

Sobre o dano da perda de chance¹

JÚLIO VIEIRA GOMES

Como observou Scognamiglio², enquanto a atenção essencial da doutrina incidu sobre a ilicitude e sobre a culpa na responsabilidade civil, o dano permaneceu “na sombra”. Mais recentemente, todavia, o dano tem sido objecto de uma crescente atenção.

Em todo o caso, e como referiu PETER SCHLECHTRIEM³, o conceito de dano pode ser óbvio para os leigos, mas não o é, certamente, para os juristas. Existem, com efeito, várias concepções ou teorias sobre a noção jurídica de dano. Para a doutrina clássica, o dano é um elemento ulterior relativamente à lesão, que o autor deve provar; acentua-se o papel central do dano na responsabilidade civil, já que é pressuposto desta, e o ressarcimento do dano apresenta-se como o seu escopo último. Por outro lado, não falta quem considere que o dano consiste na lesão do interesse⁴ numa visão

¹ O presente artigo destina-se a ser inserido nos Estudos em homenagem ao Professor Castanheira Neves.

² RENATO SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in Studi in Onore di Gioacchino Scaduto, Vol.III. Diritto Civile e Diritto Romano, CEDAM, Padova, 1970, pp. 193 ss., p.196.

³ PETER SCHLECHTRIEM, *Schadenersatz und Schadensbegriff*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1997, pp.232 ss. p.232.

⁴ Como ensina GIOVANNA VISINTINI *Trattato Breve Della Responsabilità Civile*, CEDAM, Padova, 2.ª ed., 1999, p.371 ss., é frequente confundirem-se estes dois conceitos de dano: o dano como lesão de um interesse e o dano como um prejuízo ressarcível. Assim, quem se refere ao dano “injusto”, refere-se ao elemento objectivo do facto ilícito; já quando se fala de dano ressarcível, a expressão assume o significado de perdas patrimoniais, lucros cessantes, sofrimentos morais, ou seja, de prejuízos avaliáveis em termos económicos enquanto objecto de reparação ou compensação. E daí que, para a Autora, deva ter-se clara a diferença entre a tradicional *iniuria* e o prejuízo ressarcível. Por vezes, a problemática referente à verificação da lesão do interesse e ao cálculo dos danos ressarcíveis podem sobrepor-se, o que justifica parcialmente o uso promíscuo da palavra dano. Mas, frequentemente, tal sobreposição não ocorre, como sucede quando se solicita o ressarcimento de danos reflexos ou indirectos, em que se pode distinguir facilmente entre a lesão do interesse tutelado e as repercussões económicas da lesão, por ex: lesões da reputação, mediante a difamação, por um lado e perda de clientela ou de chances de carreira ou de negócios, por outro.

que tende a confundir dano e ilicitude; e há quem sustente que o ilícito civil pode existir, sem que se tenha verificado, em concreto, algum dano⁵.

Num sistema como o nosso, em que não se consagrou um princípio geral de *neminem laedere*, não se deve confundir a violação da ordem jurídica em geral ou de normas éticas ou morais, ou até a criação de situações aparentes e a violação da correspondente confiança com a ilicitude. A ilicitude resulta da violação de um direito subjectivo alheio ou de uma norma legal destinada a proteger interesse alheio; esta cláusula do art. 483.º é ampliada pela existência da figura do abuso do direito e pela *culpa in contrahendo* que tutela a liberdade de autodeterminação negocial. A isso acresce a existência de hipóteses excepcionais de responsabilidade por facto lícito. Contudo, tal não significa, de modo algum, que se possa retirar da violação de expectativas a existência de ilicitude, tal como, de resto, não se pode também deduzir a ilicitude da existência de danos. O papel nuclear assinalado ao dano, em sede de responsabilidade civil, ao menos no nosso sistema jurídico, decorre da visão dominante de que a responsabilidade civil tem uma função pura ou essencialmente reparatória; quem ao invés, destacar a função preventiva ou punitiva do instituto, poderá ser tentado a converter em “dano”, o mero risco de lesão de um bem jurídico^{6,7}, de modo a tornar mais onerosa, para o agente, a prática de uma conduta ilícita.⁸

⁵PIER GIUSEPPE MONATERI, *Le Fonti Delle Obligazioni*, 3, *La Responsabilità Civile*, UTET, Torino, 1998, pp.274 ss., p.276.

⁶MONATERI. *ob.cit.*p.281. Também TONY WEIR, *Loss of a Chance – Compensable In Tort? The Common Law*, in *Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civile*, dirigido por Olivier Guillod, Schulthess, Zürich, 1991, pp.111 ss., p.124, refere a tendência norte-americana a permitir que os júris considerem o réu responsável, se ele simplesmente aumentou o risco de um dano. A diferença tem também a ver com o escopo assinalado à responsabilidade civil: se o escopo da responsabilidade civil não for apenas o da reparação do dano, mas também o da prevenção, é mais fácil explicar a responsabilização dos réus, por terem tido simplesmente uma conduta perigosa ou arriscada.

⁷Como veremos, é o que, também em alguma medida, parece passar-se com a doutrina francesa do dano da perda de chance, que é frequentemente invocada, a nosso ver, aquando da actuação negligente (ou da omissão) de profissionais (médicos, notários, advogados, etc.) que, de algum modo, se pretende incentivar um comportamento profissionalmente adequado. Assim, se o médico efectua um diagnóstico com ligeireza ou displicência, a sua responsabilização, pela “perda de chance” do paciente, sem que se possa demonstrar que este teria sobrevivido se o médico actuasse com a diligência esperada, parece corresponder mais a uma intenção “quase punitiva”, ainda que inconfessada.

⁸Assim por todos, CRISTINA SEVERI, *Perdita de chance e danno patrimoniale risarcibile*, *Responsabilità civile e previdenza* 2003, págs 296 e segs., pág. 296: “nenhum sistema de responsabilidade civil pretendeu algum dia garantir o ressarcimento em todos os casos em que se verifica um dano, mas a selecção dos pressuposto para a individualiza-

Tradicionalmente exige-se, para que o dano seja ressarcível, que o mesmo seja certo⁹. Importa, no entanto, não confundir a certeza do dano, isto é, o ter-se verificado ou a existência de circunstâncias que o tornam inevitável ou simplesmente provável¹⁰, com o seu carácter imediato: consequentemente, devem distinguir-se os danos certos no futuro, dos danos simplesmente eventuais. O dano meramente eventual não é ressarcível, porque falta o requisito da certeza. E é evidente que esta certeza é uma certeza apenas relativa, não absoluta: o lucro cessante nunca existiu, e não chegará a existir. “O critério é inevitavelmente influenciado pela capacidade imperfeita de prever os eventos em razão dos limites do conhecimento humano, sempre que se entra no campo do hipotético”¹¹.

A propósito da demonstração da existência de um lucro cessante, a referência tradicional de que o dano deve ser certo, não nos deve, pois, induzir em erro. O lucro cessante é, necessariamente, uma realidade hipotética que não chegou a verificar-se e se situa no domínio

ção do sujeito responsável e dos limites do dano ressarcível das funções que se entende dever atribuir à responsabilidade civil”.

⁹ Como refere PHILIPPE le TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3.^a Ed. Dalloz, Paris, 1982, pp.167 ss., p. 167, o prejuízo reparável deve ser directo, actual e certo. Contudo, deve ter-se em conta quanto à palavra *certo*, que ela deve ser entendida com alguma relatividade. “La certitude n’est pas de ce monde”. Também FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD e FRANÇOIS CHABAS, Tomo II, 1.^o Vol., *Obligations, Théorie Generale*, Montchrestien, Paris, 9.^a ed., 1998, pp.416 ss., p.429, menciona que é preciso que os juizes tenham a certeza de que se o facto incriminado não tivesse ocorrido, o acontecimento teria podido realizar-se. Por outras palavras, a chance não é um sonho, é necessário que já existam alguns elos do encadeamento causal. “O problema da perda de chance coloca-se quando numa situação, por definição vantajosa para a futura vítima, comportava uma álea e essa álea desapareceu”. Como referem JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT, *Droit Civil, Les Obligations, 2.Le fait juridique*, Armand Colin, 7.^a ed., Paris, 1997, p.124, a exigência que o dano seja certo é não apenas imposta pelo bom senso, mas é também necessária para a aplicação do princípio de que a indemnização não deve enriquecer o lesado. Mas esta exigência de certeza suscita sérias dificuldades, porque a vida social não é feita de certezas matemáticas. A certeza a que aqui se faz referência é apenas uma probabilidade suficiente. É este relativismo da certeza, que explica a possibilidade de reparar o dano futuro.

¹⁰ O § 242 do BGB define, precisamente, o lucro cessante em termos de verosimilhança.

¹¹ MAURIZIO BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” e certezza del danno*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1976, anno XXX, pp. 55 ss.

das probabilidades¹². Assim, a certeza da existência de um lucro cessante não pode nunca ser uma certeza matemática, mas será apenas uma certeza meramente relativa, atendendo, por exemplo, às expectativas das partes na conjuntura do próprio negócio. De outro modo, e até porque o lucro cessante dependeria, normalmente, da existência de uma multiplicidade de variáveis, seria sempre fácil negar a sua existência.

Por outro lado, a demonstração da extensão do lucro cessante é uma área em que, por excelência, se pode recorrer ao n.º 3 do art.º 566.º do Código Civil e, portanto, à sua fixação segundo juízos de equidade. Destaque-se, contudo, que, para a doutrina dominante, tal não dispensa a demonstração, pelo lesado, da existência de um lucro cessante. Nas palavras de BIANCA¹³, “(n)a avaliação equitativa do dano, trata-se de chegar a um montante, tendo em conta factores de provável incidência do dano. Com tal avaliação, o dano a ressarcir é encarado como resultante de elementos vários e contrastantes que têm uma maior ou menor possibilidade de influir, positiva ou negativamente sobre o montante do dano”. A avaliação equitativa do dano exige a prova da existência de um dano, já que a incerteza deve estar limitada à determinação da sua

¹² ADRIANO DE CUPIS – *Il danno, Teoria Generale Della Responsabilità Civile*. Giuffrè, Milano, 3.ª ed. 1979, nota: “qual é que teria sido o objecto do lucro cessante é algo que deve ser avaliado pelo Juiz, com base na certeza humana. O Direito não pode ter em conta fantasias e ilusões de eventuais vantagens. Mas, em contrapartida, esta certeza entra no campo do hipotético e não pode ser absoluta: “há que contentar-se com uma certeza relativa, ou seja, uma expectativa razoável e fundada”. O Autor dá como exemplo uma pessoa que é lesada na sua integridade física, quando está ainda desempregada: pode considerar-se que, “segundo a certeza humana, a integridade física teria permitido ao sujeito levar a cabo uma actividade profissional remunerada, correspondente às suas aptidões e isso deve ser suficiente para a sua ressarcibilidade.”

¹³ C.MASSIMO BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, dirigido por Francesco Galgano, Zanichelli Editore, Bologna e *Il Foro Italiano*, Roma, 2.ª ed., 1979, pp.387 ss., p.389.

grandeza^{14 15}. Deve ser impossível provar, ou pelo menos muito difícil provar, o montante do dano em relação aos meios probatórios de que o lesado dispõe. Admitiu-se na jurisprudência italiana o cálculo por equidade do dano, nas seguintes situações: violação de patentes, concorrência desleal, falta ou atraso na construção de um edifício, perda de um aviamento, não realização de um espectáculo teatral¹⁶. Em alguns ordenamentos tem-se desenvolvido, contudo, a noção de que a mera perda de uma chance constitui, ou pode constituir, um dano autónomo. Esta construção tem sido aceite, nomeadamente, em Inglaterra¹⁷. Esta-

¹⁴ Cfr. MARISA MELI, *Il Risarcimento del Danno da Concorrenza Sleale*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1996, II, pp.260 ss., p.264. Como a autora refere, e é opinião largamente dominante na doutrina italiana, é pressuposto da liquidação equitativa do dano a prova da existência do mesmo. O lesado, além de ter de demonstrar o comportamento ilícito, deve fornecer a prova das consequências negativas que tal comportamento ilícito produziu, na sua esfera patrimonial. Se não o faz, não é possível recorrer à liquidação equitativa, porque esta se refere ao *quantum* e não ao *an* do dano. Também MAURIZIO IZETTA, *L'Equità nella Giurisprudenza*, La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 1986, II, pp. 1, destaca que a adopção do critério equitativo, para a valoração do dano, representa uma derrogação ao sistema legal de liquidação e não pode exorbitar do âmbito em que está circunscrito e, portanto, de impossibilidade ou dificuldade de uma prova precisa, quanto ao seu conteúdo. O juiz só pode recorrer à liquidação equitativa como extrema *ratio*. Também a jurisprudência italiana tem sublinhado que a liquidação equitativa do dano não dispensa a parte interessada de fornecer ao juiz os elementos de prova que sustentam a sua pretensão, quanto à existência do dano. É, pois, necessário que o dano seja certo, na sua existência ontológica, mesmo que não na sua entidade ou grandeza exacta. "Se a certeza do dano, isto é, do prejuízo económico sofrido na sua existência ontológica, não existe, o poder discricionário do juiz, não obstante a afirmação genérica e abstracta do direito ao ressarcimento, não pode manifestar-se, devendo aplicar-se o princípio *actore non probant reus absolvitur*, que opera mesmo quando o ilícito é de tal natureza, que torna particularmente árdua a demonstração do dano" (*ob.cit.*, p.3). Não é, pois, consentida a liquidação equitativa de um dano meramente potencial, cuja existência não foi, demonstrada seguramente (*ob.cit.*, p.4).

¹⁵ Como refere BIANCA, *ob.cit.*, p.398, "(o) juízo equitativo impõe-se, designadamente, face ao lucro cessante que se reporta à actuação de uma relação obrigacional pré-existente. A actuação de uma situação jurídica importa sempre uma margem de risco, que pode ser calculada apenas como probabilidade. No juízo equitativo deve ter-se em conta a maior ou menor probabilidade de realização do ganho, que se pode deduzir da referência às pessoas, das garantias e condições da relação lucrativa".

