

DURVAL FERREIRA

# DANO DA PERDA DE CHANCE

RESPONSABILIDADE CIVIL

Pelo que não se fez ou se fez mal  
com perda de oportunidade duma vantagem

2ª Edição

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

**VidaEconómica**

# **DANO DA PERDA DE CHANCE**

2ª Edição



DURVAL FERREIRA

# **DANO DA PERDA DE CHANCE**

RESPONSABILIDADE CIVIL

Pelo que não se fez ou se fez mal  
com perda de oportunidade duma vantagem

2ª Edição

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

**VidaEconómica**

## FICHA TÉCNICA

### Título

Dano da Perda de Chance - 2ª edição

### Autor

Durval Ferreira

### Editor

Vida Económica – Editorial, SA

R. Gonçalo Cristóvão, 14 - 2º • 4000-263 Porto

[www.vidaeconomica.pt](http://www.vidaeconomica.pt) • <http://livraria.vidaeconomica.pt>

### Composição e montagem

Vida Económica

### Impressão e acabamento

DPS - DIGITAL PRINTING SERVICES, LDA

### Depósito Legal

429618/17

### ISBN

978-989-768-393-0

Executado em julho de 2017



A cópia ilegal viola os direitos dos autores.

Os prejudicados somos todos nós.

### © Todos os direitos reservados para Vida Económica, Editorial, SA

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida, no todo ou em parte, por qualquer processo mecânico, fotográfico, electrónico ou de gravação, ou qualquer outra forma copiada, para uso público ou privado (além do uso legal como breve citação em artigos e críticas), sem autorização prévia, por escrito, da Vida Económica – Editorial, S.A.

---

**Veja no final deste livro como se registar na n/ editora e receber informação sobre lançamentos, iniciativas e promoções da Vida Económica – Editorial SA**

# ÍNDICE

|                                                                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Prólogo .....                                                                                                  | 7   |
| TÍTULO I - Dano de “Perda de Chance”                                                                           |     |
| - x - Ascensão Crescente e Ubiquidade .....                                                                    | 13  |
| TÍTULO II - Duas subespécies de dano de “perda de chance” .....                                                | 107 |
| TÍTULO III - A Capacidade expansiva (horizontal e vertical)<br>do dano de “perda de Chance” – A sua ubiquidade | 115 |
| TÍTULO IV - Dois tipos de dano.....                                                                            | 123 |
| TÍTULO V - Cálculo do valor (monetário) do<br>“Dano da repercussão negativa” .....                             | 161 |
| TÍTULO VI - Densificação normativa do dano<br>de “perda de chance” .....                                       | 223 |
| TÍTULO VII - Responsabilidade civil no caso específico<br>do mandato forense .....                             | 251 |
| TÍTULO VIII - Responsabilidade Civil no caso específico<br>de prestação de cuidados de saúde .....             | 309 |
| TÍTULO IX - Repercussões, no âmbito do processo civil,<br>da autonomização do dano de “perda de chance” ..     | 415 |
| Bibliografia .....                                                                                             | 441 |
| Índice Sistemático .....                                                                                       | 443 |



## PRÓLOGO

Nos casos tipo da colação do “dano de perda de oportunidade”, se é certo que, muitas vezes, não se pode assumir “com certeza” que a oportunidade se teria verificado, se não fosse a conduta ilícita do agente, também não é menos verdade que também nesses casos não se pode assumir “com certeza” o contrário, ou seja, que tal oportunidade não viria a ocorrer.

*Mas uma coisa é “certa”, é que a oportunidade se perdeu.*

*E, assim, é perfeitamente assumível esse dano (de perda de oportunidade), como autónomo e ocasionado e imputável à conduta ilícita do agente.*

*Outra questão será já avaliar, por sua vez, se dessa “perda de oportunidade”, como “dano de ilicitude”, resultou, ou não, causalmente, uma “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima, patrimonial ou não-patrimonial, como “dano do desvalor quantitativo”, indemnizável pelo agente.*

E, neste campo, a específica questão que surge é a da “causalidade”.

Ora, a assunção da categoria jurídica do “dano de perda de oportunidade” não é mais nem menos do que a aceitação, nesse tema de “causalidade”, dum seu conceito evolutivo – hodierno, razoável e equitativo – face à teoria, de antanho, da exigência duma “certeza”, de um “tudo ou nada”.



*E substituindo-se esse conceito de exigência duma “certeza” por uma visão nova de “causalidade probabilista”.*

E, aceite esta, e em consequência, repartindo-se também o “grau de probabilidade” da perda da oportunidade, “proporcionalmente”, entre agente e vítima, na avaliação do *quantum* devido de indemnização, face ao valor final que teria a oportunidade perdida.

Isto é, o que anima a categoria jurídica do “dano de perda de oportunidade”, não é mais do que a constatação simples quer da autonomia, por um lado, do “dano da ilicitude” face ao “dano da repercussão negativa” daquele na esfera jurídica da vítima quer da aceitação dum *hodierno* conceito evolutivo de “causalidade”, como o que seja “provável” (acima dum “patamar mínimo-irrelevante”), quer, por fim, da assunção duma repartição dessa “causalidade probabilista”, proporcionalmente, em termos de razoabilidade e equidade, entre agente e vítima, para determinação do *quantum* indemnizatório.

*O que, no direito positivo português até está facilitado, porquanto o Código Civil de 1967, já reflete as referidas três constatações evolutivas<sup>1</sup>.*

Pois, nos art.ºs. 483º e sgts. e 798º e sgts., o Código Civil trata do “dano da ilicitude”, respetivamente, extracontratual e contratual.

Mas, já o “dano da repercussão negativa”, daquele, o “dano do desvalor quantitativo”, este vem autonomamente regulado nos art.ºs. 562º e sgts.

Bem como, em tema de “causalidade”, entre o “dano da ilicitude” e uma sua “repercussão negativa” na esfera jurídica da vítima, se basta o Código Civil, atual, no seu art.º. 563º, com uma conexão do que “*provavelmente*” não teria sofrido a vítima, “se não fosse a lesão”.

Quando o art.º. 707º do anterior Código Civil, de Seabra, de 1867, determinava que “só podem ser tomadas em conta de perdas e danos

---

1. Como também sucede com a Diretiva 92/13/CE, no seu art.º. 2.7.

as perdas e danos que *necessariamente* resultam da falta de cumprimento do contrato”.

E, por sua vez, também na determinação do *quantum* da indenização, impondo o artº. 566º, nº 3, do atual Código Civil que, “se não puder ser averiguado o valor exato dos danos, o Tribunal julgará *equitativamente* dentro dos limites que tiver por provados”.

Assim, pois, se dando também relevância ao princípio da equidade, na determinação do quantitativo indemnizatório, da oportunidade perdida.

Julho - 2016

*Durval Ferreira*



Nos casos tipo do “dano de perda de oportunidade”, se é certo que, muitas vezes, não se pode assumir “com certeza” que a oportunidade se teria verificado, também não é menos verdade que nesses casos também não se pode assumir, “com certeza”, o contrário. Ou seja, que tal oportunidade não viria a ocorrer.

*Mas uma coisa é “certa”, é que a oportunidade se perden.*

E, assim, é perfeitamente assumível esse dano como autónomo, e imputável à conduta ilícita do agente. E, consequentemente, é também justo que seja indemnizável. E no “grau de probabilidade” do prejuízo.



TÍTULO I  
DANO DE “PERDA DE CHANCE”  
- X -  
ASCENSÃO CRESCENTE E UBIQUIDADE



## CAPÍTULO I

### – Gênese Jurisprudencial e Doutrinal

#### SECÇÃO I – Gênese

##### 1

A figura de “perda de chance”, no campo da responsabilidade civil indemnizatória, apareceu em **França** em finais do século XIX, e foi alastrando, não só nesse país como a diversos ordenamentos jurídicos similares, como **Itália e Espanha**.

**E, também, da América Latina, como Argentina e Brasil, e recentemente, no Chile<sup>1</sup>.**

E, em termos similares, **nos países anglo-saxónicos**.

E, nas diversas línguas, se denominando de “Perte d’une Chance”, “*Perdita di Chance*” “*Pérdida de Oportunidades*” e de “*Lost of a Chance*”.

Como dá conta **Nuno Santos Rocha** <sup>2</sup>:

---

1. *Responsabilidade Civil por Perdida de La Oportunidad*, por Ignacio Rios Erazo e Rodrigo Silva Gonhi, abril/2014.

2. *A “Perda de Chance” como uma nova espécie de dano*, Almedina, Reimpressão, 2015, pág. 24.

O termo “Perda de Chance” corresponde a um galicismo, de adaptação do termo francês *Perte de Chance*.



“Em 17 de julho de 1889, através de uma decisão da Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation francesa, aceitou-se a indemnização pela *perte de chance* de ganhar uma ação judicial provocada pelo comportamento negligente de um *officier ministériel* que impediu a normal tramitação do processo. A partir desse momento, a teoria foi sendo aplicada às mais variadas circunstâncias, desde a perda da possibilidade de vitória em jogos de sorte ou azar, em competições desportivas e em concursos públicos, à perda da oportunidade de se obter uma promoção profissional, ou um emprego mais lucrativo, e até mesmo à perda da oportunidade de se conquistar um determinado mercado.

Por outro lado, foi também em França que este conceito começou a ser utilizado para solucionar casos de responsabilidade civil médica, assistindo-se ao despontar da noção de *perte d'une chance de guérison* ou de *survie*.

Assim, no **Acórdão da Cour d'Appel de Grenoble, de 24-10-1961**, num caso em que houve uma “falha” de diagnóstico de uma fratura, já evidenciada em anterior radiografia, o que ocasionou um agravamento do estado de saúde da vítima, que provavelmente não ocorreria se tivesse havido uma devida avaliação, segundo as *leges artis* médicas, *ad hoc*, da situação da vítima.

A sua aplicação neste âmbito viria a levantar uma das maiores críticas apontadas à possibilidade de indemnização por «chances» perdidas, nomeadamente no que diz respeito à questão da prova no domínio da causalidade.

A **Itália** é outro exemplo de um país onde a noção foi introduzida nos mais diversos campos, com especial incidência em situações relacionadas com o direito do trabalho.

A primeira decisão favorável à indemnização pela *perdita di chance* data de 1983, quando a secção laboral *della Corte di Cassazione* condenou

uma empresa a indenizar alguns candidatos à obtenção de emprego pela perda dessa possibilidade, pois, apesar de terem participado nas primeiras provas de seleção, foram ilicitamente impedidos de atender às provas subsequentes.

**Em Espanha**, nos últimos vinte anos, o conceito de *pérdida de oportunidades* tem sido fortemente utilizado para suprir situações em que surgem dificuldades na demonstração do nexo causal, sendo uma teoria a que tanto os tribunais civis como administrativos têm vindo a recorrer quando se lhes deparam litígios que envolvam a responsabilidade de profissionais liberais.

A influência francesa e italiana fez-se também sentir em países da América do Sul, nomeadamente **na Argentina e no Brasil**.

O antes citado **Nuno Santos Rocha** refere o seguinte “*caso do maratonista brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima*, que estava em primeiro lugar na maratona olímpica de 2004, quando, a seis quilómetros do final, foi agarrado temporariamente por um homem, que o projetou contra o público, fazendo-o perder preciosos segundos, já que, após o incidente, o brasileiro acabou por ser ultrapassado, terminando a prova em terceiro lugar. Não se pode tomar por garantido que, não fora o empurrão e consequente tempo perdido, este teria ganho a medalha de ouro, já que os dois atletas que o ultrapassaram vinham poucos segundos atrás e ainda faltava uma distância considerável para o final da corrida. No entanto, podemos certamente afirmar que, por força da atuação ilícita de um terceiro, o maratonista perdeu efetivamente algumas possibilidades de ganhar aquela prova olímpica”.

Olhando agora para os países da família **anglo-saxónica**, é em Inglaterra que aparece o *leading case* da manifestação da figura *loss of a chance*.

Em 1911, no caso *Chaplin v. Hichs*, o *English Court of Appeal* concedeu uma reparação a uma candidata que perdeu a possibilidade de ser uma

das vencedoras de um concurso de beleza por não ter sido notificada tempestivamente para a entrevista final.

E, nos **Estados Unidos da América**, o *Acórdão do Texas Court of Civil Appeal*, de 1917, no caso *Kansas City M. & O. Ry. Co. V. Bell*, reconheceu a um criador de gado o direito a ser indenizado por uma empresa de transportes que se atrasou na devida entrega dos animais no local de destino, onde decorria uma feira de gado, e, assim, perdendo tal criador de gado a oportunidade de ganhar um prémio aí disputado.

E, identicamente, em **Inglaterra**, o *Acórdão do Court of Appeal, de 1911*, admitiu a indemnização a uma concorrente a um concurso de beleza, com o compromisso de serem contratadas como atrizes, durante três anos, as 12 candidatas que o agente teatral que organizou o concurso escolheria entre as 50 mais votadas pelos leitores de uma publicação periódica, que viu aquela oportunidade perdida, por deficiência de comunicação da data agendada para a entrevista pessoal nas regras do concurso.

Todavia, não tem sido só ao nível dos Estados que a teoria da «perda de chance» tem vindo a impor-se.

**Diversas instituições europeias e internacionais** também têm utilizado e desenvolvido a noção.

Assim, o artigo 2.7 da Diretiva 92/13/CE, aprovada pelo Conselho das Comunidades Europeias, na sua parte final<sup>3</sup>, bem como o artigo 7.4.3, segunda alínea, dos princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, desenvolvidos pelo Instituto Internacional para a

---

3. “Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos incorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá de provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato, tendo assim sido prejudicada por essa violação”. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0013:pt:HTML>.

Unificação do Direito Privado – UNIDROIT –, referem-se explicitamente à noção de «perda de chance».

Por outro lado, existem instrumentos desenvolvidos de forma menos oficial e institucional que também, direta ou indiretamente, acabam por consagrar a figura, como é o caso do artigo 163º da parte geral do projeto preliminar do Código Europeu dos Contratos <sup>4</sup>...

## ***SECÇÃO II – Ascensão em França, Itália e Estados Unidos da América***

### **2**

Em **França** teve lugar a gestação da categoria do dano “de perda de chance” (*perte de chance*), como já antes referido, no Acórdão da *Cour de Cassation* de 17-07-1889, que concedeu provimento a um pedido de indemnização pela “perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial”, e, assim, de obtenção de ganho de causa, e imputável a uma omissão do respetivo patrono judiciário<sup>5</sup>.

A partir desse campo da responsabilidade contratual no âmbito do patrocínio judiciário, a referida figura jurídico-conceitual foi sucessivamente alargada pela jurisprudência e doutrina aos mais variados âmbitos de responsabilidade civil.

---

4. “Art. 163, Daño patrimonial resarcible. El daño patrimonial resarcible comprende:

a) tanto la pérdida sufrida,

b) como el lucro cesante, que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse con certeza razonable-ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora”.

5. Conforme dá conta o citado Nuno Santos Rocha e, também, Rui Cardona Ferreira, in *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*, Coimbra Editora, 2011, p. 113

Conforme acentuam **Geneviève Viney/Patrice Jordan**<sup>6</sup>, aquela noção tem encontrado, em França, campo fértil, quer na área da responsabilidade delitual quer na da responsabilidade obrigacional, tendo como pressuposto o desaparecimento da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou de uma vantagem: a jurisprudência tende a vislumbrar aí um dano direto e certo, embora admitindo que, por definição, a realização de uma chance nunca é certa.

Também **Yves Chartier** assinala, aliás, que «não há limites de princípio, nem domínio reservado» à aplicação da “perda de chance”<sup>7</sup>.

Assim, a perda de “chance” é concebida como um dano autónomo, e específico em relação ao (eventual) dano final.

E em que mesmo o baixo grau<sup>8</sup> de probabilidade de acontecer a vantagem não obsta à obrigação de indemnizar e apenas influi no valor indemnizatório, no seu *quantum*, de acordo com o grau de probabilidade da concretização da vantagem.

E, em tema de responsabilidade civil por ato médico, surge o **Acórdão da Cour de Appel de Grenoble, em 24-01-1961**, que iniciou uma corrente jurisprudencial que assume a indemnização pela perda “de chance de recuperação ou sobrevivência” – quando, não fora a deficiência da assistência médica, teria sido possível evitar o agravamento, ou o aparecimento da doença ou a morte.

Naturalmente, no entanto, também existem vozes críticas de tal orientação.

Também no domínio da responsabilidade civil da Administração Pública, a assunção da figura do dano de “perda de chance” originou-se

---

6. Citado pelo referido Rui Cardona Ferreira, pág. 115.

7. Citado Rui Cardona Ferreira (pág. 115).

8. Baixo grau que, todavia, terá que estar acima de um patamar mínimo de “probabilidade ínfima e irrelevante”, como infra no Título V, Capítulo II a VI, se desenvolve.

numa decisão do **Conselho de Estado de 03-08-1928**, em que esteve em causa a indemnização dum funcionário por perda de chance na progressão da carreira.

Em tema de *quantum* indemnizatório, não deverá ser atribuída qualquer indemnização pela vantagem perdida – se esta não teria qualquer hipótese de sucesso ou se tal sucesso fosse pouco provável.

E só deverá ser arbitrada uma indemnização parcial se a probabilidade da concretização da vantagem era muito provável, ou, até, em caso de elevado grau de probabilidade, um ressarcimento total.

Também em **Itália**, a figura de “perda de chance” tem feito o seu percurso jurisprudencial, como lesão do bem jurídico, do património da vítima, que associava a possibilidade de aquisição duma vantagem – e, assim, assumida a perda “de chance”, como dano emergente.

Assim, no campo do direito do trabalho, a ***Corte di Cassazione*, no seu Ac. de 19-11-1983** (CG, 1984, I, p. 1841 e sgts.), avalia os danos causados ao trabalhador num procedimento de admissão ou promoção de trabalhadores, e que sejam ilicitamente interrompidos.

Nesse aresto o Tribunal avaliou que o conceito de perda e de lucro (cessante) “... não abrange somente quantias pecuniárias, mas qualquer utilidade economicamente avaliável ...” e “o facto de a situação ser idónea (...) a produzir apenas provavelmente, e não com absoluta certeza, o rendimento com ela relacionado, condiciona não a existência, mas apenas a avaliação do dano ressarcível”, sendo certo que a indemnização se refere «... *não à perda de um resultado favorável, mas antes à perda da possibilidade de conseguir um resultado útil*, possibilidade existente no respectivo património no momento em que sofreu o comportamento ilícito da empresa e a lesão do direito».

Em sentido similar vem a decidir também a ***Corte di Cassazione*, no Ac. de 19-12-1985**, “...afirmando que estava em causa «(...) um dano

certo (ainda que não no seu montante), que consiste não num lucro cessante, mas antes no *dano emergente da perda de uma possibilidade atual*, não de um resultado futuro (...), traduzido na perda de uma chance ou possibilidade que não se confunde com a mera expectativa de facto.

E, assim, está realmente em causa: «(...) lesão do direito à integridade do próprio património» do lesado, que havia já passado a integrar a chance perdida.

No que se refere à determinação do *quantum* indemnizatório, a *Corte di Cassazione* decidiu que o valor da própria *chance* há de consistir no valor atribuído ao resultado que constitui seu objeto (no caso em espécie, o montante da remuneração que o trabalhador deixou de auferir) e reduzido por um coeficiente que tenha em apreço *o grau de probabilidade* de obter esse dano final – o certo é que, nos casos em que tal se revele difícil, concede-se, sempre, uma indemnização por utilização *dum critério de equidade*, como determina o artº. 1226º do CCIt.

E, também, a Corte di Cassazione só admite a obrigação de indemnização se a “chance” que se alega “perdida” consubstancia uma probabilidade não desprezível de ocorrer, ou seja, no caso de o trabalhador concorrente vir a final a ser selecionado no procedimento concursal em causa (**Ac. 13-06-1991**).

Embora, para certa corrente jurisprudencial, seja necessário que tal probabilidade seja superior a 50% (como se decidiu no Ac. de 19-12-1985). E, também, assim, o Consiglio da Stato, no seu Acórdão de 07-02-2002<sup>9</sup>.

O mesmo tipo de avaliação se estendeu, na jurisprudência italiana, a outros campos de responsabilidade civil contratual, como a *responsabilidade do advogado em processos judiciais*.

---

9. Quanto a esta exigência desse mínimo de 50%, que também é feita pela Jurisprudência dos Estados Unidos – ainda que com vozes contra –, faz-se a respetiva crítica, infra, no Título V, Capítulo II a VI.

E, assim, p. ex., a *Corte di Cassazione*, no seu **Acórdão de 13-12-2001**, decidiu, identicamente, assumir a avaliação do dano de “perda de chance” como um dano específico, autónomo, atual e real – consubstanciando, pois, “... não uma mera expectativa de facto, mas uma entidade patrimonial em si mesma, jurídica e economicamente suscetível de avaliação autónoma, cuja perda configura uma lesão à integridade do património ...” E, como chance, «... de intentar ou prosseguir um litígio em sede judicial, do lado ativo como do passivo, determina um dano a respeito do qual não pode, em regra, pôr-se qualquer problema de acerto da perspectiva do *an* ..., mas apenas, eventualmente, da perspectiva do *quantum* ...”

E, este *quantum* seria determinado, aí sim, segundo o grau de probabilidade de êxito por parte do lesado e, no limite, segundo o critério da equidade do artigo 1226º do CCIIt.

Este Acórdão é favoravelmente comentado, na *Doutrina Italiana*, por **Maria Feola** (Rev. *Critica del Diritto Privado*, março/2004, pág. 181), dizendo que o dano: «*não se situa entre o incumprimento e o evento final* (no caso, perda do processo), *mas antes entre a conduta negligente e as chances realmente perdidas* que o cliente tinha de fazer valer as suas razões em juízo. O verdadeiro problema, portanto, não é o da ressarcibilidade desse dano a respeito do *an respondeatur*, uma vez que esse é reparável com fundamento no incumprimento ou na mora (*ex art. 1218º* do CCIIt, em caso de responsabilidade contratual), ou no critério do dano injusto (em hipóteses de responsabilidade delitual), mas é o da sua quantificação com base no número percentual das chances (de 0,1 a 99,9) que se estime terem sido efetivamente perdidas. O ressarcimento do dano deve ser excluído somente nas hipóteses em que a probabilidade de sucesso seja igual a zero ...”

Ainda que parte da Doutrina exija, para se assumir a obrigação de indemnizar, que, no caso, se possa assumir que existia uma “considerável probabilidade de sucesso final”.



Todavia, e a propósito, deve-se lembrar que no direito positivo português, à face, pois, do direito constituído, esta restrição é inadmissível quanto ao cômputo do valor da indemnização – dado o preceito do artº. 566, nº 3, do C. Civil, que, nesses casos, desde que exista uma “probabilidade”, ainda que mínima, “mas não desprezível” da perda, ordena sempre a fixação dum montante indemnizatório segundo critérios de equidade, ainda que, quanto ao *quantum*, não haja elementos probatórios para “ser averiguado o (seu) valor exato”<sup>10</sup>.

Pois que, se existia uma “probabilidade”, ainda que pequena, mas não desprezível – ou seja, acima dum patamar “ínfimo e irrelevante” –, a sua eliminação representa, *a se*, um “dano” (certo, autónomo, real): o que é questionável é o “*quantum*” de desvalor ou prejuízo resultante desse dano para o património da vítima<sup>11</sup>.

Também na responsabilidade civil por ato médico, a jurisprudência mais recente da Corte di Cassazione assegura uma indemnização à vítima mesmo perante incerteza, não se exigindo a prova duma probabilidade séria do contributo da omissão para a lesão da integridade física que veio a ocorrer.

Assim, a *Corte di Cassazione*, no seu **Ac. de 04-03-2004**, admitiu a figura do dano de perda “de chance” num caso duma intervenção cirúrgica urgente destinada a evitar a rotura da artéria aorta de que o paciente veio a morrer, apesar de que, no caso, não pudesse afirmar-se com segurança que, tendo sido efetuada mais cedo tal operação, como possível era, o doente tivesse sobrevivido.

Pois que bastava constatar que a omissão dessa intervenção cirúrgica atempada agravara “... a possibilidade de que o resultado negativo

---

10. Infra, Título V, Capítulo VI.

11. Parte da doutrina fixa esse mínimo, como orientativo, num grau de 10% de probabilidade. Propomos um patamar mínimo dos 15/20%, infra Título V, Capítulos II, III e IV.

se produzisse... de tal forma que o paciente perdera, por efeito desse incumprimento, as chances, de que estatisticamente dispunha, ainda que tendo em conta a particular situação concreta...” de se salvar.

E mais, se afirmando que na “perda de chance” não se trata de “... uma mera expectativa de facto, mas de uma entidade patrimonial em si mesma, jurídica e economicamente suscetível de avaliação autónoma (...), configurando a sua perda como «(...) um dano concreto e atual».

Já, todavia, se se está a apreciar o ato médico no âmbito de responsabilidade penal – aí, dado o princípio da tipicidade da conduta criminal, a “assunção da lesão” pressupõe um “juízo sobre o nexo de condicionamento de alta probabilidade lógica ou de elevada credibilidade racional ... que se avizinha ao máximo da certeza” (**Acórdão da Corte di Cassazione, de 28-09-2000**)<sup>12</sup>.

Também no âmbito da responsabilidade por atos de administração pública a Jurisprudência italiana assume a figura do dano de “perda de chance”, no conceito que se vem referindo.

Apenas quanto ao *quantum* indemnizatório, decisões há que exigem que o “grau de probabilidade” da verificação final da vantagem projetada seja superior a 50%. Assim, ver, quanto a esta limitação, o antes citado *Consiglio di Stato*, no seu **Acórdão de 07-02-2002**, e a *Corte di Cassazione*, **Acórdão de 19-12-85**, antes citado.

Quanto à dita admissão da figura do dano de “*perda de chance*” pode-se invocar o **Acórdão da Corte di Cassazione de 29-03-2006** para quem o dito dano constitui uma “... concreta e efetiva ocasião favorável de conseguir um determinado bem...”, e que não se entronca numa “... mera expectativa de facto, mas num bem patrimonial em si mesmo, jurídica e economicamente suscetível de autónoma avaliação...”.

---

12. Vide, *infra* Título VIII, Capítulo VII.

Realça-se ainda que no seu dito Acórdão de 07-02-2002 a “perda de chance” “... constitui um dano atual ... presente e consubstanciado na lesão da possibilidade de conseguir o resultado favorável”.

Também em **Espanha** se assiste a uma ascensão crescente e a uma ubiquidade da categoria jurídica autónoma do “dano de perda de chance” (*pérdida de oportunidad*), como nos dá conta **Luís Medina Alcoz**, professor titular de Direito Administrativo na Universidade Complutense de Madrid, no texto, da sua autoria, “*Hacia una nueva teoria general de la causalidade en la responsabilidad civil contratual (Y extracontratual): La doctrina de la perdida de oportunidades*” (publicado na *Revista de Responsabilidad civil y seguro*, nº 30, segundo trimestre, 2009, págs. 31 a 74).

