acórdãos de 28.09.2000, n.º 1688, de 28.11.2000, n.º 2123, e de 29.11.2000, n.º 2139. Como se refere no primeiro acórdão mencionado, o recurso a *leis estatísticas* para a determinação da causalidade pressupõe «(...) um coeficiente percentual próximo de cem e deve resultar num juízo sobre o nexo de condicionamento de alta probabilidade lógica ou de elevada credibilidade racional (...) que se avizinha ao máximo da certeza». Tal orientação veio a ser consolidada através de um extenso aresto, tirado pela secção penal unida da *Corte di Cassazione*, datado de 11.09.2002 (n.º 30328), onde esta recusou a aferição da idoneidade da conduta omitida, para impedir a verificação do resultado danoso, através do critério da *séria e razoável probabilidade*.

⁴¹ O marco inicial desta jurisprudência é o acórdão da *Corte di Cassazione*, datado de 4.03.2004 (n.º 4400). No caso concreto, era constatável que a omissão de intervenção cirúrgica urgente agravara «(...) a possibilidade de que o resultado negativo se produzisse (...)», de tal forma que o paciente perdera, «(...) por efeito desse incumprimento, as chances, de que estatisticamente dispunha, ainda que tendo em conta a particular situação concreta (...)», de se salvar. No entanto, a *Corte di Cassazione* acabou por recusar a indemnização pela perda de *chance*, sustentando que esta respeita, no plano processual, a um pedido diferente do pedido de indemnização pelo dano final, que havia sido deduzido nos autos, e não a um *minus* ou a uma parte daquele dano.

⁴² Nesse caso, a doente lesada, posteriormente substituída pelos seus herdeiros, moveu uma ação de responsabilidade civil contra duas médicas que a haviam observado e a respetiva unidade de saúde, pedindo indemnização pelos danos resultantes da falta de diagnóstico oportuno da doença de que viria a sucumbir. As instâncias julgaram a ação improcedente, invocando que, não obstante o erro de diagnóstico, a doença em causa encontrava-se, já nessa ocasião, num estágio irreversível, pelo que não seria possível estabelecer um nexo de causalidade entre os danos sofridos – e, em especial, a própria morte da doente – e a negligência médica ocorrida. Discordando da decisão recorrida, a *Corte di Cassazione* entendeu que o atraso na administração oportuna de cuidados paliativos, contribuindo para a degradação da qualidade de vida e para o falecimento antecipado (ainda que apenas em semanas ou meses), bem como a impossibilidade de a doente terminal organizar devidamente o restante tempo

Na argumentação expendida, este último aresto comporta dois apontamentos que importa realçar.

O primeiro apontamento prende-se com a natureza do dano em causa. Repetindo a formulação segundo a qual a *chance* constitui «(...) uma entidade patrimonial jurídica e economicamente avaliável (...)», a *Corte di Cassazione* não deixou de assinalar que «(...) o conceito de patrimonialidade se encontra associada ao bem em relação ao qual a chance se considera perdida (...)», de tal forma que isso não pode obstar à utilização da figura «(...) no que se refere ao dano não patrimonial [“alla persona”]», estando em causa uma *chance* de «(...) conservação da integridade psico-física ou de uma melhor integridade psico-física ou das condições e da duração da existência em vida [“esistenza in vita”]».

A referência à patrimonialidade não serve aqui, na verdade, senão para exprimir uma certa ideia de autonomia ontológica da *chance*. É sobre essa autonomia que incide o segundo apontamento que sobressai do aresto em apreço, de acordo com o qual, «(...) uma vez reconhecido que a chance de obtenção de um benefício em relação à situação jurídica a respeito da qual se lamenta um dano é, enquanto tal, uma entidade patrimonial (...) seria irrazoável ressarcir a perda de uma chance quando é presumível ou provável que o seu aproveitamento teria determinado um certo evento e não a ressarcir quando a presunção ou a probabilidade não subsistem».

Desta forma, a *Corte di Cassazione* retira todas as consequências da autonomia da *chance* e acaba por sustentar que o grau de probabilidade da sua concretização não releva na identificação de um dano indemnizável, mas incide apenas na determinação do respetivo quantum indemnizatório. Não obstante, o supremo tribunal italiano admitiu, no mesmo acórdão, que a relevância, mesmo neste segundo plano, do grau de probabilidade de concretização da *chance*, pode ter por efeito excluir, em absoluto, qualquer indemnização: «(...) a perda pode assumir um valor também nulo quando existam circunstâncias que excluam ou tornem de todo remota, ao ponto de quase excluí-la, a obtenção do resultado».

Constata-se, portanto, que o supremo tribunal italiano, ao recorrer à figura da perda de *chance*, no contexto da responsabilidade civil por ato médico, fê-lo tomando-a na aceção de dano emergente, autónomo do dano final e relativamente independente da intensidade da contribuição do lesante para a materialização deste último. A *Corte di Cassazione*, neste aresto, pôs ainda em evidência a mutabilidade da perda de *chance*, ao assinalar que a sua natureza varia de acordo

de vida, com conhecimento do seu efetivo estado de saúde, traduzem-se em danos não patrimoniais que devem ser indemnizados.

Tendo em conta a incerteza quanto ao grau ou medida em que o diagnóstico oportuno poderia ter minorado, através de cuidados paliativos, o sofrimento da doente ou prolongado a respetiva vida, a *Corte di Cassazione* recorreu à figura da perda de *chance*, louvando-se na jurisprudência consolidada, a esse respeito, nos restantes domínios da responsabilidade civil.

com o respetivo enquadramento normativo e a própria natureza do dano final a que se encontre associada⁴³.

2.2.3. Apreciação no contexto do sistema de responsabilidade civil

A exposição antecedente confirma que a perda de *chance* comporta virtualidades não desprezíveis como instrumento de superação de uma lógica estritamente binária, oscilante entre o reconhecimento do direito a uma indemnização (integral) pelo dano final e a recusa de qualquer indemnização. Virtualidades estas que têm conduzido a um inegável interesse pela figura e a uma expansão crescente em áreas marcadas por uma incerteza radical e dificilmente ultrapassável quanto ao processo causal conducente ao dano final.

