

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa

Mestrado em Direito (Orientado para a Investigação)

PERDA DE OPORTUNIDADE:

uma mudança de paradigma ou um falso alarme?

Candidata: Sara Lemos de Meneses

Orientadora: Professora Doutora Maria da Graça Trigo

Lisboa, 29 de agosto de 2013

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa

Mestrado em Direito (Orientado para a Investigação)

PERDA DE OPORTUNIDADE:

uma mudança de paradigma ou um falso alarme?

Candidata: Sara Lemos de Meneses

Orientadora: Professora Doutora Maria da Graça Trigo

Lisboa, 29 de agosto de 2013

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, debruçar-nos-emos sobre o tema da perda de chance ou perda de oportunidade. Entendemos fazê-lo em virtude da sua atualidade e das incertezas que continua a suscitar.

Numa parte introdutória do trabalho, fixaremos a terminologia a ser adotada. Na Parte I, privilegiaremos a recolha de vários contributos a serem usados numa apreciação sobre a admissibilidade da perda de oportunidade. Além disso, vamos proceder a alguns esclarecimentos gerais, pressuposto essencial do desenvolvimento do trabalho, e apreciar a situação da perda de oportunidade em várias ordens jurídicas estrangeiras, dando particular atenção às ordens jurídicas inglesa e estado-unidense. Nesta opção, influenciou o facto de entendermos que se justifica dar a conhecer mais alguns dados sobre estes ordenamentos jurídicos e ainda a convicção de que existem pontos de ligação com o que se passa na ordem jurídica portuguesa, como veremos. Claro que não deixaremos também de considerar a situação no direito nacional. Na Parte II, considerando a informação obtida, debruçar-nos-emos sobre as vantagens e os problemas em torno da admissibilidade da perda de oportunidade, atendendo aos termos em que esta tem vindo a ser aplicada, sobretudo na ordem jurídica portuguesa. Em conclusão, ainda definiremos se essa aplicação é compatível com a legislação vigente.

1. A noção jurídica

Explicando sucintamente, e tendo em conta as várias definições apresentadas pela doutrina¹, a perda de chance corresponderá à extinção² da possibilidade de se obter um determinado resultado (favorável). Tal situação poderá assumir relevo para o Direito caso seja imputável a um terceiro³, estando preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil.

¹ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, in *Direito e Justiça*, 19, 2, 2005, pp. 21-22; NILS JANSEN, “The Idea of a Lost Chance”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, 2, 1999, p. 1.

² RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 184: “...a chance, cuja perda é o objecto deste estudo, só ingressa no mundo jurídico, quando desaparece...”.

³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 184-185.

2. A terminologia

O conceito é de origem francesa (*perte d'une chance*)⁴, o que se repercute na opção terminológica frequentemente adotada no nosso país: “perda de chance”. De facto, quer a doutrina⁵, quer a jurisprudência⁶ portuguesas têm adotado o conceito de “chance”. Embora este integre a língua portuguesa, a opção por este conceito resulta de uma mera tradução literal da expressão consagrada em França. Aliás, no *Dicionário da Língua Portuguesa*, além da definição de “chance” como “oportunidade”, também se esclarece que o termo é de origem francesa. Resta entretanto saber se esta é a melhor opção. De facto, os autores portugueses, bem como a jurisprudência⁷, se por um lado adotam a tradução literal, por outro também utilizam frequentemente a expressão “perda de oportunidade”⁸.

Na verdade, “chance” e “oportunidade” são conceitos sinónimos, pelo que a utilização de um ou outro é indiferente, pois nenhum deles ressalta como indutor de maiores dúvidas sobre o que está em causa, isto é, a possibilidade de se conseguir um resultado. Assim sendo, “perda de chance” ou “perda de oportunidade” surgem como expressões sinónimas, ambas suscetíveis de utilização.

A única crítica que pode ser feita à utilização da expressão “perda de chance” prende-se com o facto de se estar a adotar um conceito, “chance”, que, embora fazendo parte do léxico português, não é comumente utilizado, podendo passar por um estrangeirismo desnecessário. Aliás, verdade seja dita, se a “perda de chance” tivesse nascido em Portugal e não em França, parece certo que esta se designaria “perda de oportunidade”. A apoiar isto

⁴ AFONSO MELO, “Responsabilidade civil de mandatário judicial”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, 26, 2003, p. 28; ÁLVARO GOMES RODRIGUES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Direito e Justiça*, 14, 3, 2000, p. 217; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance”, in *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado*, N.º especial 2, Braga, CEJUR, dezembro 2012, p. 18; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 298.

⁵ Atente-se nas seguintes obras: ARMANDO BRAGA, *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*, dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, orientação de BRANDÃO PROENÇA, Porto, 2004; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”; IDEM, “Sobre o dano (...)”; RUI CARDONA FERREIRA, “A perda de chance: análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática”, in *O Direito*, 144, 1, 2012; IDEM, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance: em especial, na contratação pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

⁶ Por exemplo, Ac. STJ 21/03/2013 (OLIVEIRA VASCONCELOS), Ac. STJ 05/02/2013 (HÉLDER ROQUE), Ac. STJ 29/05/2012 (JOÃO CAMILO), Ac. RL 13/12/2012 (EZAGÜY MARTINS) (todos os acórdãos referenciados neste trabalho estão disponíveis em www.dgsi.pt).

⁷ Por exemplo, Ac. STJ 21/03/2013 (SALAZAR CASANOVA), Ac. STJ 14/03/2013 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), Ac. RL 22/05/2012 (LUÍS LAMEIRAS), Ac. RL 15/05/2012 (LUÍS LAMEIRAS).

⁸ Por exemplo, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: O método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 70; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, pp. 17-30.

está o facto de autores portugueses não resistirem eventualmente à adoção desta última expressão, como foi referido.

Embora não se trate de uma questão fulcral, vale a pena abordá-la em virtude de não haver a consagração unânime de uma designação. Com base na análise agora feita, aproveitamos para esclarecer que a terminologia adotada neste trabalho opta pela expressão “perda de oportunidade”, evitando o recurso a várias expressões sinónimas. Todavia, cabe clarificar que reconhecemos que a opção por esta expressão em detrimento de outra não assenta em razões científicas sólidas, mas por assim se acompanhar melhor aquele que é o fluir natural da língua portuguesa.

PARTE I – CONTRIBUIÇÕES PARA A APRECIACÃO DA PERDA DE OPORTUNIDADE

CAPÍTULO I - ASPETOS GERAIS SOBRE A PERDA DE OPORTUNIDADE

1. Os pressupostos da responsabilidade civil em destaque: dano e nexo de causalidade

A perda de oportunidade apenas pode configurar uma situação de responsabilidade civil se os respetivos pressupostos estiverem preenchidos, havendo dúvidas particularmente em torno do preenchimento do dano⁹ e do nexo de causalidade¹⁰¹¹. Passando a explicar, quando se perde uma oportunidade em virtude de ação levada a cabo por outrem, e supondo que tal ação constitui um facto voluntário, ilícito e culposo, dá-se então por assente a verificação destes três pressupostos da responsabilidade civil. Porém, como assegurar que ocorre um dano e que existe nexo de causalidade entre o facto e o dano? Qual é o dano em causa, quando o resultado almejado não se encontrava garantido? ¹² Em que medida contribui o agente para o dano, quando este suscita um desfecho que podia de qualquer forma ter acontecido?¹³

2. A perda de oportunidade e as respetivas configurações

A noção de perda de oportunidade vem apresentar uma solução perante estas dúvidas. No entanto, tal solução pode assumir diferentes configurações, o que torna a identificação da perda de oportunidade mais complexa. Aliás, a doutrina não deixa de salientar as incertezas

⁹ Por exemplo, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 299: "...frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica".

¹⁰ Por exemplo, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, pp. 311-312: "... comportamento seja causa dos danos sofridos...".

¹¹ Também existem dúvidas a propósito da verificação do pressuposto da ilicitude (JÚLIO GOMES, "Sobre o dano (...) ", pp. 32, 33, 42). Porém, não iremos abordar esta questão no nosso trabalho.

¹² CARLO CASTRONOVO, "Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c. d. perdita di chance, danni punitivi, danno c. d. esistenziale", in *Europa e diritto privato*, 2, 2008, p. 322: "...sul piano del danno si riferisce a una perdita possibile o anche probabile ma non certa..."; M.ª LUISA ARCOS VIEIRA, "La "pérdida de oportunidad" como daño indemnizable", in *Estudios de Derecho do Consumidor*, 7, 2005, p. 138: "...el concepto suscita ya algunas dudas respecto a la determinación de la vinculación causal entre el daño así concebido y la previa conducta del eventual responsable...".

¹³ CARLO CASTRONOVO, "Del non risarcibile aquiliano (...) ", p. 322: "Possiamo dire perciò che la perdita di chance sul terreno della causalità denota un nesso insufficiente a fondare la responsabilità..."; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 687, nota 1956: "...na perda de chance o problema reside na incerteza dos efeitos da intervenção do lesante num único processo causal...".

em torno da definição desta figura¹⁴. Esta complexidade é comprovada pela identificação, levada a cabo por CHABAS¹⁵, de duas teorias da perda de oportunidade: a teoria verdadeira e a teoria falsa. A última não seria mais do que uma atenuação das exigências relativas ao preenchimento do nexos de causalidade¹⁶. A teoria verdadeira iria mais longe ao propor a consagração da perda de oportunidade como um novo dano¹⁷, que se distinguiria por se tratar de um dano intermédio¹⁸ e não de um dano final. Assim, o dano final corresponderá à não concretização do desfecho favorável ambicionado. O desconhecimento se este teria de qualquer forma ocorrido torna o conceito de dano final dificilmente operativo, justificando a sua desconsideração¹⁹. Esta diferenciação entre o dano intermédio e o dano final foi muito bem ilustrada no caso *Falcon v. Memorial Hospital*²⁰, nos EUA. Este respeitava a um caso de negligência médica, causadora da morte de uma paciente, que dispunha de uma probabilidade de sobrevivência equivalente a 37, 5%. O *Michigan Supreme Court* entendeu que havia fundamento para a atribuição de uma indemnização. Nas palavras de Kevin Joseph Willing²¹, “(a)ccording to the *Falcon* court, the compensable injury at issue was not Nena Falcon’s death but rather the loss of opportunity to live. This distinction is critical. The plaintiff could not prove that the defendants were the but-for cause of her daughter’s death, but had shown that the defendants were the cause-in-fact of the loss of Nena’s 37,5% chance of survival”.

¹⁴ M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 139; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 4; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 94-95.

¹⁵ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 33-36.

¹⁶ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 33-36; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 122 (sobre a situação em França, em particular) e 124; TIMOTHY CRAIG ALLEN, “Loss of Chance Doctrine: An Emerging Theory of Medical Malpractice Liability”, in *Pathology Case Reviews*, 17, 4, julho/agosto 2012, p. 173. A proposta de CARNEIRO DA FRADA para os casos de responsabilidade médica ou medicamentosa, embora não feita a pensar em casos de perda de oportunidade, parece implicar a aplicação da hipótese que CHABAS configura como teoria falsa da perda de oportunidade: “ (...) dificuldades de estabelecimento do nexos causal (...) podem resolver-se através de facilitações da prova, admitindo, por exemplo, uma demonstração de primeira aparência. Através desta pode chegar a prescindir-se de uma reconstituição exata do processo causal quando o efeito prejudicial deriva, segundo as regras gerais da experiência de vida, de uma certa origem.” (CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 102).

¹⁷ FRANÇOIS CHABAS, “La perdita di *chance* nel diritto francese della responsabilità civile”, in *Responsabilità civile e previdenza*, 61, 2, 1996, p. 230: “Bisogna allora guardarsi dal fare un errore di ragionamento che nascerebbe dalla confusione tra *alea intrinseca al pregiudizio* e incertezza del nesso di causalità. (...) Si prende così atto che sulla perdita di una *chance* vi è una teoria falsa ed una vera. Questo ci porterà ad esaminare che cos’è la perdita di *chance*: una forma particolare di pregiudizio (...); e che cosa non è: una semplice possibilità di elemento causale...”; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 6.

¹⁸ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 24, nota 51; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 203.

¹⁹ YVES CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983, p. 41.

²⁰ 462 N.W.2d 44 (Mich. 1990).

²¹ KEVIN JOSEPH WILLING, “*Falcon v. Memorial Hospital*: a rational approach to loss-of-chance tort actions”, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 9, Spring, 1993, p. 550.

A dificuldade na demonstração do nexo entre facto e dano final poderia ser ultrapassada por meio do recurso à ideia de sistema móvel²². O sistema móvel aplica-se ao preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil²³, promovendo uma ponderação dos vários pressupostos entre si. Isto assegura uma consideração do todo, ou seja, uma consideração dos vários elementos que compõem o caso concreto²⁴. Assim, uma maior incerteza em torno do nexo de causalidade poderia ser compensada por um juízo particularmente censurável acerca da conduta do agente, atribuindo-se então maior peso ao pressuposto da culpa em detrimento do nexo de causalidade²⁵. A aplicação do sistema móvel à perda de oportunidade é considerada por CARNEIRO DA FRADA²⁶ e PAULO MOTA PINTO²⁷. Porém, vários casos de perda de oportunidade pautam-se pela negligência do agente²⁸, não se chegando portanto a verificar dolo. Deste modo, será mais difícil admitir-se a aplicação do regime da responsabilidade civil com base numa preponderância da culpa sobre o nexo de causalidade. Além disso, o sistema móvel não pode servir para se dispensar a verificação do nexo de causalidade²⁹. Nestes casos de perda de oportunidade, mais importante do que não ser claro

²² O sistema móvel foi desenvolvido por Wilburg, na obra *Elementen des Schadensrecht* (1941). Também é conceituada a crítica de Canaris, que vem apontar limitações à mobilidade do sistema jurídico alemão. Sobre a teoria do sistema móvel, veja-se: MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Coimbra, Almedina, 1984, p. 785, nota 516; ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios-Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 63; RAÚL GUICHARD, “«Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil» Apresentação da tradução”, in *Direito e Justiça*, 14, 3, 2000, p. 51; WALTER WILBURG, DORA MOREIRA DE SOUSA (trad.), RAÚL GUICHARD (trad.), “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”, in *Direito e Justiça*, 14, 3, 2000, p. 134.

²³ RAÚL GUICHARD, “«Desenvolvimento de um sistema móvel (...)»”, p. 52: “...distinguiu claramente quanto ao domínio de aplicação: (...) o plano da aplicação do direito (constituído) - em que o método ganhará «significado dogmático»”.

²⁴ ANTÓNIO CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios (...)*, p. 63; PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, *O dano de perda de chance e sua perspectiva no direito português*, Dissertação do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, em Ciências Jurídico-Civilísticas, Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, orientação de Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, Coimbra, 2010, p. 14; RUI CARDONA FERREIRA, “A perda de chance-análise (...)”, p. 56: “...necessidade de inserção da perda de *chance*, pelo menos quando se apresente como um dano patrimonial, numa revisão mais ampla do sistema de responsabilidade civil, que admita diferentes configurações e modos de articulação entre os respectivos pressupostos”; WALTER WILBURG..., “Pensamento sistemático (...)”, pp. 63-64.

²⁵ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, pp. 104 e 105: “Em geral, a distinção entre dolo e negligência influirá: o dolo encurta o juízo de responsabilidade e consente uma mais fácil imputação do dano (meramente probabilístico). Também por aqui se evidencia o acerto de uma concepção móvel dos pressupostos da responsabilidade civil” (sobre esta explicação, queremos realçar que, a propósito do sistema móvel, o Autor atribui relevância ao nexo de causalidade probabilístico, que, como se verá, caracteriza precisamente os casos de perda de oportunidade); WALTER WILBURG, “Pensamento sistemático (...)”, p. 64. Também de acordo com RUTE TEIXEIRA PEDRO, não é nova a ideia de que a censurabilidade da atuação do lesante pode ter implicações na consideração do nexo causal (*A responsabilidade (...)*, p. 416).

²⁶ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 90.

²⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual (...)*, p. 1105, nota 3103.

²⁸ Mesmo que se possa tratar de uma negligência consciente, por exemplo, quando o advogado deixa passar o prazo de propositura de uma ação.

²⁹ A *Cour de Cassation*, numa decisão de 17 de novembro de 1982 (Bull. 1982, I, n° 333, pourvoi n° 81-13.530), manifestou a sua preocupação quanto à possibilidade de com a perda de oportunidade se vir a ignorar

qual é a medida de preenchimento do nexo de causalidade é mesmo a dúvida se este está verificado de todo³⁰.

Ao tomar-se como referência, em vez do dano final, a oportunidade propriamente dita³¹, é sabido que esta se extinguiu e que tal extinção, no momento e nos termos em que ocorreu, resultou da atuação de um terceiro³². Perante isto, de acordo com os defensores de uma teoria verdadeira da perda de oportunidade, existe nexo de causalidade entre o facto praticado pelo terceiro e a perda da oportunidade. Ocorre, portanto, uma antecipação da apreciação do dano para um momento no qual é possível estabelecer o nexo de causalidade³³. Os olhos do jurista passam a ignorar um momento final e a considerar um momento intermédio³⁴. Sendo assim, não só o nexo de causalidade é preenchido com base no sucedido numa fase anterior, como também a mera oportunidade passa a preencher o conceito de dano. Estamos perante outra das inovações em causa: o facto de a oportunidade comportar a relevância necessária para se entender que a respetiva perda constitui um dano juridicamente relevante³⁵.

Reconhecemos as implicações da noção de dano na perda de oportunidade. Tenha-se, por exemplo, em consideração a dificuldade em classificar o tipo de dano em causa, como veremos. Todavia, acreditamos que, ainda assim, é possível colocar especial ênfase na

o preenchimento do pressuposto do nexo de causalidade (RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 242).

³⁰ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 587: "...a mobilidade do sistema não deve de modo algum confundir-se com a falta de sistema e que há elementos estruturantes de que não pode prescindir-se"; RUI CARDONA FERREIRA, "A perda de chance-análise (...)", p. 56: "Não significa isto que se advogue uma mobilidade ilimitada dos pressupostos da responsabilidade civil, sendo indispensável indagar quais os elementos da responsabilidade que são móveis e até que ponto vai a sua mobilidade, uma vez que, como adverte NILS JANSEN, um modelo de responsabilidade assente numa *individualização* do responsável jamais pode prescindir totalmente das noções de causalidade e de dano"; WALTER WILBURG..., "Pensamento sistemático (...)", p. 72: "...o juiz seria chamado a tomar livremente a sua decisão segundo uma «discricionariedade orientada», mas não (...) de modo livre. (...) evitar que o tribunal seja remetido apenas para a equidade, para o respectivo sentimento jurídico, para os bons costumes ou para conceitos semelhantes desprovidos de conteúdo".

³¹ YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, pp. 38 e 39, nomeadamente: "*En réalité, le dommage est constitué par la perte de la chance elle-même*".

³² JÚLIO GOMES, "Sobre o dano (...)", p. 24, nota 51: "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".

³³ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 104: "...considerar a perda de oportunidade um dano em si, como que antecipando o prejuízo relevante em relação ao dano final (apenas hipotético (...)), para cuja ocorrência se não pode asseverar um nexo causal suficiente".

³⁴ JÚLIO GOMES, "Sobre o dano (...)", pp. 42 e 43: "Trata-se (...) de uma espécie de "antecipação" de um dano hipotético, e que não se consegue demonstrar".

³⁵ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 89: "O dano não é qualquer prejuízo sentido ou afirmado por alguém como tal. Apesar de a ordem jurídica o não definir em geral, ele deve justificar-se por aplicação de critérios normativos, alicerçar-se numa ponderação da ordem jurídica", p. 104: "...tem de se considerar que a mera possibilidade de uma pessoa se curar, apresentar-se a um concurso ou negociar um contrato consubstancia um bem jurídico tutelável".

problemática em torno do preenchimento do nexó de causalidade³⁶. É a impossibilidade de se preencher este pressuposto, quando se considera o dano final, que justifica a criação de um novo dano³⁷. De todo o modo, 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”³⁸. Resumindo, resolve-se um problema de nexó de causalidade recorrendo-se a outro pressuposto da responsabilidade civil, o dano³⁹.

3. A classificação do dano de perda de oportunidade

3.1. Dano presente / dano futuro

Surgem muitas dúvidas relativamente à integração do dano de perda de oportunidade⁴⁰ no âmbito das várias classificações de dano, nomeadamente quanto à sua definição como dano presente ou dano futuro⁴¹. Parece-nos claro que, tratando-se de um dano intermédio, constitui um dano presente⁴². Passando a explicar, não é decisivo nesta questão o facto de a oportunidade dizer respeito à eventual concretização, no futuro, de um resultado. O facto de a oportunidade se extinguir aquando do facto ilícito é que efetivamente releva, pois, quando o caso é apreciado, o dano já se consubstanciou⁴³.

São vários os acórdãos que classificam a perda de oportunidade como dano presente⁴⁴. Entre eles, destacamos o Ac. STJ 22/10/2009 (JOÃO BERNARDO), segundo o qual “...não se trata

³⁶ KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial (...)”, p. 546; M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 169; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 283; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos (...)*, p. 299.

³⁷ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 93: “...surge como oportuno o recurso à figura da perda de *chance*, a ensaiar como possível via de superação das dificuldades criadas pela não verificação do nexó de causalidade, nos moldes em que este aparece habitualmente referido, na doutrina e na jurisprudência”.

³⁸ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 37.

³⁹ NILS JANSEN, “The idea of (...)”, p. 282: “The idea of a lost chance (...) factually transforms problems of proof of causation into terms of the assessment of damages”.

⁴⁰ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 23.

⁴¹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, p. 337: “(...) já se encontram verificados no momento da fixação da indemnização, sendo futuros no caso contrário”.

⁴² ARMANDO BRAGA, *A reparação do (...)*, p. 87. Não obstante, RUTE TEIXEIRA PEDRO afirmar que a perda de oportunidade constituirá apenas “em regra” um dano presente (*A responsabilidade (...)*, p. 223).

⁴³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 209, 223 e 224; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 139. Claro que isto não nos impede de reconhecer que existem semelhanças entre a perda de oportunidade e os danos futuros (RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 161: “...denota-se um grau de incerteza no estabelecimento do encadeamento dos acontecimentos passados muito semelhante ao que caracteriza a previsão de eventos futuros”).

⁴⁴ Acórdãos: Ac. STJ 05/02/2013 (HÉLDER ROQUE); Ac. STJ 29/11/2012 (OLIVEIRA VASCONCELOS); Ac. RL 06/12/12 (TERESA ALBUQUERQUE).

de um dano futuro, porque a natureza dos danos, para estes efeitos, há de ser aferida tendo em conta a data da decisão judicial que os aprecia e, quando é proferida a decisão judicial de primeira instância, já se verificou a perda da chance (veja-se o presente caso em que, quando foi proferida aquela, já se consumara a não apreciação da pretensão da Autora relativamente à classificação de “excelente”).

3.2. Dano patrimonial / dano não patrimonial

Neste domínio, as incertezas são ainda maiores⁴⁵. Chega-se a considerar que a perda de oportunidade não apresenta uma natureza necessariamente patrimonial ou não patrimonial. Em alguns casos tratar-se-á de um dano patrimonial, outras vezes já não, variando consoante o caso concreto. De acordo com esta ideia, pode-se afirmar que a natureza do dano será influenciada pela natureza dos bens em causa. Na prática, é a classificação do dano final que será determinante. Isto é, se o dano final assumir natureza patrimonial, a correspondente perda de oportunidade assumirá a mesma natureza⁴⁶.

Sobre esta questão, temos muitas dúvidas. O dano patrimonial define-se pela suscetibilidade de avaliação pecuniária⁴⁷, por oposição ao dano não patrimonial ou dano moral⁴⁸. Para quem defenda que se trata de um dano patrimonial⁴⁹, considera-se que a oportunidade integrava o património do lesado, pelo que este era “proprietário” da mesma, tendo sido prejudicado no

⁴⁵ M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, *La “pérdida de oportunidad”*(...), p. 140.

⁴⁶ CARLO CASTRONOVO, “Del non risarcibile aquiliano (...)”, pp. 322: “Entre il cerchio del danno meramente patrimoniale si include anche la c.d. perdita di *chance*.”, 323: “Della problematica categoria della perdita di *chance* nella materia del danno non patrimoniale l’ipotesi forse più frequente è quella che nella giurisprudenza francese viene detta *perte d’une chance de guérison ou de survie*...”; M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, *La “pérdida de oportunidad”* (...), p. 141: “Aunque es discutido que la pérdida de una oportunidad implique la destrucción de un bien (la oportunidad) de carácter patrimonial, en cualquier caso parece que la admisión de tal planteamiento requeriría cuando menos que la ganancia o beneficio que podía alcanzarse con ella lo fueran igualmente”, p. 158: “Se abordan aquí algunas cuestiones relacionadas con la aplicación de la noción de “pérdida de oportunidad” cuando la situación beneficiosa ya inalcanzable afeta a los bienes de naturaleza extrapatrimonial...”; PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, *O dano de perda de (...)*, p. 81; RUI CARDONA FERREIRA, “A perda de chance-análise (...)”, p. 56: “...pelo menos quando se apresente como um dano patrimonial...”.

⁴⁷ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10^a Edição, Coimbra, Almedina, 2013, (reimpressão) pp. 600-601: “...prejuízos que, sendo susceptíveis de avaliação pecuniária, podem ser reparados ou indemnizados, senão directamente (mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão), pelo menos indirectamente (por meio de equivalente ou indemnização pecuniária)”.

⁴⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, p. 601: “...prejuízos que sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem bens que não integram o património do lesado, apenas podem ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente”.

⁴⁹ Esta posição torna-se ainda mais clara quando o tribunal analisa em separado a perda de oportunidade e os danos não patrimoniais suscitados no caso concreto (Ac. STJ 16/12/2010 (ALVES VELHO), Ac. STJ 29/04/2010 (SEBASTIÃO PÓVOAS); Ac. RL 09/10/2012 (ANA RESENDE); Ac. RL 15/05/2012 (LUÍS LAMEIRAS)).

seu direito de propriedade⁵⁰. No entanto, a teoria da diferença (art. 566.º, n.º 2, CC) não servirá neste caso. Estando em causa apenas uma oportunidade, não haverá diferença no valor do património do lesado entre a situação patrimonial (atual) real e a situação patrimonial (atual) hipotética (se não tivesse ocorrido a intervenção do terceiro). Porém, este argumento não é muito relevante, atendendo a que a teoria da diferença não constitui um critério de aplicação necessária⁵¹.

Nalguns casos, por exemplo de negligência médica, parece que a perda de oportunidade assume contornos de dano moral⁵². De facto, RUTE TEIXEIRA PEDRO⁵³, considerando exclusivamente este contexto, aproxima a perda de oportunidade do dano não patrimonial, ao referir que a respetiva ressarcibilidade deve depender da verificação de um critério semelhante ao disposto no art. 496.º, n.º 1, CC, ou seja, que se trate de um dano caracterizado por algum grau de gravidade. No entanto, não se pense que a possível classificação da perda de oportunidade como dano não patrimonial se limita aos casos de negligência médica. No Ac. RP 30/01/2012 (ANABELA CALAFATE), a perda de oportunidade foi classificada como dano não patrimonial, num caso de responsabilidade civil de advogado. A propósito, lê-se que “No caso em apreço, a perturbação e revolta dos recorrentes por terem sido confrontados com a negligência e falta de transparência do advogado que contrataram e em quem naturalmente confiaram para pugnar em tribunal pelos seus interesses, configura dano não patrimonial grave e merecedor de tutela de direito. Assim, (...) o montante da indemnização por danos não patrimoniais será fixado equitativamente pelo tribunal...”.

Quando se entenda proceder à classificação da perda de oportunidade como dano patrimonial, coloca-se ainda a questão a propósito do enquadramento da mesma perante a

⁵⁰ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 22.

⁵¹ Neste sentido, PAULO MOTA PINTO aponta as insuficiências de uma definição de dano patrimonial nestes termos, por entender que a adoção da teoria da diferença tem conduzido a uma indesejada sobreposição da noção de dano de cálculo em detrimento da noção de dano real. O Autor aponta alguns exemplos, como o do dano de privação de uso, para ilustrar a insuficiência da teoria da diferença, mas isto não o leva todavia a admitir a perda de oportunidade (como se verá mais adiante) na ordem jurídica portuguesa (Para aprofundar este tema, veja-se *Interesse contratual (...)*, pp. 536-552 (Sobre o conceito de dano), pp. 553-567 (A problemática fundamental e as limitações da “fórmula da diferença”). Também sobre a insuficiência da teoria da diferença, veja-se JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 44; *IDEM*, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 29; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 249-250.

⁵² JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 17, nota 5: “...certas perdas de oportunidade parecem corresponder, fundamentalmente, a danos não patrimoniais: pense-se, por exemplo, na perda da *chance* de cura ou de sobrevivência”.

⁵³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 432.

divisão danos emergentes⁵⁴ / lucros cessantes⁵⁵. Parece ser mais comum a consideração de que se trata de um dano emergente⁵⁶, mas a diferenciação entre perda de oportunidade e lucro cessante não deixa de constituir uma dificuldade⁵⁷. À primeira vista, pode parecer que se trata apenas de uma questão de grau. Assim, verificar-se-ia a ocorrência de um lucro cessante naqueles casos onde fosse muito provável a obtenção de um desfecho favorável, ao contrário dos casos de perda de oportunidade, nos quais a concretização de tal vantagem constituiria ainda uma possibilidade mais remota. Estas dúvidas foram sentidas pelo STJ no Ac. 09/02/2006 (MOITINHO DE ALMEIDA). O Tribunal não conseguiu ultrapassá-las devidamente, pois veio a decidir pela atribuição ao lesado de uma indemnização por perda de oportunidade, quando se dispunha de dados suficientes para se considerar que estava em causa um lucro cessante. Na medida em que ocorrera uma celebração de contrato-promessa, não havia motivos para se duvidar de que o lucro com a venda do imóvel teria sido obtido⁵⁸. No direito italiano, estas dificuldades também são manifestadas pela diferença de posições entre o Tribunal de Monza, no caso sobre um condutor de Fórmula 3000⁵⁹, e ALESSIO PACCES, quando analisa o mesmo caso⁶⁰. De acordo com o Tribunal, o dito piloto sofreu um dano de perda de oportunidade de provar as suas capacidades, com vista a aceder à Fórmula 1, quando a sua equipa resolveu o contrato por incumprimento, sem conseguir provar esse mesmo incumprimento. ALESSIO PACCES, por sua vez, entende que a categoria de lucros cessantes também está presente no caso, pois era possível dar-se como provado que o piloto obteria lucros em virtude de competir na Fórmula 3000. Além disso, sofreu um dano de perda de oportunidade, devido à necessária impossibilidade de vir a aceder à Fórmula 1, ao ver negada a possibilidade de competir no escalão inferior. Outra hipótese geradora de

⁵⁴ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, p. 599: "...prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão".