Realça-se que, através dessa categoria jurídica, pretende-se evitar “*la drástica solucion a que conduce el modelo causal tradicional: el todo o nada*” (pág. 32).

Na verdade, considera tal autor que

“La teoria general de la causalidad obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga en su conjunto sobre un solo sujeto: sobre el agente danoso, cuando, ante las dificultades probatorias, el juzgador rebaja el estándar ordinário de prueba para afirmar un nexo causal dudoso, y ordena la reparación total del dano padecido; o sobre la víctima, cuando el órgano judicial mantiene esse estándar ordinário y libera de toda responsabilidad al agente (posiblemente) danoso. Frente a este planteamiento, la teoria de la chance distribuye el peso de esa *incertidumbre entre las dos partes implicadas*: el agente responde solo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo. De esse modo, se brinda una solucion equilibrada que pretende acomodar-se a una sensibilidad justicial a la que repugna que se exonere al agente danoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un dano que pudo no haber causado”.

Por sua vez, escreve tal autor (pág. 35) que o surgimento e a consolidação da teoria da *“perdida de oportunidade”*, entre outras razões, a mais importante está na *“tomada de consciência, relativamente recente, no mundo do direito, de que o conhecimento humano é imperfeito e limitado e que só pode expressar-se em termos de probabilidade”* – contrariando, assim, o *“paradigma mecanicista newtoniano que depositou uma confiança cega no conhecimento empírico”*.

Pois que, ao contrário do referido “pensamento ilustrado e positivista” (págs. 40), os “avanços científicos, especialmente os desenvolvimentos da física quântica, vieram pôr de manifesto, mais do que nunca que o mundo físico não se rege por leis causais, mas sim probabilísticas do tipo “se x, então y e em percentagem 2” (pág. 36).

E, assim, realça tal autor “esta nova tendência, também no mundo de direito” e que “parece estar a impor-se e que admite a relatividade do conhecimento humano para reparar danos ainda que sem a prova patente do nexos causal” (pág. 40).

Tendência esta, escreve, que, depois de gerada entre finais do século XIX e princípios do século XX nos sistemas jurídicos francês e inglês, em casos de incumprimento contratual, circulou *horizontalmente* em muitos outros ordenamentos jurídicos nacionais e *verticalmente*, alcançou *diversas organizações europeias e internacionais*, como Consejo y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT –, Academia de Jusprivatistas Europeos, Grupo Europeo de Responsabilidad Civil – EGTL –, que, *después de identificarla a través del método comparado, la han recogido o aplicado en algunos de sus instrumentos* (art. 2.7 Diretiva 92/13/CE y jurisprudência comunitária; sentencias en matéria de derechos humanos, art. 7.4.3 Princípios UNIDROIT; art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos; art. 3.106 dos Princípios do Direito Europeu da Responsabilidade Civil).

A doutrina do “dano de perda de chance” pode virtualmente aplicar-se a uma imensa variedade de hipóteses – pelo que é uma teoria ubiqüitária, dotada do caráter de ubiqüidade.

E realça tal autor que “indemnizar a oportunidade perdida não é mais do que restar da estimação pecuniária do dano final (do dano incerto ou eventual, isto é, da vantagem frustrada) a margem de incerteza com respeito ao seu enlace causal com a conduta do agente danoso.

Por isso se diz que “a incerteza do resultado se reflete no valor económico da possibilidade perdida”.

*A doutrina da perda de oportunidade é, pois, essencialmente, um calculo de probabilidade delimitando o âmbito da sua aplicação, acoitado entre um nível mínimo de seriedade da chance e outro máximo de certeza (págs. 47/48).*

Cita-se que, assim, o defende também F. Trimarchi Banfi, administrativista italiana, in *Tutela Specifica* (pág. 76):

“Sem embargo”, refere o autor em citação, “a resposta renasceria do regime alternativo, através da doutrina da chance que não depende já de que tal probabilidade possa reputar-se suficiente nem implica que o prejudicado obtenha tudo ou nada. Achado o grau de probabilidade no caso concreto, se é sério ou apreciável, projeta-se sem mais sobre a indemnização para afirmar uma responsabilidade parcial baseada numa causalidade probabilística; a doutrina da “perda de oportunidade”, vale-se dessa mesma valoração probabilística, só que, se a probabilidade resultante supera um (mínimo) nível de seriedade sem chegar a alcançar o standard (máximo de certeza), impõe uma responsabilidade parcial, proporcionada a essa probabilidade. Por isso, quando a teoria da oportunidade perdida seja aplicável, *a decisão final é, simplesmente, o resultado de projetar a percentagem calculada de probabilidade sobre o valor total do dano, que proporciona a medida exata da causalidade parcial* que liga o facto ilícito com o dano, assim como o preciso alcance tanto da indemnização a que

tem direito o prejudicado como a responsabilidade a que fica sujeito o agente danoso.

E salienta o autor em citação que a teoria em causa – do dano da perda da chance – “estabelece, em resumo, uma espécie de regra de indemnização ou responsabilidade proporcional, fracional, parcial ou probabilística que, desde logo, não é alheia ao sistema espanhol de responsabilidade civil, que, noutros âmbitos, acode a ela para resolver problemas igualmente ligados ao nexo de causalidade. Refiro-me, fundamentalmente, às estabelecidas nas doutrinas da culpa da vítima, da intervenção de terceiros, da força maior concorrente e do dano causado por membro indeterminado do grupo” (pág. 48).

Recorda-se, também, que com a *transposição para o direito espanhol da Diretiva 92/13 CEE, do Conselho, de 25 de fevereiro, aquele positivou a doutrina da perda de chance* no âmbito da contratação pública para indemnizar o licitador que não logrou demonstrar que, sem a infração cometida pelo órgão da adjudicação, haveria resultado benefício (pág. 42, *o. cit.*).

E, assim, tal autor considera que, face ao regime (geral) da causalidade estabelecida para a responsabilidade contratual e extracontratual entre particulares (arts. 1101º e 1902º do Código Civil) e para a responsabilidade das Administrações Públicas (artº. 139º da L. 30/1992), e que pressupõem o nexo etiológico da causalidade adequada, todavia existem as referidas normas em que está consagrada a teoria da chance, e, que, assim, como “*um regime especial de imputação probabilística*”, se poderia aplicar, por analogia, aos demais casos em que se verifiquem pressupostos idênticos da (aplicada) *conceção causal probabilística* (págs. 49/50).

E o autor em citação, Luís Medina Alcoz, termina, assim, a sua defesa da teoria do “dano da perda de chance”, inclusive como categoria assumida pelo direito positivo espanhol: “En resolución, si se há asistido ya al declive del monismo culpabilístico y al derrumbe de la responsabilidad exclusivamente basada en el elemento subjetivo, parece estar

advinindo agora o declive de la certidumbre del dano y el derrumbe de una responsabilidad exclusivamente basada en la prueba patente del nexo de causalidad.

*Creo así que las reglas de indemnización proporcional que hoy día se admiten en el marco de las teorías de la oportunidad perdida y de la causa anónima pueden percibirse, no como incómodas anomalías o “excepciones” cuya asimilación requiere de forzadísimas explicaciones, sino como manifestaciones de una nueva teoría general de la causalidad, que ha dejado de basarse ya, siempre y en todo caso, en el principio de la indivisibilidad causal.”*

E também **Leonor Suárez Lemos**, professora de Teoria e Filosofia do Direito na Universidade de Oviedo, defende, similarmente, tais linhas gerais, no seu recente trabalho, *La teoría de la pérdida de oportunidad (impedindo a outro de disfrutar de uma vantagem)*, 2014, e cujas considerações nos iremos referir, ao longo dos diversos temas que levanta a categoria jurídica da perda de “chance”, e a serem tratados nos Títulos seguintes.

Também nos **Estados Unidos da América**, o **acórdão do Texas Court of Civil Appeal, de 1917**, no caso *Kansas City M. & =. Ry. Co. V. Bell*, reconheceu a um criador de gado o direito a ser indenizado por uma empresa de transportes que se atrasou na devida entrega dos animais no local de destino, onde decorria uma feira de gado, e assim privou esse criador de ganhar um prêmio disputado nessa feira.

Identicamente, em **Inglaterra**, o **Acórdão do Court of Appeal, de 1911** admitiu a indenização a uma concorrente a um concurso de beleza, com o compromisso de serem contratadas como atrizes, durante três anos, as 12 candidatas que o agente teatral que organizou o concurso escolheria entre as 50 mais votadas pelos leitores de uma publicação periódica, que viu aquela oportunidade perdida, por deficiência de comunicação da data agendada para a entrevista pessoal prevista nas regras do concurso.

### ***SECÇÃO III – Jurisprudência portuguesa***

#### **3**

**Na Jurisprudência portuguesa** também encontramos acórdãos que tratam da questão em apreço do dano de “perda de chance”, quer dos Tribunais Administrativos, quer dos Tribunais Comuns.

Assim, no **Acórdão do S. T. ADMINISTRATIVO de 29-11-2015** (Alberto Augusto Oliveira), do proc. 041321A, foi apreciado o pedido de indemnização formulado por um concorrente preterido ilegalmente na adjudicação de um contrato de empreitada.

O Tribunal decidiu que não estava demonstrado que o concorrente lesado teria saído “necessária ou muito provavelmente” vitorioso, pelo que não se poderia fixar um quantitativo indemnizatório certo, mas concluindo pela fixação duma indemnização segundo a equidade, nos termos do artº. 566º, nº 3, do C. Civil.

E, identicamente, foi assumida a figura do dano “de perda da chance” no **Ac. do S.T.A. de 6-3-2014** (Pinto de Almeida), em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

O STA reconhece que «(...) como refere o recorrente Estado, não se deu como provado que o Autor, se não tivesse sido afastado da corporação, teria já concorrido a cabo e teria sido promovido, mas sim que poderia já ter concorrido a cabo e poderia ter sido promovido, o que é diferente. Trata-se, pois, de uma possibilidade, não de uma certeza».

Daí que, conforme se lê ainda na fundamentação do mesmo acórdão, «(...) o Autor não era titular de um direito subjetivo à graduação ao posto de cabo ou sargento, mas apenas titular do direito de poder ascender na carreira».



No entanto, o STA reconheceu igualmente que «(...) por força do referido afastamento compulsivo ilegal, o autor viu irremediavelmente perdida a possibilidade de ser promovido a cabo e afastada a possibilidade ulterior de progresso na carreira (...) ou seja, viu ser-lhe negada, definitiva e ilegalmente, a possibilidade de exercer um direito estatutário que lhe assistia, o direito à progressão na carreira».

Todavia, o STA decidiu que «(...) a perda definitiva da possibilidade de ter progredido na carreira *constitui, sem dúvida, um dano decorrente daquele afastamento ilegal e, portanto, indemnizável*, verificados que estão os pressupostos do artigo 483º do CC (facto ilícito e culposo, dano e nexo de causalidade), mas não através da condenação do Estado a pagar ao Autor as diferenças salariais entre o posto de soldado e o de cabo (...), mas sim *pela fixação, na falta de outros elementos, de uma importância que se afigure justa e razoável* para compensar essa perda de chance, ou seja, com recurso à equidade (artigo 566º, nº 3, do CC)», atribuindo, 50% do montante da indemnização fixada, a título de diferenças salariais, no tribunal *a quo*.

**No Acórdão do S.T.A. de 24-10-2006** (Fernanda Xavier), proc. 289/06), um soldado da GNR intentou uma ação contra o Estado pedindo indemnização por danos, patrimoniais e não patrimoniais, derivados do seu afastamento compulsivo, mas afastamento ilícito e entre tanto anulado.

Em sentido idêntico, **o Acórdão do S.T.A. de 01-10-2008** (Jorge de Sousa), referente ao processo nº 042003A, num caso de funcionalismo público em que se decidiu que a nomeação do candidato preterido não se apresentava como consequência necessária da execução do julgado anulatório, o STA entendeu que aquele tinha direito a ser indemnizado apenas pela «(...) perda da possibilidade de demonstrar que estava em condições de vir a ser nomeado para um dos lugares a concurso (...)»,

o que se traduziria num «(...) dano para a esfera jurídica do Requerente, pois constitui a perda de uma situação jurídica que poderia proporcionar-lhe proventos patrimoniais (...)».

*Em face da impossibilidade de determinação rigorosa da indemnização*, o STA fixou o respetivo montante em € 10.000,00, por apelo à equidade, nos termos do art.º 566º, n.º 3, do CC.

Em sentido muito próximo ao dessas decisões, está também o **Acórdão do STA de 25-02-2009** (Políbio Henriques), referente ao processo n.º 047472A.

Também no **Acórdão do S. T. JUSTIÇA, de 09-02-2006**, (Moitinho de Almeida), proc. 06B06, se decidiu sobre a questão em apreço.

O autor pretendia ser indemnizado da *perda de oportunidade da venda de um imóvel* de que era proprietário e que havia sido já objeto de contrato-promessa de compra e venda, mas cuja execução veio a frustrar-se em resultado da *penhora indevida* daquele imóvel.

A ação foi proposta contra a instituição de crédito que promoveu a penhora e o pedido formulado referia-se à mais-valia que iria ser obtida na venda projetada.

A ação foi julgada procedente e a respetiva sentença confirmada pelo TRP, tendo o réu interposto para o STJ a revista donde veio a emergir o acórdão.

O STJ entende que «(...) a perda da oportunidade de venda do imóvel nas condições estipuladas no contrato-promessa traduz-se num prejuízo cujo ressarcimento se impõe». Todavia, o STJ sustenta que tal prejuízo não tem de «(...) coincidir com a diferença entre o preço de aquisição do imóvel e o acordado no contrato-promessa, ignorando-se se este preço resulta de uma valorização do imóvel ou se é atribuível a quaisquer outras razões».

Assim, o STJ decidiu fixar uma indemnização em termos *equitativos*, ao abrigo do artigo 566º, nº 3, do CC, reduzindo-a 1/3 do valor peticionado e concedido pelas instâncias<sup>13</sup>.

Também o **Acórdão do T. R. Porto, de 27-10-2009**, trata o caso dum *advogado* que apresentou recurso de uma decisão, mas não apresentou alegações, e, assim o recurso, foi julgado extinto.

Para o dito Acórdão, o “réu, ao ter interposto o recurso e não ter apresentado alegações deixando o recurso deserto, teve conduta que consubstancia inexecução ilícita e culposa da obrigação da assistência técnica do mesmo aos Autores e vedou a estes a possibilidade de terem a sua pretensão apreciada por um Tribunal Superior. E assim, tal como a decisão recorrida, entendemos que o que se deve aplicar aqui é o conceito de «perda de chance», já que é impossível afirmar que os Autores saíam vencedores, obtendo a revogação da sentença (...), se o ora Recorrente tivesse apresentado alegações e o recurso não fosse julgado deserto”.

E, também, no mesmo sentido, o **Acórdão do STJ, de 28 de setembro de 2010** (Moreira Alves), referente à responsabilidade civil do advogado (Proc. 171/2002.S1).

No caso, um advogado interpôs uma contestação fora de prazo, levando ao seu desentranhamento do processo. Por conseguinte, todos os factos articulados pelo autor da ação foram dados como confessados

---

13. Todavia, no caso, a “oportunidade”, ou seja, a “revenda com lucro do imóvel”, já estava consolidada com o já outorgado contrato-promessa da sua (re) venda – pelo que aí já existiria a ocorrência do “dano final”, e cujo “quantitativo” era a diferença entre o preço de aquisição e o da revenda do imóvel em causa. No entanto, pode contra-argumentar-se, e bem, que o juízo retroativo da avaliação se deve ter em conta o que se conhece hoje – no entanto, só será relevante o que era “cognoscível”, *ex ante*, à data do facto ilícito, e mais ainda o que efetivamente fosse conhecido pelo agente. E, assim, haveria que atender ao contrato-promessa existido se o agente lesante o conhecia. Se não, só haveria que atender ao que fosse cognoscível. Isto é, quer o “ganho” normal duma revenda (*quantum*) quer até da “probabilidade” duma revenda naquele período.

por parte do seu cliente – réu na ação –, já que essa é a consequência prevista para estes casos, de acordo com a legislação laboral aplicável quando exista falta de contestação.

A decisão refere expressamente o dano da «perda de chance» que, considera “... cabe claramente dentro dos princípios orientadores do nosso ordenamento jurídico-civil”.

Assim, “na «perda de chance» ou de oportunidade, ocorre uma situação omissiva que fez perder a alguém a sorte ou «chance» de evitar um prejuízo (no caso, a omissão da 1ª Ré fez perder à A. a chance de evitar a sua condenação na ação laboral), logo, “sendo a falta da responsabilidade da 1ª Ré, (...) não pode conceber-se que a referida impossibilidade de determinar o nexo causal, em termos de causalidade adequada, conduza à irresponsabilização da profissional que violou ilicitamente e com culpa os seus deveres para com o cliente”. Deste modo conclui que, “sabendo-se que a obrigação da 1ª Ré, como advogado da A., é uma obrigação de meios, o dano emergente do cumprimento defeituoso do mandato corresponderá à prestação devida, que o advogado não efetuou, com o que fez perder à A. a sorte ou “chance” de evitar um prejuízo, no caso, de evitar a condenação na ação laboral. (...) Ora, é evidente que, considerado o direito de defesa como um bem tutelado, não só pela lei processual como pelo contrato de mandato estabelecido entre a A. e a 1ª Ré, a impossibilidade do seu exercício por omissão culposa da 1ª Ré, como um prejuízo ou dano em si mesmo considerado (isto é, como um dano autónomo), nenhuma dúvida existirá quanto ao nexo de causalidade adequada existente entre a conduta omissiva e o dano ou prejuízo sofrido pela A. em consequência da dita omissão”.

*No entanto, verifica que no caso será impossível calcular as probabilidades de a autora não ser condenada, já que, como foi referido, ela se viu privada do seu direito de defesa: “... de modo que, não tendo sido apreciada*

qualquer prova, é impossível concluir que a A. ou a Ré obteriam ganho de causa, total ou parcial”.

“*Todavia 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.*”<sup>14</sup>

E, no **Acórdão de 16 de dezembro de 2010 do STJ**, foi atribuída uma indemnização pela perda da possibilidade de se obter emprego mais cedo, tendo ficado “demonstrado que, por causa das *lesões sofridas em acidente de viação, o autor atrasonou 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 próprio do exercício da profissão, embora indemonstrado o efetivo prejuízo necessariamente associado à real obtenção de trabalho remunerado, tal evento não pode deixar de ser, em si mesmo, considerado como um dano ou prejuízo”.

Também o **Acórdão do STJ, de 10-03-2011**, relatado pelo Exm<sup>o</sup> Juiz Conelheiro **Távora Victor**, no processo 9195/03.0TVLSB.L1.S1, em que se discutia a responsabilidade de advogado por falta de pagamento de taxas de justiça devidas num incidente de falsidade de letra e assinatura, que impossibilitou em definitivo a apreciação judicial da questão, considerou que “a chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respetiva perda passível de indemnização, desde logo quanto à frustração das expectativas que fundamentalmente nela se filiaram para o expectante”.

Identicamente, no **Acórdão do S.T.J., de 04-07-2013** (Hélder Roque, Gregório S. Jesus e Martins de Sousa), in C.J. – STJ – 248, Ano

---

14. Infra, no Título V, Capítulo IV, trata-se deste tema.

XXI, T. II, p. 135, se defende o dano de “perda de chance”, como dano emergente e autónomo face a um “dano final”, relegado para “mero cômputo do *quantum* da indemnização”.

*Num caso em que uma advogada não interpôs recurso de apelação, aí se defendendo (sumariando) que: “Ao ver inviabilizada a reapreciação da sentença pela instância recursiva, devido à falta de apresentação do requerimento de interposição da apelação, a advogada fez perder à autora, desde logo, a expectativa de ganho de causa na ação, o que, por si só, representa um dano ou prejuízo autónomo para aquela”.*

Bem como que: “O dano de «perda de chance» que se indemniza não é o dano final, mas o dano «avançado», constituído pela perda de oportunidade, que deve ser medido em relação à «chance» perdida e que não pode ser superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexa causal entre o facto e o dano final”.

A indemnização do dano da «perda de chance» exige que se *proceda a uma tarefa de dupla avaliação: em primeiro lugar, realiza-se a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo*, após o que, obtidos tais valores, deve ser aplicado o valor percentual, que representa o grau de probabilidade, ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado desta operação a indemnização a atribuir pela «perda de chance».

Nos casos antes referidos, os acórdãos referem-se, expressamente, a “perda de chance”, como dano – e a indemnizar no *quantum* que se apure à luz dos art.ºs. 563º, 564º, n.º 1, e 566º, n.º 3 (equidade).

*Mas outros acórdãos se podem citar, em que, não se aludindo expressamente a uma “perda de chance”, na avaliação do dano em causa, todavia se concede um direito à indemnização em hipóteses factuais que substantivamente integram a figura*

*em apreço, do dano “de perda de chance”, e em que a decisão é conforme ao conceito e indemnização desse dano, conforme se vem definindo.*

Assim, no **Ac. S.T.J. de 05-02-2015** (Abrantes Geraldês) (in C.J.-STJ262, TI, 2015, pág. 89 e sgts.) avaliou-se a revogação ilícita dum contrato de prestação de serviços, a termo certo, por parte do beneficiário do serviço – e cujo dano consistiu na “perda de chance” de auferir a remuneração que se “obteria” até final do contrato<sup>15</sup>.

ASSIM, **Ac. STJ de 6-7-1978** (BMJ – nº 279, outubro de 1978, págs. 196 e sgts), subscrito por Dias Garcia, João Moura e Rodrigues Boston.

Neste caso, a R., C<sup>a</sup>. Portuguesa de Transportes Marítimos, SARL, obrigara-se para com a A. a transportar 1620 sacos de feijão do Porto de Lobito para Lisboa.

O dito feijão era destinado à revenda.

Parte do feijão deteriorou-se, por não cumprimento por parte da Ré das condições do seu acomodamento.

A A. peticionou indemnização de lucros cessantes – ou seja, do valor que receberia pela revenda de tal feijão que não recebeu (em condições).

A A. provou que não pôde revender o feijão e receber os lucros – mas não logrou a prova dos respetivos quantitativos.

Em face do que o Tribunal *a quo* condenou no que se liquidar em execução de sentença<sup>16</sup>.

---

15. Ainda que, no caso do Acórdão, se possa assumir que a “probabilidade” de essa “repercussão negativa”, na esfera jurídica do lesado, acontecer era “certa” ou “superior a 80%”, de acordo com as *leges artis ad hoc* e, ou as regras da experiência comum. Pelo que a indemnização deve ser dum *quantum* de 100% e sempre existiria a obrigação de indemnizar mesmo de acordo com a “causalidade necessária” (p. ex., do artº 707º do C. Civil Português de 1867).

16. O que está perfeitamente correto, ao abrigo dos artºs. 563º, nº 3, do C.C. e 609º, nº 2, do C.Pr.C., pois que é de assumir que a transportadora em causa conhecia que a cliente era empresa comercial, que comprava para revenda. E daí ser de “grau elevado” ou, até, “muito elevado”

Ou o caso duma lesão corporal por ato ilícito de terceiro – que determinou uma incapacidade temporária para o trabalho dum proprietário e gerente duma empresa que pode ter determinado lucros cessantes que poderia ter obtido através da plena produção fabril e colocação no mercado dos respetivos produtos da empresa industrial por si dirigida (Ac. do STJ, de 06-03-2008, Rev. L. Jur., Ano 114, nº 3690, p. 284).

E o **Ac. STJ, de 14-03-1996** (Torres Veiga, Nascimento Gomes e Moreira Camilo – in C. Jur. Ano XXI, 1996, T. II, págs 81 e sgts.).

Neste caso, a Ré, empresa de transportes, assumira o transporte de certas “amostras”, de Portugal para Nova Iorque, onde tais amostras seriam expostas numa feira comercial, a ter lugar. Todavia, as amostras não chegaram ao destino dentro do prazo acordado, o que frustrou que as amostras estivessem na feira, o que, por sua vez, como alegou a A., também frustrou que a A. tivesse firmado contratos de venda, com ganhos (lucros cessantes), com visitantes da Feira.

TODAVIA, a A. não logrou provar a quantidade de contentores de tal mercadoria que teria vendido, e daí não se poder concretizar o *quantum* do lucro cessante.

ORA, a tal respeito decidiu o acórdão citado que “ficou provado ter existido a frustração de um ganho... O que não se provou foi unicamente o *quantum*... do prejuízo dos lucros cessantes”.

Pelo que caímos na previsão do nº 2 do artº. 661º do (anterior) CPC.

Em sentido idêntico, temos o **Ac. S.T.J., de 21-09-2006**, que julgou o caso de em certa venda e faturação de rolhas, em que veio a verificar-se que parte da mercadoria estava deteriorada, mas numa amplitude que, todavia, não se provou.

---

a “probabilidade” de a lesada perder a oportunidade de obter ganho com a sua revenda. E, assim, é de assumir, segundo um cálculo de “causalidade probabilista”, a existência (o *an*) do dano da repercussão negativa (da dita conduta ilícita). E, quanto ao seu *quantum*, será o que corresponder ao ganho líquido segundo uma avaliação a fazer, no caso, pelas *leges artis ad hoc* e as regras da experiência (nomeadamente o que indique a estatística do mercado).



Caso em que o Tribunal relegou o “*quantum*” da indemnização no que se vier a liquidar (Proc. 06B2601-dsgj.Net).

**No Ac. R. de Lisboa de 30-06-2015**, referindo-se expressamente a “perda de chance (C.J., 263, TIII, 2015, pág. 325), decidiu-se, em síntese que:

- O não exercício do direito de defesa, por omissão culposa do mandatário forense, daí resultando a condenação no pedido do seu cliente, representa um dano autónomo, consistente no “valor” da oportunidade perdida, independentemente do benefício esperado com a apresentação da defesa omitida;
- O juiz do processo onde se discute a “perda de chance” pode apreciar os meios probatórios relevantes que poderiam hipoteticamente ter sido apresentados na ação onde se verificou a falha que origina a nova ação;
- Assente que esteja o pressuposto básico da admissibilidade da indemnização do dano por “perda de chance”, há que averiguar a sua extensão, o que implica a aferição da probabilidade de ganho de causa;
- Tem de haver uma elevada probabilidade de procedência da ação, ou, tratando-se da não apresentação de uma contestação, de procedência da defesa que seria apresentada<sup>17</sup>;
- Competiria às rés desta ação (seguradoras para quem o ora autor havia transferido a responsabilidade civil decorrente da sua atividade de advocacia) alegarem que, mesmo que tivesse sido apresentada contestação, o desfecho da ação sempre seria desfavorável

---

17. Quanto a “grau de probabilidade” exigível, quer da existência do dano da “repercussão negativa”, na esfera jurídica do lesado (o an), quer do seu *quantum*, vide, infra, Título V, Capítulos II a VII.