No entanto, a jurisprudência italiana tende a adotar fórmulas vagas e imprecisas, constantemente reiteradas como fundamento da indemnização pela perda de *chance*, constatando-se ainda a existência de orientações diferentes quanto à qualificação do dano em causa e uma diversidade avassaladora, entre as decisões judiciais, quanto aos pressupostos e aos termos da indemnização, designadamente no que se refere ao grau de probabilidade exigível para fundar o dever de indemnizar.

Em qualquer caso, na resenha de jurisprudência a que procedemos, parece ser dominante a configuração da perda de *chance* como dano patrimonial emergente, certo, atual e autónomo. Este modo de ver, todavia, não se apresenta em termos inequívocos ou inquestionáveis, tendo em conta a dependência da indemnização – seja na sua existência, seja, pelo menos, no seu montante – do grau de probabilidade de concretização da *chance* perdida, conforme já referimos a respeito do Direito francês.

A jurisprudência italiana denota, aliás, um crescente distanciamento da *chance* relativamente ao dano final e ao estabelecimento de uma relação de causalidade entre o ilícito verificado e esse dano, pelo menos nos casos de responsabilidade civil por ato médico, onde surgem decisões afirmando que o grau de probabilidade de concretização da *chance* não se apresenta, via de regra, como condição

⁴³ O acórdão em causa insere-se, aliás, na tendência de alargamento da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, no Direito italiano. Na verdade, apesar da redação do artigo 2059.º do *Codice Civile*, segundo o qual esses danos apenas podem ser indemnizados nos casos legalmente previstos, a *Corte Costituzionale* e a *Corte di Cassazione* têm vindo a impor, ao longo do tempo, uma interpretação ampla, constitucionalmente orientada, do referido preceito legal (neste sentido, vide o interessante acórdão da *Sezioni Unite Civili* da *Corte di Cassazione*, de 11.11.2008, n.º 26972).

do reconhecimento do dever de indemnizar, mas releva tão-somente na fixação do montante da indemnização⁴⁴.

No plano do Direito positivo, a expansão da perda de *chance* parece estar relacionada com a *vexata quaestio* dos limites da noção de *danno injusto*, a que se refere o artigo 2043.º do *Codice Civile*. Este preceito da lei italiana, embora demarcando-se do sistema francês da *faute* e *isolando* a culpa (latamente entendida, como dolo ou negligência) da ilicitude objetiva, permanece fiel à tradição napoleónica do artigo 1382.º do *Code Civil* e consagra uma *cláusula aberta* em matéria de responsabilidade civil delitual⁴⁵. Na verdade, a única diferença entre o sistema instituído pelo artigo 2043.º do *Codice Civile* e a tradição napoleónica da *faute* consiste, no que se refere à concepção de ilicitude adotada, na respetiva *deslocação* do plano do facto, ou da conduta do agente, para o plano do dano. Nesta aceção, o termo dano designa a *lesão* de um interesse juridicamente protegido, cabendo à jurisprudência determinar quais os tipos ou categorias de interesses ou situações jurídicas cuja violação gera o dever de indemnizar, nos termos do artigo 2043.º do *Codice Civile*.

Contudo, delineada nos termos descritos, a teoria da perda de *chance* não pode ser aceite sem reservas, por três razões. Em primeiro lugar, parece estar em causa uma *assimilação* ou *sobreposição* entre a situação jurídica lesada e o dano ressarcível, sendo que a perda de *chance* se situa no plano do dano indemnizável e não no plano da ilicitude⁴⁶. Em segundo lugar, a invocação do artigo 2043.º do *Codice*

⁴⁴ Opera-se aí uma verdadeira inversão do requisito da *seriedade* da *chance*: do entendimento segundo o qual a *chance* é ressarcível acima de determinado limiar de probabilidade, passa a entender-se que há lugar a indemnização sempre que a probabilidade não seja nula. E o nexos de causalidade exigível passa a referir-se unicamente à relação entre o facto lesivo e a destruição da própria *chance*, independentemente do grau de concretização desta.

⁴⁵ Sobre a noção de *danno injusto* e a amplitude da cláusula de ilicitude no sistema italiano de responsabilidade civil delitual, cf., *inter alia*, STEFANO RODOTÀ, *Il Problema della Responsabilità Civile*, Milão, 1967, 84 ss., GUIDO ALPA/MARIO BESSONE, *Atipicità dell'Illecito*, Milão, 1977, *maxime* 190 ss. e 405 ss., GUIDO ALPA/MARIO BESSONE, *Trattato di Diritto Privato* (coord. PIETRO RESCIGNO), 14 – *Obbligazioni e contratti*, tomo VI, 1982, 74–81, MASSIMO BIANCA, *Diritto Civile – 5 – La Responsabilità*, Milão, 1994, 582 ss., CESARE SALVI, *La Responsabilità Civile*, Milão, 1998, 58 ss., MONATERI, *Le Fonti...*, cit., 195 ss., FRANCESCO GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II – *Le Obbligazioni e i Contratti*, t. II, 3.ª ed., Pádua, 1999, 327 ss., GUIDO ALPA/UGO RUFFOLO/VINCENZO ZENO ZENCOVICH, «L'ingiustizia del danno. Tipicità e atipicità dell'illecito», in *Casi e Questioni di Diritto Privato – IX – Atto Illecito e Responsabilità Civile* (coord. Mario Bessone), 8.ª ed., Milão, 2000, 54–139, ADOLFO DI MAJO, «Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia», *Rivista di Diritto Civile*, maio/junho 2005 (243–265), GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, 3.ª ed., Pádua, 2005, 421 e ss., e RENATO SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità Civile e Danno*, Turim, 2010, 230–233.