¹⁶ O juízo equitativo "aparece particularmente apropriado quando a entidade, a grandeza do lucro futuro depende de um não pré-determinado resultado produtivo ou de um sucesso comercial do bem, que não é seguro.", *ob.cit.*, p.397.

¹⁷ Desde o caso *Chaplin v Hicks*, [1911], 2 KB 786. Neste caso, o réu convidou o público feminino a entrar num concurso de beleza de um jornal, enviando fotografias,

dos Unidos da América¹⁸, Itália¹⁹, Áustria e Espanha, mas é, sobretudo,

A selecção das candidatas seria feita em várias fases. Na primeira fase, o réu publicava uma selecção das fotografias enviadas no jornal. Os leitores deveriam votar na mulher mais bonita. O réu escolheu cinquenta candidatas, que tinham obtido o maior número de votos, e das cinquenta deveria seleccionar, mais tarde, doze vencedoras. A autora integrou o grupo das cinquenta, mas não foi mais contactada depois disso, e não realizou a entrevista prometida. O tribunal considerou que havia um dano e uma perda de chance de cerca de 25%. Sobre este caso e o panorama em Inglaterra, cfr. HELEN REECE, *Losses of chances in the Law*, The Modern Law Revue, 1996, pp. 188 ss. Sobre a ressarcibilidade da chance perdida de uma promoção conferir no direito inglês *Mitchell v. Mulholland* [1971] 2 ALLER 1205 (CA). Em Inglaterra já se concedeu uma indemnização ao trabalhador que perdeu a chance de um bónus na sequência de um despedimento abusivo e ao trabalhador que perdeu a chance de encontrar um emprego no futuro por causa de lesões sofridas num acidente de trabalho, *Moeliker v. A... Reyrolle and Co. Ltd* [1977] 1 ALLER 9 (CA). Sobre um caso em que se atendeu à perda de chance de conclusão de um contrato conferir *Allied Maples Group Ltd v. Simmons & Simmons* [1995] 4 ALLER 907 (CA).

¹⁸ Para uma descrição detalhada da situação nos EUA cfr., por todos, CHRISTOPH MÜLLER, *La perte d'une chance. Étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Staempfli Editions AS Berne, 2002, pp. 101 e segs. A doutrina circunscreve-se ao domínio da responsabilidade médica e é aceite apenas em alguns dos Estados da União. Alguns Estados continuam a manter a perspectiva do "tudo ou nada", exigindo uma probabilidade médica razoável de que o dano tenha sido causado pelo agente. Outros adoptam posições intermédias tais como a "chance substancial" – assim, o Supremo Tribunal do Michigan, no caso *Falcon v. Memorial Hospital*, 462 N.W. 2d 44 (Mich. 1990), considerou que era indemnizável o dano sofrido por um paciente que, por força de um comportamento culposo de um médico fora privado de uma chance de 37,5% de se salvar de uma embolia – ou da causalidade atenuada (que permite ao júri decidir pela existência de causalidade mesmo que a chance de o agente ter provocado o dano seja inferior a 50%). A doutrina mais radical – a "pure chance approach" – afirmada pelo Supremo Tribunal do Estado de Washington em 1983, *Herskovits v. Group Health Co.*, 664 P.2d 474 (Wash. 1983) admitiu a ressarcibilidade de uma redução de uma chance de sobreviver a um cancro do pulmão de 39% para 25%, argumentando que o médico, cujo comportamento ilícito e culposo reduzira as chances de sobrevivência não podia invocar a inevitabilidade do resultado. Curiosamente os tribunais norte-americanos têm-se recusado a estender o reconhecimento deste dano a outros domínios para além da responsabilidade médica.

¹⁹ Segundo informa MARIA PAOLA SUPPA, *Danno da perdita di chance ed onere probatorio*, *Giurisprudenza Italiana* 2003, I, pp. 1783 ss., o reconhecimento deste dano em Itália parece ter ocorrido primeiro no âmbito das relações laborais. O *leading case* terá sido o Acórdão do Supremo Tribunal Italiano n. 3139 de 1 de Abril de 1987 em que, na hipótese de não promoção de um trabalhador ilicitamente afastado de um concurso interno, se decidiu que o bem lesado era não o direito à promoção (que não existia), mas sim "a possibilidade já existente no património do trabalhador e, portanto, susceptível de ressarcimento em caso de lesão, de obter um resultado favorável na sequência do desenvolvimento regular e correcto do procedimento de selecção" (cfr., contudo,

em França, que tem encontrado maior sucesso²⁰ e se tem manifestado com maior pujança.

Alguns exemplos podem servir para ilustrar a relevância outorgada à perda de uma chance: imagine-se que, num procedimento conducente a uma promoção, um trabalhador que realizou, com sucesso, uma prova escrita, foi ilicitamente impedido de participar na prova oral subsequente²¹; poderá ele exigir uma indemnização, muito embora não seja

MARIA FEOLA, *Nesso di causalità e perdita di "chances" nella responsabilità civile del professionista forense*, Rivista Critica del Diritto Privato, ano XXII, 2004, pp. 151 ss., p. 152, que identifica uma génese anterior, reportando-a a um Acórdão de 19 de Novembro de 1983). A decisão do tribunal parece ter-se baseado na consideração de que o empregador é obrigado a respeitar a boa-fé e a correcção na realização do concurso ou da selecção dos trabalhadores a promover, pelo que estes são já titulares de uma posição jurídica que merece tutela, representada pela possibilidade de obter um resultado favorável, se o empregador agir de boa-fé. A nova configuração do dano da perda de chance abriu uma espiral e motivou uma ampla aplicação de tal *fattispecie* em muitas outras situações. Progressivamente, foi também ampliada à violação de expectativas jurídicas (por contraposição ao mero interesse legítimo) e ao reconhecimento do ressarcimento do dano à integridade do património. O dano da perda de chance estendeu-se do domínio da exclusão ilegítima de um concurso interno e de outros procedimentos de selecção (por exemplo, a exclusão de um corredor que não foi admitido a um campeonato – Resp.Civ. e Prev., 1993, 859), da injustificada exclusão de provas orais, para depois se aplicar a outras hipóteses de ilícito aquiliano, de violação de negociações, de incumprimento de contratos. Tem sido também aplicada na responsabilidade profissional, particularmente do médico e do advogado.

²⁰ Como refere CHRISTOPH MÜLLER, ob. cit., p. 51, o direito francês, que conhece a teoria da perda de chance desde finais do séc. XIX, desenvolveu-a e refinou-a mais do que qualquer outro sistema jurídico. Também MARIA FEOLA, ob. cit., p. 157, regista que não apenas o dano da perda de chance (ou chances, no plural, como a autora prefere) teve o seu primeiro reconhecimento histórico em França, mas é ainda neste país que se podem encontrar "os contributos jurisprudenciais e doutrinários mais significativos, em quantidade e qualidade".

²¹ É o caso comentado por ALBERTO MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una chance*, Giurisprudenza Italiana, 1994, Parte Prima, Sez.I, cols. 235 ss. que refere, a propósito (col.238) que "o objecto do ressarcimento não é a promoção que não teve lugar, mas o desenvolvimento do concurso de modo ilegítimo, do qual resultou uma perda de uma possibilidade". Tal perda constitui uma utilidade economicamente avaliável, ainda que de difícil quantificação e é uma perda presente e não futura. Cfr., ainda, ADRIANO DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una chance*, Giurisprudenza Italiana, 1986, Parte Prima, Sez.I, cols.1181 ss. DE CUPIS sublinha, uma vez mais, que a mera expectativa de facto não é juridicamente tutelada, mas que o deve ser a expectativa jurídica. O A. admite mesmo (col.1183) que, ainda que a chance não seja superior a 50%, deve ser ressarcida a sua lesão, se se tratar de uma expectativa jurídica já existente, como é o caso da de quem participa num concurso.

certo que fosse ele o vencedor do concurso? Ou que um paciente é transportado para um hospital, por suspeita de um tumor maligno, mas os médicos não agem imediatamente, e demoram cerca de sete semanas a tomar medidas, que se impunham com a máxima urgência. O paciente vem a morrer um ano depois. Não se pode determinar, com certeza, se o paciente se teria salvo, caso as medidas urgentes tivessem sido imediatamente adoptadas, mas pode apurar-se que as suas chances de sobrevivência seriam, nessa hipótese, de 60%²² ²³. Ou ainda que um piloto de automóveis, mais concretamente da F.3000²⁴, vê o seu contrato ser resolvido por incumprimento, pela sua equipa. A equipa não consegue, contudo, provar o incumprimento e é o piloto, em reconvenção, a pedir a resolução do contrato, pedido que é deferido pelo Tribunal de Monza. O piloto demonstrou ter sido afastado da equipa, muito embora tenha realizado uma contribuição financeira superior à que tinha sido acordada. Era o piloto que pagava para poder guiar: a contribuição financeira representava o correspondente da assistência técnica e desportiva prestada pela equipa, e por dispor de uma viatura competitiva. O interesse do piloto estava, obviamente, em poder demonstrar as suas próprias capacidades, na perspectiva de poder, graças aos resultados obtidos, aceder à F1. Só assim se explica que um trabalhador, um profissional, estivesse disposto a pagar para trabalhar... O Tribunal de Monza considerou que o piloto tinha sofrido um dano, que consistia na perda de uma chance²⁵.

²²OG Zürich SJZ 85, 1989, 119. O tribunal suíço reconheceu o fundamento a um pedido de indemnização por perda de chance: em sentido oposto, *vide*, em Inglaterra, *Hotson v East Berkshire Area Health Authority*, [1987] 2 All E.R. 909.

²³Além da responsabilidade médica, a perda de *chance* tem sido frequentemente invocada no contexto da responsabilidade do advogado, que deixa, por exemplo, prescrever o direito do seu cliente ou que deixa passar o prazo para interpor um recurso. Sobre o tema *cfr.* por exemplo, GIACOMO DE FAZIO, *Responsabilità dell'avvocato: per la perdita del processo e per la perdita della chance di vincere il processo*, Responsabilità civile e previdenza 1998, págs. 655 e *segs.*

²⁴Mais conhecida como Fórmula 3000, que é uma fórmula de competição automóvel que dá, teoricamente, acesso à Fórmula 1 (adiante referida simplesmente como F.1), que será o escopo máximo pretendido e desejado por qualquer piloto de monolugares.

²⁵É o caso anotado por ALESSIO PACCES – *Competizioni Automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle chances perdute?*, Rivista di Diritto Sportivo, 1994, Anno XLVI, pp.447 ss. Para este autor, não se trata, em rigor, de uma perda de chance, pelo menos no que toca ao essencial do dano, muito embora reconheça tratar-se de um dano patrimonial. É que (*ob.cit.*, p.450) “(r)esulta claramente que, no caso em exame, uma parte das oportunidades do piloto destruídas pelo comportamento ilegítimo da equipa, não

Serve também de exemplo a decisão da *première chambre civile de la Cour de cassation*, de 20 de Julho de 1988²⁶: uma pessoa queixou-se de fortes dores cervicais, e o seu médico diagnosticou um torcicolo a 9 de Julho de 1982, tendo reiterado a sua opinião a 12 de Julho e recusado a hospitalização solicitada pela família do paciente. A 15 de Julho, um outro médico chamado pela família, em razão das fortes e persistentes dores sentidas pelo doente, fê-lo transportar de urgência para o hospital, onde lhe foi diagnosticada uma meningite aguda. A 17 de Julho, o aparecimento de uma tetraplegia revelou a existência de uma epidurite, associada à meningite. O Tribunal considerou que o comportamento culposo do primeiro médico (o atraso em proceder à hospitalização do doente) tinha acarretado uma evolução particularmente grave da doença, mas só o condenou à indemnização de uma perda de chance. A *Cour de cassation* rejeitou um recurso em que se solicitava a reparação integral do prejuízo e confirmou a decisão recorrida com o argumento de que não era possível fixar o grau de recuperação a que teria chegado o doente, sem a culpa do médico e, portanto, quais as sequelas (menores) que o doente sempre padeceria.

Um outro exemplo, na jurisprudência francesa, é proporcionado pelo seguinte caso, decidido pela *Cassation*, a 17 de Fevereiro de 1961, e comentado por FRANÇOIS CHABAS²⁷: um automobilista feriu, por um comportamento negligente, uma jovem e, em sequência das lesões que

se podia reconduzir à perda de chance. É razoável presumir que, na ausência de incumprimento, o piloto continuaria a pilotar e, face ao já sucedido, poder-se-ia afirmar, com base num critério de normalidade, que teria continuado a ganhar na F.3000, com resultados presumivelmente não menos brilhantes do que os até agora obtidos, beneficiando de um crescente retorno económico, em termos de imagem, e de uma maior experiência. A privação desse benefício, que poderia considerar-se esperado com razoável certeza, representa não uma perda de chance, mas um lucro cessante." O autor admite, contudo, uma certa perda de chance, que consistiria na passagem à F.1, com os benefícios daí resultantes e só aceita que se fale de uma chance, quando existe um evento aleatório no momento em que interveio o facto lesivo: mesmo que a equipa tivesse bons resultados, não é certo que o piloto passaria a militar na F.1. "(a) chance, correctamente entendida, exprime uma pura e simples eventualidade favorável, cuja realização não pode dizer-se certa, em termos de experiência da vida".

²⁶ GP 1988, IV, 351.

²⁷ FRANÇOIS CHABAS, *La Perte d'une Chance en Droit Français*, in *Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civile*, dirigido por Olivier Guillod, Schulthess, Zürich, 1991, pp.131e ss., p.131.

esta sofreu, fê-la perder as chances de ganhar um concurso para ser contratada como hospedeira de bordo.

No direito inglês, em que o reconhecimento da perda de chance se tem revelado muito mais titubeante, encontram-se tanto casos que parecem orientar-se no sentido do reconhecimento da figura ou, pelo menos, que parecem ter facilitado a demonstração da causalidade pelo lesado, como outros casos em que os pontos de vista mais tradicionais foram reafirmados.