à ali ré, ou seja, que a mesma sempre será condenada a pagar o valor peticionado<sup>18</sup>;

- Na determinação da medida do dano da perda de chance há que recorrer à equidade, devendo-se alcançar um valor que retrate o grau de probabilidade, isto é, a medida da oportunidade perdida, que não pode ser igual à vantagem que se procurava ou ao prejuízo que se pretendia evitar, nem igual nem superior à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexo causal entre o facto e o dano final;
- Esse prejuízo avaliativo deve ser desdobrado em dois passos: (1) avaliação do valor do dano final; (2) fixar o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou o grau em que o prejuízo foi evitado, traduzido num valor percentual;
- Em regra, como critério orientador geral, para se evitar, por um lado, supressão do risco do lesado, que poderia ficar numa situação mais favorável do que a que resultaria do julgamento do mérito da pretensão originária, ou para evitar uma decisão fundada no puro arbítrio do tribunal, o valor percentual deve ser fixado, equitativamente, em 50%.

Quanto a esta percentagem, vide, *infra*, Título V, Capítulo IV.

Também o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-02-2016** (Gabriel Martim Catarino, Maria Clara Sottomayor e Sebastião Povoas) admitiu a figura do dano de perda de chance e indemnizável a repercussão negativa da conduta ilícita e culposa dum advogado – que no caso interpôs um recurso fora de prazo, e que ficou deserto –, mas desde que haja uma possibilidade relevante (de obter um benefício ou

---

18. Salvo o devido respeito, entendo que a prova da “causalidade” (seja “probabilista”, seja “necessária”) quanto à repercussão negativa, em si – quanto ao *an* –, cabe a quem peticiona a indemnização (art.ºs. 342º e 563º do C. Civil). Apenas assumida “uma” repercussão negativa” (o *an*), mas não um seu “valor”, um seu “*quantum*”, “exato” – então, é que se julgará “equitativamente” (art.º. 566º, n.º 3, do C.C.) ou no que se vier a liquidar (art.º. 609º, 2, do C.Pr.C.). E presunção legal só existe quanto à culpa (art.º. 799º do C.C.), não quanto à causalidade.

de evitar um prejuízo), desde que a probabilidade “seja substancial”. E não, “em suma – se estamos perante chances reduzidas ou muito reduzidas”.

Não aceitando o conceito de dano de “perda da chance”, temos, todavia, acórdãos vários, nomeadamente do Supremo Tribunal de Justiça.

Assim, o **Acórdão do STJ de 29-04-2010** (Sebastião Povoas) (proc. 2622/07.0TBPNF-P1.S1), em que foi rejeitada a responsabilidade indemnizatória de um advogado que apresentou um recurso da decisão, mas não apresentou alegações.

E, para tanto, julgando-se que: “Se um recurso não foi alegado, e em consequência ficou deserto, não pode afirmar-se ter havido dano de perda de oportunidade, pois não é demonstrada a causalidade, já que o resultado do recurso é sempre aleatório, por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores chamados a reapreciar a causa”.

E, mais se alegando ... “que a «perda de chance» não releva na vertente jurídica, por contrariar o princípio da certeza dos danos e da causalidade adequada”.

E, assim, há que considerar não haver lugar a indemnização, porquanto “os autores/recorridos *não conseguiram provar lesão patrimonial que, provavelmente, e de acordo com o curso normal das coisas, não teriam sofrido* se o recurso tivesse sido alegado e julgado”, concluindo o acórdão que “não foi, por isso, demonstrada a causalidade entre a conduta do recorrente e um dano material concreto e determinado”.

**E o referido acórdão, de 29-04-2010, destaca, no mesmo sentido, os seguintes acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça:**

- Um, de **09-02-2006** (06B016), a considerar a exigência de alegação e a demonstração de que “há uma forte probabilidade de a oportunidade não voltar a repetir-se ou mesmo ter-se perdido definitivamente”;

- dois, **de 06-03-2007** (07-A 138) e **de 16-06-2009**, (1623/03.1TCLRS,S1), a afastarem, na prática, a perda de chance por, tratando-se de casos de concursos públicos que dependeram de juízos de discricionariiedade e de manifesta álea, tornando imprevisível a ocorrência do dano e assim afastando o nexo causal;
- e outro, de **22-10-2009** (409/09.4YFLSB), a concluir que a perda de chance não releva na vertente jurídica, “por contrariar o princípio da certeza dos danos e da causalidade adequada”.

No citado aresto, considera-se que “a perda de chance mais não é do que uma oportunidade de obter uma futura vantagem patrimonial que se gorou”, tratando-se, portanto, de imaginar ou prever a situação que ocorreria não fora o ilícito”, e que não se traduz num dano presente, “no sentido de se achar concretizado no momento da fixação da indemnização, nem também, em rigor, num dano futuro, “por não se inserir na definição do nº 2 do artigo 564º do CC, já que este tipo de dano tem de ser previsível, tendo-se como certa ou suficientemente provada a sua verificação, afastando-se os prejuízos eventuais, incertos ou hipotéticos”.

Daí extrai-se que a perda de oportunidade, não sendo um dano presente – imediato ou mediato –, só pode ser qualificado de dano futuro, mas eventual e hipotético, *salvo se a prova permitir com elevado grau de probabilidade, ou verosimilhança*, concluir que o lesado obteria certo benefício, não fora a chance perdida.

Nessa linha de entendimento, ali se considera que, não sendo o Direito, “de todo, uma ciência exata, de que são frequentemente reflexo as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo qualquer recurso uma álea dependente das opções (ou perspetivas) dos julgadores”, não se mostra que o seu resultado final seja previsível.

E acrescenta-se que o *dano patrimonial através da figura de perda de chance só poderia se ficcionado*, o que “implicaria conferir à indemnização uma função punitiva, que não meramente reparatória, esta a exigir a alegação e prova de um dano emergente ou de um lucro cessante que não se apurou em concreto, tornando assim o lesante responsável por todos os prejuízos que necessariamente resultem do não cumprimento do contrato”, como se refere no acórdão do STJ de 06/03/2007 (07 A 138).

E, no mesmo sentido, o acórdão do STJ de **29-05-2012**, relatado pelo Exmo. Juiz-Conselheiro João Camilo, no processo 8972/06. 5TB BRG. G1.S1, em que estava em causa a perda de chances processuais imputáveis a advogado, seguindo na linha do doutrinado nos acórdãos daquele Tribunal, de 26/10/2010 (processo nº 1410/04.0TVLSB.L1.S1), concluiu que “a perda de chance não tem, em geral, apoio na nossa lei civil, que exige a certeza dos danos indemnizáveis e a existência de nexo de causalidade entre eles e a conduta do lesante” e que “apenas quando se prove que o lesado obteria, com forte probabilidade, o direito não fora a chance perdida se pode fundamentar uma indemnização pelos respetivos danos”.

No recente **Acórdão do S.T.J. de 09-07-2015** (Tomé Gomes), in C. J. – STJ nº 264, T.II, 2015, págs. 159 e sgts., faz-se uma resenha da Jurisprudência parecendo-nos, já assumir uma posição intermédia.

Na verdade, assume-se como princípio que “*não vemos que exista obstáculo a que a perda de chance* ou de oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, impossibilitada definitivamente por um ato ilícito, *não possa ser qualificada como um dano em si*, posto que sustentada num *juízo de probabilidade tido por suficiente* em função dos indícios factualmente provados”.

Todavia, decide-se, de seguida, no acórdão em citação, que, “ora, uma coisa será, em primeira linha, identificar a própria perda de chance

com consistência suficiente, em função do resultado final hipotético definitivamente perdido, para ser qualificada como dano emergente e certo, outra algo diferente será depois imputar essa perda à conduta lesiva, segundo as regras da causalidade adequada. Embora se reconheça que essa dictomia seja discutível, se concentrarmos o juízo de probabilidade na aferição da consistência necessária à identificação do dano, já o estabelecimento do seu nexo de causalidade com a conduta ilícita se revela facilitado, como se colhe do comentário do Exmo. Juiz-Conselheiro Carlos Cadilha acima transcrito”.

E continua o acórdão em citação:

“Assim, da jurisprudência deste STJ acima citada parece resultar que a orientação dominante centra tal análise no plano do nexo de causalidade, enquanto a orientação que admita a autonomia do dano por perda de chance a situa na própria caracterização do dano.”

Seja como for, conforme salienta Carlos Cadilha, o juízo de probabilidade sobre a consistência da perda de chance deve “ser encarado com grandes cautelas e apenas nas situações em que a privação da probabilidade de obtenção de uma vantagem se possa caracterizar, com mais evidência, como um dano autónomo”.

E continua tal acórdão:

“*Problemático será então saber quais os índices de probabilidade* para o reconhecimento da perda de chance como dano autónomo, ou seja, se a própria probabilidade de vantagem perdida pode ser reconhecida como juridicamente relevante, não obstante a impossibilidade de demonstração do respetivo resultado final”.

E, mais se realça, no acórdão em referência, que “um método de análise que parte de uma definição dogmática de dano para a ela depois subsumir o caso concreto não será, porventura, o método mais seguro, podendo mesmo mostrar-se redutor.

Ao invés, uma metodologia que procure seguir uma pista mais casuística de modo a aferir cada caso à luz das exigências legais sobre a probabilidade suficiente para o reconhecimento da ressarcibilidade do dano pode ser mais promissora. (...)

Nessa linha, será de aceitar que uma vantagem perdida por decorência de um evento lesivo, desde que consistente e séria, ou seja, com elevado índice de probabilidade, possa ser qualificada como um dano autónomo, não obstante a impossibilidade absoluta do resultado tido em vista (...)

*Posto isto, afigura-se equilibrada a posição doutrinária de Carlos Cadilha acima exposta, aceitando que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e, portanto, qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado.*

Assim demonstrada essa espécie de dano, questão diferente será já a avaliação do *quantum* indemnizatório devido, segundo o critério da teoria da diferença nos termos prescritos no artigo 566º, nº 2, do CC. *Será também neste plano de avaliação que se poderá lançar mão, em última instância, do critério da equidade, ao abrigo do nº 3 do mesmo normativo, o qual não pode, pois, ser utilizado em sede de determinação da própria consistência da perda de chance.*

E, assim, “no caso de perda de chances processuais, ... haverá, pois, que fazer o chamado “*julgamento dentro do julgamento*”, não no sentido da solução jurídica que pudesse ser adotada pelo Tribunal da presente ação sobre a matéria da causa em que ocorreu a falta, mas sim pelo que possa ser considerado como *altamente provável* que o Tribunal da ação em que a defesa ficou prejudicada viesse a decidir. Mas tal apreciação inscrever-se-á, enquanto tal, numa questão de facto, que não de direito”.

E, por fim, o já antes citado **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-02-2016** (Gabriel Martim Catarino, Maria Clara

Sottomayor e Sebastião Póvoas) – já irá mais longe do que o referido acórdão do S.T.J., de 09-07-2015 –, ao admitir a figura do dano de perda de chance, e indemnizável a repercussão negativa da conduta ilícita e culposa dum advogado – que no caso interpôs um recurso fora de prazo, e que ficou deserto – mas desde que haja uma possibilidade relevante e substancial (de obter um benefício ou de evitar um prejuízo). E não, “em suma, se estamos perante chances reduzidas ou muito reduzidas”.

Isto é, mesmo sem a “certeza” de que se obteria uma vantagem, a perda de oportunidade será relevante se, no caso, a “probabilidade” de a obter estiver abaixo daquela certeza, mas acima dum patamar de “chances reduzidas ou muito reduzidas”.

E, assim, só estas sendo irrelevantes.



## SECÇÃO IV

### - *Balanço da Jurisprudência Civil/Administrativa*

### - *Relação/Supremo*

#### 4

ASSIM, temos uma jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Administrativo e nos Tribunais da Relação, que assume a figura do dano de “perda de chance” como dano autónomo e emergente, e consubstanciado na própria “lesão da oportunidade”<sup>19</sup>.

Assim, põe-se a primeira questão, de qual o “*tipo de causalidade*” exigível – entre o “dano da ilicitude”<sup>20</sup> e a sua “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima – para que se origine uma obrigação de indemnizar a cargo do agente (“dano do desvalor quantitativo”).

Surge, depois, uma segunda questão:

A da determinação do “*quantum*”, do valor de tal dano, da “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima, para efeitos do “quantitativo da obrigação de indemnização”.

Ambas questões, essas, a que se aplicam os critérios dos artºs. 562º e sgts do C. Civil.

E, na referida primeira questão, do “nexo de causalidade, afastando-se a corrente dominante de que só haverá causalidade, nos termos da teoria de “causalidade adequada, na sua formulação positiva”. Ou seja, de que só existe nexo de causalidade, e a provar pelo lesado, se se

---

19. Ou seja, na “lesão do direito, ou bem jurídico”, legalmente protegido, de cujo conteúdo a “oportunidade” faz parte.

20. O “ato ilícito” – o “dano da ilicitude” – pode ser extracontratual (artºs. 483º e sgts. do C.C.), contratual (artºs. 798º e sgts do C. Civil), ou até “ilícito criminal” (artºs. 129º e sgts. do C. Penal).

pode estabelecer que aquela repercussão deficitária na esfera jurídica do lesado (patrimonial ou não patrimonial) resultou como “necessária” ou com “alto grau de certeza”<sup>21</sup> – e segundo as *leges artis*, as regras da experiência e os juízos da razão – da ocorrência do facto ilícito e culposo do agente.

E, antes aceitando a dita corrente predominante que – nos casos de dano de perda de chance – bastará assumir, para a determinação do *an* e do *quantum* da indemnização, que se não fora a conduta ilícita e culposa do agente, existia uma “probabilidade” de se obter uma vantagem patrimonial ou de não ocorrer uma lesão num direito da vítima (p. ex., da sua vida ou integridade física ou possibilidade de cura de uma doença).

E desde que essa “probabilidade” não seja “mínima e irrelevante”, mas também sem necessidade de ser “altamente elevada”, bastando que seja intermédia, ou seja (meramente) “elevada” e, assim, acima de “chances reduzidas ou muito reduzidas” (cit. Ac. STJ, de 16-2-2016)<sup>22</sup>.

E, face a essa corrente jurisprudencial dominante, no Supremo Tribunal Administrativo e nos Tribunais da Relação, encontramos no Supremo Tribunal de Justiça, ao contrário, uma primeira corrente jurisprudencial que foi predominante no sentido de não admitir a figura autónoma do dano da perda de chance.

E de exigir, pois, a prova da “causalidade certa e segura” (segundo a teoria de causalidade adequada positiva) quer quanto à conexão entre a conduta culposa e ilícita do agente e a lesão do bem ou direito da vítima quer quanto à repercussão (*a se*) na esfera da vítima do respetivo *deficit* patrimonial ou não patrimonial quer no seu *quantum*.

---

21. *Id quod plerumque accidit*. Ou seja, segunda parte da doutrina, acima dos 80/85%.

22. E, dum modo geral, vem-se considerando que a probabilidade é “elevada” se se situa, assim, acima da “probabilidade mínima e irrelevante” (10%. 15%) e abaixo da “probabilidade muito elevada” (acima dos 80/85%).

E, se tal não prova, então, não tem a vítima direito a indemnização.

Ou seja, um “tudo, ou nada”.

E, fundamentando-se tal tese, no essencial, no pressuposto de que, nomeadamente no direito positivo português, está instituída tal norma de “causalidade adequada”, na sua formulação positiva. Bem como, doutro modo, a “indemnização” abandonaria o seu carácter (meramente) ressarcitório e passava também a ter uma função preventiva ou punitiva<sup>23</sup>.

*Realce-se, todavia e como resulta do antes citados acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-07-2015 e de 16-02-2016 – e segundo assim o entendemos –, já existe uma evolução, em dois sentidos.*

Num primeiro sentido, admitindo-se já a possibilidade de assunção da figura do “dano de perda de chance”, como categoria autónoma.

E, num segundo sentido, considerando-se – no referido primeiro Acórdão – que, quanto à assunção da existência e extensão do dano, se deve seguir “uma pista mais casuística de modo a aferir cada caso à luz das exigências legais sobre a probabilidade suficiente para o reconhecimento da ressarcibilidade do dano pode ser mais promissor”.

E, para tanto, bastando para que a perda de chance seja “qualificável como dano emergente ... que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado”.

E de modo que “possa ser considerado como altamente provável” que a vantagem perdida pudesse vir a ocorrer se não fora a conduta ilícita em causa.

E, considerando-se o referido no segundo Acórdão de 16-02-2016, bastará que a “probabilidade esteja acima dum patamar de *‘chances reduzidas ou muito reduzidas’*”.

---

23. A análise crítica destes invocados óbices à assunção da categoria do dano de perda de chance far-se-á infra no capítulo da densificação e sustentação de tal tipo de dano (Capítulo III deste Título I).

Bem como que “será também neste plano de avaliação” – e demonstrada essa espécie de dano – “que se poderá lançar mão, em última instância, do critério da equidade, ao abrigo do n° 3 do artº. 566º do C.C.”.

*Ou seja, assim posta a evolução das coisas*, e para o observador externo, só há que aguardar a etapa, lógica e razoavelmente seguinte – e que se espera que venha a ocorrer –, de vir o Supremo Tribunal de Justiça, em primeiro lugar, a elencar com mais “densificação normativa”, qual o “grau de probabilidade” que deva ser “suficiente” para a vítima ter direito a indemnização.

E, em segundo lugar, em que “proporcionalidade”, e tendo em conta tal “grau de probabilidade”, se repartirá a condenação e a absolvição, respetivamente, a favor da vítima e do agente, face ao ganho hipotético/total frustrado<sup>24</sup>.

Isto é, se há a “certeza” (segundo a teoria da “causalidade adequada positiva”) da vantagem perdida – é esse o valor indemnizatório.

E por inteiro.

Se não há “certeza” – mas há uma probabilidade “bastante séria e elevada”, segundo as *leges artis* ou os circunstancialismos do caso – de tal estabelecer, então, a vantagem perdida é indemnizável e na proporção do respetivo grau de probabilidade de ter acontecido <sup>25</sup>.

Probabilidade essa “bastante séria e elevada” – situada acima dum patamar “mínimo e irrelevante”.

E, então, nesta última hipótese, sendo indemnizável segundo as regras dos artºs. 562º e sgts do C.C. e artº. 496º (cômputo do dano moral). E, aplicando-se, também, o artº. 609º, n° 2, do C.Pr.C..

---

24. Grau de probabilidade esse que nos Acórdãos citados dos Tribunais Comuns da Relação já se propõe.

25. Abaixo dos 80/85% (estes cobertos pela “causalidade adequada positiva”) e acima dos 15/20%. (como patamar mínimo, “reduzido ou muito reduzido”, e que não origina obrigação de indemnizar.

Nesta evolução já se encontrará o antes citado **acórdão, do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-02-2016** (Gabriel Martim Catarino, Maria Clara Sottomayor e Sebastião Povoas), ao admitir a figura do dano de perda de chance, e indemnizável a repercussão negativa da conduta ilícita e culposa dum advogado – que no caso interpôs um recurso fora de prazo, e que ficou deserto –, mas desde que haja uma *possibilidade relevante e substancial* (de obter um benefício ou de evitar um prejuízo). E não, “em suma, se estamos perante *chances reduzidas ou muito reduzidas*”.

## SECÇÃO V

### - Doutrina portuguesa

#### 5

Mas também na **Doutrina portuguesa** é assumido, como corrente predominante, o conceito de dano de “*perda de chance*”, *como dano emergente e autónomo* (face ao resultado final).

E a determinar obrigação de indemnizar (à luz dos art.ºs. 562º, 563º, 564º, nº 1, e 566º, nº 3, do C.C.).

E em que, quanto à assunção do *an* do seu “desvalor” (patrimonial ou não-patrimonial) <sup>26</sup> e à medida do seu “*quantum*”, já não é aplicável a causalidade estrita da teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva..

Mas, antes, o critério dum “nexo de probabilidade” que se situe acima dum “mínimo de probabilidade, irrelevante”, mas sem ter que alcançar o referido grau de certeza (da causalidade adequada positiva).

---

26. Ou seja, quanto à questão da assunção de se a “conduta ilícita” ocasionou uma “repercussão negativa” na esfera jurídica da vítima que origine a “obrigação de indemnizar”: como dano patrimonial ou não patrimonial.

Bastando, pois, uma “probabilidade”, ainda que inferior ao grau de certeza ou de segurança postulados pela teoria da causalidade adequada, na sua formulação positiva.

Ou seja, quanto à determinação “*a se*” da ocorrência dum desvalor patrimonial, sofrido pela vítima, em consequência do assumido facto ilícito e culposos do agente, e também quanto ao seu *quantum* de indemnização, resultará assim como a “utilidade económica realizável diminuída de um coeficiente de redução proporcional ao grau de possibilidade de consegui-la” (infra, **Nuno Rocha e Álvaro Dias**).

Ou seja, quanto à indemnização, o nexo de causalidade a valorar-se refere-se a uma “ablação de uma possibilidade presente” (infra, Hugo Luz dos Santos).

Assim, **Nuno Santos Rocha**, in “**A Perda de Chance Como uma Nova Espécie de Dano**” (reimpressão 2015, Almedina).

Para quem “a perda de chance consubstancia a perda da possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável” (o. cit., p. 19).

E em que a “perda de chance” se distingue facilmente do dano a que temos vindo a chamar de “dano final” (o. cit., p. 63).

Pois que “as “chances” que preexistiriam no património do lesado foram destruídas, por uma ação culposa do lesado em que ocorreu o facto ilícito, transformando desta forma a “perda da chance” num “verdadeiro dano emergente” (o. cit. p. 64).

Consequentemente, “o único nexo causal certo e provado é o que liga o facto ilícito às oportunidades perdidas, e é este prejuízo que vai ser reparado e, como todos os prejuízos, terá de o ser integralmente” (o. cit., p. 68) <sup>27</sup>.

---

27. Logicamente, à luz dos art.ºs. 562º, 563º, 564º, 2, e 566º, 3, do C. Civil –, nos quantitativos do “valor apurado”, do “*quantum*” da “menos-valia” e, no remanescente, sempre “equitativamente”.

E, como tal, “o *quantum* de indemnização resultará assim como a “utilidade económica realizável diminuída de um coeficiente de redução proporcional ao grau de possibilidade de consegui-la” (o. cit., p. 67, citando **Álvaro Dias**, “**Dano Corporal**”, p. 251, nota 580).

E, “caso não seja possível proceder-se a esta operação, o tribunal julgará através do recurso à equidade” (o. cit., p. 67, citando **Carneiro da Frada**, “Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso”, Almedina, 2006, p. 104).

Também **Hugo Luz dos Santos** (“Scientia Jurídica”, n.º 337, TLXIV, 2015) assume a figura do dano de “perda de chance”.

E para quem “a não obtenção do *resultado final*” não é que se tem de equacionar, no nexo de causalidade, com o “conteúdo do comportamento do terceiro”.

Mas sim o nexo de causalidade a valorar refere-se a “uma ablação de uma possibilidade presente” (o. cit., pág. 62).

E continua tal Autor (o. cit., p. 63): “Numa palavra, trata-se de convolar a própria chance num direito. Por conseguinte, todo o fundamento da perda da chance passa a radicar no próprio Direito” – citando, nesse sentido, **NILS JANSEN**, “The idea of a lost chance” (págs. 285).

“Na verdade”, continua o referido autor, “o direito privado não pode ficar a quem dessa proteção. Se a responsabilidade civil não protege vítimas contra a perda de chances, fica a quem das exigências constitucionais” – citando no mesmo sentido o antes referido Nils Jansen (p. 292).

Na verdade, *a proteção da chance não é mais do que a proteção do “direito ou do bem juridicamente protegido”, nessa sua dimensão de potenciadores duma vantagem* <sup>28</sup>.

Pelo que se incumbe ao Estado a proteção de tais bens, como impõem os arts. 2º e 202º da C.R. – então, não a proteger, nos “casos em que só resta uma chance e não há mais a perder senão a própria chance” <sup>29</sup>, seria ficarem o direito e os tribunais aquém da devida e possível proteção.

Hugo Luz dos Santos realça também (a pág. 64): “Esta ideia reitoria quadra-se com a mais recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em matéria de perda de chances reais do direito de acesso aos tribunais” (artº. 6º, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)).

Na verdade, o TEDH tem sistematicamente firmado jurisprudência que “os Estados contratantes não podem criar entraves desproporcionados ao exercício efetivo do direito de acesso aos tribunais”.

E, neste sentido, citando o **Acórdão (TEDH) Bayar e Turquie, de 25/03/2014**, disponível em [hudoc.echr.coe](http://hudoc.echr.coe).

Também **Antunes Varela** assume implicitamente o dano de “perda de chance”, quando insere no dever de indemnizar o caso do “alienante do prédio que o não entregou à agência predial, como devia, para esta o revender a um terceiro, que terá que indemnizar a credora... mas tam-

---

28. Todavia, a violação ilegal do “direito ou bem”, juridicamente protegidos ao que dá lugar, em primeiro lugar, é ao “dano da ilicitude” da conduta. E quer ilicitude civil contratual ou extracontratual, quer ilicitude criminal. Reguladas aquelas ilicitudes pelos artºs. 483º e 798º e sgts. do C.C., e a última ilicitude pelas leis penais, já a “obrigação de indemnizar” é regulada pelos artºs. 562º e sgts do C.C., e postula duas questões: qual o “tipo de causalidade” exigível entre a “conduta ilícita” e a “repercussão negativa” na esfera jurídica da vítima, e seu grau, para que se origine a obrigação de indemnizar; e, depois, se se assume a existência desse dano (patrimonial ou não patrimonial), qual o método de determinação do *quantum* da indemnização.

29. Cit. Hugo Luz dos Santos e o referido Nils Jansen, p. 292.



bém do lucro que ela teria obtido com a revenda ...” (Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, II, 4ª ed., p. 101) <sup>30</sup> .

Aliás, **Antunes Varela** defende a aplicação da teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa (de Ennecerus-Lehmann), quanto ao nexo de causalidade, exigível entre o “dano da ilicitude” e a sua “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima (dano patrimonial e não patrimonial, e, assim, na interpretação respetiva do conteúdo normativo do artº. 563º do C.C., como, de seguida, na Secção VI, se cita.

**Sinde Monteiro** (in “Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações”, Coimbra, 1989) assume que «o caráter de dano indemnizável da *perte d'une chance* não é hoje seriamente contestado pela doutrina francesa e também entre nós nada parece opor-se à sua ressarcibilidade...

Nem sequer é exato que nestas hipóteses apenas haja direito a uma indemnização parcial; também aqui vale o princípio da indemnização integral, só que os juízes devem ter em conta tanto a existência como o grau de área que afeta a realização da *chance perdue*».

Identicamente, **João Álvaro Dias** (in “Dano corporal”, Coimbra, 2001) defende que na teoria da perda de chance está em causa a «(...) lesão do direito à integridade ou incolumidade do património do respetivo titular», pelo que a chance perdida configura-se «(...) como um bem patrimonial, uma entidade económica e juridicamente avaliável, cuja perda produz um dano atual e ressarcível».