⁵⁵ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, p. 599: "...benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, mas a que ainda não tinha direito à data da lesão".

⁵⁶ JÚLIO GOMES, "Ainda sobre a figura (...)", pp. 23 e 24: "...dano que consiste na destruição de um bem que já se encontra no património, ou, pelo menos, na titularidade do lesado no momento da lesão"; IDEM, "Sobre o dano (...)", pp. 42 e 43. Veja-se ainda o Ac. STJ 29/11/2012 (OLIVEIRA VASCONCELOS).

⁵⁷ JÚLIO GOMES, "Ainda sobre a figura (...)", p. 29: "Reconhecemos (...) que, quando a *chance* ou oportunidade se tenha "densificado" e fosse mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se considere existir já um lucro cessante suficientemente "certo"..."; M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, "La "pérdida de oportunidad" (...)", p. 147: "En la medida en que las reclamaciones basadas en la "pérdida de oportunidad" subyace la idea de frustración de una ganancia que se podía haber conseguido de haber disfrutado de la oportunidad correspondiente, puede explicarse que tienda a relacionarse de manera cas instintiva aquella figura con el concepto de *lucrum cessans*...".

⁵⁸ Neste sentido, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 104-106.

⁵⁹ JÚLIO GOMES, "Sobre o dano...", p. 16; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 162-163; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 209, nota 522.

⁶⁰ JÚLIO GOMES, "Sobre o dano (...)", pp. 16 e 17, nota 25.

dúvidas é um caso espanhol (STS, 26 de fevereiro de 2004⁶¹). Neste particular, considerou-se estar em causa a perda de oportunidade de venda de dois lugares de garagem e uma arrecadação, que, na realidade, e ao contrário do que resultava do projeto, eram de construção dificilmente exequível, implicando custos acrescidos ao que tinha sido originariamente estabelecido. Ora, M.^a LUISA ARCOS VIEIRA não aceita que se trate de uma perda de oportunidade (“*frustración de una ocasión de venta*”), mas sim, mais do que isso, de uma “*pérdida de una venta*” que se teria efetivamente concretizado se a construção tivesse sido realizada com sucesso⁶². Portanto, tratar-se-ia, de acordo com a Autora, de um lucro cessante.

O argumento decisivo para se distinguir a perda de oportunidade do lucro cessante reside no facto de o último implicar a prova de que o dito lucro teria efetivamente sido obtido⁶³. Perante a perda de oportunidade, nada pode garantir que já estavam verificadas todas as condições necessárias para que, a manterem-se, o lucro viesse a ser obtido. Claro que as dúvidas podem surgir. Quando se fala de certeza para efeitos de prova, trata-se sempre de uma certeza que não pode ser absoluta⁶⁴. Mesmo assim, esse estado de certeza não absoluta não se confunde com a incerteza em torno da verificação da oportunidade perdida. A propósito do lucro cessante, há um direito que se chega a constituir na esfera jurídica do lesado⁶⁵. Ocorrendo uma perda de oportunidade, não existe um direito sobre o resultado almejado. Assim, a propósito do caso italiano sobre o piloto da Fórmula 3000, parece-nos que a posição de ALESSIO PACCES é mais acertada do que a do Tribunal de Monza. Uma vez que o piloto estava obrigado por contrato a competir na Fórmula 3000, este também era titular do direito a ser remunerado por essa atividade, pelo que a não obtenção das remunerações previstas deve ser reconduzida à categoria de lucro cessante.

⁶¹<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=2632186&links=perdida%20de%20oportunidad&otimize=20040313&publicinterface=true> (consultado em 25/07/2013). Sobre isto, veja-se M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, pp. 147-149.

⁶² M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 149.

⁶³ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 26-27: “...como já observou FRANZONI (...) Se se observa a chance do ponto de vista do lucro cessante, ela não pode nunca ser ressarcível, porque não só não é possível demonstrar que a utilidade teria sido conseguida, como também são certos para consegui-la” (citação de RENATO PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno rissarcibile: la perdita della chance*, Responsabilità Civile e Previdenza, 2000, p. 582, nota 48); RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 225: “...para existir um lucro cessante ressarcível, necessário se torna a prova da certeza desse dano - portanto, a prova dos factos constitutivos do ganho (perdido), sem que seja provada a existência de outros factos que impeçam o surgimento do mesmo (ganho). Só assim se poderá falar de um lucro cessante que cessa”.

⁶⁴ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 12; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 386-387: “...lucros cessantes que, reportados a um futuro hipotético (frustração de ganho que se *teriam* obtido, *se não fosse a lesão*), nunca se apresentam com carácter de certeza absoluta (...) A certeza dos lucros cessantes (...) baseia-se, pois, na evolução normal (e, portanto, provável) dos acontecimentos”.

⁶⁵ PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os (...)*, p. 378.

Independentemente das considerações apresentadas, JÚLIO GOMES esclarece a desnecessidade de, no direito português, se enquadrar a perda de oportunidade numa destas categorias de dano, por tal diferenciação (entre danos emergentes e lucros cessantes) não implicar, por sua vez, uma diferenciação de regime⁶⁶.

CAPÍTULO II - A PERDA DE OPORTUNIDADE EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

Interessa-nos agora apreciar em que termos a noção de perda de oportunidade tem vindo a ser considerada por alguns ordenamentos jurídicos. Concretamente, no que diz respeito à sua configuração, à sua maior ou menor aplicação e aos âmbitos de aplicação nos quais é predominantemente admitida. Iremos, também, aproveitar para proceder à identificação de potenciais contributos a ter em conta na Parte II deste trabalho, quando ponderarmos os argumentos favoráveis e desfavoráveis à admissibilidade da perda de oportunidade.

1. Os ordenamentos jurídicos de *Common Law*

1.1. O direito inglês

Na ordem jurídica inglesa, a perda de oportunidade é também reconduzida a um problema denexo de causalidade. Deste modo, a perspetiva, atrás referida⁶⁷, que identifica a perda de oportunidade com um dano intermédio, é raramente reconhecida. Assim, os tribunais continuam a mover-se nos termos tradicionais da responsabilidade civil, fazendo operar conceitos igualmente tradicionais de definição do nexo de causalidade, pressuposto ao qual é atribuído grande relevância⁶⁸ no *Common Law* em geral.

Os tribunais ingleses, para apurarem do nexo de causalidade, recorrem, habitualmente, a um *balance of probabilities*, que consiste em definir se o facto contribuiu *more likely than not*

⁶⁶ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 25-26.

⁶⁷ Veja-se a p. 5.

⁶⁸ LES ARTHUR, “Solicitors’ Common Law Liability: the duty to give advice beyond the scope of the express retainer in transactional cases and the application of the “loss of chance” approach to breach of the duty”, in *Waikato Law Review*, 16, 2008, p. 69.

para o dano⁶⁹. Na prática, estabelece-se a necessidade de demonstrar que o facto não só contribuiu provavelmente para o dano, como também que tal probabilidade de contribuição para o dano ultrapassa a barreira dos 50%⁷⁰. A partir desta barreira, é tomado como certo que o facto contribui para o dano e, como tal, considera-se verificado o pressuposto do nexo de causalidade. Este método implica igualmente o preenchimento do *but for test*⁷¹, equivalente à regra da *conditio sine qua non*⁷². Portanto, os tribunais, em Inglaterra, procuram saber se o facto terá mais provavelmente contribuído para o dano do que a hipótese contrária⁷³. Uma vez que os tribunais tendem a manter-se firmes na aplicação destas noções, fixando sempre como ponto de consideração o dano final, não se proporciona um ambiente favorável à consagração da perda de oportunidade, mas sim à preservação da fórmula *all or nothing*⁷⁴. Se, com base na prova apresentada, a barreira dos 50% for ultrapassada, no que diz respeito à probabilidade de o facto ter contribuído para o dano, será concedida uma indemnização no valor do dano final e o valor desta será superior ao valor que se atribuiria apenas à perda de oportunidade. Caso contrário, o lesado não obterá qualquer indemnização. Por outras palavras, os tribunais negam-se a admitir alterações no seguinte sentido: “The effect of the doctrine is that it alters the traditional “more likely than not” burden of proof. Under loss of chance, claimants are permitted to recover damages even though they have only a 50 percent or less chance of survival or a better outcome prior to the negligence”⁷⁵.

No entanto, a situação, na ordem jurídica inglesa, não é totalmente desfavorável à perda de oportunidade, uma vez que a discussão em torno da respetiva admissibilidade está longe de vir a ser conclusiva⁷⁶. Aliás, os tribunais ingleses têm vindo a flexibilizar as regras sobre o nexo de causalidade, não se querendo com isto afirmar que se procedeu a uma consagração

⁶⁹ CHRIS MILLER, “Gregg v. Scott (...)”, p. 230; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 3; YVONNE CRIPPS, “Medical negligence and liability for loss of chance”, in *The Cambridge Law Journal*, 45, 1, março 1986, p. 6 (sobre o caso *Hotson v. East Berkshire Health Authority*).

⁷⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 244.

⁷¹ CHRIS MILLER, “Gregg v. Scott (...)”, p. 228; MARC STAUCH, “Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence”, in *Oxford Journal Legal Studies*, 17, 1997, p. 208.

⁷² JOSEPH H. KING, JR., “Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences”, in *Yale Law Journal*, 90, maio 1981, p. 2; MIQUEL MARTÍN-CASALS, “Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE/ATF 133 III 462 and to the “Loss of Chance” Doctrine”, in *European Review of Private Law*, 6, 2008, p. 1046.

⁷³ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost opportunity?”, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2005, 2005, p. 204.

⁷⁴ A propósito desta fórmula, veja-se: JOSEPH H. KING, JR., “Causation, valuation (...)”, p. 1; MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, p. 223; MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 204.

⁷⁵ TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical Malpractice: A Look at Recent Developments”, in *Defense Counsel Journal*, 70, julho 2003, p. 301.

⁷⁶ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 217: “Until the next causation issue (...) comes before the House, we can only wait and wonder”.

expressa da perda de oportunidade, mas admitindo apenas uma redução do limite de 50%⁷⁷. Apenas considerando a jurisprudência, se percebe a divisão de posições e, tendo-a em conta, CHRIS MILLER alude ao facto de que o apoio no conceito de perda de oportunidade como fundamento de uma ação constitui uma opção arriscada⁷⁸.

O primeiro caso a merecer menção é *Chaplin v. Hicks*⁷⁹, de 1911. Estava em causa a realização de um concurso de beleza, do qual veio a ser excluída ilegitimamente uma das candidatas que deveria ter passado à fase seguinte⁸⁰. Embora se compreenda a aplicação da perda de oportunidade, pode-se questionar a correção da solução final, dado que o Tribunal limita-se a aplicar um raciocínio probabilístico para resolver o caso. Ora, a verdade é que, devido a características inerentes às candidatas, poder-se-ia equacionar a possibilidade de algumas apresentarem, desde cedo, maiores probabilidades de ganhar, o que não é levado em consideração.

Vale a pena referir um caso que tem suscitado menos atenção, mas que não deixa de ser interessante. Em 1962, no caso *McWilliams v. Sir William Arrol & Co Ltd*⁸¹, a *House of Lords* opôs-se à admissibilidade da perda de oportunidade perante a morte de um trabalhador num estaleiro de obras. Embora os responsáveis não tivessem disponibilizado no dia do acidente, como eram obrigados, o cinto de segurança que podia ter impedido o sucedido, provou-se igualmente que o dito trabalhador nunca utilizava tal equipamento, quando este se encontrava disponível, o que acontecera poucos dias antes. Encontram-se também outros casos de perda de oportunidade em contextos laborais: o caso *Mitchell v. Mulholland*⁸² de 1971, sobre a perda de oportunidade de promoção na sequência de um despedimento ilícito, e o caso *Moeliker v. A...Reyrolle and Co. Ltd*⁸³ de 1972, sobre a perda de oportunidade de poder vir a exercer uma atividade profissional no futuro em consequência de um acidente de trabalho⁸⁴.

⁷⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 244.

⁷⁸ CHRIS MILLER, “Gregg v. Scott (...)”, p. 233: “The English law governing loss of chance is so labyrinthine that attempting to use it to secure compensation for loss of life expectancy for a *living* claimant was a costly diversion” (sobre o caso que merece tratamento destacado no artigo em causa).

⁷⁹ 2 K.B. 786 (End. C.A. 1911). Sobre este caso, ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice of the loss of chance doctrine: an argument for a new approach to damages”, in *Cumberland Law Review*, 33, 1, 2002/2003, p. 18.

⁸⁰ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 13, 14, nota 17.

⁸¹ [1962] AC 295. Sobre o caso, KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in English Law”, in *European Review of Private Law*, 6, Grã-Bretanha, Kluwer Law International BV, 2008”, p. 1062.

⁸² [1971] 2 AllER 1205 (CA).

⁸³ [1977] 1 AllER 9 (CA).

⁸⁴ Sobre ambos os casos, JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 14, nota 17.

Em 1969, temos o caso *Barnett v. Chelsea & Kensington HMC*⁸⁵, no qual, de entre três indivíduos envenenados com arsênico, um destes veio a falecer, não chegando, uma vez no hospital, a ser examinado pelo médico de serviço. Entendeu-se que não havia uma oportunidade de sobrevivência entretanto extinguida por responsabilidade do médico. Apesar da negligência do médico ter privado o paciente da devida assistência, a raridade do incidente ocorrido não teria, de todo o modo, permitido a detecção atempada do envenenamento.

No caso *McGhee v. National Coal Board*⁸⁶, de 1972, alguns trabalhadores contraíram uma doença em virtude da sua atividade profissional. Tinha-se conhecimento de que os respetivos três patrões não tinham disponibilizado chuveiros, por forma a reduzir o contacto com o produto químico em causa, mas também não se sabia se tal cuidado teria evitado a contaminação⁸⁷. O tribunal considerou os patrões responsáveis, pois, em virtude do seu comportamento, perdera-se a oportunidade de evitar a doença dos trabalhadores, apesar de não terem contribuído diretamente para o incidente (“The House of Lords, however, was prepared to allow recovery on the basis that the defendant’s breach had *materially increased the risk of injury* to the plaintiff, asserting that, in this type of situation, there was no distinction to be drawn between doing this and materially contributing to the injury itself”⁸⁸). Todavia, o caso não teve repercussões significativas na jurisprudência. Assim, aquilo que podia ter representado o início da afirmação da perda de oportunidade na ordem jurídica inglesa, veio a revelar-se pouco significativo⁸⁹. Aliás, NILS JANSEN⁹⁰ considera que nem se trata de um exemplo de perda de oportunidade, pois não foi demonstrado que a exposição às emissões em causa constituiria razão suficiente para se explicar a doença dos trabalhadores. Sendo assim, não se podia assumir que havia alguma oportunidade que tivesse sido ameaçada pela não disponibilização de chuveiros. A este caso, cuja decisão foi favorável à admissibilidade da perda de oportunidade, junta-se outro, de negligência

⁸⁵ [1969] 1 All ER 1068. Sobre o caso, MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, pp. 215-216; KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in English (...)”, pp. 1061-1062.

⁸⁶ [1972] 3 All ER 1008. Sobre o caso, MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, pp. 211-212; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 3.

⁸⁷ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 18.

⁸⁸ MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, p. 211.

⁸⁹ MARC STAUCH, “CAUSATION, RISK (...)”, p. 212: “In these circumstances (where the original risk, ie the innocent dust, was under the defendant’s control) the House of Lords appears to have felt that the defendant should bear the consequences of the evidential uncertainty on grounds of policy”; JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 18.

⁹⁰ NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 5.

médica, *Clark v. MacLennan*⁹¹, em 1983, onde se segue o mesmo rumo. Neste, uma mulher, que dera à luz recentemente, apesar da realização de duas cirurgias, que visavam a recuperação de uma primeira intervenção cirúrgica, ficou a sofrer de incontinência urinária permanentemente.

O caso *Hotson v. East Berkshire A.H.A*⁹², de 1985, veio a assumir grande protagonismo na discussão em torno da perda de oportunidade⁹³. Na 1ª instância e, em sede de recurso, no *Court of Appeal*, a perda de oportunidade de cura foi considerada motivo de responsabilização dos demandados⁹⁴, dada a realização tardia, por negligência, da operação que poderia ter permitido ao paciente, uma criança, que voltasse a andar normalmente, depois de uma queda que danificara vasos sanguíneos na zona da anca. Apesar de se contar com duas decisões favoráveis à perda de oportunidade, a *House of Lords* pronunciou-se de forma diferente. De acordo com este Tribunal, considerando a matéria de facto⁹⁵, no momento em que a criança foi levada pela primeira vez para o hospital, logo após a queda, os vasos sanguíneos já apresentam danos irreparáveis por meio de cirurgia⁹⁶. Como tal, não havia uma oportunidade para se extinguir devido ao diagnóstico tardio⁹⁷. Sendo assim, parece-nos mais acertado considerar que a *House of Lords* não se pronuncia nem a favor

⁹¹ [1983] 1 All ER 416. Sobre o caso, DIANA BRAHAMAS, “Delay in Diagnosis Affecting Recovery from Hip Injury”, in *The Lancet*, 23 de novembro 1985, p. 1196, nomeadamente: “The judge had held that where a general duty of care arose and a precaution had not been taken and the very damage the precaution was designed to prevent had ensued, it was up to the defendant to show that he was not in breach of duty and that the damage had not resulted from his breach of duty”.

⁹² [1985] 1 WLR 1036. Sobre o caso, CHRIS MILLER, “Loss of chance in personal injury: a review of recent developments”, in *Law, Probability and Risk*, 5, 2006, pp. 64-65; CLARE DYER, “Negligence through loss of chance”, in *British Medical Journal*, 293, 13 de dezembro, 1986, pp. 1560-1561; DIANA BRAHAMAS, “Delay in Diagnosis (...)”, p. 1196; IDEM, “Small Loss of Chance of Full Recovery”, in *The Lancet*, 8 de agosto 1987, p. 347; KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in English (...)”, pp. 1064-1065; MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, p. 205; MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, pp. 204-205; YVONNE CRIPPS, “Medical negligence (...)”, pp. 6-8; IDEM, “Negligence, causation and probability theory”, in *The Cambridge Law Journal*, 46, 3, novembro 1987, pp. 389-390.

⁹³ CHRIS MILLER, “Gregg v. Scott (...)”, p. 228.

⁹⁴ DIANA BRAHAMAS, “Small Loss of (...)”, p. 347: “At trial Simon Brown J had accepted that the plaintiff should be compensated for a 25% loss of the chance of a full recovery. The Court of Appeal dismissed the health authority’s appeal against this decision”.

⁹⁵ CLARE DYER, “Negligence through (...)”, p. 1560: “...in the high court Mr. Justice Simon Brown made four findings of fact, all of which, for the purposes of the appeal, the health authority accepted: that even had there been a correct diagnosis and treatment on the day of the accident there was a 75% chance that the injury would have followed the same course; that the defendants’ delay denied the plaintiff the 25% chance that avascular necrosis would not have developed; that the reason for this was that the delay allowed the pressure caused by haemarthrosis to compress and thus block the intact but distorted remaining vessels; and that had avascular necrosis not developed the plaintiff would have made a nearly full recovery”.

⁹⁶ CHRIS MILLER, “Gregg v. Scott (...)”, p. 231; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 250.

⁹⁷ DIANA BRAHAMAS, “Small Loss of (...)”, p. 347; CHRIS MILLER, “Loss of chance in personal (...)”, p. 66; JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 19-20.

nem contra a perda de oportunidade⁹⁸. Aliás, de acordo com Diana Brahams, “they made it clear that the door was not closed. (...) Lord Mackay said it would be unwise in the present case, to lay it down as a rule that a plaintiff could never succeed by proving loss of a chance of full recovery in a medical negligence case”⁹⁹. Porém, não deixa de ser estranho que um dos casos mais referidos, na ordem jurídica inglesa, a propósito da perda de oportunidade, não diga efetivamente respeito ao tema. Ora, parece-nos que o Tribunal não fez mais do que aplicar o *balance of probabilities*¹⁰⁰. De facto, só numa lógica probabilística é que se demonstrou que, na altura do primeiro atendimento médico, a situação era irremediável, ignorando-se a probabilidade reduzida, isto é, inferior a 50%, de que a realização atempada da cirurgia teria permitido a recuperação do paciente. Assim, o Tribunal ficcionou, como é típico na aplicação da fórmula de “tudo ou nada”, que a cirurgia, se realizada mais cedo, não poderia ter assegurado a recuperação do paciente. Por isto, parece-nos que a *House of Lords* revela não ser favorável à perda de oportunidade¹⁰¹, não obstante não ter eliminado preliminarmente tal hipótese¹⁰². Basicamente, o Tribunal aponta no sentido de se manter fiel aos critérios tradicionais de apreciação do nexo de causalidade. Parece, aliás, que a maioria dos juízes simplesmente se concentrou, como é tradição, no dano final, daí não terem chegado à conclusão de Simon Brown J., um dos membros da *House of Lords* que participou na decisão: “He found as a fact that the defendant’s delay in diagnosis denied the plaintiff a 25% chance that, given immediate treatment, avascular necrosis would not have developed. In the light of that finding there was clearly a causal link between the defendant’s negligence and the loss of a chance of achieving a better medical result, despite the absence of proof of a casual link between the defendant’s negligence and the avascular necrosis”¹⁰³. Em 1988, no caso *Wilsher v. Essex AHA*¹⁰⁴ voltou-se a não reconhecer a pretensão do lesado. Desta vez, um recém-nascido cegara, não se podendo saber se isto se devia à atuação dos médicos ou a fatores naturais, também verificados.

⁹⁸ DIANA BRAHAMS, “Small Loss of (...)”, p. 347: “...the House of Lords was unwilling to deal conclusively with the question of whether a loss of a chance of a full or better recovery could form the basis of an action in negligence...”.

⁹⁹ DIANA BRAHAMS, “Small Loss of (...)”, p. 347.

¹⁰⁰ DIANA BRAHAMS, “Small Loss of (...)”, p. 347; MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, pp. 205 e 218; YVONNE CRIPPS, “Negligence, causation (...)”, p. 389.

¹⁰¹ MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, p. 206.

¹⁰² KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in English (...)”, p. 1064; YVONNE CRIPPS, “Negligence, causation (...)”, p. 390.

¹⁰³ YVONNE CRIPPS, “Negligence, causation (...)”, p. 6. Ainda sobre o assunto, DIANA BRAHAMS, “Loss of chance of (...)”, p. 1604; YVONNE CRIPPS, “Negligence, causation (...)”, p. 389.

¹⁰⁴ [1988] 1 AC 1074. Sobre o caso, CHRIS MILLER, “Loss of chance in personal (...)”, pp. 67-68 e 72.

No caso, mais recente (2003), *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.*¹⁰⁵, a *House of Lords* prestou uma explicação, em nosso entender, esclarecedora em torno do tratamento diverso que o caso *McGhee* mereceu. Tendo-se aí admitido a perda de oportunidade, alertou-se para o facto de que quando estão envolvidos mais do que um potencial lesante, não sendo possível determinar qual destes contribuiu num grau de probabilidade superior a 50% para o dano, pode, apesar disso, ser atribuída uma indemnização ao lesado. Ora, este caso é muito semelhante ao caso *McGhee*, pois, mais uma vez, alguns trabalhadores contraíram uma doença fatal por terem sido expostos a pó de asbestos, sendo impossível provar-se para que empregador, dos vários pelos quais eram empregados, é que trabalhavam no momento da contaminação. Há que reconhecer que este tipo de situações configura uma variação relativamente às circunstâncias habituais nas quais a perda de oportunidade é invocada¹⁰⁶. A aproximação à perda de oportunidade é feita com base no facto de apenas se poder determinar a responsabilidade de cada um dos empregadores em termos probabilísticos. Quer isto dizer que se os lesados eram contratados por quatro empregadores, e assumindo-se que não se dispõe de nenhum dado que indicie que mais provavelmente se deva considerar a responsabilização de um empregador em detrimento dos outros, então apenas se pode saber que a probabilidade de a doença ter sido contraída a trabalhar para cada um dos empregadores é de 25%. Portanto, o que liga estes casos é a identificação não apenas de vários fatores indutores da perda de oportunidade, o que é característico desta figura, mas, mais concretamente, de vários potenciais lesantes.

No ordenamento jurídico inglês, a perda de oportunidade também chegou a ser associada à violação do direito de informação do paciente no caso *Chester v. Afshar*¹⁰⁷, de 2005, no qual um paciente, antes de ser submetido a uma cirurgia, não chegou a ser devidamente informado dos riscos que esta implicava¹⁰⁸.

A discussão em torno da perda de oportunidade é influenciada pelos contornos de um ordenamento jurídico de *Common Law*, uma vez que surgem dúvidas na identificação do

¹⁰⁵ [2003] 1 A.C. 32. Sobre o caso, MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 205, nota 4.

¹⁰⁶ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 205 e nota 4, p. 212: “Whatever one’s views of the consequences of *Fairchild*, few would deny that it was a decision based on exceptional facts involving deserving claims”.

¹⁰⁷ [2004] U.K.L 41, [2005] 1 A.C. 134 [Chester]. Sobre o caso, MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, pp. 205-206: “(...) a patient who is not warned of the risks of surgery may be awarded damages for losing the right to make an informed choice, even when on the balance of probabilities he can establish only that he would have had the surgery at a different time had he been aware of the risks, and not that he would have refused the surgery altogether”.

¹⁰⁸ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 215: “...although admittedly a decision on informed consent rather than negligent treatment...”.

precedente¹⁰⁹ nesta matéria. Por outras palavras, não é claro se se deve confiar na solução dada a casos como *McGhee* e *Fairchild*, favoráveis à figura em causa, ou em casos como *Hotson*, *Wilsher* e *Gregg v. Scott*¹¹⁰¹¹¹. NILS JANSEN¹¹² acaba por concluir que não existe um precedente relativamente à perda de oportunidade. Sendo assim, não se consegue prever a posição dos tribunais, pois esta mantém-se em aberto. Os tribunais chegam mesmo a evidenciar algum desconforto na abordagem do tema¹¹³, defendendo que a opção de se admitir uma indemnização por perda de oportunidade deve depender de intervenção legislativa. Isto acontece no caso *Gregg*, quando dois juízes da *House of Lords*¹¹⁴, ao preverem que a adoção da perda de oportunidade pode ter graves implicações, por passar a admitir soluções proporcionais em detrimento de soluções de “tudo ou nada”, propõem um estudo mais aturado da figura por parte do Parlamento. É salientada a influência que esta teria na área dos seguros, gerando a escalada dos prémios a serem pagos pelos segurados, em virtude de as seguradoras passarem a prever um risco muito maior devido à possibilidade de uma perda de oportunidade ser reconduzida a um dano digno de proteção jurídica¹¹⁵. De acordo com CHRIS MILLER, “(i)t is not difficult to imagine Parliament, conscious of the escalating costs of the National Health Service’s liability insurance, seeking to make negligence by National Health Service staff a special case outside the tort system”¹¹⁶. Outra preocupação apontada prende-se com a abertura de *floodgates*¹¹⁷, ou seja a inundação da responsabilidade civil por uma multiplicidade de situações antes excluídas deste domínio e agora afirmadas, indevidamente, sob a bandeira da perda de

¹⁰⁹ Sobre o Princípio do precedente, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 271-278.

¹¹⁰ Trata-se de um caso, de 2002, de negligência médica no diagnóstico de cancro (CHRIS MILLER, “*Gregg v. Scott* (...)”, p. 227; KUMARALINGAM AMIRTHALINGAM, “Loss of chance: lost cause or remote possibility?”, in *The Cambridge Law Journal*, 62, 2, julho 2003, pp. 253-255).

¹¹¹ CHRIS MILLER, “Loss of chance in personal (...)”, p. 64; KUMARALINGAM AMIRTHALINGAM, “Loss of chance: lost (...)”, pp. 254-255; MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, (sobre o caso *Gregg v. Scott*) pp. 205, 208; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 3.

¹¹² NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 8.

¹¹³ CHRIS MILLER, em “*Gregg v. Scott* (...)”, p. 229.

¹¹⁴ CHRIS MILLER, “*Gregg v. Scott* (...)”, p. 227; KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in English (...)”, pp. 1065-1068; MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, pp. 207 e 209-210.

¹¹⁵ 231, 233; KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in English (...)”, pp. 1067-1068; MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, pp. 207-208; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 10. A mesma questão, embora referida com menos ênfase, também é levantada nos EUA: TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 312.

¹¹⁶ CHRIS MILLER, “*Gregg v. Scott* (...)”, p. 227.

¹¹⁷ CHRIS MILLER, “*Gregg v. Scott* (...)”, p. 233; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 434-438.

oportunidade¹¹⁸. Acaba-se, então, por defender a manutenção das regras tradicionais sobre o nexo de causalidade¹¹⁹.

Outro ponto a merecer referência é o recurso, por vezes verificado, a uma solução alternativa à perda de oportunidade e que consiste na inversão do ónus da prova do nexo causal¹²⁰, solução que, como veremos¹²¹, é característica do ordenamento jurídico alemão.

Quanto ao âmbito de aplicação da figura, e apesar do que foi explicado, é possível encontrar exemplos, na ordem jurídica inglesa, onde se recorre à perda de oportunidade, parecendo que, no setor em causa, existe um precedente que lhe é favorável. Estes casos dizem respeito a danos patrimoniais, em regra decorrentes de incumprimentos contratuais¹²². O exemplo emblemático é o caso *Allied Maples Group Ltd v. Simmons & Simmons*¹²³ de 1995. Os advogados do cliente em causa, no decorrer de negociações, permitiram que fosse retirada do contrato uma cláusula, cuja ausência veio a prejudicar o cliente durante a vigência desse mesmo contrato¹²⁴. No entanto, esclareça-se que se continua a recorrer ao *balance of*

¹¹⁸ MIQUEL MARTÍN-CASALS, “Some Introductory (...)”, p. 1048: “The risk that is run is the temptation to reclassify every case of casual uncertainty as a sort of “chance” which is lost and, therefore, can be readily compensated”.

¹¹⁹ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 206: “For in *Gregg*, their Lordships held that claims for loss of a chance arising from medical negligence must continue to be assessed according to the conventional requirements for establishing causation”. Todavia, a Autora não atribui um caráter decisivo a tal decisão, no sentido de bloquear a admissibilidade da perda de oportunidade, pelo que, mais uma vez, nos deparamos com um contributo para a situação de indefinição em torno da posição dos tribunais ingleses: “It may be suggested that *Gregg*-which involved a claim for a lost chance of avoiding injury or disease in the future, as opposed to a lost chance of avoiding the consequences of an injury or disease which had already occurred-was perhaps not the best case in which to test the loss of chance argument” (p. 214).