Um caso em que a *House of Lords* foi menos exigente, em matéria de causalidade, foi o caso *McGhee vs. National Coal Board*²⁸. Tratou-se de uma situação em que um trabalhador contraiu uma doença de pele após trabalhar três dias numa fábrica de tijolo. Os tijolos eram feitos com detritos de carvão, e largavam poeira que se impregnava na pele, mormente porque, dado o elevado calor a que estavam sujeitos, no forno, o suor provocado pela temperatura contribuía para que essa poeira aderisse à pele. A empresa não tinha chuveiros, nas suas instalações. Os réus defenderam-se, alegando que não estava demonstrado que a possibilidade de tomar um chuveiro tivesse feito qualquer diferença. A *House of Lords* considerou que, muito embora não houvesse provas que a falta de duche tinha contribuído para o aparecimento da doença de pele no trabalhador, a prova de um comportamento culposos que incrementa o risco de prejuízo, deve acarretar responsabilidade por esse prejuízo, a não ser que se demonstre que a conduta em causa não contribuiu para o prejuízo em questão²⁹. Mas o presente caso não teve repercussões³⁰ e, em casos posteriores, a *House of Lords* expressamente afirmou que o ónus da prova da causalidade incide sobre o autor e o caso *McGhee* não introduziu qualquer novo princípio de Direito. Não pode, pois, afirmar-se ser hoje suficiente para o lesado em Inglaterra, demonstrar que a conduta do agente pode ter contribuído para o dano: o autor deve, antes, demonstrar que a conduta do réu contribuiu efetivamente para o dano. Não se é responsável pelo simples incremento do risco de dano.

²⁸ [1972] 3 All E.R. 1008.

²⁹ *Ob.cit.* p.1008: "to prove a fault which increases a risk of harm entails liability for subsequent harm of that nature unless it is shown that it made no material contribution."

³⁰ Para alguns não se trata sequer de um genuíno caso de perda de chance: cfr. NILS JANSEN, *The Idea of a Lost Chance*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 19, 1999, pp. 271 ss., p. 280.

No caso *Hotson v. East Berkshire A.H.A.*³¹, os tribunais tiveram de pronunciar-se sobre uma situação em que um rapazinho em idade escolar estava a baloiçar-se numa corda atada a uma árvore, quando caiu e magoou-se gravemente na anca. Foi conduzido ao hospital, mas limitaram-se a ligar-lhe o joelho, ignorando a lesão da anca. Só após cinco dias de agonia, regressou ao hospital e diagnosticaram o seu estado, tendo-o operado no dia seguinte, de urgência. Mesmo assim, ficou aleijado para o resto dos seus dias. Na matéria de facto, em 1.^a instância, o juiz considerou que os ferimentos iniciais tinham sido tão graves que, mesmo numa operação imediata, ele só teria uma chance em quatro de sucesso. Essa chance foi perdida pela negligência dos réus. Como o juiz afirmou, era possível, mas não provável, que existissem ainda vasos sanguíneos intactos, em número suficiente para que a operação tivesse êxito. Por outras palavras, se fosse uma questão de causalidade, o queixoso deveria ver improcedente o seu pedido, mas o juiz considerou que se tratava antes de uma questão de avaliação do dano e concedeu 25% da quantia a que o queixoso teria direito se se pudesse considerar que a operação teria sucesso. A *Court of Appeal* manteve a decisão, tendo alguns dos juízes argumentado que perda da chance de cura era um dano em si mesmo. Na *House of Lords*, todavia, a decisão foi rejeitada por unanimidade. Curiosamente, os juízes não se pronunciaram quanto à questão de saber se a perda de chance de cura era ou não um dano, porque consideraram que a questão nem sequer se colocava, já que o juiz tinha considerado que provavelmente a operação seria um insucesso³². Em suma, não se poderia transformar uma afirmação do género “o rapazinho, provavelmente, embora não com toda a certeza, teria ficado aleijado de qualquer modo”, naqueloutra afirmação de que “ele tinha a chance de não ficar aleijado” e tratar esta chance como um bem ou um valor (“an asset”). Assim, e muito embora o Tribunal não tenha propriamente afastado a possibilidade de

³¹ [1985] 3 All E.R. 167.

³² “The only question was one of fact, whether there were enough blood vessels intact at the time of the first visit to the hospital immediately after the accident. They found the judge to have concluded that there were not, as he had said in terms that though it was possible that there were enough, it was probable that there were not. Accordingly, the plaintiff had no chance of recovery at that time. no chance to lose therefore no chance lost through the defendants’ mis diagnosis”, *Ob.cit.* pp.118/119. Lord Ackner observou, [1987] 2 All E.R. 909, 922 que “this case was a relatively simple case concerned with the proof of causation, on wich the plaintiff failed, because he was unable to prove, on the balance of probabilities, that his deformed hip was caused by the authority’s breach of duty in delaying over a period of five days a proper diagnosis and treatment”.

uma perda de chance ser considerada um dano, à luz deste caso, não falta quem tenha já afirmado que a doutrina da perda de chance, em Inglaterra, é uma causa perdida³³.

Pode recorrer-se, também, à noção de perda de oportunidades, no domínio dos danos corporais, tendo sido utilizada, por exemplo, na sentença de 10 de Outubro de 1998, do Supremo Tribunal espanhol³⁴: a mão amputada de um trabalhador de uma empresa fabricante de gelados, foi conduzida por um comportamento negligente do empregador, para a clínica, em gelo sintético e não em gelo natural; não foi possível verificar se o fracasso na reimplantação se ficou a dever a tal circunstância, porque, mesmo que o membro não tivesse chegado ao hospital como chegou, num estado de congelação tão avançado, não é seguro, nem sequer em condições normais, o êxito da operação de reimplantação. O que se indemnizou foi, por isso, apenas a perda da oportunidade de efectuar a operação de reimplantação em condições normais. Uma perda de expectativa avaliada em 1.500.000 Pesetas. Também se tem utilizado a noção de perda de oportunidade nos pedidos de *wrongful life/wrongful birth*. Em Espanha, numa hipótese em que um médico não informou a mãe sobre o risco da criança da criança padecer do síndrome de Down, a sentença de 6 de Junho de 1997 condenou solidariamente o médico e o Serviço Valenciano de Saúde a uma indemnização de 50.000.000 de Pesetas³⁵.

Já na Alemanha, por exemplo, a doutrina da perda de chance é praticamente desconhecida, como também resulta claro da invocação de alguns exemplos: num caso recentemente decidido pelo BGH³⁶, um desportista com 34 anos foi mal operado por um cirurgião, com a consequência de que ficou com sequelas permanentes que o limitavam nos seus movimentos. Embora aquele fosse, provavelmente, o seu último ano como jogador profissional, estava a frequentar o curso de treinador, para obter a imprescindível licença e para poder continuar, depois de acabada a sua

³³TONY WEIR, *Loss of a Chance – Compensable In Tort? The Common Law*, in Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civile, dirigido por Olivier Guillod, Schulthess, Zürich, 1991, pp.111 ss., p.123, “In England, therefore, the *loss of chance* theory seems to be a lost cause. Plaintiffs’lawyers must dream up some other fantasy.”

³⁴Citada por MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p.154.

³⁵MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *ob.cit.*, p.154, critica esta indemnização, porque considera que não se sabe se a mãe teria abortado ou não, e há aqui mesmo uma radical incerteza, um curso causal não verificável.

³⁶Acórdão de 17.02.1998, NJW 1998, 1633 e ss.

carreira como jogador, a fruir rendimentos como treinador. O Tribunal entendeu que, sem a lesão, ele teria conseguido obter a licença de treinador e atribuiu-lhe direito aos rendimentos por duas épocas, uma ainda como jogador e outra como treinador, com o argumento de que ele teria podido obter essa posição junto do seu clube. Na verdade, a evolução posterior, como treinador, dependia inteiramente dos resultados obtidos nesse período, pelo que não podia ser antecipada com segurança.

Um outro caso foi decidido pelo BGH, a 23.09.1982³⁷. Um arquitecto participou num concurso de projecto para uma clínica, mas, por ter alegadamente entregue o seu projecto fora de prazo, este não foi apreciado. Na realidade, a alegação era falsa e a recusa foi ilícita. Contrariamente ao tribunal recorrido, que tinha considerado haver uma perda de chance e fixado uma indemnização, em dois terços das despesas que o arquitecto realizara e que se tinham tornado inúteis, o BGH recusou qualquer indemnização, com a argumento de que as despesas não são danos e o arquitecto não conseguiu provar que teria tido sucesso no concurso.

As raízes da doutrina³⁸ da perda de chance, em França – país de onde parece ter irradiado para outros ordenamentos românicos, tais como o italiano ou o espanhol – encontram-se na jurisprudência da *Cour de cassation*, de finais do séc.XIX e, na sua origem, estavam casos de perda de chance num processo, casos em que um advogado, por exemplo, tinha deixado prescrever uma pretensão de um seu cliente, ou esgotado o prazo de um recurso. Gradualmente, o domínio desta doutrina foi-se expandindo a outras situações, nomeadamente nos anos 50 do século passado. Foram sendo considerados casos como a chance de perda de alimentos por parte da vítima de um acidente ou a perda de chance de constar num testamento. Tratou-se de uma construção jurisprudencial, o que não é surpreendente, já que a jurisprudência é o motor do desenvolvimento da responsabilidade civil em França, muito mais do que o legislador ou a doutrina. A partir de 1962, data de uma decisão da *Cour de Grenoble*, a perda de chance foi também aplicada no domínio do direito médico³⁹. De acordo com esta concepção, a perda de chance é uma forma de pre-

³⁷ NJW 1983, 442; cfr.igualmente JZ, 1983, 372, 377.

³⁸ A história da evolução da figura, em França, pode encontrar-se em HELGE GROBERICHTER, *Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung vor dem Hintergrund der perte d'une chance*. Verlag C.H.Beck, Münchener Universitätschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 163, 2001, pp.95 ss.

³⁹ RTDC. 1963, 334, acórdão de 24.10.1962.

juízo cujo objecto consiste no desaparecimento de uma chance preexistente (definida como uma probabilidade não verificada mas também não meramente hipotética, que constitui um elemento do património).⁴⁰

A chance é apresentada como um prejuízo especial, certo e distinto do dano final. Nas palavras de CAROLINE RUELLA, “quer se trate do candidato impedido de se apresentar a um concurso, do apostador privado das chances de ganhar por culpa do jóquei, todas essas hipóteses têm em comum que todas essas pessoas são “proprietários” de uma chance”⁴¹. A autora acrescenta que, embora seja impossível invocar o prejuízo final (a perda do concurso, a perda da aposta), porque ninguém pode prever com certeza o desenvolvimento futuro destes acontecimentos, a verdade é que um comportamento ilícito e culposo (*faute*) provocou o desaparecimento da situação de chance e criou um prejuízo imediato. “Pode assim distinguir-se entre um prejuízo actual, imediato, e um prejuízo mediato ou futuro, por sua essência, eventual. O prejuízo intermédio representado pelo desaparecimento da situação em mutação é apreendido pelo Direito através da qualificação como perda de chance. Caso a chance seja real, o seu desaparecimento consiste num prejuízo ou dano real”⁴².

Em suma, a aferição do dano exige sempre a comparação entre uma situação real, actual, e uma situação hipotética, igualmente actual, podendo afirmar-se, na esteira de HELGE GROßERICHTER, que a prognose sobre a evolução hipotética de um acontecimento originário é o fundamento necessário e incontroverso para a determinação de um dano⁴³. Contudo, a demonstração desta evolução hipotética é extremamente problemática e delicada, mesmo que em termos de verosimilhança, já que se reporta a um processo evolutivo que se estende ao longo de um período significativo de tempo e que aparece marcado por numerosas incertezas. O lesado invocará, por exemplo, quando esteja em jogo a evolução hipotética do salário de um trabalhador que ficou ferido em determinado acidente, eventuais aumentos ou promoções; o lesante contraporá com a eventualidade de o trabalhador poder vir a perder o seu posto de trabalho. Com a ajuda da doutrina francesa da perda de chance, a incerteza sobre este processo hipotético de evolução dos acontecimentos, na ausência do evento danoso, é repartida, para algumas situações específicas, entre

⁴⁰ CAROLINE RUELLA – *La Perte de Chance en Droit Privé*, Revue de Recherche Juridique, 1999, pp.729 ss., p.731.

⁴¹ *Ob.cit.*, p.738.

⁴² *Ob.cit.*, p.738.

⁴³ *Ob.cit.* p.1

o lesante e o lesado. HELGE GROßERICHTER não deixa de sublinhar que tal ocorre, do ponto de vista de um observador alemão, de uma maneira surpreendente, na medida em que, em certos casos em que o lesado tipicamente não consegue fazer prova de que a evolução lhe seria favorável, é indemnizado pela chance dessa evolução que, sem sombra de dúvida, perdeu. E permitimo-nos, desde já, salientar que a mesma surpresa será também partilhada por um jurista português, que não está, certamente, habituado a conceber a lesão de uma mera chance como um dano autonomamente ressarcível. Aliás, a própria terminologia “perda de chance” é já algo equívoca para um jurista português, porquanto parece brigar com a afirmação generalizada de que a mera perda de expectativas não representa um dano indemnizável.