⁴⁶ Como bem assinala BIANCA, a perda de *chance* não é «(...) em si mesma ressarcível», traduzindo antes uma «(...) consequência económica negativa da lesão de um direito subjetivo», sendo desta última que decorre a ilicitude e o dever de indemnizar (cf. «Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi», *Rivista di Diritto Civile*, Set./Out. 2000, 691). Tendo presente este pressuposto,

Civile identifica a via de acesso ao sistema, mas não esclarece minimamente o processo *operativo* adotado⁴⁷. Em terceiro lugar, parece evidente que a concepção da perda de *chance* fundada numa cláusula aberta de responsabilidade delitual, em especial com esta amplitude, não é transponível para sistemas que assentem em dados normativos distintos, como também já anteriormente referimos.

No que toca, por sua vez, ao critério de causalidade adotado em Itália, avulta o artigo 1223.º do *Codice Civile*, que consagra a exigência de que o dano se apresente como «consequência imediata e direta» do ilícito. Estamos aqui, obviamente, perante uma disposição que se filia na tradição napoleónica e reproduz mesmo, nesta parte literalmente, o artigo 1151.º do *Code Civil*. Tal como em França, porém, a doutrina manifesta uma compreensível dificuldade em atribuir um significado preciso à expressão empregue pelo legislador, acabando por focar-se mais no seu sentido do que no conteúdo. Esse sentido, traduz-se, fundamentalmente, numa finalidade restritiva do âmbito da indemnização, em face da delimitação que decorreria simplesmente da ideia de ressarcimento integral dos danos decorrentes do ilícito praticado ou do simples recurso ao critério da *conditio sine qua non*⁴⁸.

Aliás, conforme salienta Visintini, o critério em causa teve historicamente em vista, no código napoleónico, apenas a responsabilidade decorrente do incumprimento de obrigações e, como tal, «(...) foi concebido para resolver o problema da selecção das consequências danosas ressarcíveis abrangidas na sequência causal conexa com o incumprimento»⁴⁹, ou seja, os danos *sequenciais* ou *em cascata*. Quanto ao nexos causal *fundamentador* da responsabilidade, cuja determinação se traduz em larga medida na avaliação da relevância ou individualização de um determinado facto em vista de uma pluralidade de causas concorrentes ou potenciais, a orientação normativa tem de buscar-se noutras paragens, a saber: para a responsabilidade obrigacional,

CARLO CASTRONOVO sustenta que a perda de *chance* não representa, no domínio da responsabilidade delitual, senão «(...) uma fórmula sugestiva para justificar o ressarcimento de um dano meramente patrimonial caracterizado por um certo grau de probabilidade (...)» e que, «mais especificamente, trata-se da não obtenção de uma vantagem, de um lucro cessante hipotético (...)» – *La Nuova...*, 761. Já no plano da responsabilidade civil emergente de uma relação entre sujeitos determinados, CARLO CASTRONOVO admite a ressarcibilidade da perda de *chance*, dada a presença aí de *obrigações recíprocas de proteção e conservação* (*ibidem*, 762).

⁴⁷ Na verdade, é patente que a variação da indemnizabilidade da perda de *chance* segundo o seu grau de densidade repousa, simplesmente, na ampla margem de discricionariedade concedida ao juiz na identificação das situações juridicamente tuteladas, segundo a interpretação que vem sendo adotada. Aquilo que constitui mera situação de facto convola-se em situação juridicamente tutelada através do simples arbítrio – quando não da arbitrariedade – do julgador, quando este entenda que a *chance* perdida tinha já uma densidade tal que a sua perda não pode ficar *impune*.

⁴⁸ Cf. VISINTINI, *Trattato...*, cit., 681.

⁴⁹ In *Trattato...*, cit., 683–684.

o próprio artigo 1218.º e também o artigo 1227.º, primeiro parágrafo, do *Codice Civile* e, para a responsabilidade delitual, as normas constantes dos artigos 40.º e 41.º da lei penal italiana.

Desta perspetiva, todavia, também não parece possível situar dogmaticamente a teoria da perda de *chance* nos quadros da causalidade jurídica, tendo em conta a tendencial prevalência do crivo da *conditio sine qua non*, em especial desde os sucessivos arestos tirados pela *Corte di Cassazione* a respeito da responsabilidade fundada em omissão imprópria na prestação de cuidados de saúde.

3. Apreciação crítica e perspetivas de ordenação sistemática

3.1. Balanço provisório e insuficiência do enquadramento tradicional da perda de chance

A análise do processo de surgimento e expansão da perda de *chance*, nos sistemas francês e italiano – os dois sistemas jurídicos continentais em que a figura tem encontrado maior expressão –, permitiu-nos recolher alguns dados com o maior interesse e estabelecer algumas conclusões preliminares.

Assim, e em primeiro lugar, constata-se que, na sua génese ou motivação funcional, a perda de *chance* traduz um fenómeno essencialmente idêntico em todos os seus múltiplos domínios de aplicação, pelo que não se justificam, em nosso entender, distinções apriorísticas ou pré-jurídicas, não alicerçadas normativamente. Dessa motivação funcional ou mesmo *oportunistica*, resulta, aliás, a *fungibilidade* entre a conceção da perda de *chance* como dano autónomo, por um lado, e como expressão de um entendimento mais flexível a respeito do nexo de causalidade, por outro, o que é *historicamente* evidenciado, com clareza, pela evolução da jurisprudência da *Corte di Cassazione* a propósito da responsabilidade civil por ato médico.

Em segundo lugar, verifica-se que a perda de *chance* é apresentada, segundo a tendência dominante na jurisprudência dos tribunais superiores franceses e italianos, em boa medida secundada pela doutrina desses dois países, como um dano patrimonial emergente, atual e autónomo. Este entendimento é, todavia, favorecido pela *abertura* das cláusulas gerais em matéria de ilicitude constantes dos artigos 1382.º do *Code Civil* e 2043.º do *Codice Civile*, ainda que não se apresente, mesmo aí, inteiramente convincente. Em especial, é dificilmente explicável como se concilia, em termos normativamente sustentados, o pressuposto da autonomia da perda de *chance* com a circunstância de o seu reconhecimento ou indemnizabilidade depender do grau de probabilidade de materialização da vantagem ou utilidade a que a *chance* se refere (o mesmo seria dizer, a *probabilidade de materialização do próprio dano final que se alega não ser indemnizado*).