¹²⁰ Sobre a inversão do ónus da prova, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 104: “Outra via a considerar é a de, em nome da função preventiva da responsabilidade civil coligada ao pensamento da imputação do dano àquele que aumentou o perigo da sua ocorrência, inverter o ónus da prova da causalidade e exigir de quem violou o dever a demonstração de que o prejuízo não radicou nela ou de que no caso concreto o dano se teria produzido apesar dessa violação”. Sobre esta opção na ordem jurídica inglesa, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 243 e 244: “...os tribunais ingleses socorreram-se de duas vias que surgem separadamente, mas que, por vezes, se tocam e interpenetram. Uma delas é a perda de chance, a outra assenta num raciocínio inicialmente desenvolvido, no âmbito jurídico-laboral e, que foi, depois transplantado para o domínio da responsabilidade do profissional médico, e que importa a inversão do ónus da prova do nexo causal”.

¹²¹ Veja-se a p. 32.

¹²² CLARE DYER, “Negligence through (...)”, p. 1560; KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in English (...)”, p. 1062; LEE YEOW WEE DAVID, “Proving causation in a claim for loss of chance in contract”, *in Singapore Academy of Law Journal*, 17, 2005, p. 427: “...typically in a claim for loss of a chance, a defendant has breached a contract *vis-à-vis* the plaintiff, resulting in the plaintiff suffering the loss of a chance of a third party conferring a benefit on the plaintiff”; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 9.

¹²³ [1995] 1 WLR 1602 (CA). Sobre o caso, LES ARTHUR, “Solicitors’ (...)”, p. 59 e nota 23; JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 14, nota 17; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 9.

¹²⁴ KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in English (...)”, p. 1063: “The defendant solicitors acted for the plaintiffs in connection with their takeover of another company and properties leased by it. The initial draft of the takeover agreement contained a warranty by the vendor, the parent company, that its subsidiary had no existing or contingent liabilities in respect of any properties it had leased, but in the course of negotiations that warranty was replaced by a clause providing the plaintiffs with no protection against contingent claims.

*probabilities*¹²⁵, o que nos leva a considerar que está em causa a aplicação da teoria falsa de CHABAS¹²⁶, ou seja, uma manutenção dos mesmos critérios quanto ao nexó de causalidade, mas acompanhados eventualmente por uma facilitação do seu preenchimento, em vez da consideração de um dano intermédio¹²⁷. A comprovar que se continua a considerar o *balance of probabilities* mesmo neste contexto está o facto de se admitir a responsabilização por perda de oportunidade apenas quando a oportunidade, entretanto extinta, apresentava alguma consistência. Normalmente, fala-se em *substantial chance*. Assim, os lesados terão de fazer prova de que gozavam de fortes probabilidades de concretização da oportunidade em causa¹²⁸. Para se explicar a diferenciação de aceitabilidade da perda de oportunidade, consoante esteja em causa um campo puramente patrimonial ou estejam também envolvidos danos morais, são apontadas diversas razões. Por exemplo, afirma-se que, estando em causa apenas danos patrimoniais decorrentes de um incumprimento contratual, a posição inicial do lesado não tem influência sobre a evolução da oportunidade. É o que acontece com um paciente, cuja oportunidade de cura é extinta após uma atuação negligente do médico¹²⁹. Nesta última situação, o estado de saúde do paciente também não deixa de constituir um elemento decisivo na evolução da oportunidade, a somar à atuação negligente do médico, pelo que se torna necessário ponderar a relevância destes dois elementos quando se aprecia o que terá contribuído para o dano. Assim, há mais resistência perante a possibilidade de se condenar o médico¹³⁰. Outro argumento prende-se com o facto de que, perante perdas patrimoniais, está sempre implicada a mesma realidade (dinheiro), não se podendo dizer o mesmo num caso de negligência médica¹³¹.

Following the takeover, the plaintiffs sustained very substantial losses when it transpired that there were contingent claims against the subsidiary by lessees of its property”.

¹²⁵ LES ARTHUR, “Solicitors’ (...)”, p. 70 (sobre o caso *Simmons*): “First it was necessary for the claimant to prove on the balance of probabilities that it would, if correctly advised, have taken action to avoid the risk (on the facts to seek the warranty)”.

¹²⁶ Sobre esta, veja-se a p. 4.

¹²⁷ LES ARTHUR, “Solicitors’ (...)”, p. 71: “The rationale of the English Court of Appeal in *Allied Maples v Simmons* for relaxing the stringency of the causation test (...)”.

¹²⁸ KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in English (...)”, p. 1063 (sobre o caso *Simmons*): “...it was enough that they could show a real and not merely speculative chance that they would have obtained the desired protection”; LES ARTHUR, “Solicitors’ (...)”, p. 59: “There is precedent in England and Wales (...) for treating the loss of a substantial chance of achieving the intended result, as actionable damage in transactional cases involving solicitors”.

¹²⁹ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 209; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 9.

¹³⁰ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 210.

¹³¹ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 209.

1.2. O direito dos EUA

Na ordem jurídica dos EUA, o cenário é semelhante ao que se passa na ordem jurídica inglesa, relativamente ao enquadramento da perda de oportunidade como um problema de nexos de causalidade. Assim, ocorrem as mesmas dificuldades suscitadas pelas regras jurídicas tradicionais, idênticas às referidas a propósito do ordenamento jurídico inglês¹³². No entanto, as dificuldades identificadas em torno das regras do nexos de causalidade parecem, aqui, ser ultrapassadas ou talvez ignoradas em situações de negligência médica. Neste âmbito, a perda de oportunidade é genericamente aceite pelos tribunais de alguns estados federados¹³³. As razões encontradas prendem-se com a necessidade de assegurar a qualidade dos serviços prestados no setor da saúde, o que depende de uma efetiva suscetibilidade de responsabilização¹³⁴: “*to decide otherwise would be a blanket release from liability for doctors and hospitals any time there was less than a 50 percent chance of survival, regardless of how flagrante the negligence*”¹³⁵.

Tal como na ordem jurídica inglesa, existe uma tensão entre a atividade jurisprudencial e a atividade legislativa, mas que se desenvolve em termos diversos. Na primeira, os juízes reclamam uma intervenção legislativa, recusando-se a adotar uma solução inovadora consagrante da perda de oportunidade¹³⁶. Na ordem jurídica dos EUA, a intervenção legislativa serviu, nos estados federados do *Michigan* e *South Dakota*, para contrariar a opção dos respetivos Tribunais de última instância de admitirem indemnizações por perda de oportunidade, passando a proibi-las¹³⁷¹³⁸. Porém, também, se encontra disposição escrita

¹³² KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital...”, pp. 546 e 549.

¹³³ TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 302: “A survey of the 50 American states reveals that 24, as well as Puerto Rico, have adopted a form of the loss of chance doctrine in medical malpractice actions...”. Verificam-se variações nos termos de aplicação da mesma (JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 14, nota 18; TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, pp. 303-304).

¹³⁴ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 45, nota 112.

¹³⁵ Afirmação de um juiz do *Supreme Court of Washington* (RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 442-443, nota 1178).

¹³⁶ Porém, a mesma ideia chegou a ser propugnada nos EUA (TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 305).

¹³⁷ Não se quer com isto dizer que, nesta ordem jurídica, existe uma divisão jurisprudência/legislador sobre a perda de oportunidade: “The rejection of loss of chance has occurred both judicially and legislatively” (TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 305).

¹³⁸ KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, pp. 548-550; TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 306; ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, pp. 27-29.

favorável à perda de oportunidade, embora não dotada de força legal: *Restatement*¹³⁹ of *Torts, section 323*¹⁴⁰.

Considerando a jurisprudência, ainda antes de se colocar o problema em torno da perda de oportunidade, já eram apontadas dificuldades a propósito do nexo de causalidade que permitiam antever o surgimento da questão. No caso *Zinnel v. United States Shipping Board Emergency Fleet Corp.*¹⁴¹, de 1925, ocorrera a morte de um pescador, quando a corda de segurança, que costumava encontrar-se em torno da área de trabalho, não estava disponível, não se sabendo, portanto, se a morte poderia ter sido evitada. Ora, ZAVEN T. SAROYAN entende que, perante este cenário, é possível estabelecer-se uma analogia com a situação do médico que incorre num comportamento negligente, já que “(i)n both instances, the rope and the physician are there for the protection of the individual. If they are not there, or they do not function properly, the individual loses a significant chance at survival”¹⁴². Em 1962, o caso *Gardner v. National Bulk Carriers, Inc.*¹⁴³ é resolvido, implicitamente, com recurso à perda de oportunidade. A bordo de um barco, depois de realizada uma chamada, um dos marinheiros continuou desaparecido. Perante a situação, o capitão do barco não realizou qualquer busca. Atendendo ao apoio técnico disponibilizado, veio a considerar-se que, se tivesse sido tomada a decisão contrária, poderia a busca ter tido sucesso, pelo que se considerou que estava demonstrado o nexo de causalidade motivador da responsabilização do capitão.

No caso *Hicks v. United States*¹⁴⁴, de 1966, sobre negligência médica, recorre-se, pela primeira vez, expressamente, à perda de oportunidade. Em sede de recurso, o Tribunal veio

¹³⁹ Elaborado pelo *American Law Institute*, contém as regras jurídicas sobre o tema que os autores consideram mais adequadas (Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, pp. 351-352).

¹⁴⁰ “One who undertakes, gratuitously or for consideration, to render services to another which he should recognize as necessary for the protection of the other’s person or things, is subject to liability to the other for physical harm resulting from his failure to exercise reasonable care to perform his undertaking, if (a) his failure to exercise such care *increases the risk of harm*, or (b) the harm is suffered because of the other’s reliance upon the undertaking”.

¹⁴¹ 10 F.2d 47 (2d Cir. 1925). Sobre o caso, ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, pp. 18-19.

¹⁴² ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 19.

¹⁴³ 310 F.2d 284 (4th Cir. 1962). Sobre o caso, ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, pp. 19-20, nomeadamente: “[C]ausation is proved if the master’s omission destroys the reasonable possibility of rescue (...) Once the evidence sustains the reasonable possibility [of success],...disregard of the duty...imposes liability”.

¹⁴⁴ 368 F.2d 626 (4th Cir. 1966). Sobre o caso, KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, pp. 546-547; ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, pp. 20-21.

a entender que havia razões para se responsabilizar o médico. Todavia, esclareceu-se que tal solução alicerçava-se no facto de se tratar de uma *substantial possibility*¹⁴⁵.

ZAVEN T. SAROYAN¹⁴⁶ elege como determinante na divulgação da perda de oportunidade, tanto que até estava em causa uma probabilidade originária inferior a 50%¹⁴⁷, dispensando-se aqui, portanto, o tradicional *balance of probabilities*, o caso *Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound*¹⁴⁸, de 1983, decidido pelo *Washington Supreme Court*. Novamente, a perda de oportunidade é aplicada num contexto de negligência médica, mas, desta vez, o Tribunal faz referência ao mencionado *Restatement (Second) of Torts*.

Perante a enumeração destes casos favoráveis à perda de oportunidade, não se pense que esta se vinha consolidando pacificamente¹⁴⁹. Em 1971, no caso *Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati, Inc.*,¹⁵⁰ não se admitiu a responsabilidade por perda de oportunidade, embora a oportunidade implicada fosse de aproximadamente 50% de acordo com os argumentos apresentados pelo lesado¹⁵¹.

Concluindo, parece existir maior abertura quanto à admissibilidade da perda de oportunidade do que na ordem jurídica inglesa¹⁵². Aliás, na doutrina, é recorrente a menção

¹⁴⁵ ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 22 (nas palavras do Tribunal): “... (i) f there was any substantial possibility (sublinhado nosso) of survival and the defendant has destroyed it, he is answerable”. De acordo com RALPH FRASCA (“Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages”, in *Journal of Legal Economics*, 15, 2, 2008/2009, p. 92), as afirmações do Tribunal neste caso foram determinantes na divulgação da perda de oportunidade no ordenamento jurídico estado-unidense.

¹⁴⁶ ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 25.

¹⁴⁷ KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, p. 547: “... the Washington Supreme Court held that the loss of a less-than-fifty percent chance of survival constitutes a compensable injury under the Washington State wrongful death statute”.

¹⁴⁸ 664 P.2d 474 (Wash. 1983). Sobre o caso, CHRIS MILLER, “Loss of chance in personal injury (...)”, p. 65; ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, pp. 25-26.

¹⁴⁹ ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 26: “While the doctrine of loss of chance has enjoyed acceptance in a great many districts, many others disregard the theory claiming it to be inconsistent with normal theories of causation”, p. 34: “The loss of chance doctrine, though widely recognized and accepted, has still not found its place in the common law or statute books of all the states in our country”.

¹⁵⁰ 272 N.E.2d 97, 104 (Ohio 1971). Sobre o caso, KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, p. 553; JOSEPH H. KING, JR., “Causation, valuation (...)”, p. 7; RALPH FRASCA, “Loss of Chance Rules (...)”, p. 95.

¹⁵¹ ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 27: “At trial, the plaintiff’s medical expert testified by deposition, stating that while death would be near certain without surgery, with surgery, it would be about 50%. (...) “the patient cannot recover damages unless the act of malpractice is the direct and proximate cause of injury. Loss of chance of recovery, standing alone, is not an injury from which damages will flow” (a última parte trata-se de uma citação da decisão do Tribunal).

¹⁵² A diferente posição assumida perante a perda de oportunidade nas ordens jurídicas estado-unidense e inglesa é notada por DIANA BRAHAMS, quando opõe o desfecho do caso *Hotson v. Eastberkshire Area Health Service*, na *House of Lords* (já referido) e o desfecho do caso *Rachel Smith et al vs. State of Louisiana* (trata-se igualmente de um caso de negligência médica): “By contrast, in the USA (in *Rachel Smith* (...)) the local Supreme Court confirmed, by majority, on June 25, 1996, the right to recover damages when loss of chance of survival was only 10%. The UK/US difference is intriguing” (“Loss of chance of survival”, in *The Lancet*, 348, 14 de dezembro 1996, p. 1604).

a KING, o primeiro autor nos EUA a defender a aplicação do conceito de perda de oportunidade¹⁵³, tornando-o uma referência no tema¹⁵⁴. Este Autor não se basta com uma flexibilização do nexo de causalidade, propondo a consagração da perda de oportunidade como um novo dano¹⁵⁵. Aliás, a influência de KING também está presente no facto de a aplicação da perda de oportunidade, quando admitida, ser reservada à negligência médica¹⁵⁶, pois é neste setor que o Autor centra a sua atenção¹⁵⁷.

2. Os ordenamentos jurídicos romano-germânicos

2.1. O direito francês

A perda de oportunidade nasceu em França, pelas mãos da jurisprudência, no fim do século XIX¹⁵⁸. Elege-se como marco do nascimento da figura um Acórdão de 17/07/1889, no qual se considerou responsável por perda de oportunidade um *huissier*¹⁵⁹ ao tornar impossível a prossecução de uma ação judicial¹⁶⁰. Desde então, tem-se mantido a aplicação da figura a casos de responsabilidade civil do advogado¹⁶¹. Surgem, na mesma altura, hipóteses relativas a corridas de cavalos, quando o animal era impedido de competir devido à ação de terceiro¹⁶². Porém, apenas em 1962, a perda de oportunidade veio a ser aplicada à negligência médica, num caso da *Cour de Grenoble*¹⁶³, tratando-se de um diagnóstico de

¹⁵³ “Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences”, in *Yale Law Journal*, 90, maio 1981.

¹⁵⁴ TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 301; ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 15: “...since Joseph H. King Jr. wrote his groundbreaking article (...) very little has been advanced in academic literature and even less has changed in the courts”.

¹⁵⁵ KING surge como o equivalente a CHABAS no direito anglo-saxónico (KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, p. 552). Todavia, os tribunais, nos EUA, também vieram a adotar uma “teoria falsa” (RALPH FRASCA, “Loss of Chance Rules (...)”, pp. 97-98).

¹⁵⁶ TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 312: “...courts have refused overwhelmingly to apply it in other contexts”.

¹⁵⁷ KING salienta a preciosidade da vida, quando defende a aplicação da perda de oportunidade como dano (Tory A. Weigand, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 302).

¹⁵⁸ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 18.

¹⁵⁹ Oficial de justiça.

¹⁶⁰ S. 1891. 1. 399. Sobre isto, veja-se JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 21; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 113; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 192; YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, p. 33.

¹⁶¹ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 113.

¹⁶² JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, 22.^a Edição, 4, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 387-388. Também nos EUA, a perda de oportunidade foi aplicada no mesmo contexto (*Kansas City, M & O. Ry. v. Bell (Tex. Civ. App. 1917)*) (DOUGLAS M. BLACK (Editor-in-Charge), “Damages-Loss of Chance to Compete-Prize or Reward”, in *Columbia Law Review*, 18, 1918, p. 83).

¹⁶³ RTDC. 1963, 334. Sobre isto, veja-se também JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 21; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 240-241; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 119.

uma fratura detetada tardiamente¹⁶⁴. Durante a segunda metade do século XX, a perda de oportunidade veio também a ser estendida a casos sobre a perda de prestação de alimentos ou sobre a inclusão num testamento¹⁶⁵. Procede-se igualmente à aplicação da perda de oportunidade a casos relativos a concursos para obtenção de emprego¹⁶⁶. Entre os exemplos mais recentes, são favoráveis à perda de oportunidade uma decisão da *Cour de Cassation* de 13 de março de 2007¹⁶⁷ e outra decisão de 7 de julho de 2011¹⁶⁸, nas quais se reconhece a perda de oportunidade num contexto de negligência médica¹⁶⁹. Neste ordenamento jurídico, também se tem aplicado o conceito de perda de oportunidade a casos de violação do dever de informação do paciente por parte do médico¹⁷⁰.

Em virtude das suas origens francesas, localizam-se, neste país, várias vezes favoráveis à perda de oportunidade¹⁷¹. Quanto ao enquadramento da figura perante as regras da responsabilidade civil, mais concretamente sobre o nexo de causalidade, a admissibilidade da perda de oportunidade pode suscitar alguma estranheza. Apesar de a lei francesa conter uma cláusula aberta de responsabilidade delitual¹⁷² (art. 1382.º, CCFr.¹⁷³) e uma norma

¹⁶⁴ Sobre a aplicação da perda de oportunidade à negligência médica, veja-se: JEAN CARBONNIER, *Droit civil*, pp. 378-388; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 21; RENÉ SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4.ª Edição, Paris, Dalloz, 1979, p. 304; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 119, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos (...)*, p. 298; YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, pp. 35-36.

¹⁶⁵ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 21.

¹⁶⁶ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 17-18.

¹⁶⁷ Bull. civ. I, n.º 118. Sobre isto, veja-se CRISTINA CORGAS-BERNARD, “Responsabilité civile, Chronique de jurisprudence”, in *Médecine & Droit*, 2008, 2008, p. 133.

¹⁶⁸ http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/756_7_20578.html (consultado em 25/07/2013). Sobre isto, PAUL VÉRON, FRANÇOIS VIALLA, “Indemnisation, Indemnisation: un arrêt pour trois principes”, in *Médecine & Droit*, Elsevier Masson SAS, 2012, 2012, p. 61.

¹⁶⁹ Sobre outros exemplos de aplicação da perda de oportunidade, veja-se HENRI MAZEAUD, LÉON MAZEAUD, ANDRÉ TUNC, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 5ª Edição, 1, Paris, 1965, pp. 276-278; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 113-114; YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, pp. 47-49.

¹⁷⁰ FRANÇOIS VIALLA, “Droit civil, Évolutions récentes de la responsabilité pour défaut d’information”, in *Médecine & Droit*, 2010, 2010, p. 165: “Il est classiquement accepté que le défaut d’information ne saurait entraîner une réparation intégrale de préjudice subi et que l’indemnisation doit, en ce cas, être circonscrite dans les limites de la perte de chance d’éviter le dommage”; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 23: “Em França (...) a figura da perda de oportunidade é cada vez mais invocada em hipóteses que não têm tanto que ver com a perda de uma oportunidade de conseguir um resultado favorável, mas (...) com a violação de uma faculdade de opção que cabia exclusivamente ao lesado como sucede em muitos casos de incumprimento do dever de informação”.

¹⁷¹ NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 2: “French (...) law do acknowledge the idea of a lost chance. This means that the law does not try to solve such problems in terms of causation between the tortious activity and the harm finally suffered. Instead, it deals with such cases in terms of harm itself and the quantification of damages: a new kind of harm is accepted, and causation has to be shown in relation to this harm”; YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, p. 32: “La doctrine unanime lui est favorable”.

¹⁷² Sobre o assunto, MIQUEL MARTÍN-CASALS, “Some Introductory (...)”, p. 1047: “Any harm to any interest, as long as the infringed interest is legitimate, can trigger liability if the other conditions (fault/*responsabilité du plein droit*, causation) and the conditions for the existence of a legally relevant damage (directness and certainty) are met”; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 141.

sobre causalidade (art. 1151.º, CCFr.¹⁷⁴), cujo teor é inconclusivo quanto à regra ali contida¹⁷⁵, os tribunais têm sido exigentes no preenchimento do nexos de causalidade. Mas, diferentemente da reação alemã, isto não os tem impedido de reconhecer a perda de oportunidade¹⁷⁶. Além disso, verifica-se que foi igualmente criado neste país o conceito de “culpa profissional”. Este, no sentido inverso ao da perda de oportunidade, dificulta a responsabilização do médico, pois, como pressuposto de tal responsabilidade, a mera negligência é considerada insuficiente, relevando apenas o dolo ou, no mínimo, a negligência grosseira¹⁷⁷. Parece, então, que, com a aplicação da perda de oportunidade à negligência médica, se veio a contrariar a tendência restritiva que beneficiara este grupo profissional, não obstante o conceito de “culpa profissional” dizer respeito, obviamente, ao pressuposto da culpa, enquanto que a facilitação da responsabilidade médica com base na perda de oportunidade diz respeito ao nexos de causalidade.

Apesar da suposta popularidade da figura no ordenamento jurídico francês, não se pense que não surjam vozes de oposição. Assim sendo, discordamos de RUTE TEIXEIRA PEDRO quando afirma que no “que respeita à doutrina francesa, a aceitação (da perda de oportunidade) é considerada unânime”¹⁷⁸, pois não só existem críticas, como são propostas alternativas a esta solução. GENEVIÈVE VINEY e PATRICE JOURDAIN¹⁷⁹, debruçando-se sobre a negligência médica, encaram a possibilidade de se fundar a responsabilização do médico no facto de este ter dado origem de modo culposo a uma situação de risco em detrimento da aplicação da perda de oportunidade. Relativamente à jurisprudência, PAULO MOTA PINTO¹⁸⁰ assinala

¹⁷³ “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”.

¹⁷⁴ “*Dans le cas même où l’inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l’égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l’inexécution de la convention*”.

¹⁷⁵ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 142-146.

¹⁷⁶ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, pp. 20-21 e 28, nota 49: “(...) os sistemas legais divergem quanto ao grau de probabilidade que é suficiente para se afirmar que há um dano “certo”: a França e a Alemanha exigem um elevado grau de probabilidade (...)”.

¹⁷⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 137-138, nomeadamente: “A culpa profissional consubstanciaria (...) uma noção autónoma, diferente da culpa comum, tradutora de um especial juízo de censura, revelador de um grau mais intenso de desvalor da conduta do profissional”.

¹⁷⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 193, nomeadamente: “Esta unanimidade existe em relação à figura em si e à generalidade das suas manifestações”.

¹⁷⁹ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos (...)*, p. 299: “...a perda d’una chance não constitui o processo técnico próprio para este efeito; este dever-se-ia ir buscar à ideia da “criação culposa de um estado perigoso”. (...) perda d’una chance (...) não possibilita senão uma indemnização parcial da vítima (...) trata-se afinal de uma presunção...” (citação de GENEVIÈVE VINEY, *Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin*, 4, Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, pp. 438-441); RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 122.

¹⁸⁰ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual (...)*, p. 1336 e nota 3750.

que, num *arrêt* de 26 de novembro de 2003, a *Cour de Cassation*¹⁸¹ entendeu não responsabilizar uma empresa que interrompera negociações, quando o autor da ação alegara que tinha perdido a oportunidade de obter o ganho que o contrato lhe teria proporcionado. Ora, no caso em questão, a decisão do Tribunal não surpreende, pois, caso contrário, estar-se-ia a admitir uma indemnização pelo interesse contratual positivo¹⁸². O desfecho poderia ser diverso se fosse invocada a perda de oportunidade de celebração de um outro contrato, pois esta enquadrar-se-ia no interesse contratual negativo¹⁸³. Cabe também referir que, na jurisprudência francesa, além de a perda de oportunidade não ser muito popular em contextos laborais¹⁸⁴, a respetiva aplicação depende da apreciação do grau de seriedade ou consistência da oportunidade¹⁸⁵.

2.2. O direito italiano

Na ordem jurídica italiana, a perda de oportunidade desenvolve-se num contexto muito particular, o Direito Laboral¹⁸⁶. Embora se verifique uma expansão a outros setores¹⁸⁷, a figura ainda apresenta pouco impacto em casos de negligência médica¹⁸⁸. No geral, encontram-se decisões judiciais¹⁸⁹ quer a favor, quer contra a admissibilidade da perda de oportunidade¹⁹⁰.

A *Corte di Cassazione*, a 19 de dezembro de 1985¹⁹¹, numa das primeiras vezes em que reconhece o conceito de perda de oportunidade, a propósito de um concurso laboral, fê-lo exigindo a prova de uma hipótese originária superior a 50% de ganhar o concurso. No

¹⁸¹ RTDC, 2004, 1, pp. 80-88.

¹⁸² Sobre esta questão no ordenamento jurídico português, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, 4.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 224: “Segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, são indemnizáveis, no âmbito da responsabilidade pré-contratual fundada no art. 227.º, apenas os danos correspondentes ao *interesse contratual negativo* ou da confiança”.

¹⁸³ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual (...)*, p. 1337, nota 3750.

¹⁸⁴ YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, pp. 41-42.

¹⁸⁵ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 115; YVES CHARTIER, *La Réparation (...)*, p. 31.

¹⁸⁶ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 14-15, nota 19; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 193-194.

¹⁸⁷ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 15, nota 19; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 158.

¹⁸⁸ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 164-170; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 256: “Subsiste uma grande fluidez e descontinuidade nos critérios aplicados nesta matéria”.

¹⁸⁹ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 146: “...desenvolvimento desta teoria fez-se, fundamentalmente, por via jurisprudencial, num percurso iniciado há pouco mais de vinte e cinco anos...”.

¹⁹⁰ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 164-175.

¹⁹¹ RDCDGO ano LXXXIV 1986 n.º5-8, pp. 213-219.

entanto, veio a ocorrer uma evolução no sentido de não se exigir tal “seriedade” da oportunidade¹⁹². Entre a doutrina, ADRIANO DE CUPIS¹⁹³ defende mesmo a desnecessidade de se demonstrar que a probabilidade da oportunidade se concretizar é superior a 50%.

Sobre os casos de responsabilidade civil do médico, salienta-se a evolução ocorrida no sentido de se verificar uma mais fácil responsabilização do mesmo, mas sem se recorrer, numa primeira fase, à perda de oportunidade. Tal como acontece nos ordenamentos jurídicos alemão¹⁹⁴ e inglês¹⁹⁵, também se recorre às regras sobre ónus da prova¹⁹⁶. Além disso, o recurso à perda de oportunidade, por vezes, também é reconduzido a uma flexibilização do preenchimento do nexo de causalidade¹⁹⁷.

2.3. O direito espanhol

A primeira vez que o Supremo Tribunal espanhol se demonstrou favorável à admissibilidade da perda de oportunidade foi num caso de 10 de outubro de 1998¹⁹⁸. Este referia-se ao transporte inapropriado de uma mão amputada de um trabalhador, depois de um acidente de trabalho, tendo contribuído para isso a negligência do empregador e de uma enfermeira. Perante estes dados, havia dúvidas se a reimplantação da mão teria sido possível se o transporte tivesse sido realizado adequadamente. O Tribunal entendeu que ocorrera uma perda de oportunidade¹⁹⁹. Foi também pelo final dos anos 90 que a doutrina começou a fazer referência à perda de oportunidade, focando-se no habitual: responsabilidade médica,

¹⁹² RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 151-154, 161.

¹⁹³ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 15, nota 21.

¹⁹⁴ Veja-se a p. 32.

¹⁹⁵ Veja-se a p. 21.

¹⁹⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 256: “Endossa, assim, o encargo probatório ao demandado, invertendo a repartição do ónus da prova, que resultaria das regras gerais. Caberá, então, ao médico fornecer a prova positiva da “existência e eficiência causal de outros factores imprevistos e imprevisíveis ou de qualquer modo não superáveis mediante a diligência médica exigida” (citação de Raffaella de Matteis, *La responsabilità Medica, Un Sottosistema della responsabilità civile*, Padova, CEDAM, 1995) sob pena de responder pelos danos verificados”.

¹⁹⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 255.

¹⁹⁸ <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3239614&links=perdida%20de%20oportunidad&otimize=20030704&publicinterface=true> (consultado em 25/07/2013).

¹⁹⁹ JOSEP SOLÉ FELIU, “The Reception of the Loss of a Chance Doctrine in Spanish Case-Law”, in *European Review of Private Law*, 6, 2008, pp. 1105 e 1112; JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 20; M.ª LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, pp. 158 e 159.

responsabilidade do advogado e de outros profissionais²⁰⁰. A mesma evolução veio a ocorrer na jurisprudência²⁰¹.

A jurisprudência espanhola, numa tentativa de fugir às controvérsias suscitadas pela aplicação da perda de oportunidade, tende a enquadrá-la como dano não patrimonial, por forma a sujeitar-se a regras menos rígidas sobre o preenchimento do nexo de causalidade²⁰².

Interessa-nos, também, referir que tem havido a tendência de se aplicar a perda de oportunidade a casos de violação do dever de informação da mulher grávida sobre alguma deficiência do bebé, o que lhe proporcionaria a oportunidade de abortar²⁰³. Foi o que aconteceu numa sentença de 6 de junho de 1997, por não se ter informado uma grávida de que o bebé poderia vir a sofrer de síndrome de Down²⁰⁴.

2.4. O direito alemão

A ordem jurídica alemã, de todas as ordens jurídicas consideradas, é muito provavelmente aquela que apresenta uma posição mais uniforme em torno da perda de oportunidade²⁰⁵. Esta posição reconduz-se à sua inadmissibilidade²⁰⁶, numa atitude que se caracteriza pela lealdade às regras em vigor sobre o nexo de causalidade. Assim, ou se dá como provado o nexo de causalidade entre a atuação do agente e o dano final, sendo o lesado indemnizado pela integralidade do dano, ou não é atribuída qualquer indemnização²⁰⁷. Além disso, no ordenamento jurídico alemão, é-se particularmente exigente para com aquele a quem é atribuído o ónus probatório do nexo de causalidade: o tribunal tem de ter praticamente a certeza, não bastando uma probabilidade pouco superior a 50%, como acontece nas ordens

²⁰⁰ JOSEP SOLÉ FELIU, “The Reception of (...)”, pp. 1107-1108.