Na sua acepção original e, por assim dizer, mais pura, a noção de perda de chance é um método de quantificação do dano⁴⁴. Os traços comuns às várias situações, como FRANÇOIS CHABAS destaca⁴⁵, são os seguintes: um facto ilícito e culposo do agente (“une faute de l’agent”); um benefício perdido; uma ausência de prova do nexo de causalidade entre a perda deste benefício (“la perte de cet enjeu”) e o facto ilícito e culposo, porque, por definição, tal benefício é aleatório. O comportamento culposo do agente não é, pois uma *conditio sine qua non* da perda do resultado esperado: mesmo sem o comportamento do agente, o resultado poderia não se produzir, por causas naturais ou por comportamentos de terceiros⁴⁶. Em todos estes casos, contudo, é possível como que transportar a dúvida ou álea, do elemento da causalidade para o elemento do dano ou, pelo menos, afirmar que a dúvida também se repercute sobre o

⁴⁴ ANNICK DORSNER-DOLIVET, *Note Cour de Cassation*, 1ère.Ch.Civ., 17 novembre 1982, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1984, Jurisprudence, pp. 305 e ss., p. 306. Como a autora refere, é frequente que um acto, susceptível de acarretar a responsabilidade do seu autor, faça perder, a quem é lesado, uma chance de realizar um lucro ou de evitar uma perda: a perda da possibilidade de ganhar um processo, de se apresentar a um concurso, de empreender uma actividade remunerada ou de seguir uma certa carreira”. Em todos estes casos “a chance isola-se como uma espécie de propriedade anterior da vítima e que se perdeu definitivamente por culpa do réu”.

⁴⁵ FRANÇOIS CHABAS, *La Perte d’une Chance en Droit Français*, in *Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civile*, dirigido por Olivier Guillod, Schulthess, Zürich, 1991, pp.131 ss.

⁴⁶ Sirva de exemplo o seguinte caso, já referido no texto, decidido pela *Cassation* a 17 de Fevereiro de 1961, e comentado por FRANÇOIS CHABAS, *ob. ult. cit.*, p.131, em que uma jovem, por força das sequelas de um atropelamento negligente de que foi vítima, perdeu as chances de ganhar um concurso para ser contratada como hospedeira de bordo.

dano⁴⁷. Parece-nos, no entanto, que existe aqui uma operação algo artificial, de “antecipação” do dano, tal como, aliás, acaba por ser reconhecido por alguns juristas franceses⁴⁸: paradigmáticas são as palavras, a este propósito, de JÉROME HUET⁴⁹, quando refere que há aqui “um raciocínio jurídico muito sofisticado, cujo objecto é o de reduzir uma incerteza inelutável: um comportamento ilícito e culposo cometido impediu que se produzisse um acontecimento que teria podido ser favorável à vítima (sucesso num exame ou num recurso) mas que nunca se saberá, afinal, em que sentido é que se teria realizado. É necessário ficcionar porque o nexó de causalidade e o resultado são hipotéticos”. A redução opera ao nível do dano⁵⁰: a reparação dirá respeito apenas a uma parte do benefício total esperado⁵¹, o qual não se pode, hoje, afirmar se se teria ou não verificado⁵². Pode assim dizer-se que, ao indemnizar a perda de uma

⁴⁷“...il est possible de ne pas cantonner le doute dans le domaine de la relation causale, mais, sous la forme de l'aléa, de l'insérer en quelque sorte dans la définition du préjudice”. FRANÇOIS CHABAS, *ob.cit.* p.131.

⁴⁸E não só: um dos mais fervorosos partidários da figura, NILS JANSEN, acaba por reconhecer que “(a) razão de ser do conceito da perda de chance é apenas aliviar, porventura arbitrariamente, os queixosos das dificuldades probatórias em sede de causalidade” (*ob. cit.*, p. 283).

⁴⁹JERÓME HUET, *Responsabilité Civile*, RTDC 1986, pp.115 ss., p.117. NILS JANSEN, *ob. cit.* p. 282, pronunciou-se em termos muito semelhantes: “The idea of a lost chance (.....) factually transforms problems of proof of causation into terms of the assessment of damages”.

⁵⁰*Ob.cit.* p.117: “la réduction s'opère au niveau du dommage (....)il y a là un raisonnement juridique assez sophistiqué, dont l'objet est de réduire une incertitude inéluctable”.

⁵¹MARIE-PIERRE LAMOUR, *Des cas où l'on répare les dommages que l'on n'a pas causés*. Revue de la Recherche Juridique (Droit Prospectif) 2002, pp. 1237 ss., p. 1243, refere que a doutrina da *perte de chance* trabalha com uma incerteza e com uma certeza. A incerteza respeita ao dano “final” que não se sabe se teria podido ser evitado, a certeza ao “dano intermédio”, a perda da chance de uma evolução favorável. Por conseguinte, a reparação do dano da perda de chance não deve corresponder à reparação integral do dano final: “a reparação será apenas parcial, determinada em função do grau de probabilidade (do evento favorável)” (*ob. cit.*, p. 1246). Por outras palavras, será reparado integralmente o dano intermédio que é o único que é certo. Contudo a jurisprudência francesa não é inteiramente pacífica nesta matéria, tendo os tribunais administrativos frequentemente atribuído uma indemnização por perda de chance de montante idêntico ao do prejuízo final – cfr., sobre o tema, MIREILLE HEERS, *L'indemnisation de la perte d'une chance*, Gazette du Palais, 23 mars 2000, pp. 7 ss. No sentido de que a indemnização terá forçosamente de ser inferior á que corresponderia ao dano “final” e proporcional à chance, cfr., por exemplo, JANSEN, *ob. cit.*, p. 287.

⁵²Como HUET (*ob.cit.*, p.117) também reconhece, a doutrina da perda de chance assume uma natureza compromissória: “le tout se résout comme en un compromis devant l'irrémissible, dans un calcul de probabilité” (*ob.cit.*, p.117).

chance, se reconhece o papel da sorte ou do acaso na vida humana. Além disso, ao reparar este prejuízo, o juiz apreende e atribui um valor patrimonial à chance individual pelas suas próprias virtualidades: “(a) perda de uma chance evoca uma chance de ganho ou de evitar uma perda de que beneficiava a vítima, quer dizer, um acontecimento positivo, futuro e incerto”⁵³.

O reconhecimento do dano de perda de chance insere-se numa tendência para a ampliação gradual do dano ressarcível, mas coloca um sem número de problemas, quer ao nível conceptual, quer ao nível prático. Em primeiro lugar, não é claro se o dano de perda de chance deve ser concebido como uma modalidade de dano emergente ou de lucro cessante. Em segundo lugar, mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação, e isto porque o prejuízo da perda de chance se insere num processo dinâmico que iria, eventualmente, desembocar num outro prejuízo definitivo. Mas o problema conceptual mais grave consiste em saber até que ponto é que, por detrás desta fachada unitária, a chamada “perda de chance” não encobre, no fundo, questões distintas que se situam em dois planos, que importa separar, ainda que interfiram entre si: o plano do dano e o plano da causalidade. Ao nível prático, todos os sistemas que admitem o dano da perda de chance têm que colocar exigências quanto ao tipo de chance que estão dispostos a tutelar: como se verá, terá de tratar-se de uma chance séria ou de uma expectativa que não poderá ser meramente fáctica.

Como refere MONATERI, o conteúdo do dano patrimonial é dado pelo binómio dano emergente e lucro cessante⁵⁴. Não se deve, no entanto, sobrestimar a distinção, já que ela serve, sobretudo, para transmitir a ideia importante de que a protecção do *status quo* da vítima se estende a todas as utilidades que a vítima teria normalmente retirado do seu estado

⁵³ ISABELLE VACARIE, *La Perte d'une Chance*, Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif, 1987, pp. 903 ss., p.906. Como sublinha CHRISTIAN LARROUMET, *Droit Civile*, T.3, *Les obligations, le contrat*, Economica, Paris, 3.^a ed. 1996, p. 686, o que é reparado não é o dano que resulta de um acontecimento que poderia produzir-se e não se produziu (até porque não se sabe se tal acontecimento iria mesmo produzir-se ou não), mas o dano que resultou de o agente ter-se comportado de tal maneira que o acontecimento já não se pode produzir: cfr., também, CRISTINA SEVERI, *ob. cit.*, pág. 300: “com o termo chance pretende indicar-se a expectativa que tem um sujeito de conseguir um resultado economicamente vantajoso, seja sob a forma de incremento, seja sob a forma de não diminuição do seu património”.

⁵⁴ PIER GIUSEPPE MONATERI, *ob.cit.* p.279.

económico, que foi diminuído pelo lesante. Em suma, “é protegido não apenas o *stock* de capital, mas também o fluxo de rendimentos que tal *stock* teria normalmente produzido”⁵⁵. De qualquer modo, esta afirmação tem que ser entendida com cautela: num exemplo proposto pelo autor, se mato uma cabra, destruo até à milionésima geração todos os filhos que ela teria gerado. Será que devo o valor de todas essas futuras crias? Não, porque se pago à vítima o valor da cabra morta, ela pode comprar outra e fica na mesma situação. A ressarcibilidade do lucro cessante significa apenas que “a vítima deve ser compensada, mesmo que tenha sofrido apenas uma cessação de lucro, sem diminuição de capital; a vítima deve ser compensada das oportunidades de ganho demonstráveis efectivamente como actuais, no momento em que sofreu a lesão.”⁵⁶ A distinção entre dano emergente e lucro cessante, como ensina GIOVANNA VISINTINI⁵⁷, não indica uma diferença de disciplina, mas desempenha apenas uma função descritiva do conteúdo do dano ressarcível. As duas figuras de dano emergente e de lucro cessante não constituem critérios para a determinação e medida de dano, mas servem apenas para identificar prejuízos como aspectos do dano ressarcível. Os danos emergentes correspondem a subtracções de utilidades já existentes no património do lesado, enquanto os lucros cessantes correspondem a novas utilidades que o lesado teria presumivelmente conseguido se não se tivesse verificado o facto ilícito ou o incumprimento. O conceito jurídico de dano emergente é, aliás, mais amplo que o respectivo conceito económico, já que a diminuição patrimonial correspondente tem lugar, não só quando a utilidade perdida já estava na disponibilidade material do sujeito lesado, mas ainda quando constituía objecto de um direito a adquiri-la no seu património. Em todo o caso, a diferença essencial, para VISINTINI⁵⁸, entre o dano emergente e o lucro cessante está apenas na maior dificuldade de prova inerente ao lucro cessante, com o resultado de que no lucro cessante haverá mais facilmente lugar a uma indemnização fixada segundo a equidade.

Os autores que defendem a existência da perda de chance como dano autónomo tendem a inseri-lo no dano emergente. Na verdade, como já

⁵⁵ MONATERI, *ob.cit.*, pág. 280.

⁵⁶ *Ob.cit.* p.280.

⁵⁷ GIOVANNA VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, CEDAM, Padova, 2.ª ed., 1999, p.543.

⁵⁸ *Ob.cit.* p.544.

observou FRANZONI⁵⁹, o problema da ressarcibilidade da chance perdida gira em torno da questão de saber que qualificação jurídica se dá à chance: “a equiparação da chance ao lucro cessante leva à conclusão que a chance se diferencia deste apenas pela maior incerteza acerca de verificação do prejuízo. (...) Se se observa a chance do ponto de vista do lucro cessante⁶⁰, ela não pode nunca ser ressarcível, porque não só não é possível demonstrar que a utilidade teria sido conseguida, como também que são certos os pressupostos para consegui-la. (...) Diversa é a perspectiva quando se considera a chance como perda da possibilidade de conseguir um resultado útil, como perda do resultado útil”.

Este ponto merece uma consideração mais atenta, já que é tudo menos óbvio que a perda de uma chance deva ser considerada uma modalidade de dano emergente. Mesmo MAURIZIO BOCCHIOLA⁶¹ – o autor a quem se deve, em Itália, a aceitação de perda de chance como dano emergente – reconhece que chance e lucro cessante apresentam “algumas características comuns, algumas analogias” e até chega a dizer que porque a certeza no lucro cessante é uma certeza relativa, uma verosimilhança, as duas hipóteses, no limite, são “confundíveis e praticamente sobrepõem-se” e isto porque o que nunca aconteceu não pode ser objecto de uma certeza absoluta. Apesar de dizer, inclusive, que a chance está contida no lucro cessante, o autor acaba por identificar uma diferença entre os dois, em sede de prova: a prova do lucro cessante implica a sua demonstração em termos de certeza, ainda que relativa. É certo que tal prova não pode considerar o lucro cessante em si mesmo, mas sim os pressupostos e requisitos necessários para que ele viesse a existir⁶². Isso significa que a chance não é ressarcível como lucro cessante e tem uma

⁵⁹ *Cit.apud.* RENATO PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita della chance*, Responsabilità Civile e Previdenza, 2000, pp. 566 ss., p.582, nota 48.

⁶⁰ Segundo informa ENRICO CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, Giustizia Civile, 1984, Parte Prima, pp.1843 ss., p.1846. “(é) claro que, aceitando a tese segundo a qual a perda de uma chance é considerada dano emergente, enquanto subtracção de uma probabilidade já existente no momento em que o evento se verificou, o ressarcimento deve ser estabelecido em medida directamente proporcional à chance”. O autor refere como defendendo a tese oposta ao dano emergente, isto é, a tese de que se trata aqui de um lucro cessante, os nomes de BIGLIAZZI, BRESCIA, BUSNELLI e NATOLI.

⁶¹ *Ob.cit.* p.60.

⁶² *Ob.cit.* p.76: “(a) prova do lucro decompõe-se na demonstração da presença dos seus pressupostos e requisitos”.

relevância e um valor particulares⁶³. Por conseguinte, a perda de uma chance não deve ser considerada como lucro cessante (ainda que não haja uma diferença qualitativa, mas apenas quantitativa entre ambos), mas como um dano emergente⁶⁴. A chance surge como uma espécie de lesão de uma “propriedade anterior”, pelo que em nada se viola a afirmação de que o dano deve ser certo. “Se a chance já fazia parte dos bens do lesado, a sua perda só pode ser juridicamente qualificada como um dano emergente”⁶⁵. O autor estabelece aqui um paralelo com o chamado aviamento: este, embora consista numa esperança de lucros futuros, presumíveis face a uma determinada organização de empresa, é um valor

⁶³ *Ob.cit.* p.84.

