

A PERDA DE CHANCE NO DIREITO PORTUGUÊS

MARIA MALTA FERNANDES

NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

A PERDA DE CHANCE NO DIREITO PORTUGUÊS

Título
A Perda de Chance no Direito Português

Autora
Maria Malta Fernandes

Editor
NovaCausa
Edições Jurídicas

NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

Braga, Portugal
www.novacausa.net

ISBN
978-989-9026-40-7

Design
Vitor Duarte
vitorduartedesign.blogspot.com

Impressão e Acabamento
Manuel Barbosa & Filhos, Lda

© 2022, março
NovaCausa, Edições Jurídicas

A reprodução, total ou parcial, desta obra, por fotocópia ou qualquer outro meio, mecânico ou electrónico, sem prévia autorização dos autores e do editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

A PERDA DE CHANCE NO DIREITO PORTUGUÊS

MARIA MALTA FERNANDES



NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

Resumo

A análise deste trabalho no domínio da responsabilidade civil aborda primordialmente a questão do reconhecimento jurisprudencial, *in crescendo*, da perda de chance, não obstante a ausência de uma base regulamentar expressa para o ressarcimento pelo dano decorrente da sua perda no sistema jurídico português.

Ainda que sem um ancoradouro legislativo próprio, é inegável que a prática jurisprudencial ultrapassou largamente a doutrina, na busca de soluções de indemnização em relação a situações de difícil avaliação de dano como é o caso da perda de oportunidades. De facto, é comum os tribunais serem confrontados com pedidos de indemnização por danos resultantes da privação da possibilidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, sem que se saiba com absoluta certeza se a vantagem teria sido obtida ou o prejuízo evitado se aquela oportunidade não tivesse sido perdida.

O cerne do problema colocado pela perda de chance reside na circunstância de que, devido à aleatoriedade do resultado final não podemos afirmar que a conduta do agente causador do dano foi *conditio sine qua non* para a ocorrência do resultado final, uma vez que se desconhece se, na ausência do ato ilícito cometido, o benefício ainda seria alcançado, ou o prejuízo teria sido evitado, pelo que não há forma de estabelecer qualquer nexos causal entre eles.

Por conseguinte, sendo urgente analisar o cenário em que a perda de chance surge e vem sendo aceite, um pouco por toda a parte no mundo jurídico, como um instrumento privilegiado para a realização de um direito justo no domínio da responsabilidade civil, quando comparado

com outras soluções alternativas ao cumprimento da função compensatória da vítima do dano, como sejam o princípio do tudo ou nada, as técnicas de facilitação probatória ou o inversão do ónus da prova, há que encontrar a melhor base para a sua aplicação pelos tribunais e refletir sobre a adequação da sua positivação.

Assim, o presente trabalho começa por contextualizar a perda de chance no sistema jurídico português, a nível doutrinário e jurisprudencial e, a fim de preparar o encaixe do seu reconhecimento normativo, referencia genericamente o instituto da responsabilidade civil enquanto fonte de obrigações.

Uma abordagem às diferentes conceções e principais campos de aplicação da perda de chance, bem como a sua origem, evolução histórica e referências ao direito comparado já que é por demais evidente a problemática em análise a nível transnacional, são no presente estudo tratados com um carácter meramente instrumental na perspetiva em que permitem acomodar a figura no sistema jurídico português.

Através da análise das principais teorias da figura, bem como das características da chance, procura-se oferecer uma visão crítica do quadro teórico e dogmático da perda de chance, para a final, vir a considerar esta como um dano autónomo digno de ressarcimento. Atenderemos, então, em que termos este ressarcimento pode ocorrer, determinar o correspondente quantum indemnizatório, bem como ter presente as limitações à aplicabilidade da teoria da perda de chance, não perdendo de vista que, considerada que seja a chance e a sua perda como indemnizável, tal implica que apenas os danos causados pelo agente serão compensados e nada mais do que isso, uma vez que o que se pretende ressarcir não é a frustração do resultado final mas sim a perda da chance de o alcançar.

Aí chegados, embora se reconheça que o direito civil português não contenha qualquer fórmula legal que determine em que termos a perda de chance possa por ele ser abrangida, o enquadramento dogmático da figura no âmbito de aplicação pretoriana no quadro da responsabilidade civil não porá em causa qualquer preceito normativo, nem na esfera da causalidade nem de qualquer outro pressuposto daquele instituto jurídico.

Pretende-se averiguar e esclarecer que perante uma oportunidade que se perde irremediavelmente, porque resulta na privação da probabilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, e por isso constitui um dano, nada parece impedir que essa perda seja uma fonte de responsabilidade civil baseada no princípio básico contido no art. 483º do Código Civil de impor ao agente que o causou a obrigação de o reparar, invocando para isso o conceito tradicional da teoria da causalidade adequada expressa no art. 563º do mesmo texto regulamentar, desde que tal dano seja suficientemente grave para ser considerado digno de indemnização. Todavia, não há que perder de vista que se verifica uma deslocação do nexos causal, já que a relação não tem lugar entre o ato ilícito e o resultado final que a parte lesada visava alcançar, mas entre o ato ilícito e a perda da possibilidade de obter esse resultado, perspectiva que nos coloca perante uma extensão do conceito de dano reparável, retroagindo ao dano da perda de chance que teve origem no ato ilícito e culpável e, uma vez verificado o nexos causal entre este e aquela, deve a mesma, porque perdida, ser compensada.