²⁰¹ JOSEP SOLÉ FELIU, “The Reception of (...)”, pp. 1108-1110; M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, pp. 137, 142-144.

²⁰² JOSEP SOLÉ FELIU, “The Reception of (...)”, pp. 1113-1114, nomeadamente: “...they (os tribunais) try to make the true problem of causation under the cloak of damages”; M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, pp. 162-163.

²⁰³ Sobre a situação no ordenamento jurídico espanhol, onde se tem enquadrado estes casos na perda de oportunidade: M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 167; JOSEP SOLÉ FELIU, “The Reception of (...)”, pp. 1116-1117.

²⁰⁴ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 20.

²⁰⁵ NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 2: “Whereas this issue has been intensively discussed within common-law legal literature and case law, there is practically no such discussion in Germany”.

²⁰⁶ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 18; MIQUEL MARTÍN-CASALS, “Some Introductory and (...)”, pp. 1045-1046.

²⁰⁷ NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 2: “Both (direito inglês e direito alemão) (...) resort to crude all-or-nothing solution”.

jurídicas inglesa e estado-unidense²⁰⁸. Estando excluída a hipótese de se recorrer à perda de oportunidade, adota-se a inversão do ónus da prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil do médico, quando se demonstra que o profissional atuou com negligência grosseira²⁰⁹²¹⁰.

Atendendo à jurisprudência, JÚLIO GOMES, quando considera o ordenamento jurídico alemão²¹¹, refere um Acórdão do BGH, que data de 1998²¹². De acordo com este Acórdão, um desportista viu-se impedido de prosseguir com a sua atividade profissional, naquele que seria o seu último ano a exercê-la, em virtude de uma intervenção cirúrgica deficientemente realizada. O Tribunal atribuiu ao lesado os lucros que obteria nesse ano, caso o infortúnio não tivesse sucedido. Ora, parece que não se estava perante uma hipótese de potencial aplicação da perda de oportunidade, mas perante uma ocorrência de lucros cessantes, porque, uma vez que se tratava da atividade profissional normalmente desempenhada pelo lesado, era fácil considerar-se provado que aqueles lucros seriam obtidos²¹³. A situação não é comparável à exclusão ilegítima de um arquiteto de um concurso, tendo aí o BGH, em 1982²¹⁴, recusado a atribuição de uma indemnização ao demandante²¹⁵, pois o Tribunal exigiu que se provasse que o arquiteto ganharia o concurso. Aqui sim, percebe-se que o reconhecimento da pretensão do arquiteto dependia do reconhecimento da perda de oportunidade pelo Tribunal.

²⁰⁸ NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 3: “The basis for the English solution is the comparatively low standard of proof required. In the vast majority of negligence cases, this makes it possible for plaintiffs to establish a causal link without great difficulty. The German standard of proof, however, is much higher. The court must be sure about the facts. (...) there must be no reasonable doubt about the facts for the court to decide in favour of the party bearing the burden of proof”.

²⁰⁹ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 43-44; RIBEIRO DE FARIA, “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica”, in *Estudos de Direito das Obrigações e discursos académicos*, Porto, Universidade do Porto Editorial, 2009, pp. 217-226; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 3; URS SCHWEIZER, “Legal damages for losses of chances”, in *International Review of Law and Economics*, 29, Elsevier, 2009, p. 153.

²¹⁰ Mas nem toda a doutrina alemã é desfavorável à perda de oportunidade: “...encontra-se a posição de uns tantos Autores alemães, à frente dos quais vai o nome de DEUTSCH, que assentam o seu pensamento na ideia de que casos há em que é possível pretender para a intervenção do médico uma elevação do risco-pelo qual ele deveria responder. Como os alemães dizem, haverá uma *Gefahrerhöhung*, ou, como os franceses, que largamente praticam a mesma regra, entendem, existe nestes casos uma perda de oportunidade (*une perte de chance*). Pela qual, tal como os alemães referem, o médico deve responder” (RIBEIRO DE FARIA, “Novamente a questão da prova (...)”, p. 229).

²¹¹ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, pp. 20-21.

²¹² Ac. 17/02/1998, NJW 1998, 1633 e ss.

²¹³ Sobre isto, veja-se a distinção feita por JÚLIO GOMES entre perda de oportunidade e lucro cessante (p. 12).

²¹⁴ Ac. 23/09/1982, NJW 1983, 442.

²¹⁵ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 21; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual (...)*, p. 1559 e nota 4450.

CAPÍTULO III - A PERDA DE OPORTUNIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS

Ao centrarmos a nossa atenção na ordem jurídica portuguesa, verificamos que existem posições muito diversas, quer entre a doutrina, quer entre a jurisprudência²¹⁶. Quanto à doutrina, parece de todo impossível proceder-se à identificação de uma posição maioritária. PAULO MOTA PINTO²¹⁷ opõe-se à admissibilidade da perda de oportunidade, considerando que não dispomos de base legal para tal solução, assim como CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA²¹⁸. CARNEIRO DA FRADA²¹⁹ demonstra simpatia pela figura, mas restringindo a sua eventual aplicação à responsabilidade contratual. RUTE TEIXEIRA PEDRO²²⁰ defende a aplicação do conceito de perda de oportunidade, mas considerando apenas a responsabilidade civil do médico. RUI CARDONA FERREIRA²²¹ admite a perda de oportunidade, mas em termos especiais, isto é, quando estejam em causa danos não patrimoniais.

JÚLIO GOMES²²² adota uma posição intermédia, de acordo com a qual poderá admitir-se a indemnização por perda de oportunidade, se a oportunidade se tiver “densificado”. Esta posição acaba por se aproximar da ideia segundo a qual é necessário demonstrar uma considerável probabilidade, razoabilidade, seriedade ou verosimilhança da oportunidade perdida²²³, no limite, que não se trate de uma mera hipótese²²⁴. Portanto, nem toda a oportunidade será juridicamente relevante. Esta posição tem vindo a ser adotada pelos tribunais portugueses em tempos recentes, que, deste modo, vão abrindo portas a uma cautelosa aceitação da perda de oportunidade²²⁵.

²¹⁶ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 17.

²¹⁷ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual (...)*, p. 1103: “...segundo o nosso direito, parece não bastar para fundar a existência de um dano a prova da *perda de chances* de obtenção de lucros com aplicações alternativas”.

²¹⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, pp. 224 e 225: “A indemnização pelo interesse contratual negativo pode cobrir (...), mas não a oportunidade frustrada com o próprio contrato, inválido ou não concluído. Os exemplos que têm sido apresentados (recusa de negócio alternativo, eventual compra ou venda do objeto da compra ou da venda frustrada) referem-se a contratos de substituição que, por causa do facto pré-contratual ilícito, não chegaram a realizar-se com terceiros”.

²¹⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, pp. 71 e 104.

²²⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 463.

²²¹ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 204, 237 e 251.

²²² JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, pp. 28-29

²²³ SÉRGIO RAMOS CARDOSO, *Responsabilidade civil da administração pública: do dano material à perda de uma chance: hipóteses de cabimento*, Tese de mestrado, Ciências Jurídicas, orientação de J. M. Sérvulo Correia, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2010, p. 72; SINDE MONTEIRO, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, in *Direito da saúde e bioética*, Lisboa, Lex, 1991, p. 146.

²²⁴ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 115.

²²⁵ Ac. STJ 14/03/2013 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA): “...o dano da perda de oportunidade de ganhar uma acção não pode ser desligado de uma probabilidade consistente de a vencer (...) para haver indemnização, a *probabilidade* de ganho há de ser elevada, sob pena de incompatibilidade com o regime

Além disso, a perda de oportunidade, quando considerada pela jurisprudência, enquadra-se normalmente em casos de responsabilidade civil do advogado²²⁶ e não em casos de negligência médica. Assim, o Ac. STJ 15/10/2009 (RODRIGUES DOS SANTOS) constitui um raro exemplo de alegação da perda de oportunidade a propósito de um caso de negligência médica). A figura é também invocada em contextos laborais e, mais raramente, associada à revogação ilícita de cheque²²⁷. Ainda sobre a jurisprudência, verifica-se que a perda de oportunidade é frequentemente reconduzida à categoria de dano patrimonial²²⁸, ao contrário

legal”; Ac. STJ 04/12/2012 (ALVES VELHO); Ac. STJ 18/10/2012 (SERRA BAPTISTA): “...aqui se concluindo não relevar a teoria em apreço, a da perda de chance, por esta, desde logo, não estar *in casu*, suficientemente densificada, contrariando em absoluto, a ser agora seguida, as regras da causalidade adequada atrás enunciadas e a devida certeza dos danos”; Ac. STJ 29/05/2012 (JOÃO CAMILO): “...a doutrina da perda de chance ou de oportunidade não tem apoio na lei portuguesa, nomeadamente no art. 563.º, CC (...) não há elementos de facto para que se conclua pela forte probabilidade de a recorrente poder ganhá-las (...) Apenas quando se prove que o lesado obteria, com forte probabilidade, o direito não fora a chance perdida, se pode fundamentar uma indemnização pelos respectivos danos”; Ac. STJ 10/03/2011 (TÁVORA VICTOR): “...a “perda de chance” só poderá ser valorada em termos de uma “possibilidade real” de êxito que se frustrou”; Ac. STJ 26/10/2010 (AZEVEDO RAMOS): “...perante os factos provados, a falta de instauração da acção de impugnação do despedimento colectivo não se trata de uma situação em que a *chance* já esteja suficientemente densificada...”; Ac. STJ 29/04/2010 (SEBASTIÃO PÓVOAS): “A perda de oportunidade (...) só pode ser qualificado de dano futuro mas eventual ou hipotético, salvo se a prova permitir que com elevado grau de probabilidade, ou verosimilhança concluir que o lesado obteria certo benefício não fora a chance perdida”; Ac. RC 19/12/2012 (REGINA ROSA): “...seria improvável que o recurso a ter sido interposto e apreciado nos dois anos seguintes, obtivesse provimento. O que quer dizer que, apoiando-se a indemnização na teoria da “perda de chance” como fez o tribunal recorrido, esta não estava suficientemente densificada”; Ac. RG 20/10/2011 (HELENA MELO): “...considerando que a questão suscitada na oposição era susceptível à data de interpretações diversas (...) não é possível concluir pela perda de chance da A. Nada garantia que a decisão fosse no sentido da procedência da oposição”; Ac. RL 09/10/2012 (ANA RESENDE): “Não se configura, deste modo, inapropriado, afirmar que estamos perante oportunidades perdidas e projectos não realizados, cuja possibilidade de concretização, mesmo aceitando, com as reservas acima enunciadas a doutrina da perda de chance, não se mostram com virtualidades para serem valorizadas em termos ressarcitórios, gerando o pretendido dever de indemnizar, *maxime*, nos montantes indicados”; Ac. RP 28/02/2013 (JOSÉ AMARAL): “...afigura-se-nos que as probabilidades de obtenção de sucesso, ainda que parcial, tinham uma real, séria e considerável consistência...”; Ac. RP 10/09/2012 (SOARES DE OLIVEIRA): “Só seria possível responsabilizar o 3º R. pela perda de vantagem patrimonial, que a A. deixou de obter, se tivesse sido alegado e provado pela mandante que seria certa ou haveria a possibilidade da recepção da vantagem e respectivo montante e que esta não ocorreu em consequência da actuação do mandatário” (o tribunal chega a afirmar a possibilidade de se conceder uma indemnização por perda de oportunidade, caso o desfecho favorável da acção fosse certo; não podemos concordar, pois nesse caso nem estaria presente a incerteza definidora da perda de oportunidade); Ac. RP 30/01/2012 (ANABELA CALAFATE).

²²⁶ AFONSO DE MELO, “Responsabilidade Civil (...)”, pp. 26-28. Entre a jurisprudência, Ac. STJ 14/03/2013 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA); Ac. STJ 05/02/2013 (HÉLDER ROQUE); Ac. STJ 04/12/2012 (ALVES VELHO); Ac. STJ 29/11/2012 (OLIVEIRA VASCONCELOS); Ac. STJ 18/10/2012 (SERRA BAPTISTA); Ac. STJ 29/05/2012 (JOÃO CAMILO); Ac. STJ 10/03/2011 (TÁVORA VICTOR); Ac. STJ 26/10/2010 (AZEVEDO RAMOS); Ac. STJ 28/09/2010 (MOREIRA ALVES); Ac. RC 19/12/2012 (REGINA ROSA); Ac. RG 20/10/2011 (HELENA MELO); Ac. RL 13/12/2012 (EZAGÜY MARTINS); Ac. RL 06/12/12 (TERESA ALBUQUERQUE); Ac. RL 19/06/2012 (ISABEL FONSECA); Ac. RL 22/05/2012 (LUÍS LAMEIRAS), Ac. RL 15/05/2012 (LUÍS LAMEIRAS); Ac. RL 03/05/2012 (LÚCIA SOUSA), Ac. RL 31/01/2012 (ROSÁRIO BARBOSA); Ac. RL 19/10/2010 (ABRANTES GERALDES); Ac. RL 24/06/2010 (FÁTIMA GALANTE); Ac. RL 15/05/2008 (GRANJA DA FONSECA); Ac. RP 28/02/2013 (JOSÉ AMARAL); Ac. RP 10/09/2012 (SOARES DE OLIVEIRA); Ac. RP 30/01/2012 (ANABELA CALAFATE); Ac. RP 27/10/2009 (MARIA DO CARMO DOMINGUES).

²²⁷ Ac. STJ 21/03/2013 (SALAZAR CASANOVA); Ac. STJ 21/03/2013 (OLIVEIRA VASCONCELOS).

²²⁸ Coerentemente com o facto de a alegação da perda de oportunidade não ser comum a propósito de casos de negligência médica, nos quais mais facilmente se proporcionaria a recondução da perda de oportunidade a

do que se passa no ordenamento jurídico espanhol²²⁹. Porém, o valor deve ser apurado com recurso à equidade, pois a teoria da diferença nem pode funcionar nestes casos²³⁰. Também com base na equidade é, por vezes, estabelecido que a oportunidade em causa beneficiava de uma probabilidade de concretização de 50%, proporcionando-se assim a aceitação de que se trata de uma oportunidade suficientemente séria para beneficiar de tutela jurídica²³¹.

dano não patrimonial. Sobre a classificação da perda de oportunidade como dano patrimonial/dano não patrimonial: pp. 9-13.

²²⁹ Veja-se a p. 31.

²³⁰ Vejam-se as pp. 9-10.

²³¹ Em nosso entender, de forma algo aleatória e injustificada. Veja-se o Ac. STJ 14/03/2013 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), o Ac. STJ 05/02/2013 (HÉLDER ROQUE), o Ac. RL 03/05/2012 (LÚCIA SOUSA); Ac. STJ 28/09/2010 (MOREIRA ALVES): “...em termos de equidade, que é agora o critério a ter em conta, o grau da possibilidade de ocorrer uma ou outra situação (procedência, improcedência-total ou parcial-), não pode deixar de fixar-se em 50% para cada uma das partes, visto que, salvo melhor opinião, qualquer outra percentagem se nos afigura arbitrária, por falta de base lógica em que assentar”. Esta assunção parece alicerçar-se na ideia de que o desfecho de processos judiciais apresenta uma natureza necessariamente aleatória (JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura...”, p. 25).

PARTE II – A ADMISSIBILIDADE DA PERDA DE OPORTUNIDADE

Dispondo agora de elementos sobre a perda de oportunidade, no que respeita à sua definição e à sua aplicação em vários ordenamentos jurídicos, interessa-nos tomar posição sobre a questão. Assim, procederemos à análise de argumentos favoráveis e desfavoráveis à admissibilidade da perda de oportunidade, por vezes com relevância para as várias ordens jurídicas em geral, nalguns casos com relevância exclusiva na ordem jurídica portuguesa.

CAPÍTULO I – ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À ADMISSIBILIDADE DA PERDA DE OPORTUNIDADE

1. Domínios especiais de aplicação

Desde logo, há que reconhecer que existem problemas perante a ausência de uma figura como a perda de oportunidade²³². A aplicação da perda de oportunidade parece revelar-se particularmente adequada em determinados contextos, sendo a figura normalmente associada aos mesmos. Trata-se de situações caracterizadas pela incerteza em torno do nexo de causalidade (responsabilidade civil do médico, do advogado, concursos para obtenção de emprego ou de uma promoção / prémio) ou, no caso da responsabilidade contratual em geral, por ser mais fácil enquadrar-se a perda de oportunidade no âmbito da proteção proporcionada pelo contrato²³³. A prová-lo, temos o facto de algumas ordens jurídicas, como vimos, centrarem, com algumas variações, a aplicação da perda de oportunidade precisamente nestas situações²³⁴.

Passando a explicar, podemos-nos debruçar primeiro sobre os exemplos de negligência médica²³⁵. A responsabilidade civil dos médicos e, também, de outros profissionais do setor da saúde, independentemente da questão da perda de oportunidade, é um tema complexo.

²³² JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura...”, p. 24: “...pode perguntar-se se o reconhecimento do dano da perda de oportunidade (...) se impõe em certas hipóteses para lograr a obtenção de um resultado justo...”.

²³³ Sobre esta questão, veja-se a opinião de CARNEIRO DA FRADA: p. 62.

²³⁴ Por exemplo, na ordem jurídica dos EUA, na negligência médica; na ordem jurídica inglesa, na responsabilidade contratual; na ordem jurídica portuguesa, na responsabilidade civil do advogado. Sobre isto, vejam-se respetivamente as pp. 23, 21-22, 34.

²³⁵ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, pp. 103-104 e 115: “A negligência resulta de uma ofensa ao padrão de conduta profissional de um médico satisfatoriamente competente, prudente, e informado. As rotinas médicas e as *leges artis* auxiliam à concretização”.

Em particular, o nexo de causalidade constitui um desafio para juristas²³⁶, desde logo porque se trata de uma área técnica sobre a qual os operadores jurídicos não dispõem de formação²³⁷. Além disso, e aproximando-nos agora do problema da perda de oportunidade, o setor da medicina também se tem afirmado como emblemático da desadequação de um nexo de causalidade naturalístico²³⁸. Assim, a perda de oportunidade encontra-se muito associada a casos de negligência médica, nos quais não há certezas se uma atuação plenamente diligente por parte do médico teria permitido a recuperação do paciente. A apoiar estas considerações, temos o facto de, na ordem jurídica dos EUA, como já vimos²³⁹, a aplicação da perda de oportunidade à negligência médica ser relativamente habitual, assim como o facto de esta ser invocada a este propósito em outras ordens jurídicas, como a francesa e a inglesa, mesmo que os tribunais nem sempre lhe sejam favoráveis²⁴⁰.

Outra situação à qual a perda de oportunidade é frequentemente associada diz respeito ao comportamento negligente do advogado perante as pretensões do cliente, o que, como foi visto, é o contexto onde a perda de oportunidade é mais frequentemente invocada na ordem jurídica portuguesa²⁴¹, sendo também habitual nas ordens jurídicas francesa²⁴² e espanhola²⁴³. Na ordem jurídica inglesa, dispomos do exemplo do caso *Simmons*, também já abordado²⁴⁴. Quando o advogado deixa passar o prazo de propositura de uma ação ou de interposição de um recurso, é debatida a possibilidade de se tomar em consideração o que teria sido a decisão do tribunal competente para decidir sobre o caso, se o prazo tivesse sido respeitado²⁴⁵.

²³⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 151-152, nomeadamente: “Só a ciência médica poderá dizer se um determinado facto engendrou um dado resultado nefasto”.

²³⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil (...)*, p. 137, nota 339: “...o auxílio dos peritos não será suficiente para permitir uma correta apreciação das causas, já que as afirmações daqueles serão para o juiz, em larga medida, incontornáveis”, pp. 141-142: “...aproximação à particularidade do caso gera embaraços ao juiz, (...) não domina a matéria (...) existem muitos factores exógenos a influir no comportamento da prestação médica (...) muitas alternativas de diagnóstico/tratamento para considerar, porque se lida com os bens supremos da existência humana: a saúde e a vida”.

²³⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 104; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 22: “...radical transformação do conceito de causalidade, sobretudo na medicina, com a passagem de uma concepção monocausal e determinística a uma concepção probabilística da causa”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade civil (...)*, p. 153: “...a prática da medicina está imbuída de laivos de incerteza e de aleatoriedade...”.

²³⁹ Veja-se a p. 23.

²⁴⁰ É o caso do ordenamento jurídico inglês (pp. 13-21).

²⁴¹ Veja-se a p. 34.

²⁴² Veja-se a p. 26.

²⁴³ Vejam-se as pp. 30-31.

²⁴⁴ Vejam-se as pp. 21-22.

²⁴⁵ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 116. Entre a jurisprudência, Ac. STJ 05/02/2013 (HÉLDER ROQUE); Ac. RP, 28/02/2013 (JOSÉ AMARAL).

Estes exemplos de perda de oportunidade muitas vezes caracterizam-se por um desequilíbrio de posições entre os envolvidos²⁴⁶. Por exemplo, entre médico e paciente é incontornável a existência de uma assimetria informativa que favorece o primeiro em tribunal²⁴⁷. Para além disso, são apresentadas considerações de justiça para se explicar a necessidade de se adotar a perda de oportunidade, pondo-se de lado as soluções de “tudo ou nada”. SAVATIER²⁴⁸ refere a “justiça moral” para impor a perda de oportunidade e RUI CARDONA FERREIRA²⁴⁹ aponta “razões que emergem solidamente do sistema”. Próxima desta ideia é a opinião de *Lord Nicholls*, da *House of Lords*, a propósito do caso *Gregg*²⁵⁰, quando escreve “In his dissenting judgment, Lord Nicholls appealed to common sense and the desire to achieve justice. He opened his judgment with an example of a patient suffering from cancer with a 45% chance of recovery whose doctor misdiagnosed his condition as benign and delayed treatment, as a result of which the patient’s prospects of recovery became nil or almost nil”²⁵¹.

A perda de oportunidade também tem sido utilizada em casos relacionados com Direito do Trabalho, sendo esta associação, como referido²⁵², sobretudo de origem italiana²⁵³. A exclusão ilegítima de um trabalhador de um concurso para obtenção de uma promoção tem sido reconduzida à perda de oportunidade²⁵⁴. Mais complexas são as situações nas quais o lesado vê o seu futuro profissional ameaçado²⁵⁵. Pode tratar-se de um menor (ou de alguém

²⁴⁶ Ac. STJ 05/02/2013 (HÉLDER ROQUE): “A jurisprudência foi pioneira na teorização da «perda de chance», referindo-se, em regra, aos casos em que o lesado se encontra, de certo modo, numa situação de desequilíbrio ou de desigualdade de armas relativamente ao agente, porque carece de conhecimentos e meios para fazer apreciar e demonstrar a existência da causalidade, atenuando as dificuldades da prova...”

²⁴⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 116; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 88, 164: “...a confluência de causas diversas e a sombra sobre o verdadeiro processo causal penalizam o doente que, sem conhecimento especializado na matéria discutida, deve prestar esclarecimentos sobre a contribuição da conduta do médico para o desfecho verificado e, por inerência, sobre a etiologia da doença e o respectivo processo patológico”, pp. 165-170; SINDE MONTEIRO, *Aspectos particulares (...)*, p. 152.

²⁴⁸ RENÉ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2, Paris, LGDD, 1939, p. 397.

²⁴⁹ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 93. A decisão da *Corte di Cassazione* de 4 de Março 2003 defende a perda de oportunidade num contexto de responsabilidade médica, apresentando argumentos de natureza semelhante, referindo-se a razões de “necessidade lógica” e “coerência intrassistemática” (RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 257-258).

²⁵⁰ Veja-se a p. 20.

²⁵¹ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 210.

²⁵² Veja-se a p. 29.

²⁵³ Recorde-se também os casos ingleses *Mitchell* e *Molliker* (p. 15) e o Ac. STJ 21/03/2013 (SALAZAR CASANOVA) (p. 34, nota 227).

²⁵⁴ PAULO MOTA PINTO entende que uma indemnização por perda de oportunidade nestes casos apenas seria admissível se se aceitasse o ressarcimento pelo interesse contratual positivo (*Interesse contratual (...)*, p. 1361, nota 3833).

²⁵⁵ ARMANDO BRAGA, *A reparação do (...)*, p. 198: “Na decisão o juiz atende à “desvalorização” relativa da posição da vítima no mercado de trabalho, à diminuição da perspectiva de progresso profissional e à eventual perda de oportunidade (dano da perda de chances)”.

que não se encontra a exercer qualquer atividade, nem planeia fazê-lo brevemente)²⁵⁶, ou de alguém que já recebia formação direcionada para o exercício de uma concreta atividade profissional²⁵⁷. Perante estes dados, constitui uma hipótese considerar que ocorreu uma violação do direito ao trabalho.

Parece-nos que, nos primeiros dois exemplos referidos, não é possível identificar uma oportunidade, pois deve-se exigir, sob pena de a figura nunca vir a assumir contornos definidos, que esta se refira a um resultado individualizável, isto é, associável ao lesado em concreto, considerando-se as suas opções e as suas capacidades, e não à população em geral. Sendo assim, nestes casos, considerar-se-á que ocorreu uma violação do direito ao trabalho²⁵⁸. No último exemplo apresentado, desde que se prove a provável evolução favorável da formação do candidato, considerar-se-á ter havido uma perda de oportunidade²⁵⁹. Foi o que aconteceu no Ac. STJ 16/12/2010 (ALVES VELHO). Neste caso, o Tribunal atendeu ao facto de que “por causa das lesões sofridas no acidente, o A. atrasou um ano a possibilidade de exercer uma atividade profissional remunerada, perdendo, assim, a oportunidade ou “chance” de, até um ano antes, obter um ganho patrimonial, que poderia ter à sua disposição”. Não obstante, o Tribunal admitiu algumas dúvidas, considerando que “não pode deixar de ponderar-se ser pouco provável, face aos ensinamentos da experiência, a colocação imediata na profissão, com os inerentes reflexos nas prestações respeitantes a subsídio de férias e 13º mês”.

2. A carência de solução

Em boa verdade, apesar da oposição alemã à aplicação da perda de oportunidade, este ordenamento jurídico corrigiu nalguma medida as injustiças proporcionadas pela ausência desta figura, revelando assim maior atenção perante as mesmas. Procedeu-se à inversão do ónus da prova em situações de negligência médica²⁶⁰, ao contrário do que se passa nas

²⁵⁶ ARMANDO BRAGA, *A reparação do (...)*, p. 84.

²⁵⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 234: “...decisões relativas a casos de responsabilidade civil em que se inclui no montante reparatório aquilo que o lesado poderia vir a ganhar quando completasse a formação universitária que frequenta no momento em que se produziu a lesão. (...) Serão ponderadas, então, as possibilidades (*chances*) existentes de essa formação ser concluída e de ser traduzida em ganhos provenientes da sua consequente ocupação laboral”.

²⁵⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 220 e nota 562.

²⁵⁹ YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, p. 43.

²⁶⁰ Sobre a inversão do ónus da prova na responsabilidade civil do médico, veja-se a p. 32. Recordando-se o referido na p. 21 e na p. 30, também nos ordenamentos jurídicos inglês e italiano respetivamente, se bem que não de modo regular, tem-se recorrido à solução de inversão do ónus da prova.

outras ordens jurídicas consideradas, nas quais continua por se definir uma posição claramente favorável ou desfavorável à perda de oportunidade. Assim, a posição opositora, predominantemente defendida na ordem jurídica alemã, acaba por ser mais coerente²⁶¹ do que uma eventual negação da perda de oportunidade sem mais, pois, sendo assim, as ordens jurídicas continuarão a carecer de um mecanismo de resultados aproximadamente equivalentes aos proporcionados pela perda de oportunidade²⁶².

A solução de se recorrer a sanções de natureza disciplinar²⁶³ para resolver casos de perda de oportunidade que envolvam lesantes no exercício de atividade profissional, sejam médicos, advogados ou outros, pode revelar-se pouco eficaz, continuando a suscitar sentimentos de injustiça entre os cidadãos relativamente ao estatuto privilegiado destes profissionais²⁶⁴. Ao considerar-se a intervenção de autoridades disciplinares, não se pode, nomeadamente, ignorar que os membros da mesma classe tendem a proteger-se²⁶⁵. Exemplo disto é a

²⁶¹ Não se pode considerar sem mais que a situação alemã se apresente como plenamente satisfatória, pois como recorda PAULO MOTA PINTO: "...a mera facilitação ou a inversão do ónus da prova, tal como todas as soluções que se situam no terreno do *"tudo ou nada"*, depara com objecções baseadas nos princípios da igualdade e da *proporcionalidade* e na ideia de *justiça individualizadora*" (*Interesse contratual (...)*, p. 1104, nota 3103).

²⁶² RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 285: "...a opção pela simples negação da existência de um dano indemnizável constitui uma fonte de injustiça e deixa insatisfeita qualquer das finalidades reconhecidamente desempenhadas pela responsabilidade civil".

²⁶³ A opção de se recorrer a outros ramos do Direito em detrimento do Direito Civil é uma hipótese considerada a propósito de vários problemas, suscitando sempre algumas críticas. O primeiro exemplo diz respeito ao recurso ao Direito Penal e Contraordenacional em vez de se atribuir uma função punitiva à responsabilidade civil, opção criticada por PAULA MEIRA LOURENÇO (*A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 20). Outro exemplo diz respeito aos danos ambientais e ao tratamento destes pelo Direito Administrativo em detrimento da responsabilidade civil, solução criticada por BRANCA MARTINS DA CRUZ, a propósito da Diretiva 2004/35/CE ("Avanços e Retrocessos do Direito do Ambiente na Europa Comunitária", in *Lusitana-Revista de Ciência e Cultura*, Série de Direito, 1 e 2, 2004), CARNEIRO DA FRADA (*Direito civil...*, p. 125) e PAULA MEIRA LOURENÇO (*A função punitiva (...)*, p. 321). Em torno dos danos ambientais, colocam-se muitas dificuldades, chegando-se a associar a estes uma função punitiva da responsabilidade civil (PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva (...)*, p. 321), o que também acontece com a perda de oportunidade, como se verá. Tais afirmações justificam-se na medida em que, no art. 41.º da LBA, é visada a "acção especialmente perigosa", pelo que "se a imputação tem como pressuposto o comportamento perigoso, então a indemnização tem um escopo preventivo-sancionatório" (PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva (...)*, pp. 321 e 324).

²⁶⁴ BOAZ SHNOOR, "Loss of Chance: A Behavioral Analysis of the Difference Between Medical Negligence and Toxic Torts", in *The American Journal of Trial Advocacy*, 33, 2009-2010, p. 74: "...medical negligence is often perceived as a betrayal by the doctor (...). This sense of betrayal causes courts to be outraged when facing a health care provider whose behavior is tortious"; JÚLIO GOMES, "Ainda sobre a figura (...)", pp. 17, 19; *IDEM*, "Sobre o dano (...)", p. 45.