Em terceiro lugar, e em estreita relação com o aspeto acabado de referir, conclui-se que a autonomia da perda de *chance* parece só ser aceitável em vista de uma relativa indiferença quanto àquele grau de probabilidade, tendência que aflora, nomeadamente, na recente jurisprudência da *Corte di Cassazione* a respeito da responsabilidade civil por ato médico.

Em quarto lugar, e embora traduzindo uma motivação funcional idêntica, a perda de *chance* pode, pois, ser recebida, nos quadros do sistema, de forma diversa, segundo o entorno normativo da situação típica considerada e a natureza do dano final a que se refere, o que deve conduzir à recusa de uma teoria geral da perda de *chance*. Quando esteja em causa a lesão de bens com natureza patrimonial, a conformação da perda de *chance* como dano emergente e autónomo apresenta-se, em larga medida, falaciosa⁵⁰, muito embora a qualificação alternativa como critério de

⁵⁰ Recorde-se que a possibilidade de atribuição de um valor patrimonial próprio à *chance*, em si mesma considerada, dependeria, nos termos gerais, da sua suscetibilidade de avaliação pecuniária, com base num *valor de uso* ou de *troca*, o que não parece viável, tanto mais que o conceito de dano tem de ser normativamente recortado, não podendo ser preenchido unicamente com apelo a um critério económico. A configuração da *chance* como dano autónomo, a partir de uma mera *refração* económica ou financeira do dano final, não tem, a nosso ver, o necessário lastro normativo. É curioso notar, aliás, que a dimensão artificial (ou *artificiosa*) do valor patrimonial próprio, e a conseqüente autonomia, da *chance* perdida ressaltam, desde logo, da fundamentação adotada no *leading case* *Chaplin vs. Flicks*, de 1911, que constitui o primeiro marco da jurisprudência inglesa a respeito da teoria da perda de *chance*. No caso concreto, o réu, responsável pela gestão de um teatro, havia promovido, através de um jornal, um concurso cujo prémio era a atribuição de “*theatrical engagements*” às doze vencedoras. Seis mil mulheres concorreram ao concurso e a autora foi escolhida pelos leitores como uma das cinquenta possíveis vencedoras, mas não foi informada da entrevista oportunamente e as doze vencedoras foram escolhidas sem que lhe tenha sido concedida a oportunidade de participar na fase final do concurso. Não obstante a impossibilidade de demonstrar que o prémio teria sido alcançado não fora a falta cometida (entendida, no caso, como incumprimento contratual), foi-lhe atribuída uma indemnização de £ 100, pela perda de *chance* de vitória nessa competição. No entanto, das pronúncias dos juizes do *Court of Appeal* parece resultar que o fundamento da indemnização repousa, não na suposição de um verdadeiro valor de mercado da *chance*, mas numa perda *ficcionada* ou, mais claramente, na equiparação entre a lesão do direito a uma prestação contratual (ainda que secundária ou instrumental), com aptidão lucrativa, e a existência de um dano. Assim, lê-se na pronúncia de VAUGHAN WILLIAMS LJ: «*É verdade que não pode afirmar-se a existência de um mercado. Nenhuma das cinquenta concorrentes poderia ter ido ao mercado e alienado o seu direito; o seu direito era pessoal e insuscetível de ser transmitido. Mas um júri pode bem adotar o entendimento segundo o qual esse direito, caso pudesse ter sido transmitido, teria sido de tal forma valioso que toda a gente reconheceria que um bom preço poderia ser obtido por ele*». Sobre os contornos e os fundamentos desta decisão, vide ANDREW BURROWS, *A Casebook on Contract*, 2.ª ed., Oxford e Portland, Oregon, 2009, 346-350. Referindo-se também a este caso, cf. TONY WEIR, *An Introduction to Tort Law*, 2.ª ed., Oxford, 2006, 80, M.A. JONES, “Causation in tort: general principles”, in *Clerk & Lindsell on Torts*, 9.ª ed., Londres, 2006, 81, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 7.ª ed. (por W.V.H. ROGERS), Londres, 2006, 289, e TREITEL, *The Law of Contract*, 12.ª ed. (por EDWIN PEELE), Londres, 2007, 1026-1027.

avaliação da causalidade jurídica colida com os parâmetros normalmente adotados e, em especial, com o crivo praticamente hegemónico da *conditio sine qua non*.

Torna-se necessário, portanto, averiguar que propostas têm sido aventadas noutras doutrinas, que não a francesa e a italiana – e, em especial, na doutrina alemã –, que possam constituir alternativa válida para o enquadramento dogmático da perda de *chance*.

3.2. Propostas alternativas de enquadramento dogmático

3.2.1. A conceção estritamente normativa da perda de *chance*

Entre as propostas alternativas de enquadramento dogmático da perda de *chance*, conta-se uma *conceção estritamente normativa* da figura, que aflora no pensamento de alguns autores alemães e, em especial, de Nils Jansen. Na verdade, num importante artigo sobre o tema⁵¹, este Autor pretendeu demonstrar que «(...) a ideia de perda de *chance* é em geral um conceito útil no domínio da responsabilidade civil, e deve ser adotado pelos Direitos inglês e alemão», não por razões de ordem lógica ou empírica, mas porque o que está em causa é «(...) construir um Direito adequado», tendo em conta argumentos de ordem intra-sistemática e também considerações de *policy*⁵².