Também, **ALMEIDA COSTA** refere que a perda de oportunidade integra «(...) os prejuízos reparáveis, em certos termos (...)» (“Direito das Obrigações”, 11ª ed., 2008, págs. 596/597).

---

30. Assunção essa que é substantivamente similar ao caso, do “comprador que exige uma indemnização porque o vendedor não cumpriu a obrigação de entrega da coisa, o lucro cessante consiste normalmente no sobrepreço que poderia ter obtido numa revenda a realizar de seguida” (Karl Larenz, “Direito das Obrigações”, T. I., versão espanhola, 1958).

Pois que consubstancia um dano – “... toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica ...” (o. cit., p. 591).

E, identicamente, para **Menezes Cordeiro**, dano ou lesão é toda a “... supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento” (“Tratado Dir. Civil”, I, p. 419).

Ou, como assume **Luís Menezes Leitão** (in “Dir. das Obrigações”, I, p. 335), dano é, substantivamente e realmente, a “... frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica”.

Em termos similares, **Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos** definem o “dano” como “... a diminuição ou extinção de uma vantagem que é objeto de tutela jurídica” (“Responsabilidade Civil Administrativa – Dir. Adm.”, III, 2008, p. 29).

Também para **Rute Teixeira Pedro** (in “A Responsabilidade Civil do Médico”, Coimbra, 2008), é de assumir a categoria do dano de “perda de chance” como um dano autónomo, face ao resultado final.

Na verdade, sustenta (a pág. 460) que: «(...) o acolhimento da mesma, no nosso ordenamento – tal como acontece em ordenamentos próximos, em que a sua aplicação tem sido equacionada – em geral, e no domínio da responsabilidade do médico em particular, depende da sua consideração como uma espécie de dano.

Tratar-se-á, assim, de um dano que apresenta a peculiaridade de se reportar à lesão de uma entidade que se caracteriza por uma aleatoriedade intrínseca – a chance».

E mais realçando que «(...) contra a admissão da perda de chance, como uma espécie autónoma de dano, não há nenhum argumento decisivo. Entre nós, ele poderá ser aceite, respeitado que é o esquema tradicional da responsabilidade civil (...)» (pág. 463).

Também **Alexandra Leitão** (“A Proteção Judicial de Terceiros nos Contratos de Administração Pública”, Coimbra, 2002) assume

que “a indemnização pela “perda de oportunidade” ou pela “perda de chances” não é uma questão de causalidade adequada ... mas sim de determinação concreta do montante da indemnização, em função das vantagens efetivas que o lesado teria se o ato lesivo não tivesse sido praticado”.

**Rute Teixeira Pinto** defende também a assunção da categoria jurídica autónoma do dano de “perda de chance” (“A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente lesado”, Coimbra Editora, 2005), quando afirma que “aqui apenas se demonstra – e tem que se demonstrar positivamente a existência de uma possibilidade (maior ou menor) de se vir a alcançar aquele resultado. E é essa possibilidade... que o comportamento do agente destrói”.

Ou seja, «tratar-se-á, assim, de um dano que apresenta a peculiaridade de se reportar à lesão de uma entidade que se caracteriza por uma aleatoriedade intrínseca – a chance. Há, assim, uma projeção ao nível do dano da incerteza da consecução do resultado final, dissociando-se esse resultado da possibilidade de ele ser obtido. Tratando-se de entidades distintas, a respetiva lesão originará danos, também eles diferenciados. Porém, o carácter instrumental do elemento intermédio – chance – face ao elemento final (resultado) refletir-se-á necessariamente no ressarcimento do malogro daquele – quer no que respeita à determinação do *quantum* reparatório devido (que constituirá um menos face ao ressarcimento da perda do resultado) quer o que concerne ao *an* dessa reparação (que só deve ocorrer na falta de reparação da perda do resultado)».

E, mais especificamente, no que concerne à responsabilidade na intervenção médica, realça tal autora que se está a citar que com a aceitação da figura cumpre-se a função reparatória da responsabilidade civil, sendo certo ainda que a mesma «permite uma conformação dos efeitos ressarcitórios à especificidade do dano ocorrido – destruição das chances – e ao contexto em que ele ocorre – em que se verifica um concurso de

múltiplos fatores idóneos a impedir o sucesso terapêutico –, permitindo a repartição do risco probatório entre doente e médico, de acordo com uma distribuição da álea inerente ao ato médico consentido».

E, concluindo, assim, que “contra a admissão da perda da chance, como uma espécie autónoma de dano, não há nenhum argumento decisivo”.

Realça a autora que se está citando o caráter endógeno da “aleatoriedade” da chance – na medida em que potencia um enlace favorável e outro desfavorável, derivando tal da aleatoriedade do decurso dos factos –, *embora deva haver certa “seriedade”, cujo grau é que já é discutível, entre os autores.*

Colocando uns tal limite nos 50%, para outros, será suficiente que a chance seja superior a zero, devendo o demandante provar factos constitutivos de uma probabilidade, ainda que mínima, sem que o réu prove factos impeditivos da consumação da chance. Assim, a consistência da chance apenas se repercute no montante reparatório, mas não na questão prévia da aceitação da sua admissibilidade.

Uma das circunstâncias que em regra contribuem para a afirmação da seriedade da chance é a proximidade temporal da data em que o evento desejado (obtenção de vantagem/evitamento de prejuízo) se realizaria.

Assim, o dano de “perda de chance” apresenta as características de dano autónomo, dano presente, dano emergente e dano certo (o sublinhado é nosso).

E, quanto a esta última característica, visto que tem por objeto “a perda da possibilidade atual” de conseguir um resultado determinado, “possibilidade” que existia no momento da lesão.

A autora que se vem citando, concluindo (a págs 383-385), realça que:

*“A autónoma tutela reparatória das chances (reconhecendo que a respetiva destruição é danosa) traduz, apenas, a extensão da proteção jurídico-civilística a outras camadas que densificam o conteúdo de específicos bens jurídico-pessoais,*

derivados de e incluídos naquele direito geral. Representará uma defesa de segunda linha, que operará para garantir o funcionamento do instituto da responsabilidade civil (...), considerando a “«chance» perdida como um valor conexo a um bem do lesado”, não se exigirá, assim, que a chance, em si mesma seja “suscetível de ser judicialmente acionada”, sendo suficiente que ela respeite “a um direito suscetível de se fazer valer judicialmente” (...). Desta forma, parece-nos que, entre nós, não se colocarão grandes dificuldades quanto à subsunção, no artº. 483º, dos comportamentos frustrados daquelas espécies de chances, nem quanto à sua consideração como danos juridicamente reparáveis. No que à responsabilidade contratual diz respeito, não se duvidará da relevância jurídica da violação das chances que constituem o objeto sobre que incide a prestação devida (...).».

E, por sua vez, o dano da perda de chance pode ocasionar quer um dano patrimonial quer um dano extrapatrimonial.

Em sentido idêntico, **Patrícia Cordeiro da Costa**, na obra “Causalidade, Dano e Prova/A Incerteza na Responsabilidade Civil” (Almedina/CJ, 2016).

A pág. 12, esta Autora realça que a responsabilidade civil extracontratual vem regulada no Código Civil, nos artºs. 483º a 510º, e que a responsabilidade contratual vem regulada nos artºs. 798º a 812º.

E que, por sua vez, nos artºs. 562º e 572º, estão regulados alguns aspetos comuns, “mormente naquilo que respeita à determinação dos danos indemnizáveis (nexo de causalidade entre o facto e o dano) <sup>31</sup>, às formas de indemnização e ao cálculo do seu montante”.

---

31. “Dano” esse que, no nosso entendimento, não é o da “lesão”, *a se*, do bem ou direito protegido. Mas o dano específico da repercussão negativa na esfera jurídica (patrimonial ou extrapatrimonial) do lesado, como consequência da conduta lesiva (ilícita e culposa) do agente (“dano” este, como “lesão do direito”). E aquele “dano de repercussão negativa” tanto pode ser “prejuízo” (realmente ocorrido) como (mero) “benefício que se deixou de obter em consequência da lesão” (artº. 564º, nº 1, segunda parte). E é neste último que emana a “perda de chance” indemnizável. E que nesse preceito o nosso C. Civil, obviamente, acolhe como originando a obrigação de indemnizar.

E, a pág. 40, escreve tal autora:

“Adiantando um pouco a exposição que se seguirá, em tese geral, a doutrina da perda de chance propugna 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 evitamento de um prejuízo, foram reais, sérias, consideráveis”.

Tal como afirma **Luís Medina Alcoz**<sup>32</sup>, a perda de oportunidade apresenta-se em situações que podem qualificar-se tecnicamente de incerteza, em que a probabilidade causal se situa entre dois extremos: por um lado, limiar de seriedade da chance, localizada na probabilidade nula ou irrelevante; por outro lado, o limiar da certeza da causalidade, situada na alta probabilidade. Através destes dois limiares, *importa, pois, distinguir três tipos de hipóteses*:

- a perda de oportunidade... abaixo do limiar de seriedade da chance, e que não dá direito a qualquer reparação;
- a perda de oportunidade... igual ou acima do limiar da certeza da causalidade, e que determina a afirmação do nexo causal entre o facto e o dano final;
- a perda de oportunidade específica, qualificada, situada entre os dois limiares, e que pode dar lugar à atuação da doutrina da perda de chance. *São os casos de chances sérias e reais, que expressam probabilidades consideráveis, malgrado serem insuficientes para efeito de afirmação do nexo causal*<sup>33</sup>.

---

32. Professor Titular de Dir. Administrativo na Univ. Complutense de Madrid – in “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil ...” (2009).

33. Realce-se, nexo de causalidade, segundo a “teoria da causalidade adequada”, na sua formulação positiva. A causalidade “necessária”, a que se referia o artº. 707º do C. Civil português de 1867.

Mas a que já não se refere o artº. 563º do atual C. Civil, que determina como objeto da indemnização os “danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

A autora que se está a citar, **Patrícia Cordeiro da Costa**, mais expressa (a págs 97 e sgts.) que o campo de aplicação da figura da perda de chance “... situa-se, conforme supra referido, entre dois limites: um, constituído pela probabilidade nula ou desprezível em como o facto do agente causou o dano (onde não há lugar a qualquer indemnização) e o outro constituído pela alta probabilidade que se converte em razoável certeza (dando lugar à reparação integral do dano final, visto afirmar-se o nexo causal entre o facto e este dano). ... (...) e “só se enquadram na noção de chance as possibilidades relevantes e consistentes de obter um resultado útil, e de que gozava concretamente o lesado. A chance, para ser ressarcível, tem que estar suficientemente fundada e caracterizada, expressando um grau não insignificante de probabilidade de que o lesado teria obtido a vantagem esperada, não fora o facto do agente.

A perda de chance assume, assim, uma natureza dúplice no que à certeza respeita: exige-se a certeza da existência de uma possibilidade séria de conseguir uma vantagem ou de evitar uma desvantagem; mas está-se perante a incerteza de que tal vantagem/evitamento de desvantagem teriam sido alcançados caso o facto do agente não tivesse ocorrido <sup>34</sup>.

Impõe-se, porém, realçar que, em certos casos onde essa combinação se verifica, no entanto, a doutrina da perda de chance não tem aplicação.

São eles:

- os casos em que, mal-grado afirmar-se a existência de uma possibilidade séria de conseguir uma vantagem, porém, não se sabe se a vítima a perdeu em consequência do comportamento do agen-

---

34. A “certeza referida reporta-se ao “nexo de causalidade” entre a conduta do agente e o direito ou bem juridicamente protegido da vítima, e que foi lesado: é o “dano da ilicitude”. E este afere-se pelos artºs. 483º e sgts. (responsabilidade civil extracontratual), pelos artºs. 798º e sgts (responsabilidade civil contratual) e pelas leis penais (responsabilidade criminal). Já quanto ao “dano da repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima (o “dano do desvalor quantitativo”), este rege-se pelos artºs. 562º e sgts. do C. Civil.

te, substituindo ainda a possibilidade de a obter no futuro (v.g. uma promoção laboral perdida por facto ilícito do empregador que cometeu uma irregularidade no concurso interno respetivo, impedindo que o trabalhador concorresse, não será indemnizável através da perda de chance se o Tribunal puder anular o concurso já realizado e mandar repeti-lo, podendo o trabalhador então aceder a esse segundo concurso com vista à almejada promoção)<sup>35</sup>. Na realidade, a perda de chance só será indemnizável como tal se a perda for inexorável, irreversível e irremediável;

- os casos em que a chance se refere a um dano final ainda não verificado, mas que pode vir a verificar-se futuramente. Por exemplo, uma pessoa foi sujeita a radiação em consequência de um ato ilícito de terceiro; à data da apreciação, a primeira ainda não padece de qualquer dano que possa ter sido causado pela exposição à radiação, apenas se sabendo que esta última aumentou o risco de, no futuro, vir a sofrer um tal dano. Isto sem prejuízo de a pessoa em causa poder ser indemnizada pelo dano moral correspondente à angústia forte que passou a sentir por receio de vir a contrair uma doença em consequência daquela exposição (dano psíquico), dano este que é distinto da perda de oportunidade de não vir a contrair uma doença causada pela radiação a que foi exposta. Quanto a esta última situação, o futuro pode vir demonstrar que a pessoa exposta à radiação não contraiu qualquer doença ou enfermidade, pelo que não se deve atribuir, neste momento, qualquer indemnização a este título. Caso o dano final se venha a concretizar, então aí poder-se-á equacionar a atribuição de uma indemnização por intervenção da doutrina da perda de chance (ou a reparação integral do dano final, caso se demonstre, com segurança suficiente, o nexos causal entre a exposição à radiação e este dano final)<sup>36</sup>.

---

35. Entendemos que, nesse caso, existirá a “reconstituição natural” (artº. 566º, nº 1, do CC).

36. No nosso Código Civil, porque é de promulgação recente (1967), tal tipo de questão já vem resolvida no artº. 564º, nº 2.



Esta conclusão não é unânime, conforme nos dá conta **LUIS MEDINA ALCOZ**, em *“La Teoría de la Perdida ...”*, págs. 97-98, ainda que a teoria que defende a ressarcibilidade deste tipo de dano não parta do conceito de perda de chance, mas sim do conceito de criação ou aumento de um risco duradouro. A mesma propugna que, nestes casos, denominados de criação de um risco duradouro, há que atribuir uma indemnização proporcional à importância do risco criado, partindo da consideração geral de que tal risco se pode configurar como um dano certo e atual, distinto do dano futuro que pode vir a concretizar-se ou não<sup>37</sup>.

Esta teoria (criação/aumento de um risco duradouro) não se confunde com outras teorias com denominações semelhantes, nomeadamente com:

- a teoria de incremento de um risco, ou da causalidade atenuada, utilizada por vezes pela jurisprudência para apreciar causalidades que não se demonstram segundo os standards probabilísticos normais;
- a teoria com o mesmo nome elaborada no âmbito do Direito Penal por Claus Roxin, já acima referida, e que nega relevância jurídica a certas causas físicas provadas;
- a teoria do risco criado ou do risco específico, correspondente ao risco que implica a realização de atividades, ou utilização de instrumentos, caracterizados por uma intrínseca perigosidade que exige que se veja tal atividade/utilização como geradora de responsabilidade, independentemente da demonstração da culpa do autor do facto (responsabilidade objetiva);
- a teoria da assunção de risco, que postula que, quando o risco criado por outro é assumido pela vítima, está-se perante um caso de isenção da responsabilidade civil do primeiro;

---

37. Creio que, neste caso, antes da verificação do dano final, só se poderá aquilatar da existência, ou não, de (eventual) dano não-patrimonial (artº. 496º do C.C.). Quanto ao dano patrimonial, anterior, o nosso Código Civil regula-o no cit. artº. 564º, nº 2.

- a teoria do risco de desenvolvimento, que se destina a restringir, em determinados casos, a teoria do risco específico como título de atribuição de responsabilidade e exonerar o agente em consequência de uma força maior que, por ser interna ou típica da atividade perigosa, realizada, não teria em princípio força liberatória, mas que o tem, nesses casos, em virtude da ausência de conhecimentos científicos ou técnicos com os quais se teria evitado o dano – cfr., no nosso ordenamento jurídico, o artº. 5º, al. e), do Decreto-Lei nº 383/89, de 6 de novembro (Responsabilidade Civil do Produtor), nos termos do qual o produtor não é responsável pelo produto defeituoso se provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito.

E, em síntese, a autora em citação, Patrícia Cordeiro da Costa, expressa que, a seu ver:

“a teoria da perda de chance ou perda de oportunidade resolve de forma satisfatória as questões levantadas nas situações a que se aplica, quer em termos de providenciar uma solução justa para o caso concreto, quer em termos de coerência lógica interna da construção.

A mesma apresenta-se como uma forma eficaz de tutela antecipada dos bens jurídicos protegidos.

A chance ou oportunidade perdida merece a tutela do direito porque, à data da lesão, *integra o património jurídico do lesado* (património económico e património moral), sendo suscetível de avaliação económica e jurídica.

Assim, a perda da chance *é ressarcível por consubstanciar a lesão da integridade daquele património* – património entendido como uma soma de todos os valores juridicamente protegidos...

A chance não é, assim, apenas uma mera expectativa de facto, antes constitui uma das manifestações, embora dotada de autonomia, enquanto bem, do outro bem jurídico com que está conexas. ‘A norma tuteladora deste é, por sua vez, tuteladora daquela’” (citando Rute Teixeira Pinto).

E, mais, lembrando que “ao nosso Direito não são estranhos casos de divisibilidade causal, conforme se conclui da análise dos art.ºs. 506º, nº 2, e 570º do Código Civil.

Não se pode olvidar também que o conceito de oportunidade perdida já obteve consagração no direito supranacional, mais concretamente, na Diretiva 92/13/CEE, acima referida”.

E concluindo, assim, que a categoria jurídica do “dano de perda de chance” *é reclamada pelo Direito* – sobretudo no nosso sistema, em que o standard probatório é elevado –, *encontra sustentação suficiente, nomeadamente no nosso Direito constituído, nos termos já referidos, e já se encontra suficientemente desenvolvida*, quer nos seus fundamentos quer nos seus pressupostos, quer ainda na delimitação do seu campo de aplicação, por forma a poder ser considerada *uma ferramenta útil e eficaz na definição do justo e do injusto dentro do quadro legal considerado*.

Sendo certo também, realça a autora em citação, que a dita categoria jurídica *dá satisfação*, em primeira linha, *à função reparatória da responsabilidade civil, e de forma subordinada àquela, à satisfação da função preventiva e mesmo punitiva*.

E, rematando, realça a autora em citação que “*esta solução é aplicável em todos os setores da responsabilidade* – contratual e extracontratual e também pré-contratual –, sendo-lhes, assim, transversal. Efetivamente, o problema que visa resolver diz respeito aos conceitos de dano, nexo causal, e sua prova, comuns a todos aqueles setores”.

Também a autora, em citação, Patrícia Cordeiro Costa, estabelece os critérios a que deve presidir a decisão sobre montante da indemnização que deva corresponder aos casos de dano de perda de chance.

Assim ( a págs. 144/150), realça “que o dano de perda de chance é distinto do dano final, pelo que a indemnização deve refletir essa diferença.

Esse reflexo é dado pela repercussão do grau de probabilidade no montante da indemnização a atribuir ao lesado.

A reparação da perda de uma chance deve ser medida, pois, com relação à chance perdida e não pode ser igual à vantagem que se procurava.

Consequentemente, 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: a indemnização deve, sim, corresponder ao valor da chance perdida.

Para tanto, devemos realizar uma tarefa de dupla avaliação:

- em primeiro lugar, proceder-se-á à avaliação do dano final;
- seguidamente, fixar-se-á o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra, traduzido num valor percentual.

(...) Obtidos tais valores, resta aplicar o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, sendo que o resultado de tal operação constituirá a indemnização a atribuir pela perda da chance.

Assim, e por exemplo, se por ato negligente do médico o paciente perde 30% de chances de sobrevivência e, posteriormente, vem a falecer sem que se logre estabelecer, com certeza, o nexo causal entre o facto do médico e a morte, a indemnização pela perda de chance de sobrevivência será calculada do seguinte modo<sup>38</sup>:

---

38. Há que atender, todavia, a que tal dano se apresenta como “dano futuro”, a que, pois, se aplica o regime do artº. 564º, nº 2, do C. Civil.

- avaliação do resultado final morte – que, para efeitos de argumentação, se estabelece em € 100.000,00;
- fixação do grau de probabilidade de evitamento do prejuízo, o qual é de 30%;
- aplicação desta percentagem à quele valor, fixando-se a indemnização em € 30.000,00.

O mesmo raciocínio no caso do bilhete de lotaria:

- o prémio era de € 10.000,00, por exemplo;
- caso o bilhete tivesse sido colocado no local de onde seria extraído o bilhete vencedor, o lesado teria 10% de probabilidades de o seu bilhete ser o premiado;
- a indemnização será fixada, então, em € 1000,00.

*Caso não seja possível determinar com rigor nomeadamente o grau de probabilidade, então o Tribunal deve recorrer à equidade para fixação do quantum indemnizatório, tal como prevê, aliás, o artº. 566º, nº 3, do Código Civil.*

Nos casos particulares da responsabilidade dos profissionais forenses, a avaliação da probabilidade de sucesso no litígio em questão – e relativamente ao qual a oportunidade de vitória ficou irremediavelmente perdida por ato ou omissão negligente do advogado – passa pela realização daquilo que se tem chamado de “juízo dentro do juízo” (*trial within the trial*): nas palavras de **Luís Medina Alcoz**, o juiz está, nestes casos, obrigado a realizar uma representação ideal do que teria sucedido no processo caso não tivesse ocorrido o facto negligente do advogado, avaliando o grau de probabilidade de vitória nesse processo. Assim, o curso dos acontecimentos que é preciso imaginar para averiguar se houve nexos causal é o curso do processo judicial que não chegou a começar, ou que não foi contestado, ou relativamente ao qual não foi interposto o recurso, etc.; e o grau de probabilidade de que o lesante

foi o causador do dano<sup>39</sup> é o grau de prosperidade da referida ação/contestação/recurso.

Ora, este “juízo dentro do juízo é de facto essencial quer na determinação da existência de uma chance séria de vitória no processo quer posteriormente na fixação do *quantum* indemnizatório (...).

Questão a discutir será, porém, a de saber se a avaliação da probabilidade de vitória no processo deve ser feita segundo o ponto de vista do juiz da ação de responsabilidade civil movida contra o advogado, ou se passa por averiguar como teria presumivelmente decidido o juiz da ação ‘falhada ou omitida’. Tal distinção poderá ser particularmente relevante quanto a questões jurídicas relativamente às quais os juízes em causa tenham opiniões conhecidas divergentes. Parece-me que o segundo prisma de avaliação – o do juiz da ação ‘falhada’ – é o que mais se coaduna com a noção de oportunidade perdida, a qual deve ser avaliada o mais possível com referência ao caso concreto. (...)

No caso do *dano não patrimonial*, quando o dano final assume as características exigidas pelo artº. 496º do Código Civil para a admissibilidade da sua compensação, entendo que, por via de regra, a perda da chance de evitar esse dano também satisfará tais requisitos, desde que cumulativamente se verifiquem as restantes características de que a chance se deve revestir para que a sua perda seja ressarcível enquanto dano autónomo (nomeadamente, seriedade, dignidade e consistência).”

---

39. Entendemos o termo “dano”, no seu significado específico referente à repercussão, como défice negativo, na esfera jurídica (patrimonial ou não-patrimonial) do lesado. Dano esse que se distingue da outra espécie de dano, referente à “lesão do bem ou direito” juridicamente protegido da vítima: o “dano da ilicitude”.

## SECÇÃO VI

### - As teorias do dano de “perda de chance” e da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa

#### 5.1

Aliás, quanto à teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa (Ennecerus-Lehmann), intimamente, anima-a o mesmo impulso da “causalidade probabilista”, como ocorre com a teoria do “dano da perda de chance”.

E, em evolução do anterior conceito da “causalidade necessária”, que, por exemplo, expressava, no início do século XIX, o Código Civil de Seabra, de 1867,<sup>40</sup> ao estabelecer no seu artº. 707º que “só podem ser tomadas em conta de perdas e danos, as perdas e danos que *necessariamente* resultam da falta de cumprimento do devedor”.

E, de acordo com as ideias de então, do *pensamento ilustrado e positivista newtoniano*, de “tudo ou nada”.

Na verdade, a dita teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa, é devida a Ennecerus-Lehmann, no “Direito das Obrigações”, 14ª ed., a pág. 631, de 1954, segundo a qual a conduta do agente se considera “causa da lesão ilícita quando sem ela a lesão não se teria verificado (*conditio sine qua non*) e só deixará de o ser se, dada a sua natureza geral, se mostrar de todo em todo indiferente (*gleichgultig*) para a verificação de tal dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas que intercederam no caso concreto, e, assim, desde que a probabilidade da sua verificação esteja acima dum patamar mínimo, de “indiferença”, para ocasionar tal resultado.

---

40. E como igualmente sucedia com os Códigos Civis, coevos, da França, Itália, Espanha e Alemanha.

Sendo assim, pois, de certo modo, paralela com a “causalidade probabilista” de teoria do dano de “perda de chance”, em que o lesante será responsável pela indemnização da repercussão negativa da sua conduta ilícita na esfera jurídica do lesado, desde que a sua conduta ilícita (dano da ilicitude) seja *conditio sine qua non* de tal repercussão e num “grau de probabilidade de ocorrer” que se situe acima dum *mínimo*, de “*probabilidade ínfima e irrelevante*”.

Isto é, para a “teoria da causalidade probabilista” (que se aplica na teoria do dano de “perda de chance”), a “probabilidade” de a perda da vantagem ter ocorrido como consequência do “dano da ilicitude” tem de estar *acima dum mínimo de probabilidade*, que se considera “ínfimo, irrelevante”<sup>41</sup>.

Isto é, a teoria de “causalidade adequada”, na sua formulação negativa, é, assim, de “formulação mais ampla”, mais abrangente, mais concludente do que a anterior teoria da “causalidade necessária” ou do que a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva – segundo a qual “a relação de causalidade é adequada quando o ato praticado pelo agente for de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, *d’après le cours ordinaire des choses et l’expérience courant de la vie*” (**Tircier**).

Assim, pois, a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa, de génese, pois, de meados do século XX, o que “alarga” é a causalidade entre o dano da ilicitude e a repercussão negativa do mesmo, na esfera jurídica do lesado” – nela “incluindo” toda a conexão, sem a qual a repercussão não se teria verificado (*conditio sine qua non*), do lesado, e só deixará de o ser se tal conduta se mostrar sem probabilidade, de todo em todo, de ocasionar tal repercussão, para a qual “se mostra de todo indiferente, igual (*gleichgültig*).

---

41. Por exemplo, acima duma probabilidade “reduzida ou muito reduzida” (cit. Ac. S.T.J., de 16-02-2016).

Ou acima duma probabilidade de 15/20%.