²⁶⁵ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 504: "A concentração da competência processual numa única entidade tem efeitos perversos, que poderão consistir num desvio de poder ou em ocultação do comportamento ilícito".

verificação de que muitas vezes um perito ouvido por um tribunal apresenta um parecer favorável ao seu colega visado no processo²⁶⁶.

2.1. A carência de solução na ordem jurídica portuguesa

A solução, na ordem jurídica portuguesa, que pode servir para socorrer lesados em desvantagem, e apenas em contextos de negligência médica, reconduz-se à aplicação do disposto no art. 493.º, n.º 2, CC, se a atividade médica for considerada perigosa²⁶⁷. No entanto, para além das dificuldades em aceitar esta qualificação, tal solução só servirá casos de responsabilidade extracontratual²⁶⁸, o que, como veremos²⁶⁹, constitui a exceção no exercício da atividade médica. A aplicação da presunção tem sido ainda mais restringida por se verificar apenas em contextos particulares que se inserem em vertentes específicas da atividade médica. Constituem exemplos a utilização de um bisturi elétrico, de uma incubadora com termóstato estabilizador da temperatura ou de uma broca para efeitos de um tratamento dentário²⁷⁰. No entanto, se estes exemplos ainda nos parecem aceitáveis, a aplicação desta norma requer, afigura-se-nos, cuidados por forma a garantir-se uma interpretação atualista da mesma, pois, em virtude do progresso científico, a noção do que é perigoso pode variar. Além disso, parece estranha a consideração feita pela Relação de Lisboa, no Ac. RL 24/04/2007 (RUI VOUGA), segundo a qual os casos de anestesia são abrangidos pelo art. 493.º, n.º 2, por se tratar de um meio perigoso ao qual os médicos podem recorrer. Porém, questionamos a possibilidade de aplicação deste regime à atividade do anestesista em geral. No caso da responsabilidade contratual, aplica-se outra presunção de culpa, prevista no art. 799.º. De qualquer forma, em ambos os casos, está em causa o pressuposto da culpa, quando o que nos preocupa é o preenchimento do nexo de causalidade.

²⁶⁶ ÁLVARO GOMES RODRIGUES refere que, no caso decidido pela *Cour d'appel de Grenoble* em 24 de outubro de 1962 (p. 27), o médico que detetou a fratura considerou que o colega, que interveio anos antes, não podia ser responsabilizado, enquanto o lesado discordava (“Reflexões em torno (...)”, pp. 217-218). Ainda sobre o mesmo assunto, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 155-156: “Por vezes, essa ajuda (dos peritos) é incapaz de conceder ao julgador um quadro claro dos acontecimentos. A prudência dos peritos - muitas vezes entendida como resultado de um espírito de solidariedade - esbarra com a ideia que os juristas têm do que seja o conhecimento científico”.

²⁶⁷ Contra isto, CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 116: “...sem prejuízo da susceptibilidade de recurso ao art. 493 n.º 1 quanto à presunção de culpa daquele que detém equipamentos técnicos de diagnóstico ou cura com a obrigação de os vigiar, não deve considerar-se a actividade médica uma actividade perigosa para efeitos do n.º 2 do aludido preceito”.

²⁶⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 86-87.

²⁶⁹ Veja-se a p. 64.

²⁷⁰ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 86-87, nota 198.

CAPÍTULO II – ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À ADMISSIBILIDADE DA PERDA DE OPORTUNIDADE

1. A (falsa) autonomia da oportunidade

Desde logo, a figura da perda de oportunidade, na sua versão “mais pura”, isto é, nos termos da teoria verdadeira de CHABAS²⁷¹, ergue-se a partir de um pressuposto muito frágil: a autonomia da oportunidade²⁷². Têm surgido críticas, e parece-nos que com razão, a propósito deste argumento. Algumas, que nos parecem menos interessantes, apontam no sentido de que a oportunidade, não podendo ser objeto de uma compra ou de uma doação, não poderia constituir um dano autónomo, pelo menos de natureza patrimonial²⁷³. Assim, o efeito útil de uma oportunidade reconduzir-se-ia exclusivamente à sua “eventual realização”²⁷⁴. Porém, JÚLIO GOMES esclarece que se pode admitir a existência autónoma de determinados bens, não obstante a impossibilidade de os submeter aos referidos negócios jurídicos, pois a sua utilidade residirá no facto de apresentarem uma suscetibilidade de valorização²⁷⁵. Outras críticas são apontadas por YVES CHARTIER²⁷⁶, ao considerar que a suposta autonomia da oportunidade não é mais do que um dogma inquestionado, não demonstrado. A admissibilidade da autonomia da chance ainda se torna mais difícil de aceitar perante uma explicação de RUTE TEIXEIRA PEDRO²⁷⁷. A Autora, embora defensora da aplicação da perda de oportunidade no âmbito da responsabilidade profissional do médico, não admite uma indemnização por perda de oportunidade, quando o paciente veio a recuperar, porque “(n)a verdade, as chances não se compreendem por si só” ou “(f)alar em chances apenas é, por isso, uma realidade sem significado”.

Parece que este estatuto de autonomia atribuído à oportunidade não é mais do que um estratagema para se contornar a impossibilidade de se responsabilizar o agente pelo dano final²⁷⁸. A hipótese de se adotar um expediente como o da perda de oportunidade desagrada,

²⁷¹ Recorde-se o tratado nas pp. 4-5.

²⁷² JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 21; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 209, 222.

²⁷³ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 24, nota 28; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 210, nota 527.

²⁷⁴ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 30.

²⁷⁵ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 24.

²⁷⁶ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 124.

²⁷⁷ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 387.

²⁷⁸ BOAZ SHNOOR, “Loss of Chance: A Behavioral (...)”, p. 89: “...in most tort suits it is artificial to say that the plaintiff had a chance that she lost”; JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 24: “Parece-nos (...) que existe aqui uma operação algo artificial, de “antecipação” do dano...”; JOSEP SOLÉ FELIU, “The Reception of (...)”, p. 1115: “...it is my opinion that this approach only disguises the true problem. By itself, the “chance” is not a

porque estar-se-á a consentir na introdução de um mecanismo “sofista”²⁷⁹ na ordem jurídica. Além do mais, está em causa um tema central²⁸⁰ do direito civil, a responsabilidade civil, sobre o qual o legislador preocupou-se em prever um regime legal, no que diz respeito à definição dos seus pressupostos, relativamente completo, se considerarmos o ordenamento jurídico português.

O artificialismo da autonomia da oportunidade é evidenciado pela dependência desta em relação ao dano final, na medida em que o cálculo da indemnização pela perda de oportunidade depende sempre da consideração do dano final²⁸¹. Aliás, a constante remissão para o dano final poderá contribuir para a dúvida que se vai mantendo quanto à classificação da perda de oportunidade como um dano presente ou futuro, embora tenhamos defendido que se trata de um dano presente²⁸². Outro argumento ilustrativo da questionável autonomia da oportunidade prende-se com o facto de haver quem defenda que este dano poderá

legally protected interest. This interest remains half hidden behind the “chance” and it is made up of all the (pecuniary or non-pecuniary) consequences which could have been attained if the tortfeasor had acted with due care”; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 266; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 433: “A noção da perda de chance constitui um artifício empregue para proporcionar a simplificação da posição processual do paciente, promovendo as possibilidades de êxito da pretensão ressarcitória do mesmo. Ora, este instrumento orienta-se para essa finalidade de um modo dissimulado ou camuflado e não de uma forma evidente e manifesta, como seria mais conveniente”. Já nos tínhamos referido a esta ideia na p. 7, quando explicámos que a possibilidade de se demonstrar o nexo de causalidade quanto ao dano final justificava a criação de outro dano”.

²⁷⁹ Sobre a perda de oportunidade de cura ou de sobrevivência, RENÉ SAVATIER, *La théorie (...)*, p. 304: “C’est un sophisme. (...) Mais le juge ne peut confondre sa propre perplexité avec un calcul de probabilités, puisque, précisément, cette perplexité lui rend impossible tout calcul sérieux de probabilités! (...) Son rôle est de juger, et non de proportionner une condamnation à ses incertitudes. Il ne saurait condamner, pour, une part quelconque, à réparer un dommage, l’auteur d’une faute dont il ne sait pas si elle a causé ce dommage”; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 120.

²⁸⁰ WALTER WILBURG, “Pensamento sistemático (...)”, p. 62.

²⁸¹ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 32; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 117: “...quando se afirma que a perda de *chance* constitui um dano *específico* a que é conatural alguma margem de *incerteza* ou *aleatoriedade*, fica claro que estas últimas respeitam, verdadeiramente, não a uma realidade ontologicamente diferenciada, mas ao próprio dano final”, pp. 139 e 140: “...tal autonomia não pode deixar de ser posta em causa a partir do momento em que se constata que a indemnizabilidade da *chance* assenta, numa dupla perspectiva, na *probabilidade* de verificação do dano final. É que, como assinala (...) ainda YVES CHARTIER, «(...) é o próprio grau de probabilidade da chance perdida invocada que, do mesmo passo, justifica a reparação e determina a fracção do ganho esperado, ou da perda que não tenha sido possível evitar, a indemnizar»” (citação de *La réparation (...)*, p. 32); p. 157 (quando se debruça sobre a jurisprudência italiana): “...acaba por acentuar o paradoxo da perda de *chance*, cuja ressarcibilidade depende da respectiva existência autónoma e cuja existência depende, por sua vez, em maior ou menor medida, do grau de probabilidade de ocorrência do dano final (supostamente distinto da perda de *chance*)”; p. 265: “O dano de perda de *chance* e a probabilidade de verificação do dano final são, afinal, uma e a mesma coisa”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 229: “...na consideração da chance em si mesma, se deve ter presente o seu carácter instrumental e intermédio em relação à obtenção do efeito final. Por consequência, parece mais correto fazer reflectir a natureza do *quid* lesado na determinação do montante indemnizatório...”.

²⁸² Sobre esta posição, consulte-se as pp. 8-9.

constituir um dano patrimonial ou não patrimonial²⁸³ consoante a hipótese, pois, em última análise, é a classificação do dano final que determina tal categoria.

Ao não se reconhecer a autonomia da perda de oportunidade do dano final, a diferenciação estabelecida por CHABAS entre uma teoria verdadeira e uma teoria falsa deixa de se justificar²⁸⁴. Como defendemos, a perda de oportunidade não é mais do que um mecanismo para se conseguir uma atenuação das exigências estabelecidas no preenchimento do nexo de causalidade em virtude da consideração omnipresente do dano final, o que, de acordo com CHABAS, ocorreria apenas na teoria falsa²⁸⁵.

2. A insuficiência do nexo de causalidade (em particular, na ordem jurídica portuguesa)

Ainda no princípio deste trabalho²⁸⁶, considerámos que a problemática da perda de oportunidade coloca-se sobretudo em torno do preenchimento do nexo de causalidade. Além disso, ao não aceitarmos a autonomia da oportunidade, da qual depende a admissibilidade de um novo dano, resta-nos, na prática, a consideração da figura como uma atenuação do mesmo pressuposto da responsabilidade civil. Coerentemente com estas afirmações, ao refletirmos sobre a admissibilidade da perda de oportunidade, temos de considerar as regras sobre causalidade vigentes.

No caso da ordem jurídica portuguesa, se admitíssemos a perda de oportunidade, estaríamos a pactuar, em nome do dito “mecanismo sofista”, com uma violação das regras de causalidade consagradas na lei²⁸⁷, mais concretamente no art. 563.º, CC. De acordo com a

²⁸³ Vejam-se as pp. 9-10.

²⁸⁴ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 18: “...a doutrina da perda de *chance* aparenta ser apenas o reconhecimento de uma determinada espécie de dano como um dano autónomo, mas, na verdade, traz consigo uma outra visão do problema da causalidade incerta...”, p. 23: “Em França, com efeito, (...) é cada vez mais invocada em hipóteses que não têm tanto que ver com a perda de uma oportunidade de conseguir um resultado favorável, mas muito mais com uma radical incerteza quanto ao nexo causal...”; M.ª LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 171: “PRINCIGALLI aclara a este respecto que con esa expresión no se alude a un daño distinto del que califica como daño “final”, sino que sólo se describe una “secuencia causal”: se sabe que existía la oportunidad y que frustrada ésta se impide con seguridad el beneficio final, pero se ignora si en otro caso el resultado hubiera sido el mismo”.

²⁸⁵ Sobre as teorias de CHABAS, vejam-se as pp. 4-5.

²⁸⁶ Vejam-se as pp. 7-8.

²⁸⁷ RIBEIRO DE FARIA, “Novamente a questão da prova (...)”, p. 230; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual (...)*, p. 1106, nota 3103, p. 1360. Entre a jurisprudência, Ac. STJ 05/02/2013 (HÉLDER ROQUE): “...a doutrina da «perda de chance» (...) propugna, em tese geral, a concessão de uma indemnização quando fique demonstrado, não o nexo causal entre o facto ilícito e o dano final, mas, simplesmente, que as probabilidades de obtenção de uma vantagem ou de obviar um prejuízo foram reais, sérias, consideráveis...”;

interpretação dominante²⁸⁸, a lei consagra a teoria da causalidade adequada²⁸⁹, pressupondo o respeito pela regra da *conditio sine qua non*²⁹⁰. Ora, esta regra obsta à aceitação da perda de oportunidade, porque não podemos saber se o dano não teria ocorrido sem a ação de terceiro²⁹¹. Se se tomar em conta a posição de MENEZES CORDEIRO²⁹², entendendo que a noção denexo de causalidade será preenchida casuisticamente e não deixando de atribuir relevância ao escopo da norma violada, esta fixa igualmente como pressuposto a teoria da *conditio sine qua non*. Mesmo que, como MENEZES LEITÃO²⁹³, se defenda a teoria do escopo da norma violada, em muitos casos não será fácil definir se esse escopo implica a proteção de perdas de oportunidade, havendo o risco de se criar uma grave insegurança jurídica. Aliás, noutras hipóteses, será mesmo impossível admitir esse escopo de proteção mais alargado. Naturalmente, este impedimento representado pela exigência da *conditio sine qua non* verifica-se não só na ordem jurídica portuguesa, mas também em qualquer outra ordem jurídica que a consagre²⁹⁴.

A regra da *conditio sine qua non* assume um peso tão importante no estudo da perda de oportunidade, e do nexo de causalidade em geral²⁹⁵, que continuaríamos a ter dúvidas quanto ao respeito pela regra da causalidade, mesmo admitindo a solução artificial de ficcionar um dano intermédio, relativamente ao qual se estabeleceria o nexos de

Ac. STJ 26/10/2010 (AZEVEDO RAMOS): “...entendemos que a *perda de chance* em sentido jurídico não releva, no caso em apreciação, por contrariar o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada”.

²⁸⁸ PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os (...)*, p. 392; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão), pp. 404-406, 410; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, pp. 887-903; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 18; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 763-767.

²⁸⁹ De acordo com PESSOA JORGE, o art. 562.º, CC, consagra primeiramente o Princípio da equivalência das condições, incluindo a regra da *conditio sine qua non*, abrindo caminho para a consagração do (P)princípio da adequação no art. 563.º, CC (*Ensaio sobre os (...)*, pp. 407-413).

²⁹⁰ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 19: “...necessário (...) entre dois acontecimentos que, sem o primeiro, o segundo não teria ocorrido, embora não seja necessário que o primeiro acontecimento seja a causa única ou imediata do resultado”.

²⁹¹ M.ª LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 169; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 1.

²⁹² MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II-Direito das obrigações*, 2, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 549-550.

²⁹³ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, pp. 349-350.

²⁹⁴ Passa-se fundamentalmente o mesmo nos ordenamentos jurídicos inglês e alemão: “...the starting point for both English and German law is the question whether B and/or C caused the death of A. This means that it has to be established whether the action of B or C was a *conditio sine qua non* for A’s death...” (NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 2).

²⁹⁵ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 101: “O abandono da rígida causalidade *sine qua non*-ainda que permanecendo ela um pressuposto e um limite de outras concepções...”; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 287: “O enquadramento dogmático da perda de *chance*, da perspectiva da causalidade, adivinha-se (...) um caminho estrito e difícil. É que, de um modo geral, todas as teorias divulgadas, entre nós, acerca da causalidade na responsabilidade civil, tomam como ponto de partida e radicam, nalguma medida, na verificação de uma *conditio sine qua non*”.

causalidade²⁹⁶, isto é, se aceitássemos a teoria verdadeira de CHABAS²⁹⁷. Parece que, mesmo nessa hipótese, a evolução da probabilidade da oportunidade é tão incerta que não se pode assegurar que a oportunidade não teria de qualquer forma sido reduzida ou extinta por outro facto. Assim, não há certezas se a ação de terceiro constituirá uma *conditio sine qua non*, não do dano final, mas da própria perda de oportunidade. No caso *Gregg*, um dos juízes parece dar voz às preocupações por nós expressadas, quando refere que “he states “it cannot be a pure matter of future chance or future conduct (of the appellant or anyone else) whether someone falls within the category of the 58% category who are unfortunate or the 42% who are fortunate””. In addition to “pure chance”, there were “influencing factors” of which the most obvious are “internal to the claimant at the time of the negligence, however unknown or unknowable they may be; and they consist of the precise characteristics, development and spread of the cancerous cells at the time of the negligence as well as the claimant’s precise physical characteristics and resistance”²⁹⁸.

Para além disso, não serve de argumento contra a nossa posição o facto de que o disposto no art. 563.º, CC, ao utilizar o advérbio de modo “provavelmente”, não está a exigir que todos os danos sejam “rigorosamente provados”²⁹⁹, o que poderia constituir uma frecha no sistema que permitiria a responsabilidade por perda de oportunidade. Ora, o que está em causa na norma é claramente diverso, pois nunca se consegue, com total certeza, provar que o dano não se teria verificado se não fosse a atuação de terceiro. O disposto no art. 563.º, CC, serve sim para incluir no escopo da indemnização por responsabilidade civil os lucros cessantes, esses sim, como foi explicado³⁰⁰, suscetíveis de prova, mas nunca de uma prova rigorosa, pois estamos a falar de danos que se projetam no futuro. Assim, reafirmamos que a perda de oportunidade não é mais do que um “truque”.

Parece, então, que a admissibilidade da perda de oportunidade constitui um exemplo de “não se olhar a meios, para atingir fins”. Para contrariar a perda de oportunidade nestes

²⁹⁶ NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 6: “...whereas in *Hotson* a causal link between the defendant’s negligence and the plaintiff’s final handicap could be established only with a probability of 25 per cent, his loss of a chance of 25 per cent could be proved with a certainty of 100 per cent”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 401: “Face ao desaparecimento desse quinhão de chances, que não puderam ser aproveitadas, o comportamento médico terá sido uma *conditio sine qua non*”.

²⁹⁷ Veja-se a p. 5.

²⁹⁸ CHRIS MILLER, “*Gregg v. Scott* (...)”, pp. 229 e 235: “...there may be multiple “factors” (...) involved in the course of any given instance of the disease and that our current understanding of these various factors is very limited”.

²⁹⁹ PAULA MEIRA LOURENÇO, no contexto do qual a expressão foi retirada, utiliza este argumento diferentemente, para defender a insuficiência de uma função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil (*A função punitiva (...)*, p. 22).

³⁰⁰ Sobre isto, veja-se a p. 12.

termos, esta apenas poderá vir a ser admitida se o legislador entender proceder a uma alteração³⁰¹ daquele que tem sido o entendimento do nexo de causalidade. Passar-se-ia a valorizar um nexo de causalidade probabilístico em vez de casuístico, uma vez que se está a lidar com benefícios por definição aleatórios³⁰². Uma alteração desta natureza não deixaria de representar uma grande alteração do que tem sido, até agora, o regime da responsabilidade civil³⁰³, alertando NILS JANSEN³⁰⁴ para o facto de que se estaria a criar um regime de “*tort liability (...) detached from individual responsibility*”, ou seja, um regime de responsabilidade de pessoas concretas baseado não nelas mas no homem médio³⁰⁵. Ora, uma mudança de paradigma requer uma intensa reflexão. Esta nossa preocupação é salientada, recorde-se, no ordenamento jurídico inglês, por alguns membros da *House of Lords*³⁰⁶. Apesar de se tratar de uma ordem jurídica, onde a principal fonte de Direito continua a ser a jurisprudência³⁰⁷, estes consideram que a admissibilidade da perda de oportunidade deve alicerçar-se num estudo do assunto por parte do legislador, devendo ser este a decidir sobre a introdução de uma tal inovação na ordem jurídica. Todavia, não se pense que não se encontram já vozes favoráveis à adoção de um nexo de causalidade probabilístico³⁰⁸.

³⁰¹ BOAZ SHNOOR, “Loss of Chance: A Behavioral (...)”, p. 100.

³⁰² Aliás, a consideração probabilística da causalidade é de tal forma central na questão da perda de oportunidade que RALPH FRASCA afirma que “any negligence rule that takes into account the probabilistic confluence of negligent causation and non-negligent causation in the determination of liability and damages is a loss of chance rule” (*Loss of Chance Rules (...)*, p. 93). SÉRGIO RAMOS CARDOSO considera mesmo que, em termos gerais, “a causalidade e a probabilidade andam de mãos dadas” (*Responsabilidade civil da administração (...)*, p. 70). Ainda sobre o assunto, JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, pp. 19, 22; *IDEM*, *Sobre o dano (...)*, p. 23; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 125; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 398.

³⁰³ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 38; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 397.

³⁰⁴ NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 7.

³⁰⁵ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos (...)*, p. 298: “...os tribunais fariam então abstracção do dano concreto (a morte ou agravamento do estado do doente), a respeito do qual não estava convenientemente provado o nexo causal, substituindo-o por um diminutivo abstracto deste prejuízo (perda da oportunidade de não morrer ou de se curar), hipoteticamente atribuído à culpa do médico em razão do perigo a que expõe a saúde do doente”. Na p. 14, a propósito do caso *Chaplin*, já revelámos preocupações com um eventual afastamento das considerações do caso concreto, aquando da apreciação dos pressupostos da responsabilidade civil.

³⁰⁶ Vejam-se as pp. 20-21.

³⁰⁷ DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, p. 271.

³⁰⁸ NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 7: “Proponents (...) claim that the classical notion of a but-for condition is no longer adequate for complex problems of tort law liability. It should, therefore, be replaced by the weaker idea of a causal link of statistical relevance”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 155: “Diferentemente, o direito ao aceitar o teste da “*conditio sine qua non*” como um dos testes para a afirmação da causalidade jurídica, não reconhece, ao arrepio do que ocorre noutros ramos do saber, a incapacidade do juízo humano para alcançar verdades absolutas e certezas inabaláveis”; ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 17: “...in the past, causation has been viewed as black and white, only recently being adapted to the constantly increasing shades of gray that are presently found within causation”.

2.1. Os pressupostos da responsabilidade civil

Tomando em consideração o exposto a propósito do preenchimento, ou melhor do não preenchimento do nexo de causalidade, interessa também refutar um argumento várias vezes utilizado pelos defensores da perda de oportunidade. Estes afirmam que uma pessoa não pode aproveitar-se da situação de incerteza que criou³⁰⁹, daí a necessidade de se admitir a responsabilidade civil por perda de oportunidade. Esta afirmação só seria válida se não fosse obrigatório o preenchimento de cinco pressupostos da responsabilidade civil, mas apenas de três: a verificação de um facto voluntário, ilícito e culposo. Assim, discordamos do Ac. STJ 28/09/2010 (MOREIRA ALVES), quando afirma que “não pode conceber-se que a referida impossibilidade de determinar o nexo causal, em termos de causalidade adequada, conduza à irresponsabilidade do profissional que violou ilicitamente e com culpa, os seus deveres para com o cliente”. Por isso, apoiamos o exposto no Ac. STJ 18/10/2012 (SERRA BAPTISTA), quando sustenta que não basta “... qualquer ato ou omissão no exercício do mandato para que surja, por banda do advogado, e sem mais, obrigação de indemnizar os invocados e até comprovados prejuízos”.

De acordo com este argumento a favor da perda de oportunidade, passar-se-ia simplesmente a ignorar se houve dano³¹⁰ e nexo de causalidade³¹¹, cuja demonstração julgámos insuficiente. Ao afirmar-se que uma pessoa criou uma situação de incerteza que a favorece nada garante que de facto ocorreu um dano e que existe nexo de causalidade. O regime da

³⁰⁹ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 45: “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 corretas teriam salvo aquela vida. Pretende-se, pois, impedir que o médico possa invocar um desenrolar hipotético que ele próprio com a sua conduta ilícita inviabilizou”; KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, p. 558: “...the Oklahoma Supreme Court (no caso *Mckellips v. Saint Francis Hospital, Inc.* de 1987 (741 P.2d 467)) held that the defendants “should not benefit from the uncertainty created by their own negligence”; RALPH FRASCA, “Loss of Chance Rules (...)”, p. 92; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 164: “Numa perspectiva pragmática, estar-se-á, de forma sistemática, a negar protecção àquele que, foi vítima de um comportamento ilícito e que sofreu - a sua vida, no seu corpo, na sua pessoa - um conjunto de êxitos nefastos, que se inscrevem dentro do círculo dos eventos, que etiologicamente podem ser engendrados por aquele comportamento”.

³¹⁰ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 26: “O dano é (...) indispensável para o nascimento de uma obrigação de indemnização e, mesmo quando no contrato celebrado, por exemplo, com um profissional, este não age com a diligência devida, o dano terá de ser alegado e provado pelo lesado...”.

³¹¹ Parece-nos acertada a posição referida por RUTE TEIXEIRA PEDRO, embora a Autora não a venha a acolher, segundo a qual “a atribuição de relevância à perda de uma chance de cura ou sobrevivência, decorrente de qualquer ato culposo, arrastaria, também, como consequência, uma presunção de causalidade entre o comportamento reprovável detectado e aquela perda. Assim, a noção da perda de chance esconderia uma sobreposição entre culpa e nexo causal” (*A responsabilidade (...)*, pp. 413-414); ainda sobre o assunto, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 376: “Com a afirmação da ressarcibilidade do dano da perda de chance estaremos nós a fazer participar o direito civil de uma perspectiva de valoração que assenta num juízo sobre o comportamento, sobre a acção, ao invés de se basear numa apreciação do resultado?”; TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 311.

responsabilidade civil exige algo mais, pelo que tal preocupação de justiça é totalmente incompatível com o atual regime.

Encontramos outro argumento que recusamos aceitar, associado à responsabilidade do médico, mas que também se pode aplicar a outros grupos profissionais, e que acaba por estar relacionado com o último argumento, por também respeitar ao aproveitamento de uma posição de vantagem por parte do lesante, perante a dificuldade de demonstração dos cinco pressupostos da responsabilidade civil. Este prende-se com a alegação de que a admissibilidade da perda de oportunidade se impõe por só assim se combater a atitude passiva ou pouco cooperante que o médico adota, por exemplo, em tribunal perante o “desespero” do paciente em conseguir produzir a prova necessária³¹². Parece-nos claro que um problema destes não deve ser resolvido por meio da perda de oportunidade, pois não se pode exigir a um médico ou a qualquer outro réu que tenha uma atitude de mártir em tribunal, estando obrigado sem mais a contribuir para a sua condenação. Situações como esta apenas poderão ser impedidas pelo ordenamento jurídico caso assumam a gravidade necessária para se suscitar a aplicação do disposto no art. 344.º, n.º 2, CC.

2.2. A função punitiva

Temos estado a abordar as dificuldades em torno do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, o que obsta à admissibilidade da perda de oportunidade. Esta situação nem seria diversa por meio do recurso à função punitiva da responsabilidade civil. É verdade que tem havido, ainda que rara, uma associação entre função punitiva³¹³ e perda de oportunidade³¹⁴. E, reconhecendo-se tal função, o âmbito dos danos suscetíveis de

³¹² RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 170-171: “...em regra, limita-se a contestar o pedido do doente, negando os factos articulados pelo Autor. (...) essa atitude processual é especialmente criticável, na medida em que a dificuldade na aferição do nexa causal deriva, pelo menos em parte, de um ato culposo praticado pelo médico” (como se pode constatar, na última parte da transcrição, volta-se a aludir ao primeiro argumento que apresentámos nas pp. 48-49).

³¹³ Permite a condenação do lesante no pagamento de uma indemnização, cujo valor ultrapassa o valor dos danos efetivamente provados, atendendo-se à atuação particularmente censurável do mesmo. Por outras palavras, a responsabilidade civil operaria não se centrando no lesado e na sua compensação, mas no lesante e na necessidade de o castigar (PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os (...)*, pp. 47-48; JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento: o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 736).

³¹⁴ JÚLIO GOMES (“Ainda sobre a figura (...)”, pp. 17 e 21) refere-se a “considerações punitivas” presentes na perda de oportunidade, assim como aos casos de aplicação da perda de oportunidade à responsabilidade profissional, nos quais se pode identificar “uma consideração punitiva, ou, pelo menos, preventiva da responsabilidade civil”. BORIS STARCK (RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 118, nota 231) e MARIA FEOLA (RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 161, nota 342) atribuem à

relevarem juridicamente é alargado³¹⁵. Além disso, o argumento que procurámos refutar, de acordo com o qual o agente não pode aproveitar-se da incerteza por si criada, parece também assumir um pendor punitivo. Porém, a função punitiva não parece tornar possível a admissibilidade da perda de oportunidade por várias razões.

Desde logo, nos ordenamentos jurídicos inglês e estado-unidense, já considerados³¹⁶, onde a função punitiva é admitida expressamente, ao contrário do que se passa nas ordens jurídicas romano-germânicas, esta função não é usada para fundamentar a perda de oportunidade.

Na ordem jurídica inglesa, a aplicação dos *punitive damages* é restringida³¹⁷ pelo *categories test*³¹⁸. De acordo com este, os *punitive damages* passaram a ser aplicados apenas em determinados casos: ações opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais por parte de funcionários do governo; ações planeadas pelo lesante para obter um ganho que suplantar a indemnização que tenha eventualmente de pagar ao lesado; outros casos previstos na lei³¹⁹. Portanto, não se trata de hipóteses de perda de oportunidade. Além disso, no ordenamento jurídico inglês, considera-se que a perda de oportunidade é particularmente apta a aplicar-se no âmbito da responsabilidade contratual (recorde-se em particular o caso *Simmons*³²⁰), enquanto os *punitive damages* são normalmente excluídos de tal cenário³²¹.

Na ordem jurídica estado-unidense, a aplicação dos *punitive damages* é menos restrita. Todavia, mais uma vez, não parece que a figura dos *punitive damages* pudesse vir a servir

perda de oportunidade uma função de pena privada. Veja-se a mesma ideia no Ac. RL 24/06/2010 (FÁTIMA GALANTE) e no Ac. STJ 29/04/2010 (SEBASTIÃO PÓVOAS), aqui servindo para excluir a possibilidade de conceder uma indemnização ao Autor da ação (“...a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios por (...) a indemnização não ter, como regra, função punitiva”).