Quanto à essência do fenómeno, Nils Jansen reconhece que a perda de *chance* «(...) efetivamente transforma problemas de prova da causalidade em termos de avaliação do dano»⁵³, mas salienta que «(...) o elemento essencial desta ideia é normativo: «(...) ela refere-se a direitos (normas) e não a aspetos causais (factos)»⁵⁴. Por outras palavras, trata-se aqui de *convolar* a própria *chance* num direito, tese que tem a vantagem, segundo o Autor, de «(...) lidar com o nosso problema dentro dos parâmetros dos antigos conceitos da *conditio sine qua non* (“*but-for causation*”), lesão (“*harm*”) e prejuízo»⁵⁵, evitando uma mudança radical, designadamente do critério a adotar quanto à causalidade jurídica.

Esta tese opera, portanto, uma verdadeira *refundação* da perda de *chance*, cuja indemnizabilidade deixa de estribar-se num suposto valor patrimonial ou de

⁵¹ Cf. «The idea of a lost chance», in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, vol. 19, 271–296. Do mesmo Autor, não diretamente sobre a perda de *chance*, mas contendo reflexões importantes, designadamente, sobre a articulação entre as noções de justiça comutativa e justiça distributiva na responsabilidade civil e a estruturação do âmbito da proteção normativa dos bens jurídicos, cf. *Die Struktur des Haftungsrechts – Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen, 2003, maxime 129–136 e 495–509.

⁵² *Ibidem*, 275.

⁵³ *Ibidem*, 282.

⁵⁴ *Ibidem*, 283.

⁵⁵ *Ibidem*, 285.

troca: «*não há mercado para as oportunidades de renegociar contratos, não há mercado para as chances de obter um emprego, e a chance de vencer um concurso de beleza obviamente não pode ser vendida*»⁵⁶. Todo o fundamento da perda de *chance* passa a residir no próprio Direito: «(...) a proteção das chances é importante para a proteção dos direitos finalisticamente colocados em perigo, pois em casos em que só resta uma chance, não há mais nada a perder senão a própria chance. Esta é a razão pela qual as pessoas encaram como muito importante que o Direito proteja estas chances. O Direito privado não pode ficar aquém dessa proteção. Se a responsabilidade civil não protege vítimas contra a perda de chances, fica aquém das exigências constitucionais»⁵⁷.

Também na doutrina alemã, e ainda no sentido da admissibilidade da indemnização do dano de perda de *chance*, mas não alicerçada num valor patrimonial próprio, cumpre referir a posição de Gerald Mäsch⁵⁸. Segundo este Autor, que tem fundamentalmente em vista os casos de responsabilidade civil profissional de prestadores de serviços (em especial, médicos e advogados), a indemnização pela perda de *chance* retira o seu fundamento de um dever contratual, ainda que implícito, de preservação ou garantia da *chance*, cuja violação gera o dever de indemnizar por um dano autónomo, distinto do dano final⁵⁹.

De acordo com o entendimento de Mäsch, não se tornaria necessário operar qualquer alteração ou desvio ao critério de causalidade e às normais exigências

⁵⁶ *Ibidem*, 289. No último exemplo, JANSEN refere-se ao *leading case* *Chaplin vs. Hicks*, que historicamente marca o início do percurso da perda de *chance* no Direito inglês (cf. nota 50 *supra*).

⁵⁷ *Ibidem*, 292. Quais sejam, precisamente, as exigências constitucionais em causa é coisa que já não resulta, com clareza, do pensamento NILS JANSEN. Criticando, aliás, este argumento, refere HELMUT KOZIOL: «antes de se invocar o Direito constitucional para uma reformulação fundamental do Direito privado, no sector da responsabilidade civil, dever-se-ia considerar que existem boas razões para a proteção, no quadro da responsabilidade civil, de bens jurídicos fundamentais, mas não de chances, por um lado, e que provavelmente podem ser encontradas soluções ao nível do Direito privado que se encontram em conformidade com o sistema (“systemkonforme”), por outro lado – cf. «Schadenersatz für den Verlust einer Chance?», in *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen, 2001 (233–250), 246. Referindo ainda a dificuldade em conceber a *chance* como um bem jurídico autónomo, para efeitos de ressarcimento no quadro da responsabilidade civil por ato médico, que seria sustentável em face do artigo 1382.º do *Code Civil*, mas não em face do Direito alemão, vide HANS STOLL, «Schadenersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht», in *Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995 – Der Schadenersatz und seine Deckung*, Walter de Gruyter/Berlin/Nova Iorque, 1995 (465–478), 475, e MARIA KASCHE, *Verlust von Heilungschancen – Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main, 1999, 224 ss..

⁵⁸ Cf. *Chance und Schaden*, Tübingen, 2004, maxime 240 ss. e 320 ss.

⁵⁹ *Ob. cit.*, 240–248. No mesmo sentido se pronuncia também, em Itália, CARLO CASTRONOVO (cf. *La Nuova Responsabilità*..., cit., 762). No plano da responsabilidade delitual, no entanto, este último Autor sustenta que a perda de *chance* não constitui senão «(...) uma fórmula sugestiva para justificar o ressarcimento de um dano meramente patrimonial caracterizado por um certo grau de probabilidade (...)» e que, «mais especificamente, trata-se da não obtenção de uma vantagem, de um lucro cessante hipotético (...)» – *ibidem*, 761.

de prova, que não se refeririam ao dano final, mas a um dano autónomo de perda de *chance*, cuja ressarcibilidade seria reclamada pela violação de deveres específicos entre sujeitos determinados⁶⁰. Desta perspetiva, tal ressarcibilidade seria limitada às *conformações casuísticas* em que o devedor se ache obrigado a preservar e a promover ativamente a realização da *chance*, não sendo de admitir no domínio da responsabilidade civil delitual, diversamente do que propõe Jansen⁶¹.

Com fundamento na violação de deveres contratuais, o Autor admite a relevância indemnizatória da perda de *chance*, indistintamente na responsabilidade civil por ato médico e na responsabilidade civil dos advogados, sustentando que, em especial naquele primeiro grupo de casos, a prática de uma *medicina defensiva*, detetável nos Estados Unidos da América, assenta em características próprias do respetivo sistema judicial, designadamente a prática da *quota litis* pelos advogados e a presença de leigos nos júris⁶².