Isto é, a “teoria da causalidade adequada”, na sua formulação negativa”, é muito mais abrangente do que a “teoria da causalidade adequada”, na sua formulação positiva – e é, também, mais abrangente do que a teoria da “causalidade probabilista”, do dano de perda de chance.

Existe, pois, obviamente, uma génese histórica, que se pode considerar coeva e paralela, de nascimento e expansão entre as duas figuras da “causalidade probabilista”, do dano de “perda de chance” e da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa – quanto ao nexo de conexão exigível entre a conduta do agente e a lesão do bem jurídico protegido, o “dano da ilicitude”, e entre este e o “dano da repercussão negativa” daquele na esfera jurídica (patrimonial ou não patrimonial) do lesado – e com vista à libertação da teoria anterior, e desajustada, da “causalidade” certa, necessária ou *id quod plerumque accidit*, das legislações civis do séc. XIX, influenciadas pelo pensamento ilustrado e positivista, do mecanicismo newtoniano, de “tudo ou nada”.

E que, nos dias de hoje, já não se ajusta ao novo pensamento da “relatividade” das coisas, nem ao sentimento comum de rejeição dum “tudo ou nada”, nem à nova “sensibilidade da justiça” e da “equidade”<sup>42</sup>.

Ora, na doutrina portuguesa, a “teoria da causalidade adequada”, na sua formulação negativa, e na interpretação do respetivo artº. 563º do Código Civil, é, precisa e justamente, até defendida como a “orientação mais defensável para a responsabilidade civil contratual ou extracontratual por atos ilícitos” – e apenas se mantendo a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva para a responsabilidade indemnizatória que assente em atos lícitos (como, p. ex., nos casos dos artºs. 1322º, 1348º, 1349º e 136º do Código Civil). Ou quanto ao “ilícito criminal” (vide, *infra*, Título XIX).

---

42. Vide Luís Medina Alcoz, professor de direito administrativo da Universidade Complutense de Madrid, o. cit., págs. 40 e 51.

E Leonor Suárez Lianos, professora de Teoria e Filosofia do Direito da Univ. de Oviedo, o. cit., p. 180 (“La Teoría de la Pérdida de Oportunidad”, 2014).

Assim, **Antunes Varela** (“Das Obrigações em Geral”, vol I, 4ª edição, Almedina, 1982, pág. 800), **Almeida Costa** (“Direito das Obrigações”, 5ª ed., Almedina 1991, págs. 631 a 634) e **Manuel de Andrade** (“Teoria Geral da Relação Jurídica”, II, p. 363)<sup>43</sup>.

Assim, não será ousado dizer-se que a teoria do “dano de perda de chance” e a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa, se podem considerar congêneres, ascendo dum mesmo impulso de necessidade de evolução e dum mesmo sentimento de juízo de valor.

No panorama do direito continental europeu, uma (a teoria do “dano de perda de chance”), de irradiação francófona, e a outra (a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa) de vivência germânica.

Ora, se autores da craveira dos antes referidos defendem a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa, mesmo na densificação do artº. 563º do C. Civil, muito menos custa admitir a assunção da “causalidade probabilista”, do “dano de perda de chance”, que, até, é “menos abrangente”, e, pois, mais restritiva do que aquela.

Nesse campo da responsabilidade civil pela “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima, do (já) apurado “dano da ilicitude”.

---

43. Vide, infra, Título IV, Capítulo II, Secção I e II. Todavia, como aí desenvolvo, entendo que a “causalidade adequada, na sua formulação negativa”, só é adequada nos casos de responsabilidade civil e extracontratual, relativa a atividades com especial perigosidade – como as previstas nos artºs. 493º, nº 2, 502º, 503º e 509º do C.C.E. E quanto à relação jurídica do “dano da ilicitude”.



## CAPÍTULO II

### *– Assunção implícita do dano de “perda de chance”*

#### 6

Curiosamente, uma década e meia atrás, a avaliação de casos concretos em que se podia autonomizar o dano autónomo da, hoje, denominada “perda de chance” merecia já, por parte da Doutrina e da Jurisprudência, uma solução normativa que na sua substância implicitamente coincide com o conteúdo densificado para esse tipo de dano, que se passou a designar de dano emergente de “perda de chance”.

Assim, por exemplo, na obra de **Abrantes Gerald**, “A Indemnização do Dano da Privação do Uso” (Almedina, 2001).

Na verdade, aí se realça no ponto 1.1 da Introdução que:

*“1.1. Quotidianamente ocorrem eventos de que resulta para o interessado a privação temporária do gozo e fruição de um bem que lhe pertence ou sobre o qual tem o poder de fruição.*

*As situações mais frequentes emergem de factos ilícitos ligados a acidentes de viação. Porém, ainda que em menor número, a indisponibilidade pode resultar de outras causas, designadamente do incumprimento de obrigações de natureza contratual, como ocorre quando a realização de uma escritura pública é outorgada em*

*data posterior à acordada no contrato-promessa ou quando, na decorrência de um contrato de compra e venda, o vendedor se recusa a entregar a coisa ao comprador.*

*Nestas e noutras situações que revelam o incumprimento de deveres legalmente impostos ou contratualmente assumidos, verifica-se que o interessado acaba por ficar privado, durante um determinado período de tempo, da titularidade, da posse ou da fruição de um bem, sendo pertinente questionar se dessa ilegítima privação resultará a obrigação de ressarcir o credor ou o lesado ou se, ao invés, este carece de comprovar inevitavelmente a existência de prejuízos concretos*<sup>44</sup>.

E mais se realçando, a seguir:

*“A suposta dependência do direito de indemnização da existência comprovada de perdas patrimoniais decorrentes da privação do uso apenas na aparência encontra no texto da lei algum apoio (quando se chama à colação a teoria da diferença), que afrouxa quando se procede a uma análise mais detalhada e se convocam outros preceitos ou valores que o intérprete não pode dispensar”*.

Nessa obra, a pág. 21, mais se lembra que “a análise das decisões proferidas pelos nossos tribunais e a leitura dos sumários acessíveis revela que a questão do ressarcimento autónomo da privação do uso ainda não conseguiu captar o interesse dos profissionais do foro”.

Defende o autor que se está a citar que àquele que ilícita e culposamente foi privado, por ato de terceiro, da utilização do bem - cabe o direito de peticionar uma indemnização, independentemente de provar a existência de concretos prejuízos.

E, escreve, “como justificação para a solução, defende-se que a utilização dos bens faz parte dos interesses patrimoniais inerentes ao próprio bem e que a simples possibilidade de utilização ou de não utilização constitui uma vantagem patrimonial que, uma vez afetada, deve ser ressarcida (pág. 179).

---

44. Os sublinhados anteriores, e os mais que se encontram a seguir, são da nossa autoria.

Por outro lado, assevera-se que entre a total destruição de uma coisa e a privação temporária do seu uso a diferença é meramente quantitativa, assumindo-se que *toda a lesão da propriedade é lesão da substância ou do conteúdo do direito* e que devem proteger-se os bens do património, ainda que destinados ao consumo, e não apenas os que visam a produção de riqueza.

Adicionalmente, a solução tem sido ainda sustentada com base na consideração de que a recusa de ressarcimento determinaria para o lesante um benefício injustificado”.

Defende Abrantes Geraldês (o. cit., p. 30) que:

Quando a indemnização é negada, alega-se a falta de prova de uma diferença patrimonial entre a situação constatada no momento da decisão e a que existiria se não ocorresse o evento. Inversamente, a sua afirmação funda-se na constatação naturalística de que a privação do uso de uma coisa, inibindo o proprietário ou detentor de exercer sobre a mesma os inerentes poderes, constitui uma perda que deve ser considerada, tudo se resumindo à deteção do método mais adequado para a quantificação da indemnização compensatória”.

E, citando (nota 50, p. 37) **Antunes Varela**, afirma-se que a apreciação dos “danos que resultaram da violação” se integra na categoria dos “juízos de valor”, que não se confunde com os puros “juízos de facto” (Os juízos de valor da lei substantiva ..., in CJ, 1995, tomo IV, págs. 5 e sgts).

E, nesta perspectiva, quanto à indemnização por danos morais, – só serão indemnizáveis se, no caso, merecerem tal proteção nos termos do artº. 496º, nº 1, do C.C. (o. cit., p. 39).

Por sua vez, obviamente que, se o lesado provar a existência dum concreto prejuízo causado pela privação do uso, será esse o *quantum* indemnizatório.

Se tal não se prova, então “o recurso às presunções naturais ou judiciais pode servir para levar o Tribunal a afirmar a existência de efetivos prejuízos...” (o. cit., p. 40).

Na ausência de prova de um prejuízo concreto, a de uma sua existência segundo os referidos juízos de presunções naturais ou judiciais, caberá ao Tribunal recorrer “à equidade para alcançar a ajustada quantificação” (o. cit., p. 47), dado o disposto nos artºs. 4º e 566º, nº 3, do C. Civil.

E, se, no caso, qualquer quantificação, à luz de tais vetores, é, na fase atual do processo, imprecisa, perante a indisponibilidade de elementos objetivos, deve o Tribunal condenar genericamente, ao abrigo do artº. 661º, nº 2, do C. Pr. C. (o. cit., p. 59)<sup>45</sup>.

Pode, no entanto, o agente responsável produzir contraprova, de que nenhum prejuízo, no caso, se verificou e que, “assim, a atribuição de uma ‘indenização’ afetaria os princípios da boa-fé, do enriquecimento sem causa ou da *compensatio lucri cum danno*”.

E, por fim, realça **Abrantes Gerald**es que as considerações expostas, tendo visado principalmente os casos em que o proprietário dum bem (p. ex., dum veículo) se vê “privado do uso do mesmo”, são, também, de aplicação a “situações geradoras de privação decorrentes de incumprimento de contrato” (o. cit., p. 56 e sgts), escrevendo que, “sem intuito de esgotar as situações, a mora no cumprimento de obrigações de entrega de coisa pode verificar-se em qualquer das seguintes situações:

- a) No contrato-promessa de compra e venda, mesmo depois de obtida a execução específica, quando tiver sido recusada pelo promitente vendedor a outorga do contrato prometido, deste modo impedindo a anterior transferência da propriedade e a correspondente fruição do bem, nos termos do artº. 879º do CC. Ou ainda quando o promitente comprador inadimplente recuse abrir

---

45. Preceito este a que corresponde o artº. 609º, nº 2, do atual C. Pr. Civil.

mão do bem que lhe foi entregue antecipadamente, depois de ter sido acionado o direito potestativo de resolução e de ter sido interpelado a fazê-lo;

- b)** Na compra e venda, quando o vendedor incumpra a obrigação de entrega da coisa vendida, contra o disposto no artº. 879º, al. b), do CC, impedindo o comprador, novo proprietário, de fruir e dispor livremente do bem;
- c)** Situação semelhante pode ocorrer se a aquisição se der no âmbito de ação executiva ou de processo de falência quando, depois de adjudicado ou vendido o bem, o depositário ou o possuidor do mesmo recuse a sua entrega, privando o novo adquirente da livre disponibilidade, contra o que resulta dos artºs. 854º ou 801º do CPC;
- d)** No contrato de comodato, quando o comodatário não entrega a coisa, nos termos do artº. 1137º do CC<sup>46</sup>;
- e)** Nos contratos de mandato ou de depósito, quando o devedor não acata a obrigação prevista nos artºs. 1161º, al. e), e 1187º, al. c), do CC.
- f)** No contrato de empreitada, se a obra não for concluída ou entregue ao respetivo dono dentro do prazo acordado, constituindo o empreiteiro no dever de indemnizar, nos termos do artº. 1223º do CC.

---

46. No Ac. da Rel. do Porto de 6-6-91, in CJ, tomo III, pág. 173, considerou-se que a recusa de entrega de prédio cedido em comodato era determinante da obrigação de indemnização calculada a partir do valor locativo do prédio, ainda que, no caso, não se tivesse provado que os lesados pretendessem efetivamente arrendar o prédio, provando-se apenas que “a renda mensal correspondente (à parte ocupada e ao quintal) será de 15.000\$00”.

O direito de indemnização foi igualmente reconhecido no Ac. do S.T.J., de 29-09-93, in CJSTJ, tomo III, pág. 44.

Diverso foi o entendimento que presidiu ao Ac. do STJ, de 29-6-93 ([www.cidadevirtual.pt/stj/jurisp](http://www.cidadevirtual.pt/stj/jurisp)), relatado por Santos Monteiro, quando, a respeito de um contrato atípico que envolvera a cedência de um prédio, se considerou insuficiente, para efeitos de atribuição de uma indemnização, a prova de que o prédio cuja entrega fora injustificadamente recusada “poderia ser arrendado... pela renda mensal de 15.000\$00”, com o pretexto de que o autor não provara que quisera arrendar o mesmo prédio e que só o não conseguira porque os réus recusaram a restituição.



- g) No contrato de locação financeira, quando o locatário, findo o contrato, não procede à entrega da coisa locada, nos termos do artº. 10º, al. k), do Dec.-Lei nº 149/95, de 24-6, com a modificação operada pelo Dec.-Lei nº 265/97, de 2-10.

Ora, ao fim e ao cabo, no tipo de casos analisados por Abrantes Galdes, substantivamente, o que ocorre é que a lesão ilícita e culposa da disponibilidade dum bem causa ao seu legítimo detentor o hoje denominado dano da “perda de chance” (vantagens, ganhos, lucros) que essa mesma titularidade, por si e a se, proporcionava a tal detentor.

E em que, embora sem se assumir expressamente tal ocorrência como a “figura jurídica” autónoma de “dano de perda de chance”, todavia, a sua relevância, como dano autónomo emergente, é aceite e coincide com a figura referida do dano de perda de chance e também com idêntica densificação normativa quanto ao seu regime de avaliação do *quantum* indemnizatório.

Mas também na **Jurisprudência** encontramos decisões sobre casos tipo que postulam a categoria jurídica de dano de perda de chance *e em que a avaliação e a decisão dos mesmos consubstancia, na sua essência, a assunção implícita da teoria e normativismo específico da figura do “dano de perda de chance”,* ainda que sem uma menção expressa de tal categoria jurídica autónoma e da correspondente assunção, no caso, do seu específico conceito normativo.

Assim, como já referido supra (nº 3), o **Ac. STJ de 6-7-1978** (BMJ – nº 279, outubro de 1978, págs. 196 e sgts), subscrito por Dias Garcia, João Moura e Rodrigues Boston.

Neste caso, a R., Cª. Portuguesa de Transportes Marítimos, SARL, obrigara-se para com a A. a transportar 1620 sacos de feijão do Porto de Lobito para Lisboa.

O dito feijão era destinado à revenda.

Parte do feijão deteriorou-se, por não cumprimento por parte da Ré das condições do seu acomodamento.

A A. peticionou indenização de lucros cessantes – ou seja, do valor que receberia pela revenda de tal feijão que não recebeu (em condições).

A A. provou que não pôde revender o feijão e receber os lucros – mas não logrou a prova dos respetivos quantitativos.

Em face do que o Tribunal *a quo* condenou no que se liquidar em execução de sentença.

Ou, o caso duma lesão corporal por ato ilícito de terceiro – que determinou uma incapacidade temporária para o trabalho dum proprietário e gerente duma empresa que pode ter determinado lucros cessantes que poderia ter obtido através da plena produção fabril e colocação no mercado dos respetivos produtos da empresa industrial por si dirigida (**Ac. do STJ, de 06-03-2008**, Rev. L. Jur. Ano 114, nº 3690, p. 284).

E, identicamente, **Ac. STJ, de 14-03-1996** (Torres Veiga, Nascimento Gomes e Moreira Camilo – in C. Jur. Ano XXI, 1996, T. II, págs 81 e sgts.).

Neste caso, a Ré, empresa de transportes, assumira o transporte de certas “amostras”, de Portugal para Nova Iorque, onde tais amostras seriam expostas numa feira comercial, a ter lugar. Todavia, as amostras não chegaram ao destino dentro do prazo acordado, o que frustrou que as amostras estivessem na feira, o que, por sua vez, como alegou a A., também frustrou que a A. tivesse firmado contratos de venda, com ganhos (lucros cessantes), com visitantes da feira.

Todavia, a A. não logrou provar a quantidade de contentores o de tal mercadoria que teria vendido e, daí, não se poder concretizar o *quantum* do lucro cessante.

Ora, a tal respeito decidiu o Acórdão citado que “ficou provado ter existido a frustração de um ganho... O que não se provou foi unicamente o *quantum* ... do prejuízo dos lucros cessantes”.

Pelo que caímos na previsão do n.º 2 do art.º 661.º do (anterior) CPC.

Em sentido idêntico, temos o **Ac. S.T.J. de 21-09-2006**, que julgou o caso de em certa venda e faturação de rolhas, se ter verificado que parte da mercadoria estava deteriorada, mas numa amplitude que, todavia, não se provou.

Caso em que o Tribunal relegou o “*quantum*” da indemnização no que se vier a liquidar (Proc. 06B2601-dsgj.Net).

E ainda o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-02-2008**, Revista n.º 4505/07 – 6.ª Secção (Vida Judiciária, n.º 124/junho/2008), ao decidir que: “Nos danos passíveis de ressarcimento e correlacionados com a impossibilidade de utilização pelo lesado do veículo de sua propriedade em consequência da verificação do sinistro englobam-se... lucros cessantes, consubstanciadores estes nas perdas de rendimentos que a imobilização do veículo, durante o período de reparação, ocasionou à atividade lucrativa do seu respetivo proprietário – art.ºs. 562.º e 564.º, n.º 1, do C.C.... Portanto, a mera indisponibilidade de um veículo, independentemente de da mesma terem resultado para o lesado prejuízos económicos quantificados, é passível de indemnização, a calcular nos termos prescritos no art.º 566.º, n.º 3, do CC”.

E, também, de certo modo, corrobora-se, implicitamente, a categoria do dano de “perda de chance”, com “*causalidade probabilista*”, quando se assume a teoria da “*causalidade adequada*”, na sua formulação negativa, no tema da exegese e densificação do art.º 563.º do Código Civil. Como supra se desenvolve, no capítulo I, Secção VI.

### **CAPÍTULO III**

- *Doutrina discordante da autonomização do dano de “perda de chance”*
- *Fundamentos da categoria jurídica do dano de “perda de chance”*
- *A sua “causalidade probabilista”*

#### **7**

Há, todavia, vozes discordantes, na Doutrina portuguesa, embora nitidamente minoritárias.

Assim, **Júlio Vieira Gomes** (Sobre o dano da Perda de Chance, in D.I., vol. XIX, 2005, T. II, (pp-9-47) e **Paulo Mota Pinto** (Interesse Contratual, “Teoria geral do Dir. Civil”, 4ª ed., Vol. II, 2005, p. 1106).

Também **Rui Cardona Ferreira** (in “Indemnização do interesse contratual positivo e Perda de Chance”, Coimbra Editora, 2011) rejeita a figura, substituindo-a pela “teoria da conexão do risco” (o. cit., págs. 319 e sgts), criada por **Claus Roxin**<sup>47</sup>.

---

47. “Derecho Penal”, Parte Geral, I, Madrid, 1997, tradução em castelhano.

Conforme escreve aquele autor, – “de acordo com a teoria da conexão do risco, o resultado danoso deve ser imputado ao agente quando a respetiva conduta tenha criado ou aumentado um risco não permitido, ou, nos casos de omissão, não tenha eliminado ou diminuído esse risco, nos termos em que seriam exigíveis. Para que a imputação possa ocorrer, torna-se ainda necessário que o resultado tenha sido produzido por via de materialização ou concretização do risco em causa e não de um risco a que o agente seja alheio” e citando que para o citado Roxin “... *a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico...*”.

E, mais se escrevendo, a páginas 321, que “Já no que respeita à definição do que seja um risco não permitido, operam, como refere em particular Jakobs, diversos critérios, incluindo a medida do risco comportado pelo contacto do normal interagir social, as *legis artis*, normas técnicas ou outros sistemas de regulação não formal e, de forma naturalmente prevalente, o próprio âmbito normativo da proibição – ou do comendo, diríamos nós – violado pelo agente”.

Ora, dir-se-á que a “teoria da conexão do risco”, em substituição da figura jurídica do dano de “perda de chance”, e como categoria genérica, ficará, todavia, sujeita às mesmas críticas negativas – fundadas, ou não – que os opositores da figura do dano de perda de chance levantam a esta figura.

E, por outro lado, tal “teoria da conexão do risco”, em equação com a figura do dano de “perda de chance”, e numa “dimensão genérica”, será todavia menos elucidativa, compreensiva e densificada<sup>48</sup>.

---

48. Isto é, tal “teoria da conexão do risco” valerá mas para segmentos reduzidos de responsabilidade civil, como os regulados pelos artºs. 499º a 510º do C.C.

As críticas dos oponentes à assunção da figura específica do dano de “perda da chance” são de diversa índole.

Assim, na perspectiva negativa do citado Rui Cardona Ferreira (o. cit., pág. 201), “Não é a dificuldade em assegurar uma indemnização ao lesado, relativa ao dano final e fundada numa relação de causalidade estabelecida nos termos normalmente admitidos, que permite por si só figurar aqui a existência de um dano (relativamente) autónomo”.

Só que – cabe contrapor-se a tal crítica – essa alegada “dificuldade”, no “caso em espécie”, é aparente, e numa dupla perspectiva.

Pois que e, em primeiro lugar, quanto ao nexo de causalidade entre a conduta do terceiro e a lesão do direito ou bem jurídico protegido, do património da vítima – esse nexo, relativo ao “dano da ilicitude”, na teoria da perda “de chance”, está sujeito, nem mais nem menos, às mesmas regras gerais da causalidade na responsabilidade contratual ou extracontratual, nomeadamente na responsabilidade civil, dos art.ºs. 483º e 798º do C. Civil. Ou seja, a “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.

E, em segundo lugar, e quanto à questão da relevância da “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima do “dano da ilicitude” e do “valor” da correspetiva obrigação de indemnização, e nos termos gerais dos art.ºs. 562º, 563º, 564º e 566º, n.º 3., “do que se trata é de substituir o conceito de “causalidade adequada” (do tudo ou nada), pelo conceito de “causalidade probabilística”.

E devendo realçar-se que, no direito constituído português, a “incerteza” desse *quantum* não pode dar lugar a uma rejeição da obrigação de indemnizar, mas sim deverá culminar numa condenação equitativa, como dispõe o referido art.º. 566º, n.º 3, do C.C..

Aliás, o que origina e anima a (nova) teoria do dano de perda de chance não é “a dificuldade em assegurar uma indemnização ao lesado”.

O que a origina e alimenta é, essencialmente, a evolução da “ciência jurídica” no campo da determinação dum “nexo de causalidade” – entre a conduta ilícita e a sua repercussão negativa, na esfera jurídica da vítima –, tendo em conta parâmetros hodiernos duma (nova) consciencialização jurídica e duma (nova) sensibilidade social, com, por um lado, abandono da (mera) conceitualização positiva e newtoniana, e, por outro, da relevância dos valores da equidade e da justiça comutativa. E, também, da função preventiva e sancionatória da indemnização efetiva.

Um segundo argumento também não colhe, em Portugal, face ao direito constituído.

Qual seja o de que, na figura do “dano de perda de chance”, “a chance é independente da probabilidade da sua concretização, porque existe de *per se* como bem patrimonial, mas o valor patrimonial desse bem pode ser nulo, quando tal probabilidade seja muito baixa... Mas, sendo assim, cabe perguntar: que bem patrimonial é esse que existe sem um valor indemnizável?” (o. cit., pág. 203).

Ora, face a tal crítica, é fácil responder:

É que, na figura da “perda de chance”, à face do direito constituído, o dano nunca deixa de ser indemnizado, desde que a probabilidade da concretização dum dano final esteja para além dum “mínimo irrelevante”.

Pois que, então, assumiu-se a causalidade do dano, *a se*, na conexão com uma repercussão negativa, na esfera jurídica da vítima – e, então, já no âmbito do cômputo do dano, nessa hipótese, haverá sempre indemnização “equitativa” (artº. 566º, nº 3, do C. Civil).

E, em segundo lugar, também quando exista um “prejuízo efetivo”, no entanto, ele não originará obrigação de indemnizar se na “equação jurídica” da sua conexão com a conduta ilícita, todavia, não se assumir a “causalidade” postulada pelo Direito.

E, em terceiro lugar, em termos gerais, nada impede, no plano racional ou prático, que apesar de assumida a causalidade dum dano, por ato ilícito e culposo de terceiro (arts. 483º e 798º do C. Civil), todavia, ao apurar-se a repercussão diminutiva desse dano no património do lesado, no entanto, não se apure “efetiva diminuição patrimonial alguma”, à luz dos artºs. 562º e sgts. e a dever ser ressarcida à vítima. E quer no âmbito patrimonial, quer no âmbito não-patrimonial. Como, até, quanto a este último expressamente prevê o artº. 496º, nº 1, do C.C..

E, assim, não tendo a conduta ilícita do agente ocasionado uma “repercussão negativa” na esfera jurídica da vítima – obviamente que essa “conduta ilícita”, embora o seja e tenha lesado um bem da vítima, todavia, não originará uma obrigação de indemnização.

Suponha-se que A. efetua contrato-promessa de venda a terceiro dum seu prédio.

Por virtude de conduta ilícita e culposa de terceiro, p. ex., uma penhora ilícita, tal promessa é anulada e, assim, o lesado perde o benefício dum lucro que tal venda lhe proporcionaria.

Admita-se, no entanto, que o lesante alega e prova que, levantada a penhora, semanas depois, todavia, o mesmo promitente-comprador, ou outro, garante à vítima uma compra pelo mesmo preço, e sem que daí resulte qualquer outro acréscimo de prejuízo.

Obviamente que, em tal caso é de assumir que a vítima da dita lesão, todavia, não veio a sofrer nenhum dano, porquanto, sem acréscimo para ela, no caso, há a possibilidade duma “reposição natural” da “situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação” (artºs. 562º e 566º, nº 1, do C. Civil) e sem necessidade da intervenção do autor do ato ilícito em causa.

E, em tal hipótese, também, noutra perspetiva, bem se podendo qualificar uma eventual exigência da vítima em exigir do terceiro uma



indenização, como, a final, um caso de “abuso de direito” (artº. 334º do C.C.) ou uma hipótese de “enriquecimento sem causa” (artºs. 473º e sgts. do C. Civil).

Ou, num outro exemplo, suponha-se que um comerciante adquiriu várias mercadorias do seu ramo de negócio, p. ex., camisas, com a intuição de obter vantagem económica, com a respetiva revenda, por preço superior ao da aquisição e dos demais custos.

Ora, se, por ato ilícito e culposo dum terceiro, p. ex, por um incêndio provocado, a loja e esse recheio são danificados e ficam impróprios para consumo, todavia, pode ocorrer que, no caso, não tenha ocorrido o dano da perda de chance relativamente a um lucro da revenda de todas essas camisas.

Porque, no caso, por hipótese, o terceiro alega e prova que parte dessas camisas, o lesado, no entanto, após a sua compra, resolvera doá-las a um lar de idosos, com intuitos caritativos.