³¹⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, Lex, 1997, p. 549; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 25: “...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 pressupostos para a individualização do sujeito responsável e dos limites do dano ressarcível dependem das funções que se entende dever atribuir à responsabilidade civil” (citação de CRISTINA SEVERI, “Perdita de chance e danno patrimoniale risarcibile”, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, p. 296); IDEM, “Sobre o dano (...)”, p. 10 e nota 6; PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva (...)*, p. 417; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 240.

³¹⁶ Sobre estes ordenamentos jurídicos, vejam-se, respetivamente, as pp. 13-22 e 23-26.

³¹⁷ PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva (...)*, p. 167.

³¹⁸ HELMUT KOZIOL, “Punitive damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, 2009, p. 281.

³¹⁹ VANESSA WILCOX, “Punitive Damages in England”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, Viena, Nova Iorque, Springer, 2009, pp. 8-9.

³²⁰ Sobre este caso, vejam-se as pp. 21-22 e 37.

³²¹ VANESSA WILCOX, “Punitive Damages in (...)”, p. 21.

de enquadramento para a perda de oportunidade³²², pois a figura é reservada para casos de dolo ou negligência grosseira³²³ e começa-se a identificar um denominador comum entre os vários casos de *punitive damages*, ou seja, a exigência de uma particular malícia³²⁴ por trás do ato ilícito do agente³²⁵. Além do mais, o setor da negligência médica, onde a perda de oportunidade se tem vindo a aplicar neste ordenamento jurídico, é também aquele onde mais vezes tem sido negada, apesar de possível, a aplicação, pelo menos expressa, dos *punitive damages*³²⁶.

Se considerarmos as ordens jurídicas romano-germânicas, desde logo a função punitiva não é considerada uma das funções tradicionais da responsabilidade civil³²⁷, pois a posição primordial é atribuída à função compensatória³²⁸. Além disso, uma eventual expansão de um

³²² Não se ignore que os *punitive damages* até são proibidos nalguns estados federados: *Louisiana, Massachusetts, Nebraska, New Hampshire e Washington* (ANTHONY J. SEBOK, “Punitive damages in the United States”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, Viena, Nova Iorque, Springer, 2009, p. 155).

³²³ ANTHONY J. SEBOK, “Punitive damages in (...)”, pp. 155, 158: “The highest frequency of punitive damages awards have occurred in intentional torts (battery, assault, etc.), defamation, and what many refer to as “financial torts” (fraud, insurance, employment, real property, contract, and commercial and consumer sales)”, sendo que, apesar da aplicação da figura a casos de negligência grosseira, a situação não é muito comum: “Personal injury due to gross negligence, products liability, or medical malpractice have played a very small role in the frequency of punitive damages overall”. Porém, o grau de culpa exigido para efeitos de aplicação de *punitive damages* não é uniforme entre estados federados (ANTHONY J. SEBOK, “Punitive Damages in (...)”, p. 181).

³²⁴ ANTHONY J. SEBOK, “Punitive Damages in (...)”, p. 182: “Twelve states now require proof that a defendant was acting maliciously in order to recover punitive damages”.

³²⁵ ANTHONY J. SEBOK, “Punitive Damages in (...)”, p. 155; PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva (...)*, p. 169.

³²⁶ ANTHONY J. SEBOK, “Punitive Damages in (...)”, p. 158: “...medical malpractice (...) have exhibited the lowest frequency of punitive damages among all types of civil actions for which punitive damages are available”.

³²⁷ HELMUT KOZIOL, “Punitive Damages: Admission (...)”, pp. 282, 303-304: “...under U.S. law, punishment under *criminal law* is of less importance than in continental Europe (...). Thus, there may be a greater need for punitive damages in the U.S.A. than in Europe. (...) Further, according to the “American rule” (...), the plaintiff does not receive restitution of the legal costs even if he wins his case. On top of that in many cases, he has to hand over quite a portion of what he wins in the lawsuit to his attorney-up to 40%. Therefore, he needs some incentive to raise a claim and punitive damages are supposed to give such an incentive”; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da inclusão do lucro (...)*, p. 16: “...segundo ALLAN BEAVER, (...) a prevalência das soluções fundamentais no conceito de justiça distributiva nos direitos de matriz anglo-saxónica explica o desacordo”.

³²⁸ ALESSANDRO P. SCARSO, “Punitive Damages in Italy”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, 2009, p. 109: “Legal scholars agree with the rejection of punitive damages in the Italian legal system”; p. 137: “The main part of Spanish legal doctrine currently adheres to the traditional theory (...) non-contractual rules do not play a punitive role as it confines these rules to a merely compensatory function. (...) As to case law, (...) this orthodox view is still upheld”; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os (...)*, pp. 49-50: “A opinião geral atribui à responsabilidade civil *função meramente reparadora (...)*. A sua razão de ser está no *dano* (art. 562.º do Cód. Civ.): se a lei condiciona, em princípio, a obrigação de indemnizar à prática do ato ilícito, é por entender ser justo que essa obrigação impenda apenas sobre quem tiver voluntariamente provocado o prejuízo”; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 25: “O que está em jogo é colocar o lesado na situação em que ele (provavelmente) se encontraria se não fosse a lesão”; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 590: “Mesmo quando lhe caiba algum papel repressivo e preventivo, sempre se encontra submetido, como regra, aos limites da eliminação do dano”; PAULO MOTA

papel punitivo da responsabilidade civil é normalmente encarada como uma forma de se contornar a ineficácia do Direito Penal³²⁹. Parece, pois, que o campo de aplicação da função punitiva é encarado de uma forma restritiva, apto a abarcar casos que se posicionem na fronteira com o Direito Penal, o que não é o caso quando se trata da perda de oportunidade.

Além disso, concluindo-se que subjacente à perda de oportunidade está uma função punitiva da responsabilidade civil, os casos de perda de oportunidade ter-se-iam de revelar compatíveis com a aplicação de algum dos critérios utilizados na determinação de uma “indenização”³³⁰ punitiva. Entre eles, “a culpa grave do agente (critério subjectivo) e o lucro obtido com a prática do facto ilícito culposo (critério objectivo)”³³¹, fatores que são considerados nos ordenamentos jurídicos de *Common Law*. O último critério não serve, pois não é provável que, em casos de perda de oportunidade, tal ocorra, sobrando, portanto, o primeiro critério e, mesmo quanto a este, questionamos a sua utilidade, pois muitos casos de perda de oportunidade implicam “apenas” negligência. Será que, em casos de perda de oportunidade, a culpa do agente é suficientemente grave para justificar a condenação no pagamento de uma quantia punitiva? Há que reconhecer que, em certos casos, a negligência pode revelar-se tão censurável quanto o dolo, mas temos grandes dúvidas. Pelo menos, cremos, a negligência nunca poderá competir com o dolo direto ou necessário em termos de censurabilidade³³². Já poderemos ter dúvidas se ponderarmos uma situação de dolo eventual e uma situação de negligência. No entanto, não podemos deixar de recordar o disposto no art. 494.º, CC, de acordo com o qual o grau de culpa do agente apenas influenciará o valor da indenização em casos de negligência, determinando a sua redução. Assim, se parecem existir laços entre uma função punitiva da responsabilidade civil e a perda de oportunidade, estes são aparentes e não permitem que se vá para além dessa mera aparência.

PINTO, *Interesse contratual (...)*, p. 825: “...a prossecução autónoma destes objectivos repressivos ou preventivos, acima do limiar da compensação, não parece ter sido autorizada pela nossa lei”.

³²⁹ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da inclusão do lucro (...)*, pp. 487, 649, 652; JEAN-SÉBASTIEN BORGHETTI, “Punitive Damages in France”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, 2009, p. 68 (sobre a situação em França).

³³⁰ De acordo com PAULA MEIRA LOURENÇO (*A função punitiva (...)*, pp. 377, 415), quando está em causa a aplicação da responsabilidade civil, assumindo uma função punitiva, não é adequada a utilização do termo “indenização”.

³³¹ PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva (...)*, pp. 397 e 421-428.

³³² Todavia, a função punitiva não promove apenas uma escalada da quantia a ser paga ao lesado, pode também promover uma redução da quantia em nome da adequação da punição ao grau de culpa (PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva (...)*, p. 416).

3. O requisito de “seriedade”

As dificuldades em torno do preenchimento do nexo de causalidade poderão explicar as exigências de consistência da oportunidade, para que esta possa assumir relevância jurídica, presentes em vários ordenamentos jurídicos. É o que acontece, em maior ou menor medida, nas seguintes ordens jurídicas: inglesa (p. 21), estado-unidense (p. 24), francesa (p. 28), italiana (p. 29) e portuguesa (pp. 32-33)). Passando a explicar, quando os ordenamentos jurídicos têm de lidar com regras de causalidade que exigem que se demonstre que o agente contribuiu para o dano, pelo menos mais provavelmente do que a hipótese contrária, sem se ter verificado outro evento que teria conduzido ao mesmo resultado, os tribunais têm mais facilidade em enquadrar nestas exigências aquela perda de oportunidade mais consistente. Se havia maior probabilidade de esta se vir a concretizar, então, é mais provável que tenha sido a atuação do agente a privar o lesado de alcançar o resultado desejado (e que já se encontrava tão próximo). Porém, estas exigências em torno da consistência da oportunidade, por forma a satisfazer-se, por sua vez, as exigências em torno do preenchimento do nexo de causalidade, criam dificuldades aos tribunais. Estes necessitam de justificar se uma oportunidade é suficientemente séria ou não para merecer proteção da ordem jurídica. Ora, em qualquer caso onde a questão da perda de oportunidade é suscitada, colocam-se sérias dificuldades em torno do nexo de causalidade. Portanto, está-se a contornar uma dificuldade, mas, ao mesmo tempo, está-se a criar outra.

3.1. O recurso ao critério estatístico

A consideração de estatísticas pode constituir um instrumento auxiliar na identificação de oportunidades sérias e razoáveis, podendo estas informações ser fornecidas no caso concreto por peritos³³³. Há mesmo quem considere que uma adequada aplicação da perda de oportunidade depende deste instrumento³³⁴. Contudo, o recurso às estatísticas desencadeia

³³³ Estará em causa fixar-se a probabilidade de se obter o resultado almejado antes e depois da atuação do agente. RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 229, nota 594.

³³⁴ BOAZ SHNOOR, “Loss of Chance: A Behavioral (...)”, p. 91: “...LOC should be applied only where there is enough available statistical knowledge to allow the court to calculate the chances that were taken from the plaintiff”; JOSEPH H. KING, JR., “Causation, valuation (...)”, pp. 13 e 15; KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, p. 555; MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, pp. 206, 219 (“...whereas statistics derived systematically from our previous experience of similar cases, provide us with a very accurate probability-weighting for each candidate, the balance of probabilities test attempts to perform the same operation by appealing crudely to what we *feel* the likely cause to have been”) e 222; YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, p. 687: “...en pratique, les tribunaux préfèrent généralement ne pas s’expliquer de façon aussi précise sur leur mode de calcul. Ils se contenteront de parler de chance *sérieuse*, ou *certaine*, ou *très sérieuse*.”

preocupações³³⁵. Em primeiro lugar, não se pode assegurar que existam estatísticas aplicáveis a todos os casos a propósito dos quais se possa suscitar a aplicação da perda de oportunidade³³⁶, pois, tratando-se de um método de tratamento de informação recorrentemente utilizado na área da saúde³³⁷, o mesmo já não se pode dizer, por exemplo, no caso da atividade judicial, mais concretamente sobre a forma como os tribunais decidem. Perante este obstáculo, o STJ, no Ac. 14/03/2013 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA) esclarece que “O dano traduzir-se-á (...) na *perda de uma certa probabilidade de ganhar a ação*, seja a parte Autora, ou ré; e esta afirmação é independente da dificuldade de *quantificação* dessa probabilidade”. Apenas se exige, de forma pouco precisa, que “a *probabilidade* de ganho há-se ser elevada, sob pena de incompatibilidade com o regime legal”. Sobre isto, a doutrina entende que o desfecho de um processo judicial caracteriza-se por uma inevitável aleatoriedade³³⁸. Além disso, mesmo quando se disponham de estatísticas, como assegurar que estas se mantêm atualizadas?³³⁹ Além de que as estatísticas assumem um conteúdo genérico que pode fazer tábua rasa de particularidades do caso

Il ne peut en effet être reproché à des juges du fond de s’être contentés d’avancer un chiffre de dommages-intérêts sans avoir déterminé expressément le degré de probabilité de la réalisation de la chance perdue, dès lors qu’ils précisent que la somme accordée répare bien simplement celle-ci”.

³³⁵ Sobre outras desvantagens do recurso às estatísticas, além das que iremos mencionar no texto principal, veja-se: MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 211, nota 36 (sobre o caso *Gregg v. Scott*) (“Like Lord Phillips (...), Lord Nicholls recognized the difficulties inherent in the use of medical statistics (...). (...) one could never be sure on which side of the statistical probability a claimant would actually fall...); KEN OLIPHANT, “Loss of Chance in (...)”, p. 1067 (“...determination of percentage chances on the basis of statistical evidence is a difficult task, often requiring expert assistance, and it must be recognized that the claimant’s chances may fluctuate over time...); TIMOTHY CRAIG ALLEN, “Loss of Chance Doctrine (...)”, p. 173 (“Pure loss of chance involves complex statistical analysis and expert testimony that may be confusing for the jury and result in inappropriate decisions”) (citação de BUCKLER S., *Loss of chance: recovery for the lost opportunity of survival-Matsuyama v. Birnbaum*, 890 N.E2d 819 (Mass. 2008) 5 *J Health Biomed Law* 2009; 117:123).

³³⁶ MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, p. 219: “The balance of probabilities standard of proof indeed retains merit as a pragmatic response to situations where we are not in possession of any statistics: it prevents the expenditure of too much energy on the weighing up and elimination of various less plausible rival accounts that might be offered (as alternatives to the breach of duty by the defendant) as to why the plaintiff’s injury occurred”. Consideramos insatisfatório que, em tais casos, quando não se dispõe de estatísticas aplicáveis, se resolva o problema da perda de oportunidade do modo sugerido por um dos juízes no caso *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*: “If the extent of that proved loss of chance or risk is clearly unascertainable, then the plaintiff is entitled to recover damages in full”.

³³⁷ MARC STAUCH, “Causation, Risk (...)”, p. 206; TIMOTHY CRAIG ALLEN, “Loss of Chance Doctrine (...)”, p. 172 (sobre a ordem jurídica dos EUA): “Currently, the loss of chance doctrine is limited to medical malpractice lawsuits, because “reliable expert evidence is more likely available than in other domains”.

³³⁸ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 25; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 191: “...(o resultado da acção) depende do concurso de múltiplos, e, normalmente, imponderáveis factores (a conduta processual das partes, a energia posta na condução da *litis*, o estado da doutrina e da jurisprudência no tempo e no lugar em que o juiz é chamado a pronunciar-se, o entendimento professado pelo julgador quanto à questão jurídica subjacente ao litígio objecto da acção, etc.). O êxito judicial é, por isso, função de múltiplos elementos que são estranhos ao cumprimento ou incumprimento do advogado...”. No Ac. STJ 05/02/2013 (HÉLDER ROQUE) e no Ac. STJ 29/04/2010 (SEBASTIÃO PÓVOAS), é apresentada a mesma ideia.

³³⁹ TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 313: “Claimants routinely rely on survivability statistics to support loss of chance claims. These statistics for cancer are measured by fixed sets of time, such as five or ten years, but at no other time”.

concreto. Aliás, pode-se considerar apenas a oportunidade de que uma pessoa média beneficiaria naquela situação, em vez de se considerar a oportunidade de que aquele concreto lesado beneficiava até então³⁴⁰. Acresce que a credibilidade³⁴¹ de estudos estatísticos pode ser questionável, podendo haver estudos sobre a mesma questão que apresentam conclusões diversas. Por exemplo, no caso *Hotson*, “(t)he defendant’s expert witness took the view that there was no chance (0%) of escaping the injury, while the claimant’s believed that there was a roughly even (50%) chance of recovery given prompt diagnosis and treatment. At first instance, the despairing judge resorted to taking the average of these two estimates (viz. 25%) as a measure of the chance which the plaintiff had lost; and he awarded damages set at the level of one quarter of that for an undisputed injury of that kind”³⁴². No caso *Gregg*, estas dificuldades também são demonstradas, pois as alegações do lesado tiveram de ser ajustadas, em virtude de se ter vindo a considerar relevante um estudo que, inicialmente, não fora considerado. De facto, “At first instance, Professor Goldstone, appearing for the claimant, thought that there was “a significant possibility that the cumulative delay in the plaintiff’s case has compromised his chance of a cure from over 80% to under 50%”. However, these figures had to be revised once the relevance of a 1998 research paper was accepted”³⁴³.

3.1.1. A fixação do limiar estatístico

Admitindo que se localizam estatísticas atuais e credíveis, qual é o limiar estatístico a partir do qual se passa a considerar que havia uma oportunidade merecedora de proteção pela

³⁴⁰ BOAZ SHNOOR, “Loss of Chance: A Behavioral (...)”, pp. 86-87; CHRIS MILLER, “Gregg v. Scott (...)”, p. 233; MARC STAUCH, *Causation, Risk (...)*, p. 218; TORY A. WEIGAND, *Loss of Chance in Medical (...)*, p. 313. ARMANDO BRAGA parece estar atento a esta questão, mas a sua opinião acaba por se revelar contraditória, pois considera a necessidade de se recorrer a estatísticas, mas, por outro lado, entende que a avaliação da perda de chance não se pode reconduzir a um raciocínio puramente matemático. Ora, parece-nos que, uma vez utilizando-se estatísticas, é inevitável a realização de uma avaliação matemática. Leia-se a afirmação do Autor: “A vantagem em causa que (poderia) surgir no futuro deve ser aferida em termos de probabilidade. O dano da perda de chance reporta-se ao valor da oportunidade perdida (estatisticamente comprovável) e não ao benefício esperado. O dano da perda de chance deve ser avaliado em termos hábeis, de verosimilhança e não segundo critérios matemáticos...” (*A reparação do (...)*, p. 87).

³⁴¹ TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, pp. 310-311 e 313; URS SCHWEIZER, “Legal damages (...)”, p. 159: “...computational errors and mathematical blunders are recurring”.

³⁴² CHRIS MILLER, “Loss of chance in personal (...)”, pp. 64-65.

³⁴³ CHRIS MILLER, “Gregg v. Scott (...)”, p. 228. Outro exemplo é representado pelo caso *Rachel Smith et al vs. State of Louisiana*: “All four doctors who gave evidence took the view that Smith had lost some chance (1-12%, 10-15%, 5% and 7-25%). The court opted for 7-12%.” (Diana Brahams, “Loss of chance of (...)”, p. 1604).

ordem jurídica? Uma hipótese é a fixação casuística de tal limite estatístico pelo juiz³⁴⁴. Outra hipótese é exigir a verificação de um limiar de 50% de probabilidade de sucesso anterior à ocorrência do facto ilícito³⁴⁵. Na jurisprudência portuguesa, como vimos³⁴⁶, chega-se a fixar, com base na equidade, que a probabilidade em causa é de 50%. Na prática, a apreciação de que se trata de uma oportunidade que beneficiava de uma probabilidade de concretização superior a 50% também pode acabar por ser tomada em consideração por opositores à figura da perda de oportunidade. Atendendo-se às regras tradicionais da causalidade, e dispensando-se a noção de dano intermédio ou até mesmo negando que está em causa uma flexibilização do nexo de causalidade, pode-se admitir a responsabilização do agente nesses casos, na medida em que o nexo de causalidade chega a ser demonstrado com suficiente certeza. É o que pode acontecer nos ordenamentos jurídicos inglês e estado-unidense, pois vimos que aí recorre-se ao *balance of probabilities*³⁴⁷, mas não no ordenamento jurídico alemão, onde se é muito mais exigente no preenchimento do nexo de causalidade, como se referiu. Sendo assim, uma ordem jurídica como a última dispõe de menos margem de manobra em torno da adoção da figura da perda de oportunidade, daí que talvez se compreenda que esta tenha avançado com a implementação da solução de inversão do ónus da prova para a negligência médica, quando em causa negligência grosseira³⁴⁸.

Há que reconhecer que os problemas acabados de levantar, em torno do uso de estudos estatísticos, não constituem uma novidade exclusiva da aplicação da perda de oportunidade, pois o recurso a estes já faz parte do exercício da atividade judicial³⁴⁹. Todavia, está-se agora a considerar uma questão muito delicada e que se prende com a possibilidade de se

³⁴⁴ Contra esta possibilidade, RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 218 e 433: “Não nos parece (...) acertado estabelecer um valor rígido aplicável, em geral, como limiar de ressarcibilidade. Só perante a hipótese concreta - à luz dos seus contornos e da natureza dos bens afectados, por exemplo - se poderá avaliar onde deve ser colocada a fasquia delimitadora *in casu*”.

³⁴⁵ KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, p. 545; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 151: “...a Corte di Cassazione (no de 19/11/1983, n.º 6906) veio esclarecer que o ónus da prova da existência da *chance*, enquanto dano indemnizável, compete ao lesado, nos termos gerais, e que satisfaz esse ónus quem demonstre uma probabilidade de concretização do resultado a que a *chance* se refere superior a 50%”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 216 (a Autora enumera três autores que adotam esta solução: MAURIZIO BOCCHIOLA, MASSIMO FRANZONI e RENATO PARTISANI). Perante isto, vê-se como esta solução goza de relativa divulgação, o que provavelmente resulta das tradicionais preocupações em torno do preenchimento do nexo de causalidade.

³⁴⁶ Veja-se a p. 35.

³⁴⁷ Vejam-se as pp. 13-14, 18, 21-22.

³⁴⁸ Vejam-se as pp. 31-32.

³⁴⁹ KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, p. 555: “...King (...) points out that statistics are already used in the causation process”.

responsabilizar civilmente alguém que, não fora a teoria da perda de oportunidade adotada nestes termos, muito provavelmente não o seria³⁵⁰.

3.2. Conclusões sobre as exigências de “seriedade”

Em nosso entender, uma admissibilidade plena e coerente da perda de oportunidade (quer se esteja a considerar uma noção de dano intermédio, quer uma flexibilização do nexo de causalidade) implicaria que não se adotasse um critério de “seriedade”, pois, caso contrário, o lesado, que perdeu uma oportunidade, afinal pouco séria, não terá direito a qualquer indemnização³⁵¹. Em nosso entender, uma aplicação coerente da perda de oportunidade não poderia depender de tais exigências, sobretudo porque existirão sérios riscos de verificação de arbitrariedades³⁵². Além disso, a formulação destas exigências torna-se ainda mais dificilmente aceitável para aqueles autores que defendem o reconhecimento de um novo dano, pois baseiam-se na ideia, por nós não aceite³⁵³, de que a oportunidade é autónoma. Ora, se esta fosse autónoma, podendo a sua extinção configurar um dano juridicamente relevante, não entendemos como é que poderia ser considerada pela ordem jurídica nuns casos e não noutros³⁵⁴. Assim, parece-nos que, idealmente, devia ser irrelevante tratar-se de uma oportunidade de 2% ou 60%³⁵⁵ ou de uma oportunidade muito provável ou improvável,

³⁵⁰ SÉRGIO RAMOS CARDOSO, *Responsabilidade civil da administração (...)*, p. 70: “A utilização da probabilidade pelo juiz está sujeita a limitações, devendo apenas servir de auxílio na determinação dos factos tidos como evidentes (sublinhado nosso), a partir dos quais será posta em prática a regra jurídica. A probabilidade só deve servir na determinação dos factos...”

³⁵¹ A prática nos EUA aponta no sentido da opinião por nós defendida: “...virtually any stated loss has been found to be sufficient to present a jury issue” (Tory A. Weigand, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 307).

³⁵² JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, pp. 21, 28, nota 50: “...quando se entra no âmbito do problema colocado pela categoria da *chance* não é legítimo distinguir entre “mais provável que não” e “meramente possível...” (citação de MARIO BARCELONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, EDC, 4, 2011, p. 966); M.ª LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, pp. 156-157; RALPH FRASCA, *Loss of Chance Rules (...)*, p. 99: “The definitive statement of the proportional loss of chance rule is usually credited to Joseph H. King (...). The underlying notion is that if there is an even or less than probable chance the patient will not survive, it is inappropriate for the victim to walk away with nothing”; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 161; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 216-217 (fazendo referência à opinião de C. MASSIMO BIANCA, ZENO-ZENCOVICH, CRISTINA SEVERIE e ANNAMARIA PRINCIGALLI); ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 24.

³⁵³ Vejam-se as pp.42-44.

³⁵⁴ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 28, nota 51: “...“se a *chance* é um bem autónomo condição necessária e suficiente para que a *chance* seja ressarcida é a subsistência de uma possibilidade de resultado, seja qual for a sua probabilidade” (citação de ALESSANDRO GASPARINI, “La perdita di chance: danno risarcibile ed accertamento del nesso causale. Giurisprudenza italiana e francese a confronto”, in *Contratto e Impresa*, Europa, 2008, p. 344).

³⁵⁵ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 269: “...por que razão é indemnizável a *chance* que se traduza numa probabilidade de adjudicação superior a 50% ou 30% (...) e já não a que apresente uma probabilidade de apenas 40% ou mesmo 20%?”.

se não for possível apurar valores concretos de probabilidade³⁵⁶. Em ambos os casos, aquele que vê a sua oportunidade extinguir-se devia ter direito a uma indemnização. A diferença entre a maior ou menor “seriedade” da oportunidade entre casos concretos diversos seria repercutida no valor da indemnização³⁵⁷.

Quanto à provável inundação dos tribunais com ações por perda de oportunidade, uma vez que os lesados poderiam mais facilmente obter uma indemnização, a triagem estaria garantida. Nos casos de oportunidades pouco prováveis, os lesados sentir-se-iam demovidos de investir numa ação judicial em virtude de uma ponderação entre os custos da mesma e o reduzido valor da eventual indemnização³⁵⁸.

Deste modo, impedir-se-ia a ocorrência de situações insustentáveis, como o tratamento tão diverso de casos em que a probabilidade de concretização da oportunidade era de 49% e de casos nos quais a probabilidade era de 51%³⁵⁹. Explicando melhor, optando-se, por exemplo, pela consagração da barreira dos 50%, no primeiro caso, o lesado não teria direito a qualquer indemnização, enquanto, no segundo caso, encontrando-se numa situação muito semelhante à primeira, já teria direito a 51% do valor correspondente ao dano final³⁶⁰ ou a algum valor determinado com base na equidade, como tem acontecido na ordem jurídica

³⁵⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 230-231: “O *quantum* da indemnização corresponderá ao valor daquela utilidade reduzida em proporção a um coeficiente que traduza o grau desta probabilidade”, nota 595: “Este método é professado, em regra, por aqueles Autores que não exigem uma probabilidade mínima de 50%, para reparação da perda de chance”; TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 304: “The majority (das jurisdições nos EUA) measure or “limit” damages to the value of the loss of chance alone (...) Some multiply full damages by the patient’s chance of survival at the time of the misdiagnosis or by the difference in the chance at the time of the alleged negligence versus the chance at the time proper treatment and actual diagnosis”.

³⁵⁷ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 28, nota 50: “...a relevância da não aplicação de um protocolo terapêutico de êxito objectivamente incerto (com a consequente responsabilidade de quem lhe deu causa) dá-se prescindindo do carácter muito provável ou apenas possível da cura ou da melhoria das condições de vida do paciente”, embora o Autor admita que tal pode interessar quando se quantifica o valor da *chance* perdida” (citação de MARIO BARCELONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, EDC, 4, 2011, p. 966); RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 171-172: “...a *Corte di Cassazione* (no caso de 18/09/2008, n.º 23846, sobre a não realização de diagnóstico) retira todas as consequências da autonomia da *chance* e acaba por sustentar que o grau de probabilidade da sua concretização não releva na identificação de um dano indemnizável, mas incide apenas na determinação do respectivo *quantum* indemnizatório”.

³⁵⁸ TIMOTHY CRAIG ALLEN, *Loss of Chance (...)*, p. 173.

³⁵⁹ KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, p. 547: “In *Waffen (Waffen v. United States, 1986)*, the court of appeals recognized a cause of action and noted the difficulty in drawing a distinct line for imposing liability at a fifty-percent chance of survival: This distinction would require “pseudo-scientific precision and [would] encourage a battle of experts between one who evaluates the lost chance at forty-nine percent and the other who estimates it closer to fifty-one percent” (referência do caso em causa: 799 F.2d 911 (4th Cir. 1986)).

³⁶⁰ Isto recorrendo-se ao método de cálculo proposto por King: “King ultimately suggests that an appropriate method of the valuation of chance is a multiple equal to the absolute percentage of chance lost” (ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, pp. 24-25).

portuguesa³⁶¹. Claro que esta situação pode e deve ser encarada como uma melhoria relativamente à solução de “tudo ou nada”, normalmente implementada pelos tribunais que não reconhecem a figura da perda de oportunidade e aplicam o *balance of probabilities*. Neste caso, o lesado terá direito a uma indemnização correspondente ao valor do dano final, quando conseguir demonstrar uma probabilidade superior a 50%, enquanto aquele lesado que só consegue demonstrar uma probabilidade de “apenas” 49%, também nesta hipótese, não terá direito a qualquer indemnização. Assim, perante esta última abordagem, a disparidade de tratamento das situações consegue ser ainda maior³⁶².

Considerando-se as duas alternativas apresentadas, constata-se que, quer se negue a doutrina da perda de oportunidade, quer se adote a doutrina da perda de oportunidade, consagrando-se o limite dos 50%, o lesado que não provar que a sua oportunidade beneficiava de uma probabilidade superior a 50% fica sem nada. Assim, temos dificuldade em entender a intenção dos defensores da perda de oportunidade que, com poucas explicações, a fazem acompanhar de um limite de 50%, ou de qualquer outro limite. É verdade que já se opera uma correção da injustiça até então verificada, (a indemnização de uma pessoa que, tendo perdido uma oportunidade, recebia uma indemnização no valor do dano final). Contudo, não se pode deixar de indagar o porquê de não se aproveitar todo o potencial da perda de oportunidade, ou seja, passar-se a considerar todas as oportunidades, independentemente da respetiva probabilidade. Claro que terá de se tratar de uma oportunidade de que a pessoa efetivamente beneficie, não de um sonho³⁶³.

Outra modalidade de aplicação da perda de oportunidade, que também desaprovamos, implica que a fixação de um limiar de 50% de probabilidade sirva para atribuir uma indemnização correspondente ao dano final, quando seja demonstrada a sua ultrapassagem. No caso contrário, será atribuída uma indemnização nos termos característicos da perda de oportunidade, isto é, atribuindo-se uma percentagem do valor do dano final, correspondente à probabilidade de concretização da oportunidade que se conseguiu demonstrar. Portanto, há

³⁶¹ Veja-se a p. 35.

³⁶² JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 46: “Ela (doutrina da perda de oportunidade) denuncia as limitações e as eventuais injustiças decorrentes do princípio do tudo ou nada (toda a indemnização ou a sua recusa consoante se demonstre ou não a existência do nexa causal)...”; LAURENT BIERI, PIERRE MARTY, “The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System”, *Journal of European Tort Law*, 2, 2011, pp. 23-24.