⁶⁴ *Ob.cit.* p.86. Também MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, *ob.cit.*, p.152, considera que o conceito de perda de oportunidades ou perda de chance, é um conceito distinto do lucro cessante. Afirma o autor que se no lucro cessante estamos perante a certeza de uma situação juridicamente idónea, por parte do lesado, que lhe permitia esperar ganhos, na perda de chances dá-se a ausência de tal certeza. E como o autor também refere, *ob.cit.*, p.153, a perda de uma oportunidade é um autêntico dano emergente: “Junto à certeza de que, sem o incumprimento, a vítima teria mantido as suas esperanças, coexiste a absoluta certeza de que o que se tinha era somente isso: esperanças. Mas privar alguém de esperanças, supõe também um dano, por muito que a sua valoração resulte extremamente delicada. (...) Entender, sem mais, que este tipo de dano é meramente hipotético e não pode ser tido em conta pelos tribunais, parece equivocado, pois nem sempre se trata do conto da leiteira. Há incerteza no dano, mas certeza na probabilidade. Parece que se a vítima se encontrava numa situação fáctico-jurídica idónea para converter em factos essas chances, o juiz deve tê-lo em conta. Assim sendo, a perda de uma oportunidade é um autêntico dano emergente. “Não se trata do lucro cessante clássico, pois neste, o lesado tem um interesse legítimo na percepção de um dano e tem já um título legitimador. Falar de perda de oportunidades implica, ao invés e por definição, falar de uma situação em que se verifica a convergência aparentemente contraditória de dois elementos: a certeza de que, se não se tivesse dado o facto danoso, o lesado teria mantido a esperança de vir a obter um dano ou evitar uma perda, e a incerteza definitiva do que teria sucedido, se não se tivesse produzido o evento”.

⁶⁵ *Ob.cit.* p.97. No mesmo sentido, cfr. HELMUT KOZIOL, *Schadenersatz für den Verlust einer Chance? in Festschrift für Hans Stoll*, Mohr Siebeck, 2001, pp.233 ss., p.240, para quem o dano da perda de chance é um dano presente; insere-se, portanto, no dano emergente: “a desvalorização de uma perda de ganho, por um lado, e a perda do ganho, por outro, são danos juridicamente indiferentes e independentes, que se podem designar por, respectivamente, *damnum emergens* e *lucrum cessans*”. Também HOLGER FLEISCHER, *Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht*, JZ 1999, pp. 766 e ss., p.769, afirma que, em rigor, a perda de chance constitui a perda de um bem patrimonial, de uma entidade económica e juridicamente avaliável e cuja perda produz um dano actual. Pode-se estabelecer aqui um paralelo com um bilhete de lotaria que incorpora uma chance e cuja destruição é em si mesma um dano.

actual. Não se esqueça, de resto, que “a distinção entre o lucro cessante e o dano emergente, mais do que de carácter económico, é essencialmente uma distinção jurídica”⁶⁶. A referência tem importância porque não falta quem considere, de um ponto de vista estritamente económico, que a distinção entre estas figuras é ininteligível, já que o valor de qualquer bem capital é apenas a expressão actual de todos os rendimentos futuros, que se espera retirar desse bem.

Na esteira desta tese, deve procurar distinguir-se entre o resultado que não se produziu e a chance de consegui-lo, “indicando a chance não uma vantagem possível e por conseguinte um dano apenas eventual ou potencial, mas a possibilidade concreta de obter tal resultado favorável: a circunstância de que se trata de lesões que podem ser referidas a uma situação idónea a produzir apenas um possível, e não certo, resultado útil incide exclusivamente sobre o *quantum* do ressarcimento devido, mas não sobre a existência do direito à tutela ressarcitória”⁶⁷. Em suma, de acordo com esta visão, a chance constitui uma entidade autónoma relativamente ao resultado favorável que ela prefigura; entidade que tem, enquanto tal, o seu próprio valor económico. A chance é, assim, um elemento actual do património de quem tem a expectativa de um resultado futuro útil, mas incerto. A perda de uma chance seria um dano emergente, um prejuízo patrimonial certo e actual. A noção de perda de chance implica, pois, como destaca COUTURIER, o reconhecimento de um dano específico, distinto do dano final⁶⁸.

Os detractores deste tese consideram que esta construção não é convincente e, qualificando a chance como um bem patrimonial autónomo, denota uma interpretação económica incorrecta do fenómeno⁶⁹. Em termos económicos, a expressão “chance” descreve uma situação aleatória, apta, potencialmente idónea, a produzir, com uma certa probabilidade,

⁶⁶ *Ob.cit.* p.100.

⁶⁷ *Ob.cit.* p.582.

⁶⁸ JEAN-PIERRE COUTURIER, *Note à cour de cassation* (Civ.1ère) 7 Juin 1989, Recueil Dalloz Sirey, 1991, Jurisprudence, pp.158 e ss., p.159. O autor reconhece, contudo, que, em todo o caso, a incerteza quanto à existência de um laço de causalidade é inseparável da incerteza examinada sobre a perspectiva do prejuízo específico. “Se a chance perdida não é considerada como prejuízo, o problema da causalidade não se coloca; em contrapartida, se o laço de causalidade não é estabelecido, a noção de perda de chance perde toda a razão de ser, e deixa de ter consistência”.

⁶⁹ Como destaca ALESSIO PACCES – *Competizioni Automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle chances perdute?*, Rivista di Diritto Sportivo, 1994, Anno XLVI, pp.447 ss., p.451.

um rendimento certo ou um benefício. Os operadores económicos estão habituados a decidir em cenários de incerteza estrutural e a apreciar a álea ínsita em cada uma das situações, valendo-se do cálculo de probabilidades. A avaliação económica de uma chance é, desta perspectiva, extremamente fácil: o valor da chance será igual ao valor actual do fluxo dos rendimentos esperados, de acordo com a respectiva probabilidade. Parece haver uma duplicação quando se entende que o valor da chance representa a síntese económica e actual dos rendimentos esperados. A chance só adquire relevo e consistência em função dos resultados que se esperam. É certo que a chance pode ter o seu próprio valor de mercado, mas normalmente a chance não pode ser objecto de câmbio, de intercâmbio; é insusceptível de um gozo económico autónomo. “A única utilidade que pode retirar-se de uma chance resulta da sua eventual realização e, portanto, da verificação do resultado favorável esperado: resultado de que só poderá beneficiar, geralmente, quem tem essa expectativa”⁷⁰. Basta pensar na chance de promoção de um trabalhador que, participando num concurso, foi ilegitimamente afastado ou prejudicado. Tal chance não pode ter o seu próprio valor económico, e não pode representar uma entidade patrimonial autónoma. Tratar-se-ia de um bem patrimonial como que “em gestação”. É o que se passa também, quanto à chance do piloto de aceder à F.1 que não pode qualificar-se correctamente como um bem patrimonial, já que não possui um valor economicamente autónomo e distinto, relativamente ao benefício final. O exemplo clássico da chance que pode ser transferida é o do bilhete de lotaria que constitui precisamente um título representativo de uma chance⁷¹.

⁷⁰ *Ob.cit.* p.452.

⁷¹ Como refere PACCES. *ob.cit.* p.453, trata-se aqui, no bilhete de lotaria, contudo, de um fenómeno *sui generis*. Também se pode falar de uma chance quanto a direitos litigiosos; a possibilidade para o proprietário de um terreno, de vencer uma causa, representa uma chance, chance essa que possui o seu próprio valor económico, como seria evidente na hipótese de alienação do prédio. “Na generalidade dos casos, a chance funda-se numa posição infungível de quem tem a expectativa de um resultado útil futuro e é automaticamente insusceptível de transferência. Decorre daqui que uma chance, em si considerada, não apresenta qualquer utilidade económica objectiva, susceptível de transmissão e, portanto, não tem um valor económico autónomo”. Também não é correcto, como frequentemente se diz, que a chance seria assimilável ao risco, no âmbito dos seguros. “É verdade que a chance do sucesso e o risco do insucesso representam as duas faces da mesma medalha. Mas o risco segurável possui um valor económico negativo próprio, que se apresenta como um valor de mercado”. A chance, não possuindo, enquanto tal, um valor económico próprio, não pode portanto qualificar-se como entidade patrimonial autónoma.

O perigo de se duplicarem inconscientemente indemnizações pelo mesmo dano e a dificuldade conceptual inerente à autonomização do dano de perda de chance, relativamente ao lucro cessante resultam bem claros no seguinte exemplo: suponha-se que é destruída uma chance, mas que, mais tarde, no momento do julgamento, já se sabe que o lucro não se teria realizado; configure-se, por exemplo, que se subtraiu ou destruiu um bilhete de lotaria, cujo número se sabe agora que não foi premiado. Parece que os defensores da perda de chance como dano autónomo, deveriam defender que a chance foi, em si mesma, destruída e, portanto, defender a indemnização da mesma, independentemente da inexistência de qualquer lucro cessante.

A consideração de que o dano da perda de chance se insere no dano emergente, como uma espécie de antecipação/redução de um prejuízo hipotético, não deve, contudo, escamotear que a jurisprudência francesa faz frequentemente apelo a esta noção para resolver o que, entre nós, seria antes tratado como o lucro cessante que se esperava obter, por exemplo, da conclusão de um contrato⁷² que não veio, afinal, a ser celebrado. Ocorre que os tribunais franceses invoquem o dano da perda de chance em sede de responsabilidade pré-contratual, aquando da ruptura de negociações⁷³, com culpa da contraparte ou de um terceiro. Parece-nos, todavia, na esteira de FERID-SONNENBERGER⁷⁴, que só se recorre aqui à perda de chance para fixar e delimitar a responsabilidade pré-contratual que, em França, não é expressamente delimitada, mormente por não existir, no direito francês, uma noção precisa de dano de confiança. Entre nós, em que a responsabilidade pré-contratual está

⁷² Por vezes atende-se até à chance da não conclusão de um contrato! Sirva de exemplo o curioso caso decidido pela Cour de Paris a 5 de Março de 2002: tratou-se da venda em hasta pública de um quadro em que o responsável pela organização da venda (commissaire-priseur) não informou o comprador sobre o significado das letras MAB que constavam das "costas" da tela. Tratava-se da abreviatura de Militar Aktion Bilder indicando que o quadro era uma das numerosas obras de arte espoliadas aos seus legítimos proprietários pelo ocupante nazi. O tribunal considerou que, mesmo que a tela não pudesse hoje ser reivindicada, por força das regras que regem em França a aquisição de boa fé de coisa móvel ou até por poder invocar-se a usucapião, o referido "ferrete" prejudicaria a eventual revenda da obra e concedeu uma indemnização ao comprador por ter sido privado da chance de não ter celebrado o contrato. Cfr. Gazette du Palais, 30 août au 3 septembre 2002, pp. 23 e ss., com nota concordante de HENRI VRAY.

⁷³ Cfr., por exemplo, o caso comentado por PATRICK CHAUVEL, *Note court de cassation*, Com.7 avril 1998. Recueil Dalloz, 1999, Jurisprudence, pp.514 ss.

⁷⁴ *Cit.apud.* HELGE GROBERICHTER, *ob.cit.* p.119.

expressamente prevista e regulamentada no Código Civil, a noção de perda de chance revelar-se-ia, neste contexto, errônea.

Como já atrás se disse, mesmo quem reconhece o dano de perda de chance como dano autônomo acaba por admitir, em sede de cálculo desse dano, que o mesmo depende da verificação e da extensão do dano final, que é, de algum modo, antecipado pela perda de chance. Numa palavra, o prejuízo de perda de chance não pode ser autonomamente avaliado. Não existe independência absoluta entre estes dois danos: não há perda de chances de cura ou de sobrevivência, a não ser que o doente morra ou permaneça doente⁷⁵ Assim, para decidir do seu ressarcimento importa, em primeiro lugar, avaliar da consistência da própria chance (o que, no fundo, equivale a avaliar da probabilidade do evento); em segundo lugar, importa calcular qual teria sido o lucro do lesado, se a chance se tivesse realizado. Nas palavras de YVES CHARTIER⁷⁶, "...o juiz deve proceder a uma dupla avaliação. A primeira consiste em determinar qual teria sido a situação da vítima se a chance se tivesse realizado. E a segunda conduz à apreciação da própria chance, ou seja, ao grau de probabilidade de que o acontecimento se teria ou não realizado". Importa assim reconhecer que, do mesmo modo que sucede quanto à natureza do prejuízo, o cálculo comporta uma grande margem de arbitrariedade.

Os problemas mais delicados que a construção da perda de chance suscita, são contudo os que se referem à interferência entre dano, causalidade e até ilicitude, sob a forma da relevância do dever de agir por parte do agente. Precisamente por isso HELGE GROßERICHTER destacou, recentemente, que a temática da perda de chance se insere, tanto na questão da relevância da causalidade alternativa para o cálculo do dano, como na fronteira entre imputação e medida do dano⁷⁷. É muito frequente, contudo, que na doutrina francesa se apresente a perda de chance como uma questão atinente exclusivamente ao dano, ainda que se façam ouvir algu-

⁷⁵Como COUTURIER observa, *ob.cit.* p. 160, existe um nexó entre o prejuízo específico e o prejuízo final e "...estes dois danos, por muito distintos que sejam, nomeadamente quantitativamente e do ponto de vista causal, não podem ser dissociados". Já se entendeu, aliás, que o agravamento subsequente do estado real do paciente, estado que constitui o ponto de referência em torno do qual gravita a noção de chance perdida, terá necessariamente repercussões sobre esta chance, permitindo ao lesado obter uma indemnização complementar. Neste sentido, COUTURIER chega a afirmar (p. 160, nota 28), cometendo, de algum modo, uma inversão lógica dos dados da questão, que o prejuízo final pode ser encarado como sendo, em parte, a causa da chance perdida.

⁷⁶YVES CHARTIER, *La Réparation du Prejudice*, Dalloz, Paris, 1983, pag.687.