Embora constituam um notável avanço jus-científico em face das fórmulas conclusivas e mal fundamentadas tradicionalmente veiculadas no domínio da perda de *chance*, parece-nos, todavia, que as teses de Jansen e Mäscher se prestam também a algumas críticas. No essencial, elas deslocam inteiramente o problema para o plano da ilicitude, na qual a própria exigência do dano acaba por diluir-se: dir-se-ia que a verificação do ilícito contém já em si o dano a indemnizar. Em certo sentido, estas teses acabam mesmo por prescindir do próprio dano, quando entendido como alteração (concretizada ou previsível) na esfera patrimonial do lesado.

Neste quadro, todavia, a função punitiva tenderá a constituir a principal, senão a única, razão de ser da indemnização. Por isso, este entendimento só é admissível, a nosso ver, quando o dano delimitado desta forma revista natureza não patrimonial, mais facilmente conciliável com a abstração e a função punitiva da responsabilidade. A ideia nuclear seria aí, nomeadamente, que a tutela jurídica da vida, ou da saúde ou integridade física, é de tal forma intensa que a mera *contribuição causal* para a respetiva lesão, observado um limiar mínimo, não pode deixar de ser sancionada, em especial quando o lesante se encontre especificamente obrigado a, pelo contrário, empregar a sua diligência na sua salvaguarda.

Seja como for, assumindo que as virtualidades explicativas desta orientação se limitam, em geral, à lesão de bens de natureza não patrimonial e que a mesma encontra, por isso, aplicação praticamente apenas no domínio da responsabilidade civil por ato médico, torna-se evidente que não podemos esperar obter através dela a solução quanto à indemnizabilidade da perda de *chance* sempre que esta se configure como dano patrimonial. Estas teses oferecem, assim, uma solução

⁶⁰ *Ob. cit.*, 267-268.

⁶¹ *Ob. cit.*, 273-274.

⁶² *Ob. cit.*, 274.

satisfatória, mas apenas quanto a parte do problema, impondo uma diferenciação do enquadramento dogmático e dos pressupostos de indemnizabilidade da perda de *chance* segundo o grupo de casos considerado e a natureza (patrimonial ou não patrimonial) dos danos em causa⁶³.

3.2.2. A teoria da causalidade ou autoria alternativa

Outra proposta alternativa de enquadramento dogmático da perda de *chance* surge pela pena de Koziol. Na verdade, Koziol veio refutar a viabilidade de qualificação da figura, em geral, como um dano patrimonial autónomo, no quadro do sistema alemão da responsabilidade civil⁶⁴. Segundo refere este Autor, a ideia de autonomia patrimonial da *chance* é contrariada, em princípio, pela consagração, no Direito alemão, de um conceito subjetivo de dano – a apurar com recurso ao *método da diferença* (“*Differenzmethode*”) –, a que se soma a impossibilidade, em muitos casos, de atribuir àquela um «valor próprio, autónomo e avaliável»⁶⁵. Assim, nesses casos, estaria em causa, afinal, um problema de incerteza quanto ao desenlace da sequência causal hipotética (que teria acontecido, se a *chance* não tivesse sido destruída)⁶⁶.

⁶³ É curioso notar que, desta forma, mas com diferentes fundamentos, nos colocamos, afinal, ao lado daqueles que sustentam a existência de uma diferença substancial entre os casos de responsabilidade civil por ato médico e outros grupos de casos em que é frequente o recurso à perda de *chance*, mas em que apenas se pretende indemnizar danos patrimoniais. Pela nossa parte, entendemos que só há dano verdadeiramente autónomo – relativamente indiferente, portanto, ao grau de probabilidade de concretização da *chance* – nos casos de indemnização de danos não patrimoniais em que a proteção normativa dos interesses em presença reclame essa solução, o que tipicamente ocorrerá, precisamente, nos casos de responsabilidade civil por ato médico. Neste particular, não acompanhamos, portanto, a jurisprudência do nosso STJ, que reiteradamente vem recusando o direito a indemnização pela perda de *chance* nos casos de responsabilidade civil por ato médico, embora tenha admitido tal indemnização noutros grupos de casos, com isso estabelecendo, salvo o devido respeito, uma *inversão axiológica*, em que a tutela de direitos com conteúdo ou natureza patrimonial supera a tutela de direitos fundamentais (direitos à vida, à integridade física ou à saúde do paciente lesado).

⁶⁴ *Loc. cit.*, 239 ss.

⁶⁵ *Loc. cit.*, 240-242. Esta constatação traduz o confronto entre a *unidade funcional* da perda de *chance*, por um lado, e a diversidade das situações em que ela opera, por outro. KOZIOL dá a este respeito, aliás, um exemplo muito ilustrativo: «Um agricultor encomenda uma substância para a proteção das suas plantas que, se tivesse sido aplicada na altura certa, possivelmente teria permitido salvar os seus campos infestados por parasitas. O fornecedor atrasa-se, pelo que o tratamento contra os parasitas inicia-se demasiado tarde; já não é possível verificar se as plantas poderiam ter sido salvas em caso de fornecimento atempado. Aqui não se trata da perda de uma chance que represente um valor patrimonial autónomo, mas sim de um efeito negativo sobre o património» – *loc. cit.*, 241.

⁶⁶ *Loc. cit.*, 243.

No que se refere à inviabilidade de um dano patrimonial autónomo de perda de *chance*, já tomámos posição acima, em sentido tendencialmente coincidente com a opinião de Koziol. Aqui interessa-nos, fundamentalmente, a reconstrução proposta pelo Autor. Procurando reordenar a perda de *chance* de modo *conforme ao sistema*, Koziol acaba por enfileirar com a opinião expressa por alguma doutrina alemã a respeito da responsabilidade civil por ato médico⁶⁷, reconhecendo que, nos casos tipicamente enquadrados com recurso à perda de *chance*, justifica-se a atribuição ao lesado de uma indemnização parcial, designadamente em vista da função *preventiva* da responsabilidade: «(...) em casos de conduta claramente ilícita e culposa, não há razões para conceder uma isenção de responsabilidade ao lesante, devido à impossibilidade de esclarecer a sequência causal»⁶⁸.