Neste caso, e quanto a esse lote de camisas, será óbvio que, apesar do ato ilícito e culposo de terceiro, e que lesou um bem jurídico do património do lesado, e que, em si, consubstancia uma oportunidade de vantagem – todavia, tal lesão, tal dano e em tal hipótese, não se repercutia numa diminuição do património da vítima como um défice patrimonial de “perda duma chance” (dano de perda de chance).

Também se aduz uma terceira crítica quando se afirma que “está-se perante um processo de juridificação ou normativização de uma mera situação de facto ou mesmo de uma pura abstração, cujo artificialismo é patente” (Rui Cardona Ferreira, o. cit., p. 212).

Todavia, também tal crítica é infundada, porquanto o “dano de perda de chance” pressupõe a existência da lesão dum “direito ou bem jurídico”, legalmente protegido, existente no património do lesado, e com valor patrimonial ou moral – não bastando, pois, “mera situação de facto”.

E, depois, perante a assunção, no caso, daquela ilicitude é que, e numa segunda fase, se vai avaliar se ela ocasionou, ou não, uma repercussão negativa na esfera jurídica, patrimonial ou não patrimonial, da vítima e qual o seu valor quantitativo, e à luz dos critérios legais normativos dos artºs. 562º e sgts do C.C.. Como dano do “desvalor quantitativo”.

Assim, p. ex., o ladrão que furtou um automóvel não poderá (ele) exigir uma indemnização se, embora por acidente de viação, e imputável a ato ilícito e culposo de terceiro, vem a sofrer prejuízos pela privação do uso do dito veículo que furtara.

Pois que só há que assumir que existe “dano” se são lesados “bens ou direitos... já existentes na titularidade do lesado à data da lesão”, como, em tese geral, defende Antunes Varela (“Dir. das Obrigações em Geral”, I, 2000, p. 599), e como dispõem os artºs. 483 e 798 do C. Civil.

E tal pressuposto não se verifica face ao ladrão.

Na verdade, a obrigação de indemnizar pressupõe um já antes assumido “dano de ilicitude”, culposo, imputável ao agente, e sofrido pela vítima, titular do “direito ou bem jurídico” violado.

E só preexistindo, assumindo, a “respetiva conduta ilícita” é que se originará, nela, a “obrigação de indemnização”, regulada nos artºs. 562º e sgts do C. Civil.

E tal (prévio) “dano da ilicitude” pode assentar numa ilicitude civil contratual, numa ilicitude civil extracontratual ou até numa “ilicitude criminal”. Reguladas, respetivamente, pelos artºs. 798º e sgts. e 483º e sgts do C.C. e pelas Leis Penais.

E só face a tais condutas ilícitas é que se avaliará a “obrigação de indemnizar”, face à repercussão negativa dessa conduta ilícita (dano da ilicitude), na esfera jurídica do lesado. E, neste campo, da “obrigação de indemnização”, à luz dos artºs. 562º e sgts. do C. Civil, cuja disciplina

se aplica aos três referidos tipos de ilicitude: contratual, extracontratual e criminal.

E prescrevendo o art.º 129º do C. Penal que “a indemnização de perdas e danos emergentes do crime é regulada pela lei civil”.

Assim, pois, não existe, na teoria do dano de perda de chance, uma “juridificação ou normativização de uma mera situação de facto”.

Pois do que se trata é da “normativização” duma situação de direito (dano da ilicitude) na perspectiva de a mesma originar uma “obrigação de indemnização do lesado”, pela (sua) repercussão negativa na esfera jurídica da vítima.

E, por sua vez, também não se trata de uma “pura abstração, cujo artificialismo é patente” – como se critica.

Pois do que se trata é de “normativizar”, de “densificar” qual o “conceito de direito” de nexo de causalidade que deva ser adotado para se poder “conexionar” certa diminuição negativa do património do lesado àquele “dano da ilicitude” – a fim de originar, ou não, uma obrigação de indemnizar, a favor da vítima.

E tal “equação” não é pura “abstração” ou “artificialismo”. Mas, sim, pretende primeiro densificar o conceito que deva ser adotado para tal “causalidade” relevante. Depois, avaliar o caso concreto, em função desse “conceito de direito”, antes assumido e densificado.

Pois que, como ensina **Antunes Varela**, “a apreciação dos danos que resultaram da violação integra-se na categoria dos “juízos de valor”, que não se confundem com os “puros juízos de facto” (“Os Juízos de valor da lei substantiva”, ... in C.J., 1995, T. IV, págs. 5 e sgts.).

Por sua vez, também, há que realçar que na assunção prévia do “dano da ilicitude” tem que existir, como é óbvio, a “violação dum direito ou dum bem juridicamente protegidos”.

Todavia, o que a teoria do dano de perda de chance tem de específico é avaliar aqueles casos em que o “direito ou bem jurídico protegidos”, e que foram violados, consubstanciam, em si, a oportunidade dum ganho, duma vantagem, para o sujeito.

Ora, quando a Noma Jurídica reconhece um direito ou um bem, reconhece-o na extensão do respetivo conteúdo, em que densifica esse mesmo direito ou bem jurídico protegido<sup>49</sup>.

E, pois, se na “densificação legal” do respetivo conteúdo do direito ou bem, em causa, se consubstancia a “probabilidade de obtenção duma vantagem, dum ganho”, então, a lesão “dessa parte” do conteúdo, legalmente densificado, desse direito ou bem –, será, concomitantemente, a lesão desse direito ou bem.

Como bem realça **Hugo Luz dos Santos** – citado supra, Capítulo I, Secção V – in “Scientia Jurídica” (nº 337, T. LXIV, 2015, a pág. 63): “Numa palavra, trata-se de convolar a própria chance num direito. Por conseguinte, todo o fundamento da perda de chance passa a radicar no próprio Direito” – citando, nesse sentido, **Nils Jansen**, “The idea of a lost chance” (pág. 285).

“Na verdade”, continua o referido autor, “o direito privado não pode ficar aquém dessa proteção.”

Se a responsabilidade civil não protege vítimas contra a perda de chances, fica aquém das exigências constitucionais” – citando no mesmo o antes referido Nils Jansen (p. 292).

Na verdade, a proteção da chance não é mais do que a proteção do “direito ou do bem juridicamente protegido”, nessa sua dimensão de potenciadores duma vantagem.

---

49. Vide, supra, Capítulo II, o ensinamento de Abrantes Geraldês. E os demais Autores citados supra, Capítulo I, Secção V.

Pelo que e incumbe ao Estado a proteção de tais bens, como impõem os art.ºs. 2º e 202º da C.R. – então, não a proteger –, nos “casos em que só resta uma chance e não há mais a perder senão a própria chance”, seria ficar o direito e os tribunais aquém da devida e possível proteção.

Hugo Luz dos Santos realça também (a págs. 64) que “Esta ideia reitora quadra-se com a mais recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), em matéria de “perda de chances reais” do direito de acesso aos tribunais (art.º. 6º, § 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Assim, p. ex., quando o art.º. 1305º do C. Civil determina o “conteúdo do direito de propriedade”, densificando que “o proprietário goza... dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertendem”, estabelece, “normativamente”, e concomitantemente, que a violação da “faculdade de uso” – é violação do direito de propriedade. Como o é, a violação da “faculdade de disposição”.

Assim, suponha-se que a A., proprietário dum táxi, que usa quotidianamente, na sua profissão de taxista, o entrega numa oficina automóvel para reparação duma avaria, e em cujo aordo o prestador do serviço se obriga a entregar-lhe o veículo – devidamente reparado – num prazo de 15 dias.

Mas, todavia, o garagista em causa só vem a entregar o veículo ao fim de 30 dias, assim não cumprindo as suas obrigações contratuais, e, vamos supor que tal ocorresse com culpa.

Ora, se o proprietário do táxi alegar e provar que nesses 15 dias de ilícito atraso de entrega perdeu a oportunidade de ganho de x euros líquidos, com fretes, como normalmente ocorreria – é óbvio que haverá um “dano de ilicitude”, originando a obrigação de indemnizar.

Porquanto o garagista, ao não entregar o veículo ao proprietário, no prazo devido, afetou o “direito de propriedade” do taxista sobre tal táxi, quanto a poder “usá-lo”, nesses 15 dias de atraso.

E o “não poder” o “proprietário” “usar o (seu) veículo” – naquele período de atraso de 15 dias, e por ato ilícito e culposo do garagemista – é ver-se tal proprietário lesado no seu “direito de propriedade”, que precisamente abarca essa “faculdade de usar” do bem, como, quando e, nomeadamente, para satisfação de interesses seus relevantes.

Mas, então, o proprietário de tal táxi tem o direito de ser indenizado, à luz dos artºs. 562º e sgts. do C. Civil, pela repercussão negativa que tal “conduta ilícita” e culposa lhe causou – em termos quer de “prejuízo causado” quer de “benefícios” que tal “lesado deixou de obter em consequência da lesão” (artº. 564º, nº 1, do C. Civil).

Benefícios esses que, na hipótese em referência, são o ganho líquido que obteria com os fretes normais nesse período de 15 dias (da mora do garagemista).

E o mesmo se diga quanto à “faculdade de disposição” que cabe ao proprietário.

Suponha-se, por exemplo, o caso tratado no Acórdão do S.T.J. de 09-02-2006 (supra referido, nº 3), em que, por virtude de uma penhora ilegal e culposa, foi penhorado um imóvel, já objeto dum contrato-promessa de compra e venda, e que, por virtude da penhora, aquele contrato se frustrou – perdendo o proprietário a “oportunidade do ganho respetivo, que seria o “lucro” que estaria na compra e venda acordada.

Pois bem, nesta hipótese, o que o lesado pela penhora sofreu foi a violação ilícita do seu “direito de propriedade”. Na respetiva componente substantiva, do “direito de disposição”.

Pelo que, pois, ao frustrar-se o “direito de disposição”, o que está a ocorrer, juridicamente, é a violação do direito de propriedade, na respetiva densificação normativa do direito constituído.

Assim, pois, como é óbvio, a “proteção jurídico-civilista” “estende-se”, concomitantemente, ao “conteúdo dos específicos bens jurídicos...

derivados de e incluídos naquele direito geral” (**Rute Teixeira Pinto**, o. cit., págs. 383-385), e, concordando também, **Patrícia Cordeiro da Costa** (o. cit., pág. 140). E, identicamente, o antes referido **Abrantes Geraldês** (supra, Capítulo II).

Uma outra crítica que se aduz é que, se se dá um amplo alcance à teoria da responsabilidade probabilística, podem crescer desmesuradamente os custos administrativos do Estado, bem como na área específica da Justiça e da ocupação dos Tribunais.

Todavia, conforme dá conta Luís Medina Alcoz (o. cit., p. 51), alguns analistas económicos sustentam precisamente a tese contrária.

E, pondo em relevo que a (mera) causalidade adequada, do “tudo ou nada”, é que será ineficiente, porque não contribui para persuadir os agentes a tomarem as decisões menos prejudiciais para a sociedade.

E dá o seguinte exemplo: um operador de energia nuclear pode utilizar dois processos, “x” e “y”, sendo o segundo mais barato, mas todavia mais perigoso porque incrementa o risco de os empregados contraírem cancro em uns 33%.

Então, a conexão mais ortodoxa da causalidade e de toda a responsabilidade é do empresário que utilizou o processo “y”, porque, quando um trabalhador sofrer cancro, as probabilidades de que aquele processo “y” seja a causa do aparecimento do cancro não alcançam o umbral de certeza que impõe o critério do “mais provável”.

Por isso, esta teoria da causalidade adequada é uma teoria ineficiente, porque alenta o empresário a eleger o processo “y”, em vez do “x” – pois a adoção do método mais (provavelmente) danoso não o virá a obrigar a ressarcir os danos pessoais que se venham a verificar.

Por sua vez, realça o mesmo autor, Luís Medina Alcoz pode ocorrer, em determinadas categorias de prestações de serviços, p. ex., no campo médico, que um profissional aplique sistematicamente a estra-

tégia equivocada a um mesmo tipo de casos. Ora, se, em tais hipóteses, o nível de probabilidade de que tal profissional causa um dano não supera o umbral da incerteza, da probabilidade, então, a teoria da causalidade adequada, do tudo ou nada, resultará ineficiente quanto a incitá-lo a atuar com maior diligência – isto é, a modificar os seus métodos, pois que nunca ficará obrigado a indemnizar.

Já, ao contrário, se, com base numa regra de probabilidade/proportionalidade, se obriga o agente a indemnizar, na medida da probabilidade de que foi causante, ele, naturalmente, adotará as adequadas precauções e estará incentivado a uma medida ótima, justa e equilibrada.

Ainda que, e como realça o autor em citação, “para que as reformas se projetem, de nenhuma maneira podem basear-se exclusivamente em parâmetros de eficiência económica e prevenção”.

Todavia, a favor da assunção da categoria jurídica autónoma do “dano de perda de chance” milita a transformação da sensibilidade de justiça, no cidadão comum, dos dias de hoje.

Como escreve Luís Medina Alcoz (o. cit., p. 51) – há que ter em conta:

“la transformación de la sensibilidad justicial, que ya no tolera que solo la causalidad cumplidamente acreditada encienda la mecânica de la responsabilidad. Y es que, tal sensibilidad, encauzada a través de pronunciamientos jurisprudenciales, estúdios doctrinales y medidas legislativas, obliga a admitir que, de la misma manera que la causalidad perfectamente demostrada genera una responsabilidad ‘total’ (*total liability*) por el dano causado, la simplemente posible puede en algunos casos generar una responsabilidad ‘parcial’ (*partial liability*) por la posibilidad del dano causado.

En lugar de acudir a ficciones o estratagemas jurídicas, debe reconhecerse que la teoría de la chance establece una regla de responsabilidad



proporcional en virtud de la cual el agente danoso indemniza, no por el dano que há causado, sino, simplemente, por el dano que posiblemente causo. Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que da entrada a las ideas de ‘causalidad sospechada’, ‘causalidad probabilística’, ‘porcentajes de causalidad’, ‘causalidad de proporciones’ o ‘causación probable’, ligadas a las de ‘reparación proporcional’ o ‘responsabilidad parcial’. Por eso no parece exagerado afirmar que esta severa transformación expresa un cambio de paradigma o revolución científica en sentido técnico”.

Também se critica a teoria do dano da perda de chance com o argumento de que se está a assumir uma dupla-causalidade atribuída à mesma conduta do agente, responsabilizando-o quer pelo dano da lesão do direito de terceiro, quer pela lesão da “probabilidade de ganho”, inerente àquele direito.

E, na mesma linha, argumentando-se também contra a teoria, que se com tal teoria se responsabiliza o agente, porque, com a sua conduta lesou o direito de terceiro, e tanto basta para que ele seja obrigado a indemnizar também a “perda da oportunidade de ganho”, inerente àquele direito lesado – então “tal é claramente falso” (Gascón Abellán, 2009, pág. 196, citado por Leonor Suárez Liano, pág. 149).

Ora, salvo o devido respeito, ambas as críticas referidas assentam numa falácia. Na verdade, tais críticas não assentam na realidade jurídica verdadeira.

Pois que olvidam, e desfiguram, que existe autonomia entre as figuras jurídicas do “dano da ilicitude” e da “repercussão negativa” daquele na esfera jurídica do lesado (patrimonial ou não-patrimonial).

Assim, para haver “obrigação de indemnizar”, é pressuposto que se assume, prévia e autonomamente, que existiu uma conduta ilícita, e culposa (dano da ilicitude) que, por sua vez, tenha “causado”, segundo

o respetivo conceito normativo que seja aplicável, uma “repercussão negativa”, na esfera jurídica do lesado.

E, se não pode haver “obrigação de indemnizar”, fundada em ato ilícito ou criminal, sem a prévia assunção do “dano da ilicitude”, todavia, já pode ocorrer que exista tal “dano da ilicitude” e, todavia, não exista “dano indemnizável”<sup>50</sup>.

E tais dois tipos de dano são autónomos, também, nas respetivas normas jurídicas que regulam as respetivas relações.

Assim, o “dano da ilicitude”, por responsabilidade civil contratual e extracontratual, é regido, respetivamente, pelos artºs. 798º e sgts. e 483º e sgts. do C. Civil. E o “dano da ilicitude-criminal” é regido pelas leis criminais.

Já o “dano da repercussão negativa”, objeto da obrigação de indemnizar, é regido pelo normativismo, comum aos três tipos de dano, pelo disposto nos artºs. 562º e sgts. do C. Civil.

E, assim, não bastará estabelecer o “nexo de causalidade” entre a conduta do agente e a violação dum “direito ou bem jurídico da vítima”, para estabelecer uma obrigação de indemnizar. Pois aquele nexo de causalidade respeitará tão-só à assunção do “dano da ilicitude”, civil ou criminal.

Mas para estabelecer a conexão entre esse assumido “dano de ilicitude” e uma (alegada) “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima (dano patrimonial ou não-patrimonial), como objeto duma devida obrigação de indemnizar (e no seu *quantum*), já o nexo de causalidade é outro – e terá que se assumir.

---

50. Por exemplo, se o garagemista não reparou no prazo acordado o automóvel de A., se o reteve na oficina por mais 15 dias. Mas, no entanto, tal não teve repercussão negativa na esfera jurídica de A. porque, por hipótese, nesse período da mora, A. nem sequer iria usar o veículo porque ia, e foi, de férias, para o estrangeiro.

E, também, assim, nada sequer exige *a priori* que o “conceito normativo” de “causalidade”, para ambas as referidas relações jurídicas, seja, ou deva ser, o mesmo.

E, efetivamente, até não o é.

Pois que, por exemplo, quanto ao “dano de ilicitude criminal”, a causalidade entre a conduta do agente e a violação do bem jurídico é a do conceito normativo da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”<sup>51</sup>.

E, já, quanto à causalidade desse “dano de ilicitude criminal” na esfera jurídica da vítima, o conceito normativo de causalidade é – ou pode ser – o da “causalidade probabilista” (artº. 563º do C. Civil).

Um último argumento aduzido contra a adoção da figura autónoma do “dano de perda de chance” é o de que a mesma contraria um dos pressupostos da responsabilidade civil, qual seja o duma conexão de causalidade adequada entre a conduta do agente e o dano (na sua formulação positiva).

Pressuposto esse exigível *jure condendo* e, segundo tais opositores, existente em Portugal também face ao direito positivo.

E, contrariando tal pressuposto, mais aduzem tais opositores que a teoria do “dano de perda de chance” poderia ser apodada de (mero) “artificialismo”.

*Entendemos, todavia, que este argumento não corresponde “aos postulados valores” do Direito na sociedade moderna.*

*Bem como também não corresponde, realmente, a uma interpretação correta do direito positivo português.*

Na verdade, desde logo enferma de “petição de princípio” a afirmação de que o nexo de conexão entre o “dano da ilicitude” e a (sua)

---

51. Vide infra, Título VIII, Capítulo VII.

“repercussão negativa” na esfera jurídica do lesado tenha que ser *jure condendo*, ou que o seja no direito positivo português, uma conexão de “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.

Ou seja, de que a “repercussão negativa” (dano patrimonial ou não-patrimonial) só pode assumir-se como ocasionada pela conduta ilícita e culposa do agente – e com a correspondente obrigação de indemnizar – se tal “dano de ilicitude” foi *causa certa e segura* da mesma, segundo as *leges artis ad hoc ou as regras da experiência comum ou id quod plerumque accidit*.

Na verdade, à face do direito positivo português, tal “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, é válida, no campo da ilicitude penal <sup>52</sup> e na conexão entre a conduta ilícita e culposa do agente e a violação do direito ou bem jurídico do lesado – quer no campo da responsabilidade civil extracontratual (art.ºs. 483º e sgts. do C. Civil), quer no campo da responsabilidade civil contratual (art.ºs. 798º e sgts.). E, assim, no âmbito do “dano da ilicitude”<sup>53</sup>.

Mas já não vale para o campo da conexão causal entre o “dano da ilicitude” e uma (sua) repercussão negativa na esfera jurídica da vítima, como objeto da “obrigação de indemnização” (art.ºs. 562º e sgts. do C. Civil).

Por sua vez, a teoria do dano de “perda de chance” é uma teoria hodierna evolutiva em que se pretende evitar “a drástica solução a que conduz o modelo causal tradicional do todo ou nada” (Luís Medina Alcoz, o. cit., p. 32).

Na verdade, tal modelo *ajustava-se a um “pensamento ilustrado e positivista, de “paradigma mecanicista newtoniano”, de séculos passados, e que inspiraram os códigos civis do direito continental europeu do século*

---

52. Vide Título IV, Capítulo I, e para o direito penal, infra Título VIII, Capítulo VII.

53. Já nos casos de, p. ex., exercício de atividades perigosas, previstos no art.º. 493º, nº 2, do C. Civil, aí a causalidade relevante é a da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa.

XIX<sup>54</sup>. E em que o peso da “probabilidade” recaia em conjunto sobre um só sujeito<sup>55</sup>.

Por sua vez, e em espírito evolutivo, o surgimento e a consolidação da teoria da “perda de oportunidade” está mais conforme à “tomada de consciência, relativamente presente, no mundo do direito, de que o conhecimento humano é imperfeito e limitado e que só pode expressar-se em termos de probabilidade” (cit. Luís Medina Alcoz).

É certo, também, que há uma transformação consequente da consciência pública e da “*sensibilidade justicial*” que já não tolera, nos dias de hoje, que só a causalidade certa e segura anime a “mecânica da responsabilidade”.

E, ainda, há que ter em conta que a obrigação de indemnização por responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, não tem tão-só uma mera função reparatória do prejuízo, mas também lhe anda ligada uma função preventiva punitiva, patente em diversas disposições legais vigentes. Como, p. exemplo, se reflete no artº. 494º do C. Civil.

Assim, neste estádio atual da civilização, o que é natural é que a hodierna teoria da “causalidade probabilista” esteja acolhida *no Código Civil Português, dado que é um código de publicação recente (1967)*. E, pois, bem distante do que expressavam os códigos anteriores, de antanho, de século XIX, de direito similar ao nosso Código Civil de 1867, como os referidos Códigos Civis espanhol, francês ou alemão e as respetivas teorias então vigentes.

E, na verdade, se interpretarmos, por um lado, os artºs. 483º e sgts. do C. Civil, sobre responsabilidade civil extracontratual, e os artºs. 798º

---

54. O Código Civil francês (1803), espanhol (1889) e alemão (1896). Assim, o artº. 707º do Código Civil português, de 1867, o Código de Seabra onde se dispõe que “só podem ser tomadas em conta de perdas e danos, as perdas e danos que *necessariamente* resultam da falta de cumprimento do contrato”.

55. Supra, Título I, Capítulo I, Secção II.

e sgts. sobre responsabilidade contratual, e, por outro, e em concatenação, os artºs. 562º e sgts., e à luz dos cânones de interpretação dos artºs. 9º e sgts. do mesmo código, a conclusão mais adequada é a de que nada no nosso direito positivo se opõe à assunção da categoria jurídica do dano de “perda de oportunidade”, como categoria autónoma e dano emergente<sup>56</sup>.

E bem pelo contrário.

Na verdade, desde logo, o artº. 563º do C. Civil refere como “nexo de causalidade” (epígrafe do preceito) o termo “*provavelmente*”. Muito mais próximo duma “causalidade probabilista” do que o Código Civil de Seabra, no seu artº. 707º, a expressar uma conexão “necessária”.

Por sua vez, o artº. 564º, nº 1, do C. Civil não se refere tão-só aos “prejuízos causados” como indemnizáveis, mas também aos “benefícios que o lesado deixou de obter se não fosse a lesão”: uma característica que é o cerne da teoria do dano de “perda de chance”.

Acresce que, tendo a “obrigação de indemnizar” também uma função preventiva e punitiva, então, segundo estudos feitos (o antes citado Luís Medina Alcoz, pág. 51), o alargamento do âmbito da indemnização da perda de oportunidade, com grau de probabilidade (suficiente) imputável à conduta ilícita, tenderá a fazer diminuir os atos lesivos, porquanto incentiva o agente a cumprir e cumprir melhor os seus deveres para com o (eventual) lesado.

Isto é, “fortalece a exigência de condutas diligentes” (citada Leonor Suárez Llanos, pág. 173).

E, à face do direito positivo atual, também existe já o direito supranacional que acolhe a teoria da “causalidade probabilista”, como a referida Diretiva 92/13/CE, que no seu artº. 2.7 legitima o direito a

---

56. Supra, Título II, Capítulo I.

indenização pela frustrada “possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicado por violação” do direito comunitário em matéria de celebração de contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito.

Por sua vez, e como já antes relacionado, também a teoria do dano de perda de chance é *mais adequada a exigências de equidade e de justiça comutativa* do que a teoria de antanho do “tudo ou nada”, duma causalidade certa, necessária.

Ora, com todos esses elementos, e tendo em conta ainda os parâmetros de interpretação das leis, do artº. 9º do C. Civil – nomeadamente do “tempo”, atual, em que a lei é aplicada, bem como as “circunstâncias” em que a lei foi elaborada” – já nos tempos de hoje –, sem dúvida que há que assumir que “a solução mais acertada” que o legislador consagrou, e como “soube exprimir o seu pensamento” nos artºs. 562º e sgts. em causa, não é a “solução” da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, mas sim uma “causalidade probabilista” (numa conexão de “provavelmente”).

Aliás, e como já antes referido, autores há que até interpretam o artº. 563º do C. Civil como consagrando a teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa, em que, pois, basta que a conduta ilícita (dano da ilicitude) tenha sido *conditio sine qua non* de “benefício logrado” e, para tanto, não tenha sido de todo em todo indiferente. Como defendem os antes citados Antunes Varela e Almeida e Costa (supra, Capítulo II), o que é defender uma categoria de causalidade ainda mais abrangente do que – normalmente – se defende na densificação da teoria do dano de perda de chance.

Mas, aqui chegados, só haverá que, em tema de “causalidade probabilista” – que se tem por assumida nos artºs. 562º e sgts. do C. Civil –, *desenvolver*, e por “integração”, qual o “grau de probabilidade”

que deva ser exigido (para gerar obrigação de indenizar) e em que medida o grau de probabilidade, no caso existente, *se deve repercutir proporcionalmente no quantum* indenizatório, em modo justo entre lesante e lesado.

Temas estes que se desenvolverão, infra, no Título V.

*E, assim, a final, a questão da avaliação e assunção da teoria do “dano de perda de chance” não é mais do que evoluir e decidir entre (essencialmente) três tipos de “causalidade” que a priori são conceitualmente propostos, para a conexão exigível entre a “conduta ilícita” do agente (“dano da ilicitude”) e a sua “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima (“dano patrimonial” ou “não-patrimonial”), como pressuposto estruturante do nascimento duma “obrigação de indenizar” e do “seu quantum”.*

E três tipos de causalidade esses que são, fundamentalmente, a “teoria da causalidade, na sua formulação positiva”, a “teoria da causalidade, na sua formulação negativa” e a “teoria da causalidade probabilista”.