⁷⁷*Ob.cit.*, p.3.

mas vozes discordantes⁷⁸. Este entendimento tem mesmo levado alguns autores a distinguir entre duas teorias da perda de chance ou, se se preferir, duas utilizações dessa mesma teoria que seriam, uma, verdadeira e outra, falsa: tal é, por exemplo, o entendimento de FRANÇOIS CHABAS⁷⁹. O erro teria a sua origem na confusão entre a álea intrínseca ao

⁷⁸ Vide, por exemplo, JEAN-PIERRE COUTURIER, *ob.cit.*, p.158 – “Si, à première vue, la notion de perte de une chance se rattache à celle de préjudice, à y regarder de près, elle semble inseparable également de celle de causalité”- e JÉROME HUET, *ob.cit.*, p.119, onde se afirma que, apesar do cuidado com que os juizes (franceses) distinguem nexo de causalidade, por um lado, e perda de uma chance, por outro, “não podemos evitar não ficar completamente convencidos”. Na presença de acontecimentos passados, que já se sucederam, só pode verificar-se uma de duas alternativas: ou um facto é a causa do que se lhe segue, e a responsabilidade é total, ou não se pode estabelecer tal causalidade, e não há qualquer responsabilidade. O raciocínio da perda de chance, como o autor refere, parece ser inspirado pela ideia, consciente ou não, de causalidade parcial.

⁷⁹ FRANÇOIS CHABAS, *La perte...cit.*, p.133, considera assistir-se a um desvio da teoria, quando esta é aplicada a situações em que o paciente perdeu, não as chances de cura, mas antes a vida, por causas desconhecidas: “au lieu d’avoir perdu, indiscutablement para la faute du médecin, des chances de survie, il y avait des chances pou que se fût par la faute du médecin qu’il avait perdu la vie”. Nos casos genuínos de perda de chance, a vítima teria apenas uma chance, “uma esperança, a de ver realizar-se um evento benéfico. Sem tal esperança, não se poderia falar de prejuízo, quando a esperança desaparece. Em suma, não basta dizer que a vítima tinha a chance de obter um ganho ou de evitar um dano. Para falar de chance, é preciso que a vítima esteja reduzida a uma chance: o elemento aleatório não é, por exemplo, a vida, mas a sobrevivência. Não é a perda do processo, mas a vitória no mesmo”. Esta visão “pura” da perda de chance implica que, em certos casos em que não se pode falar propriamente de chance, tal dano não possa ser autonomizado. Um exemplo proposto por CHABAS, *La Perte...cit.*, p.139, pode ser esclarecedor: suponha-se que um jovem, cuja vida não está minimamente em perigo, é operado a uma hérnia por um cirurgião. O jovem morre. Constata-se um comportamento culposo do médico. Não se consegue demonstrar, todavia, que esse comportamento culposo foi causal, pois que a autópsia não permite detectar, com toda a certeza, a causa da morte. Suponhamos agora que uma doente, atingida por um cancro, é igualmente operada e que também se constata um comportamento culposo do cirurgião. Também não se pode provar que a culpa do médico foi a causa da morte. Num e noutro caso, é apenas possível que o cirurgião tenha morto o seu paciente. E, no entanto, os defensores – como CHABAS – da teoria pura da perda de chance, entenderão que deve existir reparação por perda de chance, neste último caso, mas não naquele primeiro, já que, em rigor, o jovem, que não se achava em risco de vida, não perdeu propriamente uma chance (tinha todas as chances....) mas antes a vida. Temos sérias dúvidas quanto à bondade desta distinção, proposta por CHABAS. Em rigor, parece-nos poder dizer-se, sem que se trate de um mero jogo de palavras, que o jovem perdeu as suas chances de sobrevivência; ou, ao invés, e se se quiser, que o verdadeiro dano consiste sempre em que o finado perdeu “x” anos de vida e não a chance de “x” anos de vida (cfr. TONY WEIR, *ob.cit.*, p.152 “the real complaint is that what the decedent lost was X years of life, not the chance of X years of life”).

dano ou prejuízo esperado e a incerteza sobre o nexo causal. A partir da decisão da *Cour d'appel de Grenoble*, de 24 de Outubro de 1961, utilizou-se a noção de perda de chance noutra sentido, distinto do seu sentido habitual até então, mais concretamente, para servir de base a uma condenação parcial, numa hipótese em que a causalidade entre a culpa médica e o dano sofrido pelo paciente não podia ser estabelecida com segurança. Assim, a *Cour de cassation* decidiu que um cirurgião, ao não garantir a presença e a intervenção imediata do anestesista, tinha comprometido a chance de sobrevivência da operada, morta na sequência de uma síncope cardíaca, provocada por convulsões, mesmo sem que se pudesse ter a certeza de que a consequência fatal teria podido ser evitada pela intervenção do anestesista. Nestes casos, em suma, os tribunais não têm em conta o dano concreto, mas antes o substituem por um “diminutivo abstracto”, a perda de chance de cura, que parece ligado a qualquer comportamento médico culposo. Nesta nova interpretação, segundo alguns autores, não existiria um qualquer prejuízo decorrente da perda de uma chance autónoma⁸⁰, mas apenas a “descoberta” deste prejuízo intermédio como um artifício que permite, apesar da incerteza que afecta a relação causal, indemnizar parcialmente o único prejuízo verdadeiro: a morte ou a invalidez. Confundem-se aqui as verdadeiras chances, as chances individuais do paciente com as chances estatísticas de evolução de uma certa enfermidade.

Daí que se afirme, frequentemente, que a expressão “perda de chance” abrange duas figuras jurídicas inteiramente distintas. Na expressão irónica de FLEISCHER, haveria aqui “uma palavra, dois mundos”⁸¹. Uma destas figuras jurídicas corresponderia a uma *fattispecie* específica de

⁸⁰ ANNICK DORSENER-DOLIVET, *ob.cit.* p.306: “...la chance perdue par la faute du médecin n’a aucune existence propre”. Para que haja reparação de uma perda de uma chance é preciso que uma verdadeira chance tenha sido perdida por um comportamento ilícito e culposo imputado ao réu. É preciso que a vítima tivesse verdadeiramente chances de cura ou de sobrevivência. Provar que existiam chances de sobrevivência equivale a provar que, se os cuidados tivessem sido ministrados de acordo com a *legis artis*, poderiam ter sido eficazes. Tal prova, na opinião da autora, não pode ser deduzida, simplesmente, dos dados estatísticos gerais e não deve converter-se a perda de chance numa “varinha mágica”: “La notion de perte d’une chance ne doit pas être utilisée comme une baguette magique qui permet d’éluder en toute hypothèse le caractère certain du lien causale entre la faute et le préjudice finale.” A noção de perda de chance não deve intervir para mascarar a incerteza em torno da causalidade, e o tribunal só deve recorrer a ela quando, tendo sido cometido um facto ilícito e culposo, existem fortes chances de que, sem ele, o dano não se teria produzido.

⁸¹ *Ob.cit.* p.772.

dano⁸² ou uma modalidade especial de cálculo do dano, e seria a genuína perda de chance, enquanto a segunda teria a ver com a causalidade, o ónus da prova e a consagração, de maneira mais ou menos disfarçada, de uma visão meramente probabilística da causalidade. Acha-se muito disseminada, entre os partidários do reconhecimento do dano de perda de chance, a convicção de que a expressão abrange estas duas hipóteses, só aparentemente semelhantes. Também na doutrina francesa se distingue, tal como já vimos, entre a perda de chance como uma modalidade especial de prejuízo e a perda de chance como um mero artifício, que mascara a insuperável incerteza do juiz, na sua apreciação da relação causal⁸³. Esta última utilização de perda de chance, como se disse, é muito mais controversa e é criticada frequentemente, mesmo pelos sequazes do reconhecimento do dano autónomo da perda de chance. Em vez de deduzir, do facto ilícito e culposo existente e demonstrado, uma íntima convicção quanto à causalidade, o juiz faz apelo à perda de chance com o fim de concluir por uma responsabilidade parcial, contornando as regras da responsabilidade civil que teriam exigido uma reparação total ou a exoneração da responsabilidade, por completo⁸⁴. Foi sobretudo no campo do Direito Médico que esta visão começou a propagar-se. O desvio do plano do prejuízo para o plano da causalidade acompanha-se por um desvio no papel das probabilidades, do objecto do prejuízo para o nexo de causalidade. Enquanto no caso genuíno de perda de chance as probabilidades teriam a função de estimar, aferir, um elemento do património, a chance definida como probabilidade, elas traduzir-se-iam nesta outra aplicação “desnaturada”, numa aproximação à responsabilidade e na quantificação do laço da causalidade⁸⁵. Quer dizer, a perda de chance apresentar-se-ia aqui como um simples meio de suprir deficiências, ao nível da causalidade e não passaria de uma noção cómoda para contornar a exigência de demonstração de um nexo causal⁸⁶.

⁸² Assim, ALESSIO PACCES, *ob.cit.* p.447.

⁸³ CAROLINE RUELLA, *ob.cit.*, p.730.

⁸⁴ TONY WEIR, *ob.cit.*, p.151, no debate que se seguiu às intervenções, igualmente publicado nas actas do congresso sobre perda de chance, observou, a este propósito, ser preferível o “tudo ou nada”, até por razões de previsibilidade, e afirmou ser mais adequada ao Direito esta visão a “preto e branco” (“I like all or nothing. Black and white. *In Lav*, a technicolour spectrum does not improve resolution”).

⁸⁵ CAROLINE RUELLA, *ob.cit.*, p.745.

⁸⁶ CAROLINE RUELLA, *ob.cit.*, p.744. Note-se, contudo, que a mesma autora reconhece, afinal, *ob.cit.* p.747, que o desenvolvimento desta segunda modalidade de perda de chance no domínio do Direito Médico pode constituir, no fim de contas, o sinal do carácter

Por outras palavras, a perda de uma chance pode ser invocada em dois tipos de hipóteses que deveriam ser distinguidos por estarem em jogo aspectos diferentes da responsabilidade: por vezes, o juiz atende à perda de chance quando se pronuncia sobre a responsabilidade do réu, ao passo que, noutros casos, o juiz atende à perda de chance quando se pronuncia relativamente à extensão do prejuízo, estando já estabelecida a responsabilidade do réu. Qualquer que seja a hipótese, o recurso à perda de chance traduz a incerteza do juiz. Mas esta incerteza ora incide sobre o nexo de causalidade, ora sobre a extensão do dano. Cada uma destas situações suscita muito próprias: o recurso à perda de chance dissimula uma responsabilidade parcial por causalidade possível? E é compatível com a exigência de certeza de dano⁸⁷?

Esta aplicação da doutrina da perda de chance tem sido ferozmente criticada, mesmo por quem defende o reconhecimento do dano de perda de chance. Para BOCCHIOLA, “Se uma acção não for causal, relativamente a um dano, qualquer interrogação sobre o conteúdo do dano deve ser prematura, ou mesmo supérflua”⁸⁸. Acontece que, em alguns casos em que há dúvidas sobre as causas do dano, é concedido o ressarcimento parcial pela perda de chance. “A título de exemplo, bastará recordar a hipótese em que um cirurgião, que não se tinha previamente assegurado da colaboração de um anestesista, foi condenado a ressarcir os danos pela morte do paciente, sem que o juiz tivesse afirmado a sua convicção de que o doente teria sobrevivido, se tivesse sido previsto o recurso a um anestesista”⁸⁹. O problema da perda de chance só se pode pôr se a chance preexiste, sem qualquer certeza de um resultado favorável ou desfavorável. Neste caso, não se produz uma perda de chance: é o comportamento do médico que provoca *ab originae* o facto que produz o dano. “O comportamento culposo do médico não fez com que o doente tenha perdido uma chance ou possibilidade, mas causou dano na sua totalidade”⁹⁰.

De um outro ponto de vista, pode questionar-se se não se estará, aqui, a exorbitar do âmbito da responsabilidade civil, ao menos tal como esta é entendida tradicionalmente no espaço jurídico europeu continental. Com efeito, parece confundir-se aqui o dano com a violação do dever de dili-

inadaptado dos princípios tradicionais da responsabilidade civil a uma relação que é, na sua essência, uma relação de incerteza.

⁸⁷ VACARIE, *ob.cit.*, p.907.

⁸⁸ *Ob.cit.*, p.88.

⁸⁹ *Ob.cit.*, p.89.

⁹⁰ *Ob.cit.*, p.90.

gência exigível ou, se se preferir, parece utilizar-se aqui a responsabilidade civil para prevenir e eventualmente punir a criação de situações de perigo, como aliás observou FLEISCHER⁹¹.

Resta saber, contudo, se é mesmo possível separar, como fazem a maior parte dos autores, os planos da causalidade e do dano, para admitir a bondade do dano da perda de chance neste último, rejeitando embora a invocação da doutrina no plano da causalidade. Já KOZIOL⁹² fez notar que é altamente duvidoso que com a expressão “perda de chance” se queiram incluir dois mundos distintos: a questão da causalidade não se situa num mundo diferente daquele em que se coloca o dano. Tem sempre que se verificar se um evento susceptível de acarretar responsabilidade conduziu a um resultado negativo que é significativo em termos de indemnização e de reparação do dano. A questão da causalidade coloca-se sempre em conexão com um determinado dano e, por isso, a problemática da causalidade não pode ser completamente separada da problemática do dano, nem tão pouco da questão da ilicitude^{93 94}.

⁹¹ *Ob.cit.*, p.772. As regras de cuidado médicas devem ser respeitadas mesmo que o seu respeito não conduza com toda a segurança à cura do paciente, mas apenas aumente provável ou possivelmente as suas expectativas de cura. Contra pode argumentar-se que o direito civil trata da reparação de danos e não da sanção de condutas perigosas ou que aumentam o perigo. Também pode dizer-se que a justiça comutativa que está na base da responsabilidade civil exige a demonstração de uma conexão causal entre a violação de um dever de cuidado e a produção de um dano.

⁹² *Ob.cit.*, p.245.