Verificamos que em certa medida, a prática jurisprudencial portuguesa e parte da doutrina já elevaram a chance à categoria de bem jurídico digno de proteção no património do lesado e, conseqüentemente, acolheram favoravelmente a indemnização pelo dano causado pela sua perda como instrumento privilegiado para a realização de uma lei justa, o que mostra que esta figura está entre nós e veio para ficar.

Sucedem que a crescente aceitação jurisprudencial da perda de chance não pode mais bastar-se com a interpretação normativa que tem vindo a fazer, de *iure constituto*, sendo imperativo ir mais longe, no sentido de se introduzir a figura em quadro legislativo próprio, especificadamente, regulamentá-la em sede de Código Civil. É, pois, necessária a intervenção do legislador no campo do direito civil para que uma perda de chance seja normativamente aceite e merecedora de uma efetiva proteção indemnizatória à parte lesada.

Ademais, não há argumento suficientemente sólido que negue à aplicação pretoriana da perda de chance e ao subsequente ressarcimento do dano decorrente da sua perda, a tão desejada intervenção legislativa,

quando a mesma já vem sendo reconhecida em sede de direito comunitário e expressamente referida em vários textos legais que constituem o chamado *soft law*. Neste contexto, podemos dizer que se encontram reunidas as condições para que a perda de chance possa ser acolhida pelo ordenamento jurídico nacional no domínio do direito civil e aberto o caminho para o seu reconhecimento legislativo.

Assim o exige a atividade jurisprudencial portuguesa na sua tarefa de aplicador do direito às realidades sociais, cada vez mais impelida a conceder indemnizações ao dano decorrente pela perda de chance nas diversas áreas da responsabilidade civil e nos diferentes contextos em que a figura é convocada.

Terminaremos a nossa análise apelando à desejável intervenção legislativa, capaz de integrar o dano da perda de chance no Código Civil Português, como qualquer outro dano reconhecido pelo princípio da responsabilidade civil, permitindo ao julgador consolidar, agora com um apoio normativo mais consistente, uma entidade autonomamente relevante – a chance, e consequentemente considerar o dano decorrente da sua perda, digno de ressarcimento.

Índice

ABREVIATURAS E SIGLAS	21
INTRODUÇÃO	
– APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA	23
1 – MOTIVAÇÃO	25
2 – OBJETO DE ESTUDO	29
3 – SISTEMATIZAÇÃO/ORDEM	33
4 – METODOLOGIA	35
CAPÍTULO PRIMEIRO – PONTO DE PARTIDA: CONTEXTUALIZAÇÃO DA PERDA DE CHANCE (OU DE OPORTUNIDADE) NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA	37
1– NO PLANO DOUTRINAL E JURISPRUDENCIAL	39
1.1 – A POSIÇÃO DA DOUTRINA	40
1.1.1. – <i>Posições de Negação</i>	41
1.1.2 – <i>Posições de Admissão Restrita</i>	43
1.1.3 – <i>Posições de Admissão Plena</i>	57
1.1.4 – <i>Síntese Conclusiva</i>	67
1.2 – A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	68
1.2.1 – <i>Aceitação Jurisprudencial</i>	69
1.2.2 – <i>O STJ na vanguarda. Análise evolutiva nas diferentes jurisdições</i>	71

1.2.3 – <i>A busca de uma fundamentação jurídica</i>	84
1.3 – EM (BREVE) SÍNTESE: IMPACTO NA RELAÇÃO CAUSAL	87
2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL	
– BREVE REFERÊNCIA	88
2.1 – NOÇÃO E ENQUADRAMENTO	88
2.2 – PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (EXTRA CONTRATUAL)	98
2.2.1 – <i>Ato voluntário do agente</i>	99
2.2.2 – <i>Ilicitude do facto</i>	102
2.2.3 – <i>Nexo de imputação do facto o agente – culpa</i>	104
2.2.4 – <i>Dano</i>	106
2.2.5 – <i>Nexo de causalidade entre o facto e o dano</i>	113
CAPÍTULO SEGUNDO – ÂMBITO DE PERDA DE CHANCE (OU DE OPORTUNIDADE)	129
1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS	131
2 – DESENVOLVIMENTO DA TEORIA	
– ORIGEM E EVOLUÇÃO	134
2.1 – FRANÇA	134
2.2 – ITÁLIA	139
2.3 – ESPANHA	142
2.4 – OUTRAS EXPERIÊNCIAS A TER EM CONTA	146
2.4.1 – <i>Inglaterra</i>	146
2.4.2 – <i>Estados Unidos</i>	148
2.4.3 – <i>Argentina, Brasil e Columbia</i>	149
2.5 – PORTUGAL	151
2.5.1 – <i>O Contexto comunitário e as iniciativas harmonizadoras</i>	153
2.5.2 – <i>Receção da experiência comparada e do direito comunitário europeu em Portugal</i>	157
3 – CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE DA PERDA DE CHANCE	162