Parecendo equilibrado assumir-se que a escolha da “teoria da causalidade probabilista”, para o tipo de dano de perda de chance, e no que concerne à questão da “obrigação de indenizar” (dano patrimonial ou não-patrimonial) em consequência dum “dano de ilicitude” – e obrigação essa regida pelos art.ºs. 496º e 562º e sgts. do C. Civil –, será uma escolha (1) mais razoável, equitativa e com mais justiça comutativa; (2) mais conforme à (também) função preventiva e punitiva da obrigação de indenizar; (3) mais de acordo com o pensamento hodierno da relatividade; (4) mais consentânea com o hodierno sentimento comum de justiça; (5) mais adequada à atual sensibilidade jurídica; (6) mais incentivadora de comportamentos respeitadores do Direito; (7) mais conforme (quanto à interpretação dos art.ºs. 562º e sgts. do C. Civil) com os respectivos cânones legais dos art.ºs. 9º e 10º do C. Civil; (8) bem como mais coerente com normas supranacionais da unidade do nosso ordenamento jurídico (antes cit. Diretiva 92/13/CE, artigo 2.7); (9), e,



por fim, “se” é solução que, mesmo assim, possa suscitar dúvidas, pelo menos, é “a menos má” (cit. Luís Medina Alcoz).

Conforme já realçavam **Planiol et Ripert**, em 1952, e ao darem conta de numerosa jurisprudência que reconhecia o dano da “*perte d’une chance*”, se não se pode afirmar que o benefício ocorreria, também não se pode negar que não ocorreria; pelo que a indemnização deverá corresponder a uma “fração de ganho esperado”, determinada em função das “*probabilités de succès de l’entreprise*”. E uma coisa é certa: é que a “lesão do direito”, e da sua consubstancial “oportunidade”, essa existiu (in “*Traité Pratique de Droit Civil Français*”, VI, “Obrigações”, pág. 747, por **Paul Ismerin**, 1952).

Em suma, pode concluir-se, como **Rute Teixeira Pinto** (o. cit., pág. 460), que “... contra a admissão da perda de chance como uma espécie autónoma de dano não há nenhum argumento decisivo”.

Ou, como se expressa **Patrícia Cordeiro da Costa** (o. cit., pág. 139), “a teoria de perda de chance resolve de forma satisfatória as questões levantadas nas situações a que se aplica, quer em termos de providenciar uma solução justa para o caso quer em termos de coerência lógica interna de construção”.

Ou, como refere a citada **Leonor Suárez Llanos** (o. cit., pág. 180), “Los argumentos de justicia y equidad están en base de la justification material e axiológica de la Teoria de Perdida de Oportunidad”, citando, no mesmo sentido, **Starck**, 1996, p. 64.

E, como realça o citado **Luís Medina Alcoz**, a teoria, hodierna e evolutiva, da (referida) “causalidade probabilística”, na determinação da obrigação de indemnizar, consequente a um “dano de ilicitude”, é, pelo menos, “*la menos mala*”.

E a mais justa e equitativa.

E a predominantemente seguida nos países do Direito Continental Europeu – Espanha, França e Itália.

E, embora com um grau de probabilidade mínima de 50%, nos países do direito anglo-saxónico<sup>57</sup>.

---

57. Na corrente maioritária, pois autores há que também baixam o patamar mínimo para cerca de 35 - 40%.



**TÍTULO II**  
**DUAS SUBESPÉCIES DE DANO**  
**DE “PERDA DE CHANCE”**



De todos os referidos casos antes apontados, podemos extrair que o dano de **“perda de chance” consubstancia duas subespécies.**

Numa, a “perda de chance” consubstancia a lesão dum direito ou dum bem juridicamente protegido, existente no património do lesado, que, em si (no respetivo conteúdo normativo), é possuidor *da oportunidade de se obter um resultado favorável*, um ganho, um lucro (de natureza patrimonial ou não patrimonial), e “oportunidade” essa que, com a lesão causada (ilícita e culposamente, por terceiro), adequadamente <sup>58</sup> *se perde*.

**Noutra subespécie**, a “perda de chance” consubstancia a perda duma oportunidade, que na conduta do agente foi omitida, de (se tivesse sido realizada) adequadamente **se evitar um resultado desfavorável** para um direito ou um bem do património do lesado, e juridicamente protegido, e omissão aquela do terceiro que, no caso, é ilícita e culposa<sup>59</sup>.

Dos vários casos tratados na jurisprudência portuguesa, e referidos supra (nº 3), podemos elencar na primeira espécie de dano, p. ex., o

---

58. “Adequadamente” – isto é, segundo o “nexo de causalidade” legalmente exigível, no caso, entre a conduta ilícita e a lesão do direito ou do bem juridicamente protegido, em causa, e que consubstancia essa oportunidade.

59. É o caso mais corrente, no campo da responsabilidade médica, em que, por falta de um devido tratamento médico, que, segundo as *leges artis*, era aconselhável, se vem a verificar uma lesão na integridade física ou psíquica do doente, ou até a sua morte, que, doutro modo, teria a probabilidade de não ocorrer.

caso dum concorrente a uma empreitada pública ilicitamente preterido, e que assim viu gorada a (sua) oportunidade de lhe ser adjudicada a empreitada, como “direito” que lhe assistia, na qualidade de concorrente que preenchia os pressupostos exigíveis para se apresentar ao concurso (cit. **Ac. STA., de 29-11-2015**).

Ou o caso tratado no referido **acórdão do STJ de 09-02-2006**, em que o autor pretendia ser indemnizado da perda de oportunidade da venda de um imóvel de que era proprietário e que havia sido já objeto de contrato-promessa de compra e venda, mas cuja execução veio a frustrar-se em resultado da penhora indevida daquele imóvel. A ação foi proposta contra a instituição de crédito que promoveu a penhora e o pedido formulado referia-se à mais-valia que iria ser obtida na venda projetada.

Como o caso do referido **acórdão do T.R. Porto de 27-10-2009**, em que um advogado apresentou recurso de uma decisão, mas não apresentou alegações, e, assim, o recurso foi julgado extinto.

Para o dito acórdão, o “réu, ao ter interposto o recurso e não ter apresentado alegações, deixando o recurso deserto, teve conduta que consubstancia inexecução ilícita e culposa da obrigação da assistência técnica do mesmo aos Autores e vedou a estes a possibilidade de terem a sua pretensão apreciada por um Tribunal Superior. E, assim, tal como a decisão recorrida, entendemos que o que se deve aplicar aqui é o conceito de «perda de chance», já que é impossível afirmar que os Autores saíam vencedores, obtendo a revogação da sentença (...), se o ora Recorrente tivesse apresentado alegações e o recurso não fosse julgado deserto”.

Ou o caso tratado no **acórdão do S.T.J. de 04-07-2013**, em que a advogada não interpôs um recurso de apelação, e, assim, ao ver a inviabilizada a reapreciação da sentença pela instância recursiva, devido

à falta de apresentação do requerimento de interposição da apelação, a advogada fez perder à autora, desde logo, a expectativa de ganho de causa na ação, o que, por si só, representa um dano autónomo para aquela.

Identicamente, o caso do **Ac. S.T.J. de 05-02-2015**, em que se avaliou a revogação ilícita dum contrato de prestação de serviços, a termo certo, por parte do beneficiário do serviço – e cujo dano consistiu na “perda de chance” de auferir a remuneração que se “obteria” até final do contrato.

Ou o caso do **Ac. S.T.J. de 06-07-1978**, em que a Ré, empresa de transportes marítimos se obriga para com a A. a transportar 1620 sacos de feijão do Porto de Lobito para Lisboa.

O dito feijão era destinado à revenda.

Parte do feijão deteriorou-se, por não cumprimento por parte da Ré das condições do seu acomodamento.

A A. peticionou indemnização de lucros cessantes, ou seja, do valor que receberia pela revenda de tal feijão que não recebeu (em condições).

Ou o caso do **Ac. S. T. J. de 14-03-1996**, em que a Ré, empresa de transportes, assumira o transporte de certas “amostras” de Portugal para Nova Iorque, onde tais amostras seriam expostas numa feira comercial, a ter lugar. Todavia, as amostras não chegaram ao destino dentro do prazo acordado, o que frustrou que as amostras estivessem na Feira o que, por sua vez, como alegou a A., também frustrou que a A. tivesse firmado contratos de venda, com ganhos (lucros cessantes), com visitantes da Feira.

Também será um dano de “perda de chance”, enquadrável na primeira espécie, por exemplo, a hipótese de, num acidente de viação



imputável à condução ilícita e culposa do terceiro, o veículo da vítima sair danificado, e para sua reparação a vítima ter que ficar sem o uso do mesmo por x dias, sendo que, todavia, a vítima, proprietária do veículo, era taxista e o veículo o táxi que nessa sua atividade usava, como instrumento dos almejados ganhos com os fretes a realizar nesses x dias, e cuja oportunidade assim ficou perdida.

Como casos subsumíveis a segunda subespécie de dano, temos sobretudo os casos de tratamento médico.

Assim, o caso decidido pelo **Supremo Tribunal de Espanha, Acórdão de 7 de julho de 2008** – citado por Luís Medina Alcoz, pág. 56 –, em que um submarinista sofrera um acidente de descompressão. Ora, neste tipo de acidente, exige-se uma atuação com a máxima celeridade, introduzindo-se o afetado numa câmara hiperbásica, de modo que, com maior demora, maior é o risco de que o tratamento resulte ineficaz. Ora, no caso, por falta da devida assistência oportuna, o doente só cerca de 4 horas após o acidente é que foi introduzido na dita câmara.

O que causou a ineficácia do tratamento, resultando a paralisia dos membros inferiores da vítima e ter que usar cadeira de rodas.

Num outro caso, citado pelo mesmo autor, e sobre o qual se pronunciou o Supremo Tribunal de Espanha, refere-se a um erro de diagnóstico.

Na verdade, ante uma suspeita de enfermidade tuberculosa, receitaram-se determinados medicamentos. Todavia, na realidade, o paciente não sofria de tuberculose, mas, sim, tinha uma predisposição individual a padecer de toxicidade face ao consumo de tais medicamentos. E, embora suspenso o tratamento, todavia, aquela medicação utilizada foi causa de uma neurite ótica bilateral, com diminuição da visão.

É também o tipo de caso recentemente julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, no seu **acórdão de 28-01-2016** (Maria da Graça

Trigo, Bettencourt de Faria e João Bernardo), proc. 136/12.5TVLSB. L1.S1, 2ª Secção, em que se decidiu um caso de responsabilidade por ato médico.

E que trata da qualificação da obrigação principal da prestação de tal serviço como “obrigação de meios”, avaliando-se também os inerentes “deveres de proteção, acessórios ou colaterais, do contrato”, o tema da “causalidade”, bem como a possibilidade de coexistência de responsabilidade civil contratual e, ou, extracontratual, com as implicações consequentes a nível de ónus da prova, dados os art.ºs. 70º, 483º, 493º, nº 2, e 799º do C. Civil.

Apreciou-se a prestação de serviços médicos prestados por entidades privadas e por entidades do serviço público de saúde.

Infra, no Título VIII, faz-se uma análise específica deste acórdão e dos temas que aborda.

E, em França, a expansão do dano de “perda de chance”, na referida segunda subespécie, radica-se num **Acórdão da Cour d’Appel, de Grenoble, de 24-10-1961**, num caso em que houve uma “falha” de diagnóstico de uma fratura, já evidenciada em anterior radiografia, o que ocasionou um agravamento do estado de saúde da vítima, que provavelmente não ocorreria se tivesse havido uma devida avaliação, segundo as *leges artis* médicas, da situação da vítima.

E serão também exemplos aqueles casos em que haja falta da “devida informação”, num tratamento com intervenção cirúrgica.

**Existem, assim, pois, duas subespécies de dano de perda da chance**, como demonstram os referidos exemplos, ainda que, naturalmente, ambos comunguem das mesmas características essenciais. Mas em que se levantam questões específicas.



**TÍTULO III**  
**A CAPACIDADE EXPANSIVA (HORIZONTAL**  
**E VERTICAL) DO DANO DE “PERDA**  
**DE CHANCE” – A SUA UBIQUIDADE**



A assunção da categoria jurídica de “dano de perda de oportunidades” *revelou uma capacidade expansiva, horizontal*, nos sistemas jurídicos internos de vários Estados, a partir da sua génese jurisprudencial, em França, no citado Acórdão da Chambre des Requêtes de la Cours de Cassation, de 17-07-1889<sup>60</sup>.

Atingindo a Itália e a Espanha, bem como os Estados anglo-saxónicos, incluindo os Estados Unidos da América, e, mais recentemente, Argentina, Brasil e Chile, além de Portugal, como “*Perte d’une chance*”, “*Pérdida de Oportunidad*” “*Loss of Chance*” e “*Perda de Oportunidade*”.

Mas tal categoria jurídica expandiu-se, também, num sentido vertical, na medida em que alcançou organizações europeias e internacionais, de diversa índole, como o Conselho e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o Tribunal Europeu e a Corte Interamericana de Derechos Humanos, o Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), a Academia de Jusprivatistas Europeus e o Grupo Europeu de Responsabilidade Civil (EGTL).

Bem como tal categoria jurídica, na sua substância, é expressamente assumida em alguns ordenamentos jurídicos supra citados.

---

60. Conforme supra, nº 1, se historiou.

Como o artº. 2.7 da Diretiva 92/13/CE, que, no seu art. 2.7, dispõe:

*“Quando uma pessoa introduza um pedido de indemnização por perdas e danos relativo aos custos ocorridos com a preparação de uma proposta ou a participação num procedimento de celebração de um contrato, apenas terá que provar que houve violação do direito comunitário em matéria de celebração dos contratos ou das normas nacionais de transposição desse direito e que teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato, que foi prejudicada por essa violação”.*

E, identicamente, o artº. 163º da Parte Geral do Código Europeu dos Contratos, ao determinar que se integra nos lucros cessantes, a que o lesado tem direito, “a perda de oportunidade de ganho que possa considerar-se – com razoável certeza – ocasionada e que deve avaliar-se em função do momento do incumprimento ou da mora”.

E, por sua vez, além dessa capacidade expansiva da categoria jurídica da “perda de chance”, na horizontal e na vertical, a mesma tem também uma “característica da ubiquidade” que a faz presente em variadíssimas hipóteses da vida real e em diversos campos do direito (Luís Medina Alcoz, o. cit., pág. 46).

Assim, tendo surgido, em França, como referido, a propósito dum caso de responsabilidade de mandatário forense, logo se aplicou também na avaliação da responsabilidade na prestação de serviços médicos.

Passando a ter relevância nos mais diversos campos do direito, da responsabilidade civil contratual, como o da contratação pública, por concurso, no do direito do trabalho, nas promoções, nos contratos de transporte de mercadorias, nos contratos-promessa de venda, etc. (vide os casos decididos nos Acórdãos citados supra, nº 3).

E, identicamente, no campo da responsabilidade civil extracontratual, como, p. ex., de uma “penhora indevida” de bens de terceiro, ou dos danos, na capacidade de trabalho, da vítima, provenientes de um acidente de viação quanto aos lucros cessantes da atividade de taxista por parte do proprietário (Acs. do STJ de 09-02-2006 e 07-02-2008, supra nº 3).

E, inclusive, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem assume tal categoria jurídica de “dano de perda de chance”, na sua mais recente jurisprudência, se é, ilícita e culposamente, violado o “direito de acesso aos tribunais” que cabe ao cidadão (artº. 6º, § 1, da Conv. Eur. Dir. do Homem)<sup>61. x</sup>

E, nessa assunção do “dano de perda de chance”, tendo vindo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a considerar ilícita a “condição”, estabelecida no artº. 13º, 2, da L. 67/2007, de “admissibilidade da ação” de responsabilização do Estado Português por “decisões judiciais injustas”, da “prévia revogação da decisão danosa”<sup>62</sup>.

E ocorre até que determinados regimes jurídicos são instituídos por influência subjacente duma situação que, em si, se insere num caso-tipo de “perda de chance”, embora sem que esse substrato, como tal, seja revelado e se manifeste no regime instituído.

Assim, p. ex., o regime processual civil de falta ou irregularidade da “distribuição” de processos judiciais (artºs. 205º e 210º do C. Pr. Civil). Na verdade, o artº. 15º da Portaria 114/2008, de 6 de fevereiro, dispõe que “a distribuição de todos os atos processuais é efetuada diariamente e de forma automática através de sistema informático”.

Com este tipo de normativismo, o que se pretende é, além do mais, assegurar o “princípio do juiz imparcial”, como valor constitucional do nosso direito (artº. 6º da Conv. Europeia dos Dir. do Homem).

E a falta ou irregularidade na distribuição importa em processo civil a (mera) irregularidade que vem regulamentada, nomeadamente nos artºs. 205º e 210º do C. Proc. Civil, enquanto, no processo penal, conduz à “nulidade” insanável, atento o artº. 32º, nº 9, da C.R. e o artº. 119º, alíneas a) e e), do C. Pr. Penal. <sup>63</sup>

---

61. Assim, o Acórdão de 07-08-1991, citando por Hugo Luz dos Santos (o. cit., pág. 64).

62. Vide Hugo Luz dos Santos, o. cit., p. 64.

63. Sobre essa nulidade, no processo penal, Durval Ferreira, in “Abuso de Confiança, Peculato, Infidelidade e Furto”, 2014, nºs 30, 30.1 e 31, págs. 189 a 208).



Ora, o que está subjacente a tal “falta ou irregularidade” na distribuição de processos é uma “ilicitude”, praticada por órgãos do Estado, que lesa uma “oportunidade” concedida ao cidadão de obter uma vantagem: ser a sua causa decidida por um “juiz imparcial”.

E em que, ocorrida e assumida essa conduta ilícita (dano da ilicitude), então, a “indenização” (referente à repercussão negativa desse ato na esfera jurídica do lesado) será, precisamente, a “reconstituição natural”.

Ou seja, uma (nova) distribuição, de acordo com a lei, dado que a mesma, no caso-tipo em apreço, “é possível” (artº. 566º, nº 1, do C. Civil).

Mas até no campo do direito penal surgem, no elenco de condutas incrimináveis do cidadão, tipos legais de crime cuja razão assenta numa ilicitude da conduta que consubstancia a lesão duma “perda de chance”, mas que dificilmente seria criminalmente punida, apesar da sua gravidade, se não se criasse um tipo legal de crime específico.

Em cuja base de ilicitude está a dita lesão ilícita dum bem juridicamente protegido, da esfera da vítima, numa hipótese que consubstancia a “perda de uma oportunidade”, que foi omitida pelo agente-lesante, de se evitar um resultado desfavorável para esse bem ou direito da esfera jurídica da vítima.

Suponha-se o caso de uma ama que assume a guarda noturna de uma criança, porque os pais trabalham de noite. E ponha-se a hipótese de tal ama, por seu mero arbítrio, decidir, a altas horas da noite, sair do 20º andar onde habita com a menor, para ir umas horas frequentar um casino, e deixa a criança só, a dormir, num quarto. De noite, a criança acorda, assusta-se por estar só, consegue abrir uma porta que dá para uma varanda exterior, trepa o parapeito, cai, e morre estatelada na rua.

É óbvio que tal ama violou, ilícita e culposamente, os seus deveres de guarda. Bem como também é óbvio que o cumprimento de tais

deveres consubstanciava uma oportunidade favorável à menor, de não ser lesada a sua integridade física e até a sua vida.

Pelo que tal ato ilícito e culposo da ama consubstanciaria, no campo da (mera) responsabilidade civil contratual, um dano de perda de chance <sup>64</sup>, responsabilizando-a, por sua vez, pela indemnização da morte ocorrida, e num certo *quantum* indemnizatório. *Quantum* este a calcular em relação ao valor, em si, da perda da vida da menor, e numa percentagem proporcional ao “grau da probabilidade” de, com o abandono da menor, em tal situação caracterizada, vir a ocorrer que a menor tivesse tido a conduta que teve.

Todavia, essa mesma situação concreta, se no campo da (mera) responsabilidade civil gera a obrigação de indemnizar, ao agente, à dita ama, já no campo da incriminação penal da conduta, seria duvidosa, uma sua subsunção, p. ex., nos crimes de “homicídio” (artº. 131º do C.Penal) ou “contra a integridade física” (artº. 143º do C. Penal).

É que, no direito criminal, a causalidade exigida entre a conduta do agente e a lesão do bem jurídico protegido de terceiro é a defendida na “teoria da causalidade adequada positiva”.

Isto é, o agente só é responsável se, avaliando a sua concreta conduta, se pode assumir que da mesma resultaria como consequência necessária ou altamente provável (*id quod plerumque accidit*) a ofensa do bem ou direito juridicamente protegido, na situação em avaliação.

Ora, não se pode dizer, na hipótese em apreço, da ama que deixa a menor só, na habitação, de noite, algumas horas que daí vai ocorrer, segundo as *legis artis* ou as regras da experiência, com toda a certeza ou numa percentagem muito elevada, que a menor se deite abaixo da varanda!

---

64. Porque consubstancia a lesão ilícita e culposa dos seus deveres contratuais de guarda da menor.

Tal não é mais do que uma probabilidade que pode surgir, mas não mais do que uma probabilidade.

Então, a ama não poderia ser objeto de qualquer medida penal – uma vez que não estariam preenchidos os requisitos legais típicos dos ditos “crimes” de “homicídio” ou de ofensas “à integridade física” –, por, no caso, não se verificar o pressuposto legal da dita causalidade.

Todavia, também o direito penal foi sensível a essa figura científica e anímica – da vida em sociedade – do dano de perda da chance e à sua capacidade expansiva.

Pois que, precisamente, o crime específico da “exposição ou abandono”, assumido no artº. 138º do Código Penal, não é mais do que a penalização duma situação real que, em ciência jurídica, consubstancia “um dano de perda de chance”, e, no caso, um “dano de ilicitude” com grau elevado de gravidade social a postular a sua “criminalização”.

**TÍTULO IV**  
**DOIS TIPOS DE DANO**



## CAPÍTULO I

- *“Dano da ilicitude”*
- *“Dano da repercussão negativa”,  
na esfera jurídica do lesado*
- *Dano patrimonial ou não-patrimonial*

### 10

O termo “dano” é usado, por vezes, num sentido indistinto tanto para referir a “conduta ilícita” do agente como para considerar a repercussão negativa dessa conduta na esfera jurídica do lesado, e que será objeto da obrigação de indemnizar.

Assim, p. ex., o artº. 483º, nº 2, do C. Civil, ao utilizar o termo “dano”, está a considerar a situação da ilicitude da conduta no campo da responsabilidade civil extracontratual.

Como resulta do enquadramento de tal preceito na subsecção I, respectiva, da “responsabilidade por factos ilícitos”, e igualmente se extrai da avaliação do regime jurídico respetivo que esse artº. 483º e sgts. determinam.

Já, no entanto, quando o artº. 562º do C. Civil utiliza o mesmo termo “dano” como objeto da “obrigação de indemnização”, está a referir-se à repercussão negativa dum “dano de ilicitude”, na esfera jurídica (pa-

trimonial ou não-patrimonial) do lesado: quanto à respetiva existência de tal repercussão (quanto ao *se/an*) e quanto à determinação do respetivo valor monetário (quanto ao seu *quantum*)<sup>65</sup>.

Todavia, apesar da indistinção com que por vezes o vocábulo “dano” é usado, no entanto, existem as duas realidades, como distintas.

Certo que têm consistência real efetivamente diversa, e o regime jurídico, consequentemente aplicável a cada um dos dois tipos de dano, também é diverso.

Aliás, pode, p. ex., haver uma conduta ilícita e culposa dum agente, ofendendo um direito ou bem juridicamente protegido dum terceiro (dano da ilicitude), e, no entanto, dessa ilicitude, *a se*, não resultar nenhuma afetação negativa e diminutiva na esfera jurídica do lesado, a postular uma “compensação monetária”.

Suponha-se, p. ex., que o sujeito A. vai a conduzir um seu veículo automóvel a fim de o entregar numa sucata, para abater, e com cujo proprietário já negociara um preço *x* pela entrega. Suponha-se que, a poucos metros dos estaleiros da sucata, é abalroado por outro veículo que aí também circulava, acidente esse da responsabilidade civil, ilícita e culposa desse interveniente B, e que realmente ocasionou estragos numa porta do veículo do A.

Todavia, vamos supor que, apesar desses estragos, o sucateiro recebe o veículo e assume pagar o mesmo valor que fora antes negociado com A.

É óbvio que, neste tipo de caso, embora tenha havido um “dano de ilicitude”, todavia não resultou do mesmo um “dano patrimonial”, a dever ser “compensado”, como objeto de obrigação de indemnizar, como resulta dos artºs. 564º, nº 1, e 566º, nº 2, do C. Civil.

---

65. Salvo que não haja acuidade para a determinação dum valor monetário por, no caso, caber uma “restituição natural” (artº. 566º do C. Civil).

Aliás, se existisse, nesse caso-tipo, um direito da vítima à indenização – o que só por hipótese se considera –, sempre, então, vir a vítima (do dano da ilicitude) a efetivamente exigir uma certa indenização monetária consubstanciaria um caso de manifesto abuso de direito (artº. 334º do C. Civil) e de “locupletamento à custa alheia” (artº. 473º do C. Civil).

Ou o mesmo ocorrendo, por exemplo, se A., que prometera vender a B um prédio seu, com uma oportunidade de ganho de x, vê, todavia, gorada e resolvida essa oportunidade, por virtude de, numa execução judicial pendente, um terceiro C lhe ter “penhorado”, mas ilícita e culposamente, o referido prédio. Ora, poderá, todavia, não se verificar “dano patrimonial”, se, por hipótese, levantada a penhora, o mesmo primeiro promitente comprador B, ou um quarto interveniente D, renovam a promessa de compra do dito prédio, pelo mesmo preço e sem quaisquer prejuízos adicionais para o dito A., promitente vendedor.

Aliás, uma conduta idêntica, ilícita e culposa como “dano de ilicitude” pode ter repercussões negativas diferentes na esfera jurídica do lesado.

Suponha-se que A., proprietário de dois veículos, x e y, celebra com uma oficina de reparação de automóveis um contrato de reparação dos dois veículos, fixando-se o prazo de entrega dos mesmos, reparados, em 15 dias.

Todavia, a oficina, ilícita e culposamente, só termina o serviço e entrega os dois veículos ao fim de trinta dias.

Pois bem, com base nesse “dano de ilicitude”, pode-se originar para o dono da oficina de reparações uma obrigação de indenizar o proprietário A, e quanto ao veículo x, e por dano de “perda de chance”, se este, por hipótese, era um veículo-táxi, usado pelo proprietário A, como aliás sabia o dono da oficina, e alegando o seu



proprietário que com essa conduta ilícita e culposa lhe foi originado perder os lucros líquidos que provavelmente obteria, nesses 15 dias de mora, e na utilização de tal veículo como objeto da sua profissão de taxista.

Já, todavia, A nenhuma obrigação de indemnização poderá exigir a B, pelo dito “dano da ilicitude”, consubstanciado na dita mora de reparação e entrega do veículo y, se, quanto a este, por hipótese – que se provou –, o mesmo era usado para deslocções pessoais, e, no referido período, da mora dos 15 dias, nenhuma utilização estava prevista para seu uso pelo A., que, assim, o manteria estacionado na respetiva garagem, ainda que antes lhe tivesse sido entregue.