No essencial, Koziol propõe o recurso às regras da *autoria alternativa* (“*alternative Täterschaft*”) ou à ideia de *co-responsabilidade* (“*Mitverantwortung*”) que lhe subjaz para assegurar ao lesado uma indemnização parcial, nos casos em que se verifique uma concorrência de causas a respeito do dano final (e único) a indemnizar: este seria suportado, pelo lesante, na medida em que tenha sido provocado pela sua conduta ilícita e, pelo próprio lesado, na parte *remanescente*, desde que decorra de uma causa concorrente inserida na respetiva esfera de risco⁶⁹. O Autor concretiza a ideia num exemplo: «se um médico não iniciar o tratamento atempadamente, a morte do paciente pode ser causada ou pela omissão do tratamento atempado — isto é, por um facto gerador de responsabilidade — ou pelo estado da doença já na altura [em que o tratamento deveria ter sido iniciado], ou seja, uma circunstância que se encontra no âmbito de risco [“*Risikobereich*”] do paciente. O que há de especial aqui é que um incidente gerador de responsabilidade entra em concorrência com um incidente de que não resulta responsabilidade (...)»⁷⁰.

⁶⁷ Cf. HANS STOLL, *loc. cit.*, 472 ss. e MARIA KASCHE, *ob. cit.*, 255 ss. Outros Autores alemães contestam, todavia, a admissibilidade do recurso à perda de *chance* no domínio da responsabilidade por ato médico, mesmo quando admitem a pertinência da figura noutros domínios. Assim, HOLGER FLEISCHER refere que «numa comparação objetiva, trata-se, no caso da perda de *chance*, ora de uma indemnização por dano, ora de um sucedâneo para a causalidade: um termo, dois mundos!» — cf. «Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht», in *Juristenzeitung*, 1999, n.º 15/16 (766-775), 772. Em sentido próximo, caracterizando a perda de *chance*, fundamentalmente, como um problema de concorrência de causas e admitindo a sua indemnização, como dano patrimonial autónomo, nos casos de perda de um lucro ou de uma ação judicial, mas não nos casos de responsabilidade civil por ato médico, vide LUDGER RÖCKRATH, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung (Rechtliche und ökonomische Analyse)*, Munique, 2004, 112 e 180-181.

⁶⁸ *Loc. cit.*, 247.

⁶⁹ *Loc. cit.*, 247.

⁷⁰ *Loc. cit.*, 247-248. Segundo refere o Autor, esta construção é admitida, em especial, pelo supremo tribunal austríaco, seguindo a doutrina de BYDLINSKI (cf. «Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen», in *Festschrift für Gerhard Frotz*, 1993, 3 ss., *apud* KOZIOL, *loc. cit.*, 248, nota 65).

Segundo explica Koziol, este modo de ver radica na conceção segundo a qual, existindo vários *possíveis* agentes que tenham atuado de forma ilícita e culposa, e não sendo viável identificar o autor do dano, devem responder todos solidariamente, sem prejuízo de direito de regresso. Para tal, exige-se apenas a demonstração de que a conduta de cada um dos agentes, isoladamente da conduta dos demais, pudesse ser considerada causa do dano, tendo em conta o perigo concretamente criado e o grau de probabilidade de concretização do dano efetivamente ocorrido. Koziol propugna um alargamento da mesma orientação às situações em que esteja em causa uma confluência entre uma conduta ilícita, por um lado, e fatores que integram já a esfera de risco do lesado, por outro. O argumento é, afinal, de *maioria de razão*: justifica-se, nesses casos, uma responsabilidade parcial (“*Teilhaftung*”), dado que a própria responsabilidade solidária dos agentes que tenham atuado ilicitamente, em termos alternativos, se funda numa «causalidade meramente potencial» e também acabam por responder *parcialmente*, tendo em conta o respetivo direito de regresso⁷¹.

Trata-se, como é manifesto, de mais um ensaio reconstrutivo da perda de *chance* de inegável interesse jus-científico, também normativamente alicerçado e que produz o efeito prático desejado de superar a lógica binária do *tudo ou nada*. A isto acresce que a respetiva fundamentação, embora aduzida, fundamentalmente, a respeito da responsabilidade civil por ato médico, é extensível aos casos em que a perda de *chance* se refira diretamente a bens ou vantagens patrimoniais, diversamente do que nos parece suceder, em princípio, com as teorias de Jansen e Mäsch, conforme acima se referiu.

Esta construção parece, todavia, encontrar-se estreitamente ligada ou dependente da existência de uma norma similar, no sistema concretamente considerado, à constante do § 830 I BGB, que permite expressamente *responsabilizar* o *co-autor* ou *participante* ainda que não tenha sido possível comprovar o nexo causal entre a respetiva conduta individual e o dano ocorrido, estabelecendo-se, efetivamente, uma relação de causalidade meramente *potencial*⁷² ou *alternativa*. A teoria ensaiada por Koziol não se reveste, portanto, de validade e alcance gerais, nem pode ser aceite entre nós⁷³.

⁷¹ *Loc. cit.*, 248-249.

⁷² Assinalando que o § 830 I BGB estabelece uma verdadeira responsabilidade potencial e não uma mera presunção de causalidade, cf. NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, cit., 132-134. Diversamente, o artigo 490.º do nosso Código Civil pressupõe que o dano tenha sido efetivamente produzido em resultado da atuação conjunta, ainda que não concertada, dos vários agentes.