³⁶³ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 21; *IDEM*, “Sobre o dano (...)”, p. 11, nota 9, p. 12, nota 12. No Ac. RP 19/02/2013 (VIEIRA E CUNHA):...o ressarcimento do dano positivo (no caso, do dano da “perda de chance”, por perda de uma candidatura para atribuição de subsídio) implica causalidade adequada entre o incumprimento contratual da Ré sociedade, que fundamenta a resolução do contrato peticionado, e o referido dano positivo; tal causalidade não ocorre se a Ré sociedade não tinha condições subjectivas para cumprir o contrato de prestação de serviços, relativos à apresentação da candidatura...”.

uma combinação da solução de “tudo ou nada”, quando a probabilidade é superior a 50%, com a solução típica da perda de oportunidade, quando a probabilidade é inferior a 50%³⁶⁴.

Além de não ficarmos satisfeitos com a necessidade de demonstração de que a oportunidade era mais ou menos consistente, consideramos que a teoria da perda de oportunidade deveria incluir quer casos de perda de oportunidade num sentido literal, isto é, quando a oportunidade se extingue, quer casos em que ocorre apenas uma redução do grau de probabilidade da mesma³⁶⁵. Isto quer dizer que considerando-se que a oportunidade constitui um valor suficientemente relevante para merecer ser tutelado pela ordem jurídica,

³⁶⁴ DIANA BRAHAMS, “Loss of chance of (...)”, p. 1604: “The court decides that the hospital’s negligence was a substantial factor in depriving Smith of a 10% chance of surviving his disease for 5 years (after which recurrence is rare) and awarded 10% of the full value of the claim (...). (Had the plaintiffs proved 51% loss of chance 100% damages would have been payable)...”; RALPH FRASCA, *Loss of Chance Rules (...)*, pp. 100-101: “The asymmetrical determination of damages has been widely criticized in the literature”; ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 27; TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 304: “The jurisdictions (nos EUA) that have adopted loss of chance also differ over quantifying damages. A minority of them awards full damages or compensation for the ultimate harm”. Mais uma vez, entendemos que, embora sejamos céticos em torno da admissibilidade da perda de oportunidade como dano autónomo, KING retira consequências coerentes de tal pressuposto: “In maintaining that the physician should be responsible only for the chance which he caused the patient to lose, KING extends his system of valuation to cases in which the plaintiff shows a better-than-fifty percent chance of survival” (KEVIN JOSEPH WILLGING, “Falcon v. Memorial Hospital (...)”, p. 555). Entre a jurisprudência, do nosso lado, Ac. RL 13/12/2012 (EZAGÜY MARTINS): “Ora ponto é que mesmo para aqueles que admitem a relevância autónoma da perda de *chance* - seja enquanto dano indemnizável, seja enquanto critério operativo no domínio da causalidade - nunca o valor da oportunidade perdida poderá corresponder ao benefício esperado, e, designadamente, ao pedido na acção em que o referido incumprimento de mandato se verificou”, Ac. STJ 05/02/2013 (HÉLDER ROQUE): “...a reparação da perda de uma chance (...) não pode ser igual à vantagem que se procurava. (...) a indemnização não pode ser nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final”; contra a nossa posição; contra a nossa posição, Ac. STJ 21/03/2013 (OLIVEIRA VASCONCELOS): “Quanto ao grau de probabilidade de alcançar o pagamento do cheque e situando-se a questão na eficácia do exercício das oportunidades acima referidas, não temos elementos que nos conduzam a uma solução segura. Sendo assim e na inoperância deste critério, temos que utilizar a equidade, nos termos do n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil. E utilizando a equidade, temos que a solução mais justa seria fazer coincidir o prejuízo do Autor com o montante do cheque”.

³⁶⁵ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 45: “E a distinção (entre matar e eliminar as chances de sobrevivência) 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 lesado”. Sobre a tendência para se aceitar esta posição, por nós defendida, nos EUA, veja-se JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 10, nota 6. Sobre a mesma posição, a favor, M.ª LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 159; contra, NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 6: “The element of a loss distinguishes cases of a lost chance from cases of a mere exposure to risk or an increase of risk. (...) Thus, whereas in *Hotson v East Berkshire Health Authority* the plaintiff really lost a 25 per cent chance of recovery, nothing like that happened in *Wilsher v Essex Health Authority*. In the latter case, the defendant carelessly added a further risk to the plaintiff’s already endangered situation. But he did not destroy any chance”, p. 12: “It could be argued that there is no difference between an exposure to a risk and destroying a left chance if the only thing that matters is the causal contribution to a final injury. But this is not the case. People apparently do regard destroying chances as being different from adding a risk”. Não podemos concordar sem mais com a ideia da última frase, por exemplo não nos parece que essa ideia possa ser tomada como óbvia, quando está em causa um doente de cancro que vê a probabilidade de vir a falecer aumentar. cremos que essa situação também pode ser encarada como uma traição e gerar um forte sentimento de revolta por parte do paciente. PAULO MOTA PINTO faz depender a questão da norma em causa: “se o âmbito da protecção garantida pela norma violada ou pelo bem afectado *inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão*” (*Interesse contratual (...)*, p. 1106, nota 3103).

não há razão para no fim fazer depender tal tutela de probabilidades. Fazendo tal distinção, mais uma vez, poder-se-iam criar situações peculiares como a de uma pessoa que visse a sua probabilidade de cura diminuir dos 40% para os 10% não receber nada, enquanto outra que visse a sua probabilidade de cura passar dos 3% para 0% já teria direito a ser indemnizada.

A nosso ver, apenas uma crítica pode ser feita à posição por nós considerada sobre a aplicação da perda de oportunidade e que é avançada por ZAVEN T. SAROYAN³⁶⁶. Como considerámos, a redução da chance de 2% para 1% implicaria que o lesado recebesse apenas 1% do valor do dano final ou um valor, que, determinado com base na equidade, traduziria a redução pouco significativa da probabilidade de a oportunidade se concretizar. Desta maneira, ignora-se que, em boa verdade, esta redução, aparentemente pouco significativa, corresponde a uma perda de 50% por referência à oportunidade inicial. Deste modo, o significado de tal perda para o lesado acaba por se aproximar do significado da perda daquele que vê a sua oportunidade passar de uma probabilidade de 40% para 20%³⁶⁷. E o autor considera que esta constatação deve repercutir-se na determinação do valor da indemnização. No entanto, o Autor baseia esta crítica em considerações exclusivamente relativas à negligência médica, ou seja, na necessidade de se assegurar a maior diligência dos médicos quando lidam com pacientes, cuja probabilidade de virem a falecer se apresenta muito elevada, ou, na perspetiva inversa, quando a respetiva probabilidade de recuperação é pouco significativa³⁶⁸. Isto, porque o Autor entende que, a não ser assim, os médicos não irão dispor de incentivo que os obrigue a tratarem diligentemente este grupo de pacientes mais frágeis. Por muito sentido que esta opinião possa fazer, não se pode, com base nela, cair no risco de se acabar por exigir mais dos médicos em casos de quase-morte do que em casos pouco ou nada graves. Deve-se preservar a ideia de que o nível de diligência a exigir-se do médico deve ser o mais alto possível em qualquer caso, já que, frequentemente, várias situações graves podem inicialmente manifestar-se através de sintomas pouco preocupantes³⁶⁹. Como prova, basta recordar o caso *Barnett*³⁷⁰, no qual o

³⁶⁶ ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 35, nomeadamente: “This approach is both unjust and ineffective at encouraging doctors to be more diligent”, pp. 39-40.

³⁶⁷ ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 35: “While a 1% loss when one has a 45% chance at life is statistically insignificant, it is logical that as the percentages get lower, they become much more valuable”.

³⁶⁸ ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 39.

³⁶⁹ TIMOTHY CRAIG ALLEN, “Loss of Chance Doctrine (...)”, p. 173: “[n]ot every patient presents to a physician with “classic” signs and symptoms” (citação de *Chicago brain hemorrhage misdiagnosis lawyers*. Available at: <http://www.cirignani.com/Brain-Injuries/Missed-Brain-Hemorrhage.shtml>. Accessed April 9, 2011); TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical...”, p. 311: “...such an assertion is particularly unsupported in many failure to diagnose cases, as the physician does not realize at the time of the purported negligence that the patient is ill”.

Tribunal tomou em consideração que não seria possível, no tempo curto de vida que o paciente teve, depois de ter sido envenenado com arsénico, detetar-se o envenenamento com base nos sintomas apresentados.

4. Domínios especiais de aplicação

4.1. Responsabilidade contratual / responsabilidade extracontratual

Além de encontrarmos obstáculos à admissibilidade da perda de oportunidade, pelo menos como dano autónomo, e de nos depararmos com algumas injustiças em torno da admissibilidade da mesma, não podemos admitir, nomeadamente na ordem jurídica portuguesa, o que tem vindo a acontecer na ordem jurídica inglesa e que se reconduz a um reconhecimento parcial da perda de oportunidade. Está em causa o entendimento de acordo com o qual a perda de oportunidade pode ser reconhecida quando suscitada por incumprimentos contratuais, geradores de perdas patrimoniais, sendo este entendimento simbolizado, na ordem jurídica inglesa, como se referiu, pelo caso *Simmons*³⁷¹. Na ordem jurídica portuguesa, CARNEIRO DA FRADA³⁷² considera apropriada a aplicação da perda de oportunidade no contexto da responsabilidade contratual³⁷³, mais do que a propósito da responsabilidade delitual³⁷⁴, referindo-se aos casos nos quais, em virtude da celebração de um contrato que não veio a ser cumprido, o lesado perdeu a oportunidade de celebrar um contrato alternativo. Além disso, há quem saliente que, na sua origem, a perda de oportunidade estava associada a esta modalidade de responsabilidade civil³⁷⁵. A maior facilidade em torno do reconhecimento da perda de oportunidade no contexto da

³⁷⁰ Veja-se a p. 16.

³⁷¹ Vejam-se as pp. 21-22 e 37.

³⁷² Veja-se a p. 33.

³⁷³ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 19: “...a introdução da perda de *chance* parece um caminho sedutor, pelo menos no domínio da responsabilidade negocial (...). (...) alguns Autores, mormente italianos, não deixam de sublinhar que é mais fácil admitir a existência de tal dano no domínio do negócio jurídico e, designadamente, do contrato”.

³⁷⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 104; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 9: “...to distinguish Allied Maples from other cases. The first is that there was a special contractual relationship between the parties, which might also be relevant for their tort liability”.

³⁷⁵ ZAVEN T. SAROYAN, “The current injustice (...)”, p. 18: “In the law, the doctrine of loss of chance originated as a theory of contract”.

responsabilidade contratual baseia-se no facto de o próprio contrato fixar o objeto da prestação, podendo este incluir a concretização de oportunidades³⁷⁶.

Além disso, a questão poderia parecer pertinente em virtude dos diferentes regimes de prova. Na responsabilidade contratual, o lesado tem a seu favor uma presunção de culpa, prevista no art. 799.º, CC, diferentemente do que se passa na responsabilidade delitual. Assim, poderia parecer que na responsabilidade contratual seria mais fácil admitir-se a perda de oportunidade, por o lesado ter um ónus da prova menos pesado. Todavia, tal ideia não beneficia de grande potencial, pois a presunção prevista no regime da responsabilidade contratual não inclui o nexo de causalidade, dificuldade que a doutrina da perda de oportunidade visa contornar. O cenário será diverso para quem concorde com a opinião de MENEZES CORDEIRO³⁷⁷, de acordo com a qual o disposto no art. 799.º, n.º 1, CC, pressupõe a noção de *faute*, de origem francesa, que inclui culpa, ilicitude e nexo de causalidade.

Sobre a eventual aplicação exclusiva da perda de oportunidade ao domínio da responsabilidade civil contratual, não podemos aceitar esta ideia. Desde logo, não podemos admitir os argumentos apresentados no ordenamento jurídico inglês e que referimos na parte do trabalho dedicada a este ordenamento³⁷⁸. Atendendo às regras estritas de causalidade vigentes das quais os tribunais têm dificuldade em afastar-se, não existem razões para se aceitar a perda de oportunidade nestes casos mais do que em qualquer outro caso. Parece até que, subjacente a esta restrição da aplicação da perda de oportunidade, se encontra a negação de relevância aos danos não patrimoniais para efeitos de atribuição de uma indemnização por responsabilidade civil³⁷⁹. Além disso, há doutrina que não deixa de

³⁷⁶ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 104, sobre contratos em geral: “Se no plano contratual, a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “chance” a bem jurídico protegido pelo contrato), no campo delitual esse caminho é bem mais difícil de trilhar...”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 385-386, sobre contratos de prestação de serviços médicos em particular.

³⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...*, pp. 469-470, 485 ss.

³⁷⁸ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 215 (sobre o caso *Gregg v. Hotson*): “In his judgment, Lord Hoffmann admitted that the distinction was “apparently arbitrary” but based on policy considerations. However, these considerations were not fully explored by his Lordship”. Para se recordar os argumentos referidos atrás, vejam-se as pp. 21-22.

³⁷⁹ MARGARET FORDHAM, “Loss of chance-a lost (...)”, p. 215: “Given the law’s requirement that personal injuries should in fact be compensated with damages-however unsatisfactory and inexact such compensation may be-why should the loss of a chance of avoiding such injuries not be compensated in the same way?”; NILS JANSEN, “The Idea of (...)”, p. 9: “...as interests in not being harmed physically are generally recognised as deserving a stronger protection in tort law than pure economic interests, the argument should rather be that it is chances to survive and to avoid physical injury which should be protected! Otherwise different weights would be assigned to principles in comparable situations, and this would lead to legal inconsistency”.

associar a perda de oportunidade quer à responsabilidade contratual, quer à responsabilidade extracontratual³⁸⁰.

4.2. Negligência médica

Ainda sobre o âmbito de aplicação da perda de oportunidade à responsabilidade civil contratual, assiste-se a uma outra tendência, mas, agora, em vez de se restringir a aplicação da figura a casos de danos patrimoniais, esta é restringida a casos nos quais dominam os danos não patrimoniais, isto é, aos casos de negligência médica. Esta tendência, recorde-se, sente-se especialmente na ordem jurídica estado-unidense³⁸¹, ao contrário do que se passa na ordem jurídica portuguesa³⁸². Apesar da natureza dos danos em causa ser diversa, entendemos que podemos retirar daqui mais um argumento que obsta à restrição da perda de oportunidade à responsabilidade contratual, seja qual for o tipo de dano em causa (patrimonial ou não patrimonial). Trata-se do facto de que a prestação do serviço médico pode enquadrar-se quer na responsabilidade contratual, hipótese mais provável³⁸³, quer na extracontratual³⁸⁴, sendo indispensável a defesa do carácter unitário do ato médico³⁸⁵. O ato médico deve estar sujeito à mesma valoração e ao mesmo tratamento tanto nas situações em que é prestado num consultório privado, não havendo dúvidas sobre a celebração de um contrato entre o médico e o paciente, como nas situações nas quais o paciente é tratado pelo

³⁸⁰ BOAZ SHNOOR, “Loss of Chance: A Behavioral (...)”, p. 93: “...the theory behind LOC is not based on any contractual rationale but is rather based on classic tort rationales. These rationales are not dependent on the prior relations between the parties. Therefore, even though LOC originated from contract law, this argument seems to be unfounded”; JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 19: “...nos ordenamentos em que existe um dano “autónimo” de perda de *chance* ou de perda de oportunidade, este seja, em regra, reconhecido tanto no domínio da responsabilidade negocial...”; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 115: “...a jurisprudência francesa aceita a aplicação da noção de perda de *chance* de forma muito ampla. (...) tem encontrado, em França, campo fértil, quer na área da responsabilidade delitual, quer na da responsabilidade obrigacional...”; TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 301: “...the loss of chance doctrine can be traced to both early contract and tort cases...”.

³⁸¹ Veja-se a p. 23.

³⁸² Veja-se a p. 34.

³⁸³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 60-61.

³⁸⁴ HENRI MAZEAUD..., *Traité Théorique (...)*, pp. 563-564; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 62-69.

³⁸⁵ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 115: “Dir-se-á que o ato médico é idêntico substancialmente, onde e como quer que seja praticado.” Optamos por salientar esta afirmação do Autor, pois discordamos quando incentiva a diferenciação entre a responsabilidade contratual médica e a responsabilidade extracontratual médica (p. 115). Parece-nos irrealista considerar que, mesmo no âmbito da responsabilidade contratual, existem condições para se admitir que paciente e médico venham a assumir “a possibilidade de avaliar os seus interesses e convencionar um conteúdo contratual que os sirva” (p. 115). Tal cenário poderá admitir-se eventualmente no contexto da cirurgia plástica, mas não nos parece que seja ou venha a tornar-se comum na atividade médica o hábito de negociação mais detalhada do conteúdo do contrato de prestação médica a ser celebrado, tanto que, na maioria das vezes, o paciente nem disporá dos conhecimentos necessários para poder entabular tais negociações.

médico no seguimento de ter sido auxiliado por uma ambulância, tendo chegado inanimado às urgências de um hospital público³⁸⁶. Além disso, JÚLIO GOMES questiona a possibilidade de se afastar, no que diz respeito a danos indemnizáveis, a responsabilidade contratual da responsabilidade extracontratual³⁸⁷.

Outro argumento que exige cautela quanto ao reconhecimento da perda de oportunidade em casos de negligência médica, mas que, agora, já não se prende com o confronto entre responsabilidade contratual e extracontratual, prende-se, por sua vez, com o desconhecimento das repercussões que a introdução de uma figura como esta pode ter. Esta preocupação tem sido evidenciada, como vimos, no ordenamento jurídico inglês, a propósito dos valores dos seguros de saúde, sendo estranhamente ignorada nas outras ordens jurídicas, com exceção da ordem jurídica estado-unidense³⁸⁸. Parece-nos que estas implicações devem relevar em qualquer ordenamento jurídico quando se trate o tema da perda de oportunidade e respetiva admissibilidade.

Outra eventual consequência, relativa aos casos de negligência médica, diz respeito ao desenvolvimento de uma medicina defensiva³⁸⁹. A admissibilidade da perda de oportunidade constituirá um incentivo para mais pacientes recorrerem aos tribunais. De acordo com CARNEIRO DA FRADA³⁹⁰, aquilo que poderia ser visto como uma correção de desequilíbrios motivada por motivos de justiça social pode então desencadear um efeito perverso³⁹¹. Perante a maior probabilidade de se verem envolvidos em ações de responsabilidade civil, os médicos passariam a exercer a sua atividade de forma particularmente cautelosa, podendo esta excessiva cautela funcionar em prejuízo dos pacientes. Médicos e outros profissionais do setor da saúde passariam a inundar o paciente com informações técnicas e opções de tratamento, quando estes não dispõem de conhecimentos para lidar com tal tipo de informação, ou a exigir a realização excessiva de

³⁸⁶ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, pp. 62-69.

³⁸⁷ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 20: “...o legislador português (...) não parece ter partido da premissa de uma irreduzível diversidade entre a responsabilidade contratual ou negocial, por um lado, e a responsabilidade delitual, por outro, mas antes da premissa oposta, já que construiu um regime em grande medida unitário da obrigação de indemnização”. Outros autores, embora não considerando a perda de oportunidade em particular, não deixam de se referir à proximidade de regimes entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual (Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 542; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, pp. 521-522; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, pp. 317-319).

³⁸⁸ Veja-se a p. 20.

³⁸⁹ CARNEIRO DA FRADA, “*Direito Civil (...)*”, p. 104: “...é de ponderar, a propósito da responsabilidade médica, em que se lida constantemente com “chances” de cura (ou probabilidades de dano), até que ponto se deve ir no fazer da responsabilidade um incentivo à diligência do médico, obrigando-o a indemnizar danos que não é certo terem ocorrido devido à infracção dos deveres médicos”.

³⁹⁰ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 116.

³⁹¹ TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 312.

exames, de modo a desresponsabilizarem-se caso algo não corra da melhor forma possível, o que tornaria os diagnósticos mais demorados e criaria novos riscos para a saúde dos pacientes. Por outro lado, podem deixar de recorrer a meios de diagnóstico ou tratamento que representem maiores riscos³⁹².

4.3. Outros domínios especiais de aplicação (a posição de JÚLIO GOMES)

A proposta de JÚLIO GOMES, ao exigir a densificação da oportunidade³⁹³, tem também implicações na definição dos domínios de aplicação da figura, pois o Autor identifica contextos nos quais ocorre uma maior consolidação da oportunidade. Embora tal afirmação possa muitas vezes ser verdadeira, cremos que é necessário que se tomem as devidas precauções para que não se retire sem mais a conclusão de que os exemplos enumerados pelo Autor (“perda de um bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado de um concurso ou de uma fase posterior de um concurso”³⁹⁴) se caracterizam necessariamente pela identificação de uma oportunidade particularmente sólida em comparação com a oportunidade perdida num contexto diverso. Por exemplo, é do conhecimento geral que, em vários concursos para obtenção de uma promoção ou de um emprego, participa um universo extenso de candidatos, muitos deles tendo uma possibilidade praticamente irrisória de atingirem o pretendido, e, frequentemente, os próprios candidatos têm noção disso. Sendo assim, não parece que se possa considerar, sem mais, o contexto de um concurso como indicador de uma oportunidade mais sólida e, como tal, merecedora de proteção pelo ordenamento jurídico, justificando, mais do que noutros casos, a aplicação da figura da perda de oportunidade.

³⁹² RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 438. Além destes riscos, parece-nos também que isto proporcionará maiores desigualdades entre a prestação de serviços médicos no serviço público e no setor privado, pois no último, em virtude de uma eventual maior disponibilidade de recursos, quer por parte das entidades prestadores dos serviços, quer por parte dos pacientes, será mais fácil o desenvolvimento de uma medicina defensiva, ficando os médicos do setor público numa posição mais difícil para se protegerem de ações por perda de oportunidade.

³⁹³ Veja-se a p. 33.

³⁹⁴ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 44.

4.4. Conclusões sobre a delimitação de domínios especiais de aplicação da perda de oportunidade

Independentemente das considerações que possam ser feitas sobre uma aplicação restrita da perda de oportunidade, quer se trate de responsabilidade contratual e/ou de negligência médica ou de outros casos, temos sempre dúvidas, *de iure constituto*, quanto à admissibilidade da perda de oportunidade. Isto, porque, de todo o modo, as fragilidades por nós apontadas (a falsa autonomia da oportunidade e a insuficiência do nexa causal³⁹⁵) estão presentes³⁹⁶. Além do mais, apesar de se identificar situações onde a aplicação da perda de oportunidade é mais provável, podem-se encontrar as mais variadas referências a casos onde a questão da perda de oportunidade foi suscitada. Por exemplo, a perda de oportunidade não tem de ser exclusivamente associada aos dois grupos profissionais referidos (médicos e advogados), podendo também dizer respeito a casos de responsabilidade profissional que envolvam contabilistas, arquitetos, engenheiros e, ainda, comissionistas que deveriam ter participado num leilão³⁹⁷³⁹⁸. Outros casos, menos comuns, dizem respeito à possibilidade de se propor uma ação por perda de oportunidade de se vir a obter apoio financeiro por parte de um familiar falecido³⁹⁹. Assim, parece-nos que, quando se reflete sobre a admissibilidade da perda de oportunidade, há que considerar todo o domínio da responsabilidade civil⁴⁰⁰⁴⁰¹.

³⁹⁵ Vejam-se as pp. 42-47.

³⁹⁶ LEE YEOW WEE DAVID, “Proving causation (...)”, p. 426.

³⁹⁷ Não cremos que um caso no qual o comissionista não participa no leilão como combinado com o interessado numa dada peça se configura necessariamente como uma hipótese de perda de oportunidade. Se estava fixado entre ambos um valor máximo que o cliente admitia pagar pelo bem e se o mesmo bem vem a ser vendido por um valor muito superior, pode-se ter a certeza que a oportunidade do cliente do comissionista se teria extinguido de qualquer forma. Aqui, não se verifica a incerteza se o suposto lesado teria ou não sofrido o dano, não fosse a atuação do terceiro, pois sabe-se que este teria efetivamente visto a sua oportunidade não se concretizar.

³⁹⁸ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 191, nota 471.

³⁹⁹ M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 139; YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, pp. 45-47.

⁴⁰⁰ M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 137; TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 301; RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, pp. 115 e 126: “O elemento comum entre todos os casos abrangidos pela perda de *chance* seria, portanto, a impossibilidade de demonstrar que, na ausência da falta cometida, o dano final não se teria produzido”; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 187: “As constelações de *facti-species*, que suscitam a aplicação da figura da perda de chance são muito variadas, na medida em que ela pode ser convocada para a resolução de qualquer hipótese em que um comportamento potencialmente gerador de responsabilidade provoca o malogro de uma possibilidade (chance) de obter, no futuro, uma vantagem ou de evitar uma desvantagem”; YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, p. 50: “Il n’y a pas de limites de principe, pas de domaine réservé. La notion peut s’appliquer aussi bien lorsque la chance perdue était d’obtenir un gain, que lorsqu’elle était d’éviter l’aggravation d’un état”. Para conhecimento de outros casos de perda de oportunidade, veja-se HENRI MAZEAUD..., *Traité Théorique (...)*, pp. 276-278; YVES CHARTIER, *La réparation (...)*, pp. 47-49.

⁴⁰¹ Chega-se mesmo a propor a aplicação da perda de oportunidade à responsabilidade por danos ambientais: “...recognizing LOC in the toxic torts context would lead to results which will be at least as advantageous as

4.5. *Floodgates* e casos-fronteira

Outro problema colocado pela perda de oportunidade e que também se prende com o respetivo domínio de aplicação diz respeito agora não à possibilidade de este ser indevidamente restringindo, mas sim à possibilidade de este ser indevidamente alargado. Mantemos, então, que o campo de aplicação da perda de oportunidade é abrangente, mas não pode isto servir para atribuir um carácter indefinido à figura a ponto de se confundir com figuras distintas, o que contribuiria para a concretização de um dos riscos que preocupam os opositores da perda de oportunidade: a “abertura de *floodgates*”. Ora, este risco leva-nos a considerar que a adoção da perda de oportunidade pode revelar-se extemporânea, pois alguns casos podem surgir como particularmente duvidosos, estando-se, em nosso entender, a aplicar incorretamente esta figura. Por exemplo, é o que se passa com os casos de violação do dever de informação⁴⁰² do paciente por parte do médico⁴⁰³, o que já aconteceu nos ordenamentos jurídicos inglês, francês e espanhol⁴⁰⁴.

Outro caso também debatido, e que não deixa de ser um caso de violação do dever de informação do paciente por parte do médico, é o caso de *wrongful birth* ou *wrongful life*, que se define pelo nascimento de uma criança que apresenta determinada deficiência, detetável durante a gestação, omitido-se essa informação, o que impede a mãe de decidir realizar um aborto⁴⁰⁵ (recorde-se a sentença espanhola de 6 de junho de 1997⁴⁰⁶).

Na nossa opinião, estes casos não se reconduzem à figura da perda de oportunidade, na medida em que se está a lidar com uma “radical incerteza”⁴⁰⁷. De facto, nos casos de perda de oportunidade, há certezas de que havia uma oportunidade de se obter um resultado favorável e, com isto, quer dizer-se um resultado que, sem sombra de dúvida, o lesado desejava. Ora, nestes exemplos, não há a mínima certeza se a mulher grávida teria sequer considerado a hipótese de abortar ou se o paciente teria considerado a hipótese de não se

those achieved by recognizing LOC in medical negligence cases” (Boaz Shnoor, “Loss of Chance: A Behavioral (...)”, p. 84).

⁴⁰² RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 120: “Às situações de erro de diagnóstico ou falha no tratamento prescrito têm sido ainda equiparadas, nalguma medida, as situações de violação do dever de informação do paciente sobre os riscos da terapia a adoptar ou de uma intervenção cirúrgica”.

⁴⁰³ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil (...)*, p. 116: “De grande relevo para efeito da determinação da responsabilidade do médico são os direitos do paciente, que carecem de ser respeitados. Importa abordar designadamente os requisitos do consentimento informado, os limites da sua exigibilidade e o problema da prestação antecipada do consentimento”.

⁴⁰⁴ Vejam-se as pp. 19, 27 e 31.

⁴⁰⁵ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 20; M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 166.

⁴⁰⁶ Veja-se a p. 31.

⁴⁰⁷ JÚLIO GOMES, “Sobre o dano (...)”, p. 20, nota 35.

submeter a uma cirurgia devido aos riscos implicados. A incerteza não reside na concretização ou não concretização da oportunidade, mas no próprio comportamento do paciente, na decisão que este teria tomado⁴⁰⁸.

5. A precariedade da perda de oportunidade

A precariedade da perda de oportunidade revela-se a dois níveis. Desde logo, mesmo que a perda de oportunidade seja admitida apenas como uma atenuação donexo de causalidade, a respetiva indemnização não corresponderá ao valor correspondente ao do dano final. Ora, isto representa um afastamento das soluções de “tudo ou nada”. Esta opção não deixa de ser questionável, perante uma afirmação como a seguinte: “*while «all or nothing» awards are right at least some of the time, proportional awards are “bound to be wrong”*”⁴⁰⁹. Além disso, RUTE TEIXEIRA PEDRO refere igualmente os trabalhos de DAVID PRICE, de acordo com os quais também ocorrem mais erros com a adoção de uma perspetiva proporcional do que adotando-se uma perspetiva tradicional⁴¹⁰. A este propósito, vale a pena destacar a posição daquela Autora, que, defendendo a perda de oportunidade para casos de negligência médica, ainda assim reconhece que a perda de oportunidade não é uma solução ideal, mas apenas um “paliativo”⁴¹¹. Pode-se compreender esta descrição da perda de oportunidade na medida em que, com esta figura, apenas se está a substituir a solução de acordo com a qual um número elevado de prováveis lesados não são indemnizados, pela solução de acordo com a qual um número elevado de prováveis não lesados são indemnizados⁴¹². Justifica-se introduzir uma

⁴⁰⁸ M.^a LUISA ARCOS VIEIRA, “La “pérdida de oportunidad” (...)”, p. 167; MIQUEL MARTÍN-CASALS, “The Reception of (...)”, (numa explicação particularmente esclarecedora) p. 1048: “ (...) The materialization of the favourable event (or avoidance of harm or injury) must be random, or in other words, *indeterministic*, in the sense that, in the situation at stake, probability is a property of the situation itself, not only a means of managing lack of knowledge. This (...) excludes from the area of the loss of chance doctrine all those medical cases, such as lack of informed consent or liability for wrongful birth (...). Uncertainty is here epistemological or evidential, that is, it lies in the fact that causation cannot be proved, but not in the fact that the situation under analysis is such that it prevents the “but-for” test from operating”, pp. 1116-1117: “This approach, however, has been criticized by legal scholarship, since it forgets that the “loss of a chance doctrine” supposes that the chance, in order to be qualified as a “chance”, must be aleatory, i.e., its production must fall outside the sphere of the decision of the victim. On the contrary, in wrongful birth cases there is no real “chance” in that technical sense, as the outcome, i.e., whether to abort or not, depends exclusively on the decision of the mother. In other words, had the mother been rightly informed, she would have decided to interrupt the pregnancy or to refuse to interrupt it: there is no chance, but a free choice for the mother”.