⁹³ A este respeito cfr. CHRISTIAN von BAR, *The Common European Law of Torts*, Volume Two, *Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality, and Defenses*, Oxford University Press, 2000, pp.437 ss., p.461, o autor chega à conclusão de que o nexo de causalidade é apenas um nexo considerado necessário, entre uma conduta (uma conduta ilícita, a conduta de uma pessoa pela qual se é responsável ou a existência de uma fonte de perigo), e o dano que se considera merecer reparação. Não há, contudo, uma resposta geral quanto às condições que o nexo deve apresentar. “O conceito de causalidade, na responsabilidade delitual, apresenta semelhanças com a teoria gravitacional. A gravidade é entendida como a atracção de dois corpos, um pelo outro. A intensidade da força gravitacional é proporcional à massa dos corpos. Mas essa massa só pode ser medida com referência à força gravitacional. Na responsabilidade delitual, a ilicitude e o dano são necessários para provar a causalidade e vice versa. Os três são conceitos normativos inter-conexos (“intertwined normative concepts”). De que outro modo é que se poderia explicar a constante sobreposição destes elementos, de que outro modo é que se poderia explicar o reconhecimento, pelos tribunais e pelos legisladores, de que os graus de causalidade são variáveis e de que visões inteiramente diversas da causalidade sobre o mesmo problema, podem ser perfeitamente razoáveis?”

⁹⁴ Sobre este tema cfr., também, GINO GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: “fatto dannoso i conseguenze”*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto*

Importa, no entanto, ter presente que a doutrina da perda de chance não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, mas constitui antes uma ruptura, mais ou menos “camuflada”, com a concepção 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 art.º 563.º do Código Civil. Não se nos afigura adequado introduzir, de maneira tão dissimulada, um reconhecimento da causalidade probabilística. Convém aqui seguir de perto a argumentação de JACQUES BORÉ, que denunciou, com notável argúcia e rigor, o verdadeiro substrato da doutrina da perda de chance⁹⁵. É que, em rigor, a justificação da reparação da perda de chance⁹⁶ só é possível numa concepção da causalidade que, tendo em conta a complexidade do real, reconhece na produção dos fenómenos a combinação da lei causal com a lei aleatória. Para acolher esta concepção, é preciso deixar de considerar como indispensável o elemento comum à teoria da equivalência das condições e à teoria da causalidade adequada, elemento que ambas vão buscar a uma física excessivamente abstracta, isto é, a exigência, para que se fale de uma causa, de uma *conditio sine qua non*. Este critério da condição necessária, que é muito útil quando se trata de seleccionar as causas de fenómenos já realizados e que pertencem a um passado já vivido, é completamente inadequado nos casos de perda de chance, que se reportam a acontecimentos não vividos e em que nunca o serão e em que só é possível um prognóstico retrospectivo aleatório (os casos de perda de chance reportam-se sempre a situações em que o agente não fez o que devia, não agiu como seria de esperar, de acordo com a lei, a boa fé, o contrato, etc.: é este comportamento negativo, por assim dizer, que vai ser apreciado como possível causa).

Há, pois, uma grande variedade de hipóteses em que “o facto ilícito e culposo do réu permitiu ou facilitou a realização do dano, mas é impossível afirmar que esse facto seja a causa geradora do dano ou mesmo a *conditio sine qua non*, porque ninguém sabe, nem pode saber, se na ausência

Generale Delle Obbligazione, ano XII, 1951, parte I, págs.405 segs., pág.407. Em rigor, e como este autor destaca, a causalidade serve para não colocar a carga do devedor todas as consequências da sua conduta, que poderiam estender-se até ao infinito, e á assim um instrumento para delimitar tais consequências.

⁹⁵JACQUES BORÉ, *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP, 1974, I, 2620.

⁹⁶Seguimos aqui de perto JACQUES BORÉ, *ob.cit.*, n.º 23.

de tal facto, o dano se teria produzido”⁹⁷. Imagine-se que, pelo atraso de um transportador, um cavalo foi impedido de participar numa corrida; ou que pela negligência de um advogado, um recurso não foi interposto em tempo útil; ou ainda que, por um erro de diagnóstico perfeitamente evitável, o médico não aplicou o tratamento geralmente considerado como apropriado – é impossível determinar com certeza se o cavalo teria ganho a corrida, se o processo teria sido ganho ou se o doente se teria curado. O prognóstico retrospectivo é complicado, pelo facto de que a resposta à questão depende de um futuro que já não será vivido. “*La faute n’a pas necessairement créé le dommage final, mais elle a créé ou maintenu la possibilité de ce dommage*”. E isto apesar dos factores exteriores imponderáveis: por exemplo, os outros cavalos e jóqueis na corrida. Perante uma situação destas, o sistema pode optar por uma de duas soluções: face a uma irreduzível margem de incerteza, o juiz deve renunciar a reparar o dano e considera que o prejuízo tem de ser; ou o juiz reduz o prejuízo em função do nexo de causalidade que constata como facto ilícito e culposo do réu: considera que o prejuízo final ou total (a perda da corrida, a morte do paciente) não tem uma relação de causalidade certa, mas deve ser considerado um prejuízo parcial e relativo. Exige-se, todavia, sempre e como veremos, a existência de uma chance real e séria⁹⁸.

“O facto gerador dessa responsabilidade é apenas uma das causas prováveis do dano final e a responsabilidade mede-se pela influência causal desse factor, em todo o processo, pelo que não se pode excluir que várias pessoas sejam responsáveis por vários comportamentos ilícitos e culposos e por sucessivas perdas de chance”. Foi o que decidiu a Ière Chambre civile da Court de Cassation, em dois arestos de 25.05.1971, que consideraram responsáveis, respectivamente, o médico e a parteira da mesma mulher, que comprometeram as suas chances de sobrevivência. Os factos foram os seguintes: a mulher, que era já mãe de sete filhos, deu à luz um oitavo, numa maternidade, em finais de Dezembro de 1962. Depois do parto, verificou-se uma hemorragia, que a parteira teria podido estancar após ter pedido telefonicamente a opinião do médico. Três dias após o parto, e apesar do estado de fraqueza da paciente, a parteira deixou-a regressar a casa. O médico que a foi visitar, limitou-se a prescrever a administração de vitaminas, e não controlou posteriormente a evolução do estado de saúde da doente. Catorze dias mais tarde, a doente foi hos-

⁹⁷ JACQUES BORÉ, *ob.cit.*, n.º 1.

⁹⁸ JACQUES BORÉ, *ob.cit.*, n.º 2.

pitalizada de urgência, sofrendo de uma grave infecção e de uma anemia em estado já avançado. A doente veio a falecer, pouco depois, no hospital. O tribunal considerou que quer o regresso prematuro autorizado pela parteira, quer o carácter descontínuo e pouco cuidadoso do tratamento do médico, tinham sucessivamente comprometido as chances de cura da doente. Considerou também que a influência causal do comportamento ilícito e culposo da parteira e a sua responsabilidade eram atenuadas pelo facto de que a infecção era ainda pequena e pouco grave, e havia tempo de aplicar uma terapêutica adequada e imputou uma maior responsabilidade ao médico. Note-se ainda que os dois factos eram independentes entre si, pelo que não haveria responsabilidade solidária entre os dois agentes. Como nota o autor, a única hipótese em que se concebe uma condenação solidária é aquela em que vários co-autores cometeram em conjunto o mesmo facto, e fizeram perder à vítima a mesma chance, tendo-lhe causado, pois, o mesmo dano⁹⁹.

Como se vê, “o prejuízo que resulta da perda de uma chance é um prejuízo limitado à medida do nexo de causalidade provável, que une o facto gerador de responsabilidade e o prejuízo final. E é no plano do nexo de causalidade que temos de nos colocar, para determinar se a teoria da perda de chance proporciona respostas correctas”¹⁰⁰. Ora, quer quando se indemniza a perda de uma probabilidade, quer quando se atende à probabilidade em sede de nexo causal, parece estar a introduzir-se uma noção de causalidade, distinta daquela que normalmente preside à responsabilidade civil¹⁰¹. Nas palavras de JACQUES BORÉ, “(é) impossível justifi-

⁹⁹ JACQUES BORÉ, *ob.cit.*, n.º 10 e 11.

¹⁰⁰ JACQUES BORÉ, *ob.cit.*, n.º 15. Cfr., igualmente, n.º 14: A privação de um tratamento apropriado é uma causa possível do dano final, constituído pela morte do paciente, mas não uma parte desse dano; e não é correcto identificar as causas de um dano com o próprio dano. Se a reparação concedida é apenas parcial, tal não é porque o prejuízo (a morte do paciente) é, em si mesmo, parcial: é porque a reparação é limitada ou ponderada à medida do laço de causalidade provável, constatada entre o facto ilícito culposo e o dano final. Em suma, “é a causalidade parcial, determinada em função de um cálculo de probabilidades, que tem em conta a influência de factores externos possíveis, que acarreta a responsabilidade, também ela parcial”.

¹⁰¹ Como já observou HALBWACHS, existe um outro aspecto da causalidade ou, se quisermos, um aspecto dos fenómenos que é complementar da causalidade e que é o aspecto aleatório dos fenómenos: o caso mais frequente é aquele em que se combinam uma lei causal e uma lei aleatória. É este aspecto que se encontra presente na noção de perda de chance: na génese do dano encontram-se um ou mais factores conhecidos e outros desconhecidos – um tratamento médico eficaz poderia trazer a cura, mas não é possível saber se, mesmo aplicando esse tratamento médico, se teria conseguido tal resultado. Há uma presença irre-

car o dano da perda de chance pela teoria da equivalência das condições. A teoria da equivalência das condições situa-se mesmo nos antípodas da perda de chance. Ela considera como causa do dano apenas as condições *sine qua non* do dano, sem as quais, pois, o dano não se teria produzido. Ora é impossível saber se sem o atraso do transportador, o cavalo teria ganho a corrida, Por outro lado, a teoria da equivalência das condições considera precisamente que todas as condições se equivalem, ou seja, recusa-se a conceder qualquer atenuação da responsabilidade em razão da pluralidade das condições, precisamente porque se ignora se, na ausência daquele facto ilícito e culposo, as outras causas teriam desempenhado o seu papel. O sistema da equivalência das condições comporta vários defeitos: é um saco sem fundo que, de fenómeno em fenómeno, pode invocar a chamada “causalidade do Universo”; exclui arbitrariamente do processo causal factos humanos não culposos e fenómenos naturais, nomeadamente predisposições patológicas da vítima e forças da Natureza, dificilmente controláveis e, sobretudo, faz tábua rasa do elemento quantitativo da causalidade”¹⁰². A teoria da causalidade adequada parte da teoria da equivalência das condições, para considerar que entre os antecedentes necessários do dano, só os mais importantes devem ser considerados causa, isto segundo um critério normativo, que faz apelo à experiência corrente. Considera-se como causa do dano aquele acontecimento que, segundo a experiência comum, deveria normalmente provocá-lo, o que impõe ao juiz um prognóstico objectivo retrospectivo. Na verdade, já existe, até certo ponto, um prognóstico objectivo retrospectivo. na teoria da equivalência das causas, mas aqui atende-se ao grau de probabilidade que comporta, normalmente, cada acontecimento¹⁰³. A aceitação do dano de perda de chance não representa uma alteração no sistema de responsabilidade civil vigente, mas constitui antes uma ruptura signifi-

catível de factores aleatórios, em qualquer processo causal. Esta realidade resulta de que não existe qualquer sistema etiológico, em que todos os factores causais sejam efectivamente conhecidos. Como HALBWACHS refere, existe uma diferença entre ciência física e realidade física e existem vários níveis na Natureza. Assim, a lei aleatória traz à causalidade a noção de correlação estatística. A teoria das probabilidades é indissociável da estatística. É certo que a teoria da causalidade adequada também tem em conta o elemento estatístico, quando se refere à experiência corrente, mas a teoria das probabilidades tem um aparelho conceitual mais sofisticado. Quando o juiz tem em consideração a perda de chance, ele não deixa o terreno da causalidade, mas aprecia estatisticamente a correlação existente entre o facto gerador da responsabilidade e o dano (JACQUES BORÉ, *ob.cit.*, n.º 24).

¹⁰² JACQUES BORÉ, *ob.cit.*, n.º 16.

¹⁰³ JACQUES BORÉ, *ob.cit.*, n.º 16.

cativa com a noção de causalidade, comumente aceite. É certo que a teoria da causalidade adequada também tem em conta a probabilidade ou verosimilhança, quando selecciona entre as várias condições *sine qua non* aquela ou aquelas que vai considerar adequada(s). No entanto, a probabilidade é tratada como um meio de aceder a uma certeza (embora relativa) que se tem por indispensável, quanto à existência de um nexo de causalidade. Já na teoria da perda de chance “a presença de factores aleatórios importantes não permite ultrapassar a distância que separa a probabilidade da certeza: não é possível dizer que, sem a culpa do médico, o doente teria ou não sobrevivido e, portanto, não se pode afirmar que esta culpa tenha sido uma condição *sine qua non* da sua morte nem *a fortiori* a sua causa adequada.”¹⁰⁴ E daí que o reconhecimento pontual do dano de perda de chance, sem uma revisão global de todo o sistema de responsabilidade civil (a que certamente o legislador não procedeu) se exponha a muitas críticas, pela potencial incoerência que gera. Não falta até quem considere que a doutrina da perda de chance confunde ilicitude e dano, porquanto, como VIOLANTE¹⁰⁵ destaca, parece constituir “um *escamotage* de que se serve o intérprete para poder mais facilmente individualizar e avaliar o *quantum* ressarcitório a aplicar a quem, com o seu comportamento, não respeitou as obrigações de lealdade e de boa fé”¹⁰⁶; por outras palavras, recorre-se à ficção do dano da perda de chance, para punir quem se acredita ter violado regras de correcção ou boa fé, ainda que não se consiga demonstrar a existência de um dano¹⁰⁷.

À guisa de conclusão parece poder afirmar-se que, nos ordenamentos que a acolhem, a perda de chances ou de oportunidades, deve ser entendida como uma modalidade de dano emergente¹⁰⁸. Trata-se, com efeito,

¹⁰⁴ JACQUES BORÉ, *ob.cit.*, n.º 19.

¹⁰⁵ UMBERTO VIOLANTE. *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*. Danno e Responsabilità. 1999, pp.534 ss. O autor comenta um caso em que a Suprema Corte, a 25.09.1998, rejeitou um pedido de indemnização de uma vítima de um acidente que, na sequência do mesmo, deixou de poder exercer a actividade de bailarino, para a qual se treinava na altura.