⁷³ Segundo refere, aliás, RÖCKRATH, o § 830 I BGB sempre seria inidóneo para fundar um direito a indemnização nos casos de perda de *chance*, a que está subjacente um fenómeno de concorrência de causas, tendo em conta que a aplicação daquele preceito depende da prévia verificação do dano e da própria relação de causalidade nos termos normalmente exigidos, apenas com a *particularidade* de a

4. Conclusão

Do que antecede, resulta clara a necessidade de inserção da perda de *chance*, pelo menos quando se apresente como um dano patrimonial, numa revisão mais ampla do sistema de responsabilidade civil, que admita diferentes configurações e modos de articulação entre os respetivos pressupostos. Não significa isto que se advogue uma mobilidade ilimitada dos pressupostos da responsabilidade civil, sendo indispensável indagar quais os elementos da responsabilidade que são móveis e até que ponto vai a sua mobilidade, uma vez que, como adverte Nils Jansen, um modelo de responsabilidade assente numa *individualização* do responsável jamais pode prescindir totalmente das noções de causalidade e de dano⁷⁴.

Compreendemos inteiramente, aliás, as posições de princípio que, na nossa doutrina, têm sido expressas em sentido desfavorável à indemnizabilidade da perda de *chance*. Adotando essa perspetiva, Júlio Vieira Gomes afirma que «(...) a doutrina da perda de *chance* não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, mas constitui antes uma rutura, mais ou menos “camuflada”, com a conceção clássica da causalidade. E mesmo que porventura se deva, de jure condendo, questionar sobre a suficiência da teoria da causalidade adequada, não se pode esquecer que a mesma foi consagrada entre nós no artigo 563.º do Código Civil. Não se nos afigura adequado introduzir, de maneira tão dissimulada, um reconhecimento da causalidade probabilística»⁷⁵. E também Paulo Mota Pinto se pronuncia no sentido de que «(...) não parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de *chances* (...)»⁷⁶.

Já Carneiro da Frada, todavia, admite que «(...) a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “*chance*” a bem jurídico protegido pelo contrato)», embora entenda que, na responsabilidade delitual, «(...) esse caminho é mais difícil de trilhar: a primeira alternativa do artigo 483.º

individualização do agente concretamente responsável poder ser dispensada (*ob. cit.*, 179-180). Daí que o mesmo Autor acabe por admitir, conforme já se referiu, a indemnização pela perda de *chance* com fundamento na lesão de um bem jurídico autónomo, a que pode ser atribuído um valor económico no tráfego jurídico, pelo menos nos casos de frustração de um lucro ou do ganho de causa em ação judicial (*cf. nota 67 supra*).

⁷⁴ Cf. *Die Struktur des Haftungsrechts...*, cit., 508-509.

⁷⁵ Cf. «Sobre o dano da perda de *chance*», in *Direito e Justiça*, vol. XIX, 2005, tomo II (9-47), 38.

⁷⁶ In *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra, 2009, vol. II., 1106. No entanto, o mesmo Autor logo aí adianta, supomos que em linha com a teoria de JANSEN, que o problema fundamental não é o enquadramento da perda de *chance* nos pressupostos da responsabilidade: «(...) a decisão substancial a tomar é sobre se o âmbito de proteção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão – que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de *chances* de evitar o prejuízo – bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar (como garante de não verificação do risco na percentagem aumentada)».

n.º 1 não dá espaço e, fora desse contexto, tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da “*chance*”»⁷⁷.

Seja como for, a perda de *chance* é uma daquelas figuras jurídicas com *vida própria*, em que, um pouco por toda a parte, a prudência dos tribunais, às vezes de forma hesitante ou pouco fundamentada, quando não contraditória, se vai adiantando ao labor científico da doutrina. Como instrumento privilegiado para a realização de um Direito *justo*, no domínio da responsabilidade civil, a perda de *chance* já penetrou no nosso ordenamento jurídico por via pretoriana e é muito provável que tenha vindo para ficar. Caberá agora à doutrina nacional *separar o trigo do joio*, oferecendo perspetivas de enquadramento dogmático, distinguindo situações típicas e estabelecendo os limites além dos quais a perda de *chance* não deverá ser admitida.

Pela nossa parte, o modesto contributo que propomos assenta (i) na adesão à conceção estritamente normativa da perda de *chance*, quando esteja em causa a lesão de bens não patrimoniais – tipicamente, na responsabilidade civil por ato médico⁷⁸ –, e (ii) na rutura com um entendimento monolítico da relação de causalidade exigível para fundar o dever de indemnizar, quando estejam em causa bens patrimoniais, mas existam dados normativos que justifiquem um *abaixamento* da respetiva *fasquia*, normalmente estabelecida a partir do patamar mínimo da *conditio sine qua non*⁷⁹.

Esse contributo é, ainda assim, em boa medida – não nos custa reconhecê-lo –, a proposta de um caminho, mais do que um destino a que se tenha chegado. Aguardamos, por isso, com expectativa, o *curso dos acontecimentos* em torno da perda de *chance*, no nosso País.

⁷⁷ In *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Coimbra, 2006, 104. Parece, assim, que CARNEIRO DA FRADA exprime, entre nós, a mesma orientação propugnada por MÄSCH, na Alemanha, e CARLO CASTRONOVO, em Itália (*cf. secção 3.2.1. e nota 59 supra*).

⁷⁸ O que está aí em causa é, fundamentalmente, um problema de delimitação do âmbito da proteção normativa (*cf. secção 3.2.1. e nota 63 supra*).

⁷⁹ Desta perspetiva, o grau ou a intensidade da probabilidade a que alude o artigo 563.º do Código Civil deveriam ser determinados normativamente, dentro de *parâmetros oscilantes* a definir, nomeadamente, nos termos da teoria da *conexão do risco*, de ROXIN, não nos parecendo que o intérprete-aplicador tenha de ficar para sempre, ou em absoluto, refém de uma intenção legislativa – a consagração da teoria da *causalidade adequada* – que apenas uma interpretação alicerçada no elemento histórico, e com algum pendor subjetivista, permite reconstituir – *cf.*, mais desenvolvidamente, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, cit., 300 ss., 329 ss. e 338 ss.