⁴⁰⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 444 e nota 1181, transcrevendo as palavras de ATIYAH, citado por DAVID HAMER.

⁴¹⁰ Sobre a mesma conclusão, TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical (...)”, p. 312.

⁴¹¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 463.

⁴¹² JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 25: “O Autor de um facto ilícito, mesmo da violação de um contrato, não pode ficar exposto à indemnização de danos eventuais, de toda uma cadeia de danos puramente hipotéticos, cadeia essa sem fim aparente”; PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, nota 3103, p. 1106: “

figura afastada dos paradigmas da responsabilidade civil, quando se está a fazer não mais do que substituir uma injustiça por outra?⁴¹³

A precariedade da perda de oportunidade assenta também no facto de esta, apesar de criada no século XIX, se encontrar ainda num estado embrionário de desenvolvimento científico⁴¹⁴. As dúvidas e desacordos que esta suscita são preocupantes, pois, como se viu, não existem certezas em torno da classificação como dano presente ou dano futuro, patrimonial ou não patrimonial, dano emergente ou lucro cessante, ou dos respetivos termos de aplicação, além das dificuldades, também consideradas sobre os domínios de aplicação. Portanto, uma vez que a própria figura carece ainda de reflexão⁴¹⁵, corre-se o risco de esta se tornar uma fonte de insegurança jurídica, em vez de se tornar um meio de solução de injustiças.

(...) indução de um *excesso de responsabilização* e insegurança, e, sobretudo, com o efeito de transformar o lesante em *garante da probabilidade de sucesso* de cada titular da chance, quando esta, por definição, não oferecia nada garantido”; TORY A. WEIGAND, “Loss of Chance in Medical...”, p. 311: “Allowing a claimant to recover even a reduced amount of damages from a physician equates to holding physicians liable despite the greater likelihood that the plaintiff’s ultimate condition would have resulted absent any negligence of the defendant physician”.

⁴¹³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A responsabilidade (...)*, p. 463: “...não resolve o problema em definitivo, apenas o atenua momentaneamente”.

⁴¹⁴ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse (...)*, p. 134: “...a carreira da perda de *chance* leva mais de 120 anos e cresceu e desenvolveu-se sempre por via jurisprudencial, mais ao sabor das correntes e das necessidades práticas da vida do que em vista de uma elaboração teórica congruente e sustentada”.

⁴¹⁵ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 19: “...necessidade de não proceder a uma “importação” precipitada de uma figura...”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegados à reta final, cabe ponderar sobre o que foi estudado ao longo deste trabalho:

1. Nem todos os ordenamentos jurídicos se encontram no mesmo ponto sobre a admissibilidade da figura da perda de oportunidade. Podemos considerar que, nos extremos, se posicionam o ordenamento jurídico alemão e o ordenamento jurídico francês.
2. O ordenamento jurídico alemão representa a negação da perda de oportunidade e isto quer tomando-se como referência a perda de oportunidade como um novo dano intermédio, quer como uma flexibilização das exigências em torno do nexo de causalidade. Ora, mantendo-se a exigência de demonstração de um nexo de causalidade com um grau de certeza de aproximadamente 100%, dificilmente as pretensões baseadas em perda de oportunidade, mais consistentes ou menos consistentes, poderão vir a ser atendidas pelos tribunais.
3. No outro extremo, encontra-se a ordem jurídica francesa, a “mãe” da perda de oportunidade e, coerentemente com esta condição, aquela que melhor encara a admissibilidade da perda de oportunidade, quer entre a doutrina, quer entre a jurisprudência.
4. Todavia, temos mais dúvidas sobre a atitude “radical” da ordem jurídica francesa. Parece-nos que se por um lado a ordem jurídica alemã constitui uma forte representante da inadmissibilidade da perda de oportunidade, por outro lado a ordem jurídica francesa não constitui uma representante tão veemente da posição contrária. Isto, porque, no ordenamento jurídico francês, o tratamento ao qual a perda de oportunidade é submetida acaba por se aproximar do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, como o português, o italiano, o inglês e o estado-unidense. Referimo-nos às exigências de “seriedade” que são feitas, em maior ou menor medida, em torno da oportunidade entretanto extinta.
5. Parece-nos que a generalização ou a não generalização da exigência de “seriedade” será determinante na evolução da figura da perda de oportunidade, ou seja, será decisiva nos contornos que a figura virá a assumir. Passando a explicar, admitindo-se a responsabilidade civil por perda de oportunidade apenas nos casos em que esta beneficiava de uma probabilidade de concretização superior a 50% ou em que, simplesmente, esta se revelava já consolidada, poder-se-á continuar, nos ordenamentos jurídicos em causa, a recorrer-se às regras tradicionais do nexo de causalidade.

6. Focando-se na ordem jurídica portuguesa, JÚLIO GOMES explica esta situação, ao afirmar que “A nossa doutrina tende a ser exigente quanto à demonstração desta probabilidade, mas parece-nos que a letra do nosso preceito (563.º, CC) seria ainda compatível com um sistema em que o lesado apenas teria que demonstrar que a não ocorrência do dano seria mais provável do que a sua ocorrência (bastando 51% de probabilidades) sem a conduta do agente, como parece suceder em Inglaterra”⁴¹⁶.

7. Nestes termos, assegura-se o respeito pelo direito vigente e a perda de oportunidade não implicará uma mudança de paradigma, que consistiria na substituição de um nexos de causalidade naturalístico por um nexos de causalidade probabilístico. Isso só aconteceria se fosse admitida a indemnização por toda e qualquer perda de oportunidade, o que consideramos dever constituir uma consequência necessária para aqueles que defendam a perda de oportunidade como dano autónomo.

8. Com base no acabado de explicar, consideramos que, perante as cautelas que têm sido tomadas por forma a respeitar-se o direito vigente, a perda de oportunidade não constitui um motivo para a comoção que se tem vindo a sentir em torno da mesma. Assim, esta consiste numa figura que, embora gozando de um estatuto de “revolucionária”, está a ser conformada pelas regras jurídicas vigentes, limitando-se parte do seu potencial. Aplaudimos esta solução, na medida em que, como foi por nós manifestado, não podemos admitir que por meio de uma criação jurisprudencial se viole o direito positivo, o que para nós constitui uma das principais preocupações.

9. Apenas reconhecemos que uma solução desta natureza não é ideal e traz desvantagens, isto é, o tratamento diferenciado de perdas de oportunidade muito semelhantes, assim como a dificuldade para os tribunais em indagar da consistência da oportunidade. Acrescem ainda os problemas em torno da delimitação dos domínios de aplicação da perda de oportunidade.

10. Quanto ao facto de a indemnização, em casos de perda de oportunidade, não corresponder ao valor do dano final, e não poder ser calculada com base na teoria da diferença quando se trate de um dano patrimonial, não cremos que isto seja demonstrativo de que se esteja a reconhecer um novo dano, o que iria para além da nossa opinião de acordo com a qual se está a usar apenas a regra de causalidade vigente. Isto, porque o caso da perda de oportunidade será apenas mais um exemplo no qual a teoria da diferença não se pode aplicar, ideia esta que se tem vindo a divulgar.

⁴¹⁶ JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura (...)”, p. 28.

11. Uma vez que esta opção de se exigir a demonstração de certa consistência da oportunidade perdida tem vindo a ser seguida pelos tribunais portugueses, nomeadamente pelo STJ, há uma aproximação à avaliação do nexo de causalidade realizada pelos tribunais ingleses e estado-unidenses, que preservam o respeito pela *conditio sine qua non*, bastando-se com uma certeza de 50%, e um afastamento da tradição alemã, apesar de esta corresponder a uma das principais influências estrangeiras do direito civil português atual. Assim, o direito positivo continua a ser respeitado na ordem jurídica portuguesa, só não sabemos se se justificará a admissão de indemnizações por perda de oportunidade nestes termos, perante as novas injustiças que se criam. Por outras palavras, não vislumbramos que uma aposta na proteção de oportunidades sérias, apesar de, em nosso entender se tratar de uma solução legal *de iure constituto*, venha a apresentar, fazendo-se uso da linguagem económica, um saldo positivo.

Bibliografia

ALLEN, TIMOTHY CRAIG, “Loss of Chance Doctrine: An Emerging Theory of Medical Malpractice Liability”, in *Pathology Case Reviews*, 17, 4, 2012, pp. 172-174.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Contratos*, I, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.

AMIRTHALINGAM, KUMARALINGAM, “Loss of chance: lost cause or remote possibility?”, in *The Cambridge Law Journal*, 62, 2, 2003, pp. 253-255.

ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

ARTHUR, LES, “Solicitor’s Common Law Liability: the duty to give advice beyond the scope of the express retainer in transactional cases and the application of the “loss of chance” approach to breach of the duty”, in *Waikato Law Review*, 16, 2008, pp. 57-72.

BARGHETTI, JEAN-SÉBASTIEN, “Punitive Damages in France”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, 2009, pp. 55-74.

BIERI, LAURENT / MARTY, PIERRE, “The Discontinuous Nature of the Loss of Chance System”, in *Journal of European Tort Law*, 2, 2011, pp. 23-30.

BLACK, DOUGLAS M. (Editor-in Charge), “Damages-Loss of Chance to Compete-Prize or Reward”, in *Columbia Law Review*, 18, 1918, p. 83.

BRAGA, ARMANDO, *A reparação do dano corporal na responsabilidade civil extracontratual*, dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, orientação de Brandão Proença, Porto, 2004 (policopiado).

BRAHAMS, DIANA, “Delay in Diagnosis Affecting Recovery from Hip Injury”, in *The Lancet*, 22 de novembro 1985, p. 1196.

- “Loss of chance of survival”, in *The Lancet*, 348, 1996, p. 1604.
- “Small Loss of Chance of Full Recovery”, in *The Lancet*, 8 de agosto 1987, p. 347.

CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil*, 4, 22ª Edição, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

CARDOSO, SÉRGIO RAMOS, *Responsabilidade civil da administração pública: do dano material à perda de uma chance: hipóteses de cabimento*, Tese de mestrado, Ciências Jurídicas, orientação de J. M. Sérvulo Correia, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2010 (policopiado).

CASTRONOVO, CARLO, “Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitive, danno c.d. esistenziale”, in *Europa e diritto privato*, 2, 2008, pp. 315-347.

CHABAS, FRANÇOIS, “La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile”, in *Responsabilità civile e previdenza*, 61, 2, 1996, pp. 227-245.

CHARTIER, YVES, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1983.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa Fé no Direito Civil*, II, Coimbra, Almedina, 1984.

- *Tratado de Direito Civil Português II – Direito das Obrigações*, 2, Coimbra, Almedina, 2010.

CORGAS-BERNARD, CRISTINA, “Responsabilité civile, Chronique de jurisprudence”, in *Médecine & Droit*, 2008, 2008, pp. 131-138.

CORTÊS, ANTÓNIO, *Jurisprudência dos Princípios – Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009.

COSTA, PATRÍCIA CORDEIRO DA, *O dano de perda de chance e sua perspectiva no direito português*, Dissertação do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, em Ciências Jurídico-Civilísticas, Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, orientação de Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, Coimbra, 2010.

CRIPPS, YVONNE, “Medical negligence and liability for loss of chance”, in *The Cambridge Law Journal*, 45, 1, 1986, pp. 6-8.

- “Negligence, causation and probability theory”, in *The Cambridge Law Journal*, 46, 3, 1987, pp. 389-390.

CRUZ, BRANCA MARTINS DA, “Avanços e Retrocessos do Direito do Ambiente na Europa Comunitária”, in *Lusíada-Revista de Ciência e Cultura*, Série de Direito, 1 e 2, 2004, pp. 267-288.

DAVID, LEE YEOW WEE, “Proving causation in a claim for loss of chance in contract”, in *Singapore Academy of Law Journal*, 17, 2005, pp. 426-454.

DYER, CLARE, “Negligence through loss of chance”, in *British Medical Journal*, 293, 1986, pp. 1560-1561.

FARIA, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE, “Novamente a questão da prova na responsabilidade civil médica”, in *Estudos de Direito das Obrigações e discursos académicos*, Porto, Universidade do Porto Editorial, 2009, pp. 201- 231.

FELIU, JOSEP SOLÉ, “The Reception of the Loss of a Chance Doctrine in Spanish Case-Law”, in *European Review of Private Law*, 6, 2008, pp. 1105-1117.

FERREIRA, RUI CARDONA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance: em especial, na contratação pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

- “A perda de chance: análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática”, in *O Direito*, 144, 1, 2012, pp. 29-58.

FRASCA, RALPH, “Loss of Chance Rules and the Valuation of Loss of Chance Damages”, in *Journal of Legal Economics*, 15, 2, 2008/2009, pp. 91-104.

FORDHAM, MARGARET, “Loss of chance – a lost opportunity”, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2005, 2005, pp. 204-217.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: o método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006.

- *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004.

GOMES, JÚLIO VIEIRA, “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance”, in *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado*, Nº especial 2, 2012, pp. 17-29.

- “Sobre o dano da perda de chance”, in *Direito e Justiça*, 19, 2, 2005, pp. 9-47.

GUICHARD, RAÚL, “«Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil» Apresentação da tradução”, in *Direito e Justiça*, 14, 3, 2010, pp. 51-54.

JANSEN, NILS, “The Idea of a Lost Chance”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, 2, 1999, pp. 271-302.

JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999.

KING, JR., JOSEPH H., “Causation, valuation, and chance in personal injury torts involving preexisting conditions and future consequences”, in *Yale Law Journal*, 90, 1981, pp. 1353-1392.

KOZIOL, HELMUT, “Punitive Damages: Admission into the Seventh Legal Heaven or Eternal Damnation? Comparative Report and Conclusions”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, 2009, pp. 275-308.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE, *Direito das Obrigações*, I, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013.

LOURENÇO, PAULA MEIRA, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

MARTÍN-CASALS, MIQUEL, “Some Introductory and Comparative Remarks to the Decision of the Swiss Federal Court BGE / ATF 133 III 462 and to the “Loss of Chance” Doctrine”, in *European Review of Private Law*, 6, 2008, pp. 1043-1050.

MAZEAUD, HENRI / MAZEUAD, LÉON / TUNC, ANDRÉ, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 1, 5ª Edição, Paris, Montcherestien, 1957.

MELO, AFONSO, “Responsabilidade civil de mandatário judicial”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, 26, 2003, pp. 26-28.

MILLER, CHRIS, “Gregg v. Scott: loss of chance revisited”, in *Law, Probability and Risk*, 4, 2005, pp. 227-235.

- “Loss of chance in personal injury: a review of recent developments”, in *Law, Probability and Risk*, 5, 2006, pp. 227-235.

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989.

- “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, in *Direito da saúde e bioética*, Lisboa, 1991, pp. 133-152.

OLIPHANT, KEN, “Loss of Chance in English Law”, in *European Review of Private Law*, 6, 2008, pp. 1061-1071.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coleção Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PINTO, PAULO MOTA, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Direito e Justiça*, 14, 3, 2000, pp. 161-252.

SAROYAN, ZAVEN T., “The current injustice of the loss of chance doctrine: an argument for a new approach to damages”, in *Cumberland Law Review*, 33, 1, 2002/2003, pp. 15-42.

SAVATIER, RENÉ, *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4ª Edição, Paris; Dalloz, 1979.

- *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2, Paris, CGDD, 1939.

SCARSO, ALESSANDRO P., “Punitive Damages in Italy”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, 2009, pp. 103-114.

SCHWEIZER, URS, “Legal damages for losses of chances”, in *International Review of Law and Economics*, 29, 2009, pp. 153-160.

SEBOK, ANTHONY J., “Punitive Damages in the United States”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, 2009, pp. 155-196.

SHNOOR, BOAZ, “Loss of Chance: A Behavioral Analysis of the Difference Between Medical Negligence and Toxic Torts”, in *American Journal of Trial Advocacy*, 33, 2009-2010, pp. 71-112.

STAUCH, MARC, “Causation, Risk, and Loss of Chance in Medical Negligence”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997, pp. 205-226.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das Obrigações*, 7ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, I, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013.

VÉRON, PAUL / VIALLA, FRANÇOIS, “Indemnisation, Indemnisation: un arrêt pour trois principes”, in *Médecine & Droit*, 2012, 2012, pp. 61-66.

VIALLA, FRANÇOIS, “Droit Civil, Évolutions récentes de la responsabilité pour défaut d’information”, in *Médecine & Droit*, 2010, 2010, pp. 161-170.

VICENTE, DÁRIO MOURA, *Direito Comparado*, I, Coimbra, Almedina, 2008.

VIEIRA, Mª LUISA ARCOS, “La “pérdida de oportunidad” como daño indemnizable”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, 7, 2005, pp. 137-174.

WEIGAND, TORY A., “Loss of Chance in Medical Malpractice: A Look at Recent Developments”, in *Defense Counsel Journal*, 70, 2003, pp. 301-314.

WILBURG, WALTER / SOUSA, DORA MOREIRA DE (trad.) / GUICHARD, RAÚL (trad.), “Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”, in *Direito e Justiça*, 14, 3, 2000, pp. 55-75.

WILCOX, VANESSA, “Punitive Damages in England”, in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, 25, 2009, pp. 7-54.

WILLING, KEVIN JOSEPH, “Falcon v. Memorial Hospital: a rational approach to loss-of-chance tort actions”, in *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 9, 1993, pp. 545-562.

Índice de Jurisprudência

JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

Supremo Tribunal de Justiça

STJ 21/03/2013 – 4591/06.4TBVNG.P1.S1 (OLIVEIRA VASCONCELOS), terminologia – p. 2, nota 6, revogação ilícita de cheque – p. 34, nota 227; “seriedade” da oportunidade – p. 60, nota 364.

STJ 21/03/2013 – 565/10.9TBPVL.S1 (SALAZAR CASANOVA), terminologia – p. 2, nota 7; contextos laborais – p. 34, nota 227, p. 38, nota 253.

STJ 14/03/2013 – 78/09.1TVLSB.L1.S1 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), terminologia – p. 2, nota 7; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226; “seriedade” da perda de oportunidade – p. 33, nota 225, p. 35, nota 231, p. 54.

STJ 05/02/2013 – 488/09.4TBESP.P1.S1 (HÉLDER ROQUE), terminologia – p. 2, nota 6; dano presente – p. 8, nota 44; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226; “seriedade” da oportunidade – p. 35, nota 231, p. 37, nota 245; desigualdade entre as partes – p. 38, nota 246; nexo de causalidade – p. 44, nota 287; aleatoriedade dos processos judiciais – p. 54, nota 338; indemnização – p. 60, nota 364.

STJ 04/12/2012 – 289/10.7TVLSB.L1.S1 (ALVES VELHO), “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

STJ 29/11/2012 – 29/04.0TBAFE.P1.S1 (OLIVEIRA VASCONCELOS), dano presente – p. 8, nota 44; dano emergente – p. 11, nota 56; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

STJ 18/10/2012 - 5817/09.8TVLSB.L1.S1 (SERRA BAPTISTA), “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226; pressupostos da responsabilidade civil – p. 48.

STJ 29/05/2012 – 8972/06.5TBBRG.G1.S1 (JOÃO CAMILO), terminologia – p. 2, nota 6; “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

STJ 10/03/2011 – 9195/03.0TVLSB.L1.S1 (TÁVORA VICTOR), “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

STJ 16/12/2010 – 4948/07.3TBVNG.P1.S1 (ALVES VELHO), dano patrimonial – p. 9, nota 49; contextos laborais – p. 39.

STJ 26/10/2010 – 1410/04.0TVLSB.L1.S1 (AZEVEDO RAMOS), “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226; nexo de causalidade – p. 45, nota 287.

STJ 28/09/2010 – 171/2002.S1 (MOREIRA ALVES), responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226; “seriedade” da oportunidade – p. 35, nota 231; pressupostos da responsabilidade civil – p. 48.

STJ 29/04/2010 – 2622/07.0TBPNF.P1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS), dano patrimonial – p. 9, nota 49; “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; função punitiva – p. 50, nota 314; aleatoriedade dos processos judiciais – p. 54, nota 338.

STJ 22/10/2009 – 409/09.4YFLSB (JOÃO BERNARDO), dano presente – p. 8.

STJ 15/10/2009 – 08B1800 (RODRIGUES DOS SANTOS), negligência médica – p. 34.

STJ 09/02/2006 – 06B016 (MOITINHO DE ALMEIDA), lucro cessante – p. 11.

Relação de Coimbra

RC 19/12/2012 – 298/10.6TBAGN.C1 (REGINA ROSA), “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

Relação de Guimarães

RG 20/10/2011 – 8972/06.5TBBRG.G1 (HELENA MELO), “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

Relação de Lisboa

RL 13/12/2012 - 1156/10.0TVLSB.L1-2 (EZAGÜY MARTINS), terminologia – p. 2, nota 6; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226; “seriedade” da oportunidade – p. 60, nota 364.

RL 06/12/2012 – 5030/04.0TBCSC.L1-2 (TERESA ALBUQUERQUE), dano presente – p. 8, nota 44; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

RL 09/10/2012 – 2929/08.9TVLSB.L2-7 (ANA RESENDE), dano patrimonial – p. 9, nota 49; “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225.

RL 19/06/2012 – 4765/10.3TBSXL.L1-1 (ISABEL FONSECA), responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

RL 22/05/2012 – 289/10.7TVLSB.L1-7 (LUÍS LAMEIRAS), terminologia – p. 2, nota 7; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

RL 15/05/2012 – 1104/08.7TCSNT.L1-7 (LUÍS LAMEIRAS), terminologia – p. 2, nota 7; dano patrimonial – p. 9, nota 49; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

RL 03/05/2012 – 78/09.1TVLSB.L1-2 (LÚCIA SOUSA), responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226; “seriedade” da oportunidade – p. 35, nota 231.

RL 31/01/2012 – 5817/09.8TVLSB.L1-1 (ROSÁRIO BARBOSA), responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

RL 19/10/2010 – 674/08.4YXLSB.L1-7 (ABRANTES GERALDES), responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

RL 24/06/2010 – 9195/03.0TVLSB.L1-6 (FÁTIMA GALANTE), responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226; função punitiva – p. 50, nota 314.

RL 15/05/2008 – 3578/2008-6 (GRANJA DA FONSECA), responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

RL 24/04/2007 – 10328/2006-1 (RUI VOUGA), 493.º, n.º 2, CC – p. 41.

Relação do Porto

RP 28/02/2013 – 1773/06.2TBVNG.P1 (JOSÉ AMARAL), “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226, p. 37, nota 245.

RP 19/02/2013 – 1400/12.9TBVRL.P1 (VIEIRA E CUNHA), “seriedade da oportunidade” – p. 59, nota 363.

RP 10/09/2012 – 275/09.0TVPRT.P1 (SOARES DE OLIVEIRA), “seriedade da oportunidade” – p. 34, nota 225; responsabilidade civil de advogado – p. 34, nota 226.

RP 30/01/2012 – 202/10.1TVPRT.P1 (ANABELA CALAFATE), dano não patrimonial – p. 10; “seriedade” da oportunidade – p. 34, nota 225; responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

RP 27/10/2009 – 2622/07.0TBPNF.P1 (MARIA DO CARMO DOMINGUES), responsabilidade civil do advogado – p. 34, nota 226.

JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

Alemanha

Bundesgerichtshof

BGH 17/02/1998, lucro cessante – p. 32.

BGH 23/09/1982, nexo de causalidade – p. 32.

Espanha

Tribunal Supremo

STS 26/02/2004, lucro cessante – p. 12.

STS 10/10/1998, acidente de trabalho / negligência – p. 30.

STS 06/06/1997, dever de informação do paciente – pp.31, 68.

EUA (remete-se para casos e não para decisões concretas)

Rachel Smith et al vs. State of Louisiana (1996), negligência médica – p. 25, nota 152; estudos estatísticos – p. 55, nota 343.

Falcon v. Memorial Hospital (1990), dano intermédio / negligência médica – p. 5.

Mckellips v. Saint Francis Hospital, Inc. (1987), pressupostos da responsabilidade civil – p. 48, nota 309.

Waffen v. United States (1986), “seriedade” da oportunidade – p. 58, nota 359.

Herskovits v. Group Health Cooperative of Puget Sound (1983), “seriedade” da oportunidade / negligência médica – p. 25.

Cooper v. Sisters of Charity of Cincinnati, Inc. (1971), negligência médica – p. 25.

Hicks v. United States (1966), “seriedade” da oportunidade / negligência médica – p. 24.

Gardner v. National Bulk Carriers, Inc. (1962), desenvolvimento da perda de oportunidade – p. 24.

Zinnel v. United States Shipping Board Emergency Fleet Corp. (1925), desenvolvimento da perda de oportunidade – p. 24.

França

Cour de Cassation

CssFr 07/07/2011, negligência médica – p. 27.

CssFr 13/03/2007, negligência médica – p. 27.

CssFr 26/11/2003, interesse contratual positivo – p. 29.

CssFr 17/11/1982, nexo de causalidade – p. 6, nota 29.

CssFr 17/07/1889, desenvolvimento da perda de oportunidade – p. 26.

Cour d’appel de Grenoble

24/10/1962, negligência médica – p. 26.

Inglaterra

Chester v. Afshar (2005), dever de informação do paciente – p. 19.

Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd. (2003), vários lesantes – p. 19.

Gregg v. Scott (2002), intervenção legislativa – p. 20; razões de justiça – p. 38; nexo de causalidade – p. 46; estudos estatísticos – p. 55.

Allied Maples Group Ltd v. Simmons & Simmons (1995), responsabilidade contratual / dano patrimonial – pp. 21, 50, 62; “seriedade” da oportunidade – p. 22, notas 125, 128; *balance of probabilities* – p. 22, nota 127; responsabilidade civil do advogado – p. 37.

Wilsher v. Essex AHA (1988), negligência médica – p. 18; redução / perda da oportunidade – p. 60, nota 365.

Hotson v. East Berkshire A.H.A (1985), negligência médica – p. 17; estudos estatísticos – p. 55; insuficiência do nexo de causalidade – p. 46, nota 296; redução / perda da oportunidade – p. 60, nota 365; responsabilidade contratual – p. 63, nota 378.

Clark v. MacLennan (1983), negligência médica – p. 17.

McGhee v. National Coal Board (1972), vários lesantes – pp. 16, 19.

Moeliker v. A...Reyrolle and Co.Ltd (1972), contextos laborais – p. 15.

Mitchell v. Mulholland (1971), contextos laborais – p. 15.

Barnett v. Chelsea & Kensington HMC (1969), negligência médica – pp. 16 e 61.

McWilliams v. Sir William Arrol & Co Ltd (1962), contextos laborais – p. 15.

Chaplin v. Hicks (1911), concurso / desenvolvimento da oportunidade – p. 15.

Itália

Corte di Cassazione

04/03/2003, razões de justiça / negligência médica – p. 38, nota 249.

19/12/1985, contexto laboral / “seriedade” da oportunidade – p. 29.

Tribunal de Monza

21/02/1992, lucro cessante – p. 11.

Índice de abreviaturas

Ac.	- Acórdão
AC	- <i>The Law Reports, Appeals Cases</i> (Londres)
All ER	- <i>The All England Law Reports</i> (Londres)
art.	- artigo
Bull. civ.	- <i>Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (chambres civiles)</i>
CC	- Código Civil
Cir.	- <i>Circuit</i>
EUA	- Estados Unidos da América
F.2d	- <i>Federal Reporter Second Edition</i>
LBA	- Lei de Bases do Ambiente
N.E.2d	- <i>North Eastern Reporter Second Edition</i>
N.W.2d	- <i>North Western Reporter Second Edition</i>
NJW	- <i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
p./pp.	- página/páginas
RC	- Relação de Coimbra
RDCDGO	- <i>Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione</i>
RG	- Relação de Guimarães
RL	- Relação de Lisboa
RP	- Relação do Porto

RTDC	- <i>Revue Trimestrielle de Droit Civil</i>
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
STS	- <i>Sentencia Tribunal Supremo</i> (Espanha)
U.K.L	- <i>United Kingdom Library</i>
WLR	- <i>The Weekly Law Reports</i> (Londres)

Índice

Introdução	1
1. A noção (jurídica).....	1
2. A terminologia.....	2
Parte I – Contribuições para a apreciação da perda de oportunidade.....	4
Capítulo I - Aspetos gerais sobre a perda de oportunidade.....	4
1. Os pressupostos da responsabilidade civil em destaque: dano e nexo de causalidade.....	4
2. A perda de oportunidade e as respetivas configurações	4
3. A classificação do dano de perda de oportunidade.....	8
3.1. Dano presente / dano futuro.....	8
3.2. Dano patrimonial / dano não patrimonial	9
Capítulo II – A perda de oportunidade em ordenamentos jurídicos estrangeiros	13
1. Os ordenamentos jurídicos de <i>Common Law</i>	13
1.1. O direito inglês.....	13
1.2. O direito dos EUA	23
2. Os ordenamentos jurídicos romano-germânicos	26
2.1. O direito francês.....	26
2.2. O direito italiano	29
2.3. O direito espanhol.....	30
2.4. O direito alemão.....	31
Capítulo III – A perda de oportunidade no direito português	33
Parte II – A admissibilidade da perda de oportunidade	36
Capítulo I - Argumentos favoráveis à admissibilidade da perda de oportunidade	36
1. Domínios especiais de aplicação	36
2. A carência de solução	39
2.1. A carência de solução na ordem jurídica portuguesa	41
Capítulo II – Argumentos desfavoráveis à admissibilidade da perda de oportunidade.....	42
1. A (falsa) autonomia da oportunidade	42
2. A insuficiência do nexo de causalidade (em particular, na ordem jurídica portuguesa)	44
2.1. Os pressupostos da responsabilidade civil.....	48
2.2. A função punitiva.....	49
3. O requisito de “seriedade”	53
3.1. O recurso ao critério estatístico	53
3.1.1. A fixação do limiar estatístico	55
3.2. Conclusões sobre as exigências de “seriedade”	57
4. Domínios especiais de aplicação	62
4.1. Responsabilidade contratual / responsabilidade extracontratual	62

4.2. Negligência médica.....	64
4.3. Outros domínios especiais de aplicação (a posição de JÚLIO GOMES)	66
4.4. Conclusões sobre a delimitação de domínios especiais de aplicação da perda de oportunidade.....	67
4.5. Floodgates e casos-fronteira	68
5. A precariedade da perda de oportunidade	69
 Considerações finais.....	 71
 Bibliografia	 74
 Índice de jurisprudência	 80
 Índice de abreviaturas	 86