¹⁰⁶ *Ob.cit.* p.536.

¹⁰⁷ VIOLANTE, *ob.cit.*, p.539: “desde o momento em que a chance se desvincula do benefício final a que está preordenada, acaba-se por considerar irrelevante a determinação do nexo de causalidade entre o facto lesivo e o dano da perda de chance”.

¹⁰⁸ Neste sentido, *vide*, entre nós, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO DIAS, *Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, Colecção Teses, 2001, pp.250 ss., p.251, nota 580, que destaca, expressamente, que: “(a)s tentativas de incluir tal realidade [a perda de chance] no âmbito dos chamados lucros cessantes, foram-se sistematicamente gorando, porquanto o conceito de lucro cessante exige uma autêntica demonstração da sua proba-

de uma espécie de “antecipação” de um dano hipotético, e que não se consegue demonstrar. Mesmo os autores que o defendem, reconhecem o quanto existe de artificial neste procedimento¹⁰⁹, que é completamente alheio ao nosso direito. Assim, a perda de chance não se enquadra, nem no nosso conceito de lucro cessante, que assenta na demonstração da verosimilhança ou probabilidade dessa perda, nem no dano emergente, tal como é entendido em Portugal.

Afigura-se-nos, pois, que a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória. Importa, no entanto, esclarecer melhor esta asserção: é que a doutrina da *perda de chance* é, como se viu, uma doutrina de origem pretoriana, marcada por alguma imprecisão, e utilizada para fazer face a problemas que se situam em planos distintos, mormente nos planos do dano e da causalidade. Na medida em que a doutrina da perda de chance seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, parece-nos que a mesma deverá ser rejeitada entre nós, ao menos *de jure condito*. Devê-lo-á ser também, na medida em que ela pretenda, por outra via, facilitar o ónus probatório do lesado. Cabe ao lesado demonstrar, por exemplo, a existência provável ou verosímil, no futuro, de um lucro cessante, e tal exigência não pode ser contornada, no nosso ordenamento, pela ficção de um dano antecipado, o pretense dano da perda de chance. Perfilam-se, aliás, mesmo da perspectiva do direito a constituir, outras soluções, porventura mais adequadas, do que a autonomização da perda de chance¹¹⁰: pense-se, por exemplo, na inversão do ónus da prova,

bilidade, sendo de excluir quando se baseie em elementos puramente hipotéticos. Daí que o conceito de “perte de chance” não tivesse cabimento na categoria dos chamados lucros cessantes, o que fez com que conceituada doutrina tivesse começado a encarar a perda de chance como um dano presente, certo como é que a perda ocorre no próprio momento em que se verifica o facto danoso.”

¹⁰⁹ FRANÇOIS CHABAS, *La Perte...cit.*: “ce que nous faisons d’artificiel c’est d’aller chercher, en le créant en quelque sorte artificiellement, en préjudice qui n’est pas véritablement réel, qui n’est pas tangible. C’est justement parce qu’on ne sait pas de quoi la victime est morte. On envisage alors un potentiel autre que la vie, chose tout a fait curieuse, un potentiel autre qui est la chance, les chances de survie (...) c’est donc, vous le voyez, une sorte de palliatif que de prendre en considération cette possibilité de survie, mais de faire entrer l’aléa non pas dans la relation causale mais dans le préjudice lui-même en considérant que l’aléa est une des composantes du préjudice.”

¹¹⁰ Já EMIL STARK, *in* Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civile, dirigido por Olivier Guillod, Schulthess, Zürich, 1991, p.148, referiu que o caminho correcto não é a perda de chance, mas antes o de alterar a noção de causalidade: “Ich glaube nicht, dass man die Chance zu einem Rechtsgut emporstilisieren sollte”. A juris-

adoptada na Alemanha, no plano da responsabilidade médica, ou na chamada “prova aparente” (“*Anscheinsbeweis*”). Admitimos, no entanto, um espaço ou dimensão residual da perda de chance no Direito português vigente: referimo-nos a situações pontuais, tais como a situação em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado de um concurso ou de uma fase posterior de um concurso. Trata-se de situações em que a chance já se “densificou” o suficiente para, sem se cair no arbítrio do juiz, se poder falar do que TONY WEIR apelidou de “uma quase propriedade”, um “bem”¹¹¹. Finalmente, registre-se que não é sequer necessário recorrer à perda de chance como auxiliar de quantificação do dano, já que, entre nós, o lucro cessante, uma vez demonstrada a sua verosimilhança, pode ser fixado pelo tribunal, segundo critérios de equidade.

Não queremos encerrar estas breves reflexões sem um esclarecimento quanto à razão de ser e ao alcance do nosso cepticismo relativamente à figura da perda de chance. Em primeiro lugar, o que se nos afigura importante deixar claro é que o que está em discussão é muito mais do que o mero reconhecimento de uma nova modalidade de dano. A aceitação deste dano comporta uma nova visão da causalidade e até alterações de monta relativamente às funções desempenhadas pela responsabilidade civil. Com efeito, o que nos impressiona não é a circunstância de o dano da perda de chance não ser revelado pela teoria da diferença: não o é porque quando esta compara a situação patrimonial real do lesado com a sua situação patrimonial hipotética à data do julgamento se o facto gerador de responsabilidade não tivesse ocorrido, a perda de chance não consta da situação patrimonial real (a chance desapareceu, foi destruída), mas também provavelmente não constaria da situação hipotética (entretanto, a chance teria desaparecido porque não se teria concretizado ou, ao invés, porque ter-se-ia materializado e representaria agora um bem diverso). A teoria da diferença não deve ser absolutizada, porquanto constitui um mero método ancilar de quantificação do dano patrimonial e um método deficiente porque apresenta vários “ângulos cegos”. Mas parece-nos que a teoria da perda de chance é defendida por quem sustenta a essencialidade aqui de uma função preventiva da responsabilidade civil. O que

prudência francesa considera a perda de uma chance como um tipo autónomo de dano. A verosimilhança ou probabilidade é um factor para o cálculo do dano, e entra assim pela porta das traseiras.

¹¹¹ *Ob.cit.* p. 122: “the plaintiff is claiming for loss of an asset: not a piece of property (...), but something not so far distant, something quite akin.”

impressiona os autores é que, por exemplo, um médico que não agiu com a devida diligência e errou o diagnóstico ou adiou medidas que eram urgentes escape à responsabilidade, invocando que o dano poder-se-ia produzir de qualquer modo, mesmo que agisse com a devida diligência. De uma certa perspectiva foi o seu próprio diagnóstico errado ou a sua demora em tomar as medidas que se impunham com celeridade que nos impede hoje de saber se as medidas correctas teriam salvo aquela vida. Pretende-se, pois, impedir que o médico possa invocar um desenrolar hipotético que ele próprio com a sua conduta ilícita inviabilizou¹¹²...

Contudo, o caminho trilhado para atingir este escopo parece-nos algo artificial: trata-se de resolver a incerteza no plano causal “antecipando” um dano. Não podemos afirmar que o diagnóstico errado ou a procrastinação do médico tenham causado a morte do paciente, já que mesmo diagnosticado e tratado correctamente este teria apenas, por hipótese, uma chance de sobrevivência de 25%, mas podemos afirmar, com toda a certeza, que destruíram a referida chance de sobrevivência. Portanto, a conduta ilícita e culposa do agente não causou a morte (ou, pelo menos, não o sabemos), mas eliminou as chances de sobrevivência.... Não haverá aqui no entanto um jogo de palavras ou uma distinção bizantina entre matar e eliminar as chances de sobrevivência? E a distinção torna-se ainda mais delicada quando, como defendem alguns dos partidários da teoria, se sustenta a ressarcibilidade nos casos em que a chance é destruída, mas não quando esta é simplesmente reduzida ou quando a conduta do agente potencia ou aumenta o risco a que já estava exposto um certo bem jurídico do lesado¹¹³. E no entanto justificar-se-á um tratamento tão

¹¹² NILS JANSEN, *ob. cit.*, p. 283, destaca expressamente que o reconhecimento da perda de chance como um dano limita a possibilidade de o lesante poder considerar o que teria acontecido sem a sua conduta. “(h)owever, it does not do so by establishing another concept of causal relevance, but setting a limit for establishing a causal relation”. Também CHRISTOPH MÜLLER, *ob. cit.*, p. 212, menciona que para um sector importante da doutrina norte-americana a perda de chance de cura deve ser um dano indemnizável porque, a não ser assim, o agente que não actuou com a necessária diligência, sempre poderia invocar que eventualmente o dano se produziria de qualquer modo, acarretando um abaixamento da qualidade dos serviços médicos prestados, sobretudo em casos em que, à partida, as possibilidades de sucesso parecem reduzidas: “(i)f doctors and hospitals are shielded from liability for negligent conduct resulting in a loss of a less-than-50% chance of survival, they might be less inclined to perform the full spectrum of diagnostic and treatment procedures in seemingly hopeless cases” (ROUBIK *cit apud* CHRISTOPH MÜLLER, *ob. cit.*, p. 212, n. 1231).

¹¹³ Embora reconheça a dificuldade em traçar a fronteira entre destruir uma chance, por um lado, e reduzi-la ou aumentar um risco, por outro, JANSEN acredita que só a perda

diferenciado de quem destrói uma chance de 50% e de quem a reduz para 1% ou de quem aumenta um perigo ou risco de 1% para 50%. Com efeito, a chance e o risco são o verso e o reverso da mesma moeda¹¹⁴.

Por outro lado, a doutrina da perda de chance não é capaz de solucionar todos os problemas de incerteza em matéria causal: sirva de exemplo o caso decidido pelo Supremo Tribunal austríaco e referido por KOZIOL em que uma criança nasceu com graves deficiências, mas não foi possível apurar se as mesmas tinham a sua origem em doenças sofridas pela mãe durante a gestação ou no comportamento negligente do médico durante o parto. Como se vê, este não é um caso de perda de chance porque não se sabe sequer se a criança tinha alguma chance de nascer sem as referidas deficiências...

Não podemos, todavia, deixar de reconhecer as virtualidades e os méritos da doutrina da perda de chance. Ela denuncia as limitações e as eventuais injustiças decorrentes do princípio do tudo ou nada¹¹⁵ (toda a indemnização ou a sua recusa consoante se demonstre ou não a existência donexo causal) actualmente vigente. Se em uma clínica entrarem 100 pacientes com um determinado tipo de cancro e todos eles morrerem por ter sido aplicado um tratamento inadequado de quimioterapia¹¹⁶ e se se puder determinar que o tratamento correcto daquele caso tinha nesse momento 40% de chances de sucesso, não parece correcto que não haja lugar a qualquer indemnização por não se conseguir demonstrar no caso

de chance deveria ser indemnizada (cfr. *ob.cit.*, pp. 281-282). Na sua opinião (*ob.cit.*, p. 295), a visão comum do cidadão considera que há uma diferença entre aumentar um risco e destruir uma chance. A exposição ao risco seria encarada como uma componente inescapável da vida, ao passo que a perda de uma chance seria vista como um dano.

¹¹⁴ Cfr. HELMUT KOZIOL, *Schadenersatz für verlorene Chancen?*, ZBJV (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins), ano 137, 2001, pp. 889 ss., p. 897. Como o autor aponta o diferente tratamento da perda e da redução de uma chance não é convincente até porque, em geral, tanto se indemniza a completa destruição de um bem, como a sua deterioração ou destruição parcial.

¹¹⁵ As soluções de tudo ou nada são caracterizadas por JANSEN como primitivas (“crude all or nothing solutions”), *ob. cit.*, p. 274, embora o autor reconheça, contudo, que não existe qualquer erro lógico em negar a ressarcibilidade da perda de chance como um dano autónomo. Trata-se apenas da questão pragmática de construir um sistema mais eficiente.

¹¹⁶ Trata-se de um exemplo proposto por CHRISTOPH MÜLLER. *ob. cit.*, p. 210, que refere, a propósito, que “a teoria da perda de chance permitiria dar um passo na direcção da solução mais justa” sendo a clínica responsável por 40% do dano em cada um dos casos.

concreto que a actuação da clínica foi *conditio sine qua non* daquela morte.

Resta saber, no entanto, se a melhor forma de resolver este tipo de problemas é o reconhecimento de uma dano específico de perda de uma chance ou se não deverá ser antes motivo para rever as regras em matéria de “causalidade”, ou reconhecendo a relevância da chamada causalidade probabilística, como pretende um sector da análise Económica do Direito, ou revendo as regras sobre a causalidade alternativa, como recentemente advogou KOZIOL na esteira de BYDLINSKI¹¹⁷. Questões que, obviamente, transcendem o âmbito e os propósitos deste estudo....

¹¹⁷ Segundo informa KOZIOL, *Schadenersatz für verlorene Chancen*, cit., pág. 909, a doutrina austríaca tem admitido que haja responsabilidade solidária, nas hipóteses de causalidade alternativa em que dois agentes, actuando ambos ilícita e culposamente, têm condutas potencialmente causais, mas não se consegue determinar qual delas foi a causa real do dano verificado, sendo que nas relações internas, a medida da responsabilidade aferir-se-á pelo perigo concreto e pela verosimilhança de aquele dano ter sido produzido por aquela conduta. Recentemente propôs-se estender esta solução a casos em que a conduta ilícita do agente concorre com uma situação ou condição da esfera de risco do lesado, mas não é determinável qual dos eventos foi efectivamente causal. BYDLINSKY propôs, atendendo-se ao princípio da corresponsabilidade do lesado que neste casos houvesse lugar a uma indemnização parcial, embora a conduta ilícita do agente com o acaso. Em contrário dir-se-á que a situação é diversa, já que num caso a causalidade alternativa se discute entre dois comportamentos ilícitos e culposos. Importa, no entanto, reconhecer que nas situações de causalidade alternativa – alternativa entre duas condutas ilícitas e culposas – a causalidade potencial é suficiente para gerar a responsabilidade do agente; sendo assim, talvez o mesmo princípio devesse ser afirmado nestas situações em que a alternativa causal é uma conduta ilícita e uma circunstância da esfera de risco do lesado