3. 1 – A PERDA DE <i>CHANCE</i> NO ÂMBITO DO CONTEXTO EM QUE O DANO OCORREU	163
3.1.1 – <i>Casos de oportunidade de vitória em jogos de sorte ou azar</i>	163
3.1.2 – <i>Casos de oportunidade de vitória em competições desportivas</i>	163
3.1.3 – <i>Casos de oportunidade de vitória em processos judiciais, procedimentos administrativos e concursos privados</i>	165
3.1.4 – <i>Casos de oportunidade de cura e casos de oportunidade de sobrevivência</i>	167
3.1.5 – <i>Casos de oportunidade comercial</i>	169
3.2 – A PERDA DE <i>CHANCE</i> CONSOANTE A NATUREZA DO DANO FINAL	171
3.2.1 – <i>A oportunidade económica e a oportunidade pessoal</i>	171
3.2.2 – <i>A oportunidade de captação de lucro e a oportunidade de evitar um dano</i>	172
3.2.3 – <i>A oportunidade direta e a oportunidade consequential (indireta)</i>	174
3.2.4 – <i>Momento temporal</i>	175

CAPÍTULO TERCEIRO – O ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA PERDA DE *CHANCE* 177

1 – PERSPETIVA GERAL	179
2 – CARACTERIZAÇÃO DA <i>CHANCE</i>	184
2.1 – A NEUTRALIDADE E A ALEATORIEDADE	184
2.2 – A AUTONOMIA E A ATUALIDADE	185
2.3 – A SERIEDADE	187
2.4 – A REALIDADE	190
3 – AS TEORIAS DA PERDA DE <i>CHANCE</i>	192
3.1 – A TEORIA DA CAUSALIDADE PARCIAL – <i>A TEORIA FALSA</i>	196

3.1.1 – <i>Críticas à aplicação da Teoria da Causalidade Parcial ..</i>	198
3.2 – A TEORIA DA PERDA DE <i>CHANCE</i> COMO	
DANO AUTÓNOMO – <i>A TEORIA ORIGINÁRIA</i>	208
3.2.1 – <i>Críticas à aplicação da Teoria da perda da Chance</i>	
<i>como dano Autónomo</i>	211
CAPÍTULO QUARTO – PRESSUPOSTOS PARA	
A APLICAÇÃO DA PERDA DE <i>CHANCE</i>	217
1 – FORMULAÇÃO GERAL	219
2 – CARACTERIZAÇÃO DO DANO DA PERDA	
DE <i>CHANCE</i>	222
2.1 – DANO AUTÓNOMO	222
2.2 – DANO PRESENTE	225
2.3 – DANO EMERGENTE	227
2.4 – DANO CERTO	237
2.5 – DANO PATRIMONIAL/ NÃO PATRIMONIAL	240
2.6 – DANO SUBSIDIÁRIO	246
3 – A RESSARCIBILIDADE DO DANO DA PERDA	
DE <i>CHANCE</i>	249
3.1 – CRITÉRIOS DE INDEMNIZAÇÃO	252
3.1.1 – <i>Características da Chance Indemnizável</i>	253
3.1.2 – <i>Facto Imputável a Terceiro</i>	264
3.1.3 – <i>Requisitos da Responsabilidade Civil</i>	266
3.2 – DETERMINAÇÃO DO QUANTUM	
INDEMNIZATÓRIO	274
3.2.1 – <i>Indemnização pela perda de chance coincidente</i>	
<i>com o dano final</i>	274
3.2.2 – <i>Indemnização pela perda da chance distinta do</i>	
<i>dano final</i>	278
3.3 – LIMITES À APLICABILIDADE DA TEORIA DA	
PERDA DE <i>CHANCE</i>	290
3.3.1 – <i>Choice, not chance</i>	291
3.3.2 – <i>Causalidade omissiva</i>	295

3.3.3 – Casos de “ <i>vida indevida</i> ” (<i>wrong life actions</i>) ou de “ <i>nascimento indevido</i> ” (<i>wrong birth actions</i>)	297
---	-----

CAPÍTULO QUINTO – PONTO DE CHEGADA: ANÁLISE CRÍTICA À APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE CHANCE NO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS: PROPOSTAS	315
1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS	317
2 – SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À PERDA DE <i>CHANCE</i>	318
2.1 – O PRINCÍPIO DO « <i>TUDO OU NADA</i> »	318
2.2 – TÉCNICAS DE FACILITAÇÃO PROBATÓRIA	321
2.3 – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	325
3 – A PERDA DE <i>CHANCE</i> À LUZ DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS	331
4 – POSIÇÃO ADOTADA	342
4.1 – DE IURE CONSTITUTO	343
4.2 – DE IURE CONSTITUENDO	352
 CONCLUSÕES	 357
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 371
 JURISPRUDÊNCIA	 385