A **doutrina** também se refere aos dois tipos de dano.

Assim, e tendo em vista o dano de ilicitude, podemos citar vários autores.

Como **Almeida Costa** (“Direito das Obrigações”, 11<sup>a</sup> ed., 2008, págs. 591/597), ao expressar que consubstancia um dano “... toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica...” (o. cit., p. 591).

E, identicamente, para **Menezes Cordeiro**, dano ou lesão é toda a “... supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento” (“Tratado Dir. Civil”, I, p. 419).

Ou, como assume **Luís Menezes Leitão** (in “Dir. das Obrigações”, I, p. 335), dano é, substantivamente e realmente, a “... frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica”.

Em termos similares, **Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos** definem o “dano” como “... a diminuição ou extinção de uma vantagem que é objeto de tutela jurídica” (“Responsabilidade Civil Administrativa” – Dir. Adm., III, 2008, p. 29).

E, identicamente, **Antunes Varela**, ao referir que dano é a lesão causada no interesse juridicamente tutelado (“Direito das Obrigações em Geral”, vol. I, 7ª ed., 1991, 591/592).

E, em sentido similar **Carneluti**, ao referir-se ao dano como lesão de um interesse juridicamente protegido (“Il Danno e il Reato”, 2004, págs. 256 e sgts.).

Já propriamente visando o “dano repercussão negativa”, objeto da “obrigação de indemnizar”, refere **Galvão Teles** que “provado que existem prejuízos... demonstrada está a existência do crédito à indemnização” (“Direito das Obrigações”, 2ª ed., págs. 385/386)<sup>66</sup>.

E, em sentido idêntico, **Almeida Costa**, ao referir que “dano patrimonial” é o reflexo do dano real que corresponde ao prejuízo que o lesado sofreu em sentido naturalístico (*in natura*).

Ou como realça **Menezes Cordeiro**, ao observar que “dano patrimonial” é o prejuízo correspondente às efetivas vantagens materiais ou espirituais que foram desviadas ou que afetaram o património do lesado.

**Assim, pois**, como sintetiza **Massimo Bianca**, “dano” pode ser concebido como “evento lesivo”, ou seja, como o resultado material ou jurídico no qual se concretiza a lesão dum interesse jurídico relevante. **Todavia, também** pode ser referido ao “efeito económico negativo”, ou como “a sua liquidação pecuniária” (“Diritto Civile”, vol. V, 2004)<sup>67</sup>.

E, assim, conforme já antes realçado, pode suceder que, em determinado caso concreto, se verifique existir um “dano da ilicitude”, na medida

---

66. No caso, o autor avaliava a “anulação dum negócio de compra e venda” e que a Autora legitimamente fizera.

67. Por vezes, alude-se ainda a terceira categoria de dano, que denominam de “dano final”. Todavia, como infra se desenvolverá, tal tipo de dano não tem consagração ou autonomia no direito positivo português.

que a conduta do agente ofende, com culpa, um direito ou bem jurídico protegido da vítima – e, *todavia, dessa conduta pode não resultar um “dano patrimonial ou não patrimonial”*, como repercussão negativa na esfera jurídica da vítima e a dever ser “compensada” por uma quantia monetária.

Já o inverso não é possível.

Isto é, se não existir “dano de ilicitude”, também não existirá obrigação de indemnizar, ou seja, compensar a vítima daquele com qualquer indemnização em dinheiro.

Assim, pode haver “dano de ilicitude” e, todavia, não haver dano de “repercussão negativa” na esfera jurídica do lesado, ocasionada por aquele.

**Suponha-se** o caso duma oficina de reparação de automóveis que não fez o serviço no prazo acordado de 15 dias, e só veio a ultimá-lo 15 dias depois, com a entrega do veículo ao proprietário A.

Se este, p. ex., alegar e provar que exerce a profissão de taxista, e aquele veículo era por si usado nessa atividade, com vista a ganhos, esse lesado terá direito a indemnização pelos ganhos líquidos que deixou de receber (perda de chance), se essa qualidade do veículo e a atividade profissional do proprietário era pelo dono da oficina conhecida ou cognoscível, à data da lesão do respetivo contrato de prestação do serviço (artºs. 562º e sgts. e 798º do C. Civil).

Todavia, já não haverá “repercussão negativa” alguma, que origine obrigação de indemnizar, com base nesse (referido) dano de ilicitude, “se”, por hipótese, o dito veículo, em reparação, era de uso pessoal do seu proprietário A, e, no dito período da mora, nesses 15 dias, A não iria usar o veículo, porquanto se ausentou, de férias, viajando de avião para o estrangeiro e o veículo, se o tivesse recebido no prazo acordado, teria quedado estacionado na garagem.

*Aliás, pode até ocorrer que um “dano da ilicitude” traga uma vantagem ao lesado, por esse dano.*

Suponha-se o caso de A ter contratado com B, empreiteiro, a pintura dum seu apartamento, num edifício. O prazo acordado era o serviço ser prestado no mês de agosto, durante as férias de A. Todavia, B não cumpriu, violando o contrato, e nenhum trabalho executou nesse mês. Houve assim um ato ilícito de B, um “dano de ilicitude”. Suponha-se, no entanto, que no último dia do referido mês de agosto há um incêndio no edifício, que também afeta o apartamento de A, que fica todo deteriorado.

Nesta hipótese, o ato ilícito de B não trouxe “repercussão negativa” na esfera jurídica de A, e até, pelo contrário, lhe ocasionou a vantagem de não ter perdido o investimento, se B, efetivamente, tivesse pintado o apartamento durante o aprazado mês de agosto.

**Por sua vez, também relativamente aos dois tipos de dano – “dano de ilicitude” e “dano de repercussão negativa” (daquele), na esfera jurídica do lesado –, são autónomos e diversos os respetivos regimes jurídicos.**

Assim, o regime normativo dos “danos de ilicitude” pode ser o regime da responsabilidade civil extracontratual dos art.ºs. 483º e sgts. do C. Civil, ou o regime da responsabilidade civil contratual dos art.ºs. 798º e sgts, ou o regime das leis criminais, se estamos em presença dum “dano de ilicitude criminal”. Vide, *infra*, Título VIII, Capítulo VII.

No entanto, a “repercussão negativa”, na esfera jurídica do lesado, de qualquer dos ditos “danos de ilicitude” já terá o regime legal comum, que é o dos art.ºs. 562º e sgts do C. Civil.

Inclusive, quanto ao “dano da ilicitude criminal”, causante da “repercussão negativa” (art.º. 129º do C. Penal).

E, assim, e *a priori*, também os respetivos conceitos normativos de “causalidade” relevante não têm que ser, “necessariamente”, iguais.

Como no Capítulo seguinte se analisará.



## *CAPÍTULO II*

### *SECÇÃO I*

- Relevância da distinção no direito positivo português: nomeadamente, no “nexo de causalidade” exigido.*
- “Causalidade adequada, positiva”.*
- “Causalidade adequada, na sua formulação negativa”.*
- “Causalidade probabilista”.*

## **11**

Por sua vez, há que realçar que assumir, ou não, a coexistência de dois tipos de dano – como referido no capítulo anterior, “dano da ilicitude” e “dano da repercussão negativa” – não é (mera) questão naturalística, mas, sim, uma questão de normativismo jurídico.

Isto é, tal distinção só tem relevância – e haverá que assumi-la – se a Lei, o Direito, ou seja, as Normas Jurídicas vigentes, avaliam as referidas questões com distinção, cabendo, pois, uma regulamentação legal específica, e diversa, para cada uma das duas ditas categorias jurídicas de dano.

Ora, é essa a realidade jurídica normativa do direito positivo português.

Na verdade, o “*dano da ilicitude*”, no *campo da responsabilidade civil extracontratual*, encontra-se regulado nos artºs. 483º e sgts. do C. Civil, definindo esse artº. 483º, nº 1, o “princípio geral” de que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios” incorre na obrigação de indemnizar.

E regulando-se, nos artigos seguintes, a tipificação da conduta lesiva e culposa, pressuposto da consubstanciação de tal dano<sup>68</sup>.

Quanto à *responsabilidade civil contratual*, o respetivo “dano da ilicitude” vem normativizado *nos artºs. 798º e sgts. do Código Civil*, que responsabiliza, perante o credor, “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação”.

Por fim, o “*dano da ilicitude criminal*” vem regulado nas leis criminais, nomeadamente, o C. Penal.

Já o dano como a “*repercussão negativa*” da “conduta lesiva” e culposa do agente, na esfera jurídica da vítima – e quer na sua causalidade/probabilidade, quer na sua “extensão” e no seu “cálculo monetário” – vem regulado nos artºs. 562º e sgts. do Código Civil.

Tal regime, do “dano da repercussão negativa”, é comum ao “dano da ilicitude”, quer civil extracontratual, quer contratual, quer criminal.

Bem como o “dano não patrimonial” também vem regulado no artº. 496º do C. Civil, que, pese embora o seu regime normativo específico vir inserido na secção da “responsabilidade civil”, referente ao “dano

---

68. Apenas o artº. 496º se refere à regulamentação do dano não patrimonial como objeto de indemnização, no que respeita à repercussão negativa do “dano da ilicitude” na esfera jurídica moral da vítima.

da ilicitude” extracontratual, todavia, aplica-se também à responsabilidade civil do “dano da ilicitude” contratual e do “ilícito criminal”.

Ora, esta diversificação normativa dos ditos dois tipos de dano – “dano de ilicitude” e “dano da repercussão negativa”, patrimonial ou não patrimonial, na esfera jurídica da vítima – feita no Código Civil Português de 1967 tem elevada relevância para o tema do “dano de perda de chance”.

É que, p. ex., quando opositores da autonomia do “dano de perda de chance” contra-argumentam que esta categoria jurídica, pelo menos à face do direito positivo, *ofenderá o “princípio da causalidade adequada”*, na sua formulação positiva, tal argumento enferma do vício de raciocínio da petição de princípio.

De facto, onde está a “norma jurídica” do direito positivo português que postule tal “princípio da causalidade adequada na sua formulação positiva”, e quanto à obrigação de indemnização? Regulada nos art.ºs. 563º e sgts. do C.C..

A teoria da “*causalidade adequada*” é assumível em duas variantes: “negativa” e “positiva”.

Na “causalidade adequada, na sua formulação negativa (devida a Ennecerus-Lehmann, in “Direito das Obrigações”, 14ª ed., 1954,p.63), a conduta do agente considera-se “causa” da lesão ilícita quando sem ela a lesão não se teria verificado (*conditio sine qua non*), e só deixará de o ser se, dada a sua natureza geral, se mostrar de todo em todo indiferente (*gleich gueltig*) para a verificação de (tal) dano, tendo-o provocado só por virtude das *circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas que intercederam no caso concreto*”<sup>69</sup>.

E, segundo dá conta o cit. Antunes Varela (pág. 797, nota 3), a jurisprudência alemã tem aceiteado esta formulação negativa.

---

69. Antunes Varela, o. cit., p. 797.



Já para a teoria da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”, “a relação de causalidade é adequada”, escreve **Tircier** (citado por A. Varela), “quando o ato praticado pelo agente for de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, *d’après le cours ordinaire des choses et l’expérience courant de la vie*”.

Isto é, para tal doutrina da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, e como escreve **Almeida Costa** (“Direito das Obrigações”, 2009, p. 763) “É necessário, portanto, não só que o facto tenha sido, em concreto, condição *“sine qua non”* do dano, mas também que constitua, em abstrato, segundo o curso normal das coisas, causa adequada à sua produção”.

Ou seja, para a “teoria da causalidade, na sua formulação positiva”, o agente só será responsável pelo “dano da ilicitude”, e, ou, pela sua “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima (“dano patrimonial ou não-patrimonial”), se a dita lesão ilícita ou o dito dano repercussivo tiveram como *conditio sine qua non* a conduta da vítima, e, por sua vez, esta conduta tinha como consequência certa, ou como consequência segura, a referida lesão ou dano, segundo as *leges artis* ou as regras da experiência.

Ao passo que, na teoria da “causalidade adequada, na sua formulação negativa”, esta é “mais ampla” (cit. A. Varela, p. 797), pois, numa primeira avaliação, abarca toda a lesão ilícita de que a conduta tenha sido *conditio sine qua non*, como todo o dano repercussivo de que a lesão tenha sido *conditio sine qua non*. E, numa segunda avaliação, só assim não será se, “dada a sua natureza geral, se mostrar de todo em todo indiferente (*gleichgultig*) para a verificação do dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias *excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas que intercederam no caso*”.

Isto é, para a teoria da “causalidade adequada positiva”, o agente só responde (pelo ato ilícito ou pelo dano) se a sua conduta foi *conditio sine*

*qua non* e, “mais ainda”, se essa sua consequência era certa ou segura acontecer, segundo as *leges artis* ou as regras da experiência.

Já na teoria da causalidade adequada na formulação negativa, o agente responde por todas as consequências (ilicitude e dano) de que a sua conduta foi *conditio sine qua non*, mesmo que não correspondam a uma consequência certa e segura, segundo as *leges artis* e as regras da experiência, e só é ilibado da causalidade se, a sua conduta, dada a sua natureza geral, se mostrar de todo em todo indiferente (*gleichgultig*) para a verificação de tal consequência (ilicitude e dano), tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anômalas que intercederam no caso concreto.

E, assim, neste seu significado densificativo e includente, é óbvio que a “teoria da causalidade, na sua formulação negativa”, “inclui” como causas todas as consequências das quais a conduta do agente foi *conditio sine qua non*, “salvo” aquelas consequências face às quais a “probabilidade” de acontecerem, segundo as *leges artis* ou as regras da experiência, era “nenhuma” ou era “indiferente”.

Este aspeto de a “teoria da causalidade, na sua formulação negativa”, ser uma “teoria autónoma” face à “teoria da causalidade positiva” – e ser, em relação a ela, “uma formulação mais ampla”<sup>70</sup> – merece realce.

É certo que, por vezes, se confundem as duas teorias e se usa a teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa”, “cumulativamente” com a teoria da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”, e tão-só com “função de exclusão” da responsabilidade (que, em primeira linha, se exige nas ditas formulações positivas) nos casos em que se venha a alegar e provar que a consequência do “dano da ilicitude” ou do “dano da repercussão negativa”, no caso, foi devida a fatores estranhos, anômalos ou anormais.

---

70. Cit. Antunes Varela, o. cit., p. 797.

Por sua vez, já quanto à *questão específica da “causalidade”*, no “dano da repercussão negativa” – se existiu dano e em que *quantum* monetário –, aí, existe o normativismo legal do artº. 563º, cuja epígrafe até expressamente refere o “nexo de causalidade” e, quanto a este, se assume uma “causalidade probabilística”.

Como bem patenteia tal preceito, desde logo, ao dizer que “a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

*Assim, pois, não se pode dizer que, à face do direito positivo português, a “categoria jurídica do dano de perda de chance” não é admissível*, porquanto “contrariaria” a teoria da “causalidade adequada” na sua formulação positiva, e a, legalmente vigente, conexão entre a conduta do agente e os danos causados.

E, assim, à face do direito positivo português, só haveria “obrigação de indemnização” relativamente àqueles danos que, face à conduta ilícita do agente, foram por ela causados, em “avaliação” de “causalidade adequada positiva”.

Isto é, “só” seria responsável por aqueles danos que necessariamente ou com toda a certeza, e segundo as *leges artis* ou as regras da experiência, possam ser havidos como resultantes de tal conduta ou que, pelo menos, podem ser havidos numa avaliação do que *id quod plerum que accidit*.

Na verdade, no direito positivo português, a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, só é adequada e “a orientação mais favorável quanto aos casos em que a obrigação de reparar o dano assenta sobre um facto lícito do agente” (Antunes Varela, “Das Obrigações em geral”, vol I, 4ª ed., Almedina, pág. 800), como são os casos regulados nos artºs. 1322º, 1348º, 1349º, 1355º, 1361º e 1367º do C. Civil.

E, identicamente, tal teoria é a adequada no “ilícito criminal”<sup>71</sup>.

Como também, no âmbito da conexão entre a conduta do agente e a lesão do direito ou bem, juridicamente protegidos, no “dano da ilicitude” extracontratual (artºs. 483º e sgts. do C. Civil) e contratual (artº. 798º do C. Civil).

E, por sua vez, a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa – e mais amplamente includente –, só será adequada nos casos em que a responsabilidade civil seja extracontratual e em que a atividade do agente ou uma sua omissão são de sua iniciativa (sem consentimento do terceiro), e que é, “especialmente”, criadora de riscos de lesão de bens alheios, juridicamente protegidos, como, p. ex., ocorre nos casos regulados nos artºs. 493º, 502º, 503º e 509º do C. Civil.

Neste sentido, a aplicação desta categoria de “causalidade adequada, na sua formulação negativa” a tais situações de responsabilidade extracontratual também é defendida pelo antes citado Antunes Varela (o.c., pág. 800) – e citando o brocardo romanista: *qui versatur in re ilícita etiam pró casu tenetur*.

Mas já fora desses casos, e na exigível causalidade específica entre o “dano da ilicitude” e uma sua “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima (dano do desvalor quantitativo), neste campo, pois, da “obrigação de indemnização”, disciplinada nos artºs. 562º e sgts. do C. Civil, neste âmbito, o conceito relevante de “causalidade” é o da “causalidade probabilista”.

Neste contexto, deve-se considerar adotada esta “causalidade probabilista”, nomeadamente, nos artºs. 563º e sgts. do C. Civil.

Todavia, se o “dano da ilicitude” se enquadrar nas hipóteses, antes referidas, de conduta e da iniciativa do agente, ativa ou omissiva,

---

71. Vide infra, Título VIII, Capítulo VII.

especialmente criadora de riscos de lesão de bens alheios e, como tal, prevista na Lei (p. ex., os casos regulados nos artºs. 493º, 502º, 503º e 509º do C. Civil), e em que, quanto a tal “dano de ilicitude”, seja aplicável a “causalidade adequada”, na sua formulação negativa, então, também, nesses casos, quanto ao nexo de conexão dessa conduta com repercussões negativas na esfera jurídica da vítima, a causalidade relevante será essa mesma, a da teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa.

Assim, um dos casos a que se aplicará a teoria da “causalidade adequada, na sua formulação negativa”, será o duma intervenção médica, sem consentimento do paciente, se no seu desempenho, por exemplo, ocorre uma lesão física do paciente – e se se trata de intervenção em que se exercite uma atividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios empregados –, assim, caindo no regime do artº. 493º, 2, do C. Civil.

Pois que, nesse caso, se não há consentimento, não haverá “acordo”, e, portanto, cai-se no regime da responsabilidade civil e extracontratual.

E o mesmo ocorrerá se o consentimento não é esclarecido.

Todavia, se o médico intervém com consentimento (e esclarecido), então intervém no exercício dum direito contratual e no cumprimento, até, duma obrigação que “torna lícita” a conduta: *feci, sed jure feci*.

Assim, pois, só se o paciente alegar e provar que o médico “não cumpriu”, no caso, as *legis artis ad hoc* é que o consentimento (antes) dado deve haver-se “resolvido”, funcionando tal “*mala artis*”, se provada, como “condição resolutive do consentimento”.

E, então, “resolvido este”, caímos no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, e do artº. 493º, nº 2, se, no caso, o *fattispecie* deste se verificar.

E, nesse âmbito de aplicação da responsabilidade civil extracontratual, e na aplicação do estatuído nesse artigo 493º, nº 2, do C. Civil, já será relevante a teoria da “causalidade adequada, na sua formulação negativa”, se a conduta do médico tiver sido *conditio sine qua non*, p. ex., duma lesão física do paciente, ele responderá se, segundo as *legis artis ad hoc*, essa conduta não tiver sido “indiferente para tal lesão. Estabelecida esta causalidade, então a responsabilidade pelo dano afinal será a 100%.

Todavia, não basta a mera constatação objetiva – que da intervenção médica resultou, *sine qua non*, uma lesão física do paciente.

Pois que não basta uma mera conexão naturalista – para se poder qualificar de “ato ilícito” a conduta do médico, e, como tal, ela gerar responsabilidade!

Sob pena de “petição de princípio”, quer racional, quer legal.

Na verdade jurídica, se a intervenção médica foi com “consentimento”, e esclarecido devidamente, então o médico intervém na execução dum contrato e, até, no cumprimento dos seus deveres. E, então, só haverá ilicitude “se” se alega e “se” prova que o médico “não cumpriu” os seus deveres (positivos ou omítivos), segundo as devidas *legis artis ad hoc*, pressuposto legal esse cujo ónus de prova está a cargo de quem invocar o direito a ser indemnizado, no caso o paciente (artºs. 342º, 562º e 798º do C.C.).

E, então, quanto à causalidade da *mala praxis*, face à lesão, há que avaliá-la segundo o critério da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.

Quanto à conexão entre o (assumido) “dano da ilicitude” e uma sua repercussão negativa, para a obrigação de indemnizar, aqui basta a “causalidade probabilista”.

Se, porventura, houve consentimento, então para este ser “resolvido”, e se entrar no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, também terá o paciente que queira ser indenizado, alegar e provar que o pressuposto em que consentiu – comprometer-se o médico a atuar diligentemente e segundo as *legis artis ad hoc* – se verificou, pela sua negativa, isto é, resolveu-se, porquanto a intervenção do médico representou uma *mala praxis*, segundo a devida diligência e as adequadas *legis artis ad hoc*, que, assim, funcionam como condição resolutiva, e verificada, do referido e (antes) dado consentimento<sup>72</sup>.

O ónus de prova cabe ao paciente (artºs. 270º, 342º e 798º do C.C.).

Salvo quando o médico atua, com consentimento – todavia, o médico obrigou-se em termos de “obrigação de resultado”: isto é, obter a cura do doente, o não agravamento do seu estado de saúde, e não lesar – de modo algum – a sua personalidade física ou intelectual.

Sobre estes temas, da responsabilidade da intervenção médica, à luz da responsabilidade civil extracontratual, e do artº. 493º, nº 2, *vide infra* Título VIII, Capítulo II.

Quanto à assunção da teoria da “causalidade probabilista”, todavia, o Código Civil português atual apenas não refere qual o “grau” que deve ter tal “probabilidade” para se estabelecer o nexo causal em apreço.

E que, logicamente, *a priori*, poderá situar-se entre um “mínimo de probabilidade relevante” e o máximo da certeza (da “causalidade adequada positiva”).

Grau esse, pois, que deverá ser alcançado, através duma operação jurídica de “integração da lacuna da lei” (artº. 10º do C. Civil).

---

72. Sobre o funcionamento duma “condição”, no seu anverso (como referido no acordo) e como “condição resolutiva” – vide Durval Ferreira, “Negócio Jurídico Condicional”, Almedina, 1998.

Aliás, esse “grau de probabilidade” tanto se refere ao *an* da (existência) dum dano como ao seu *quantum* (valor monetário).

Mas com uma diferença: é que, se está assumido o “dano da ilicitude”, e se está assumida a “probabilidade” dum “dano patrimonial”, em si, então, quanto ao seu *quantum*, se não é possível estabelecer um grau, sempre, todavia, o Tribunal terá que condenar o lesante, ao abrigo da “equidade” (artº. 566º, nº 3) – o que não pode é ditar um *non liquet*.

E se o processo não fornece dados, então, deve “condenar no que se liquidar”, se é assumível obterem-se na execução (artº. 609º, nº 2, do C.Pr.C.).

Assim, pois, a assunção da categoria do “dano de perda de chance”, *no caso do direito positivo português, está até facilitada*.

Na medida em que o Código Civil português, sendo recente – de 1967 –, evoluiu, e distingue entre o “dano da ilicitude” e o “dano da repercussão negativa na esfera jurídica do lesado” – e, quanto a este, até expressamente refere como “nexo de causalidade” uma “causalidade probabilística” (artº. 563º do C. Civil).

O que, aliás, corresponde a uma evolução hodierna, face ao conceito, de antanho, duma exigência de certeza, da teoria da “causalidade adequada, positiva”.

Conforme supra se realça (Título I, Capítulo III).

Bem como há que ter em conta, também, o direito supranacional, e, no caso o artº. 2.7 da Diretiva 92/13/CE, que assume a “causalidade probabilista”, na responsabilidade civil contratual.

Circunstância esta, do direito positivo português, muitíssimo relevante – pois que o mesmo, por exemplo, não se passava com o Código Civil de Seabra, de 1867, nem com os códigos coevos de França, Itália e Espanha, que ainda se mantêm em vigor.



Na verdade, o Código Civil de Seabra, de 1867, estabelecia no seu artº. 707º, que:

“Só podem ser tomadas em conta de perdas e danos, as perdas e danos que *necessariamente* resultam da falta de cumprimento do contrato.”

**Antunes Varela** (“Das Obrigações em geral”, vol. I, 4ª edição, Almedina, 1982, pág. 800) defende que a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, será “a orientação mais defensável quanto aos casos em que a obrigação de reparar o dano assenta sobre um facto lícito do agente”<sup>73</sup>.

Já na exegese do artº. 563º do C. Civil, Antunes Varela até defende, “e como a doutrina mais criteriosa, quando a lesão proceda de facto ilícito (contratual ou extracontratual), é a da formulação negativa, correspondente ao ensinamento de Ennecerus-Lehmann, que será essa a posição que, em princípio, deve reportar-se adotada no nosso direito constituído” (págs. 807/808).

E, por sua vez, tal autor defende ser também essa a doutrina mais criteriosa quando a obrigação de indemnizar procede de facto ilícito, ao escrever que:

“Desde que o devedor ou o lesante praticou um facto ilícito e este atuou como condição de certo dano, compreende-se a inversão do sentido natural dos acontecimentos. Já se justifica que o prejuízo (embora devido a caso fortuito ou, em certos termos, à conduta de terceiro) recaia, em princípio, não sobre o titular do interesse atingido, mas sobre quem, agindo *ilicitamente*, criou a condição do dano”<sup>74</sup>.

---

73. Como é o caso, p. ex., dos artºs. 1322º, 1348º, 1349º e 1361º do Código Civil.

74. Creio, no entanto, que terá que ser atuação extracontratual do agente, por sua iniciativa, e nos casos de criação de “especial perigosidade”. Como antes referido, no texto.

Esta inversão só deixa de ser razoável a partir do momento em que o facto ilícito se pode considerar de todo em todo indiferente, na ordem natural das coisas, para a produção do dano registado.

Só quando para a verificação do prejuízo tenham concorrido decisivamente circunstâncias extraordinárias, fortuitas ou excepcionais (que tanto poderiam sobrevir ao facto ilícito como a um outro facto lícito), repugnará considerar o facto (ilícito) imputável ao devedor ou agente como causa adequada do dano.

A distinção tem, no direito português constituído, a apoiá-la o facto de a indemnização, revestindo embora uma função essencialmente reparatória, não deixar de ser também, acessoriamente, uma função repressiva ou sancionatória, como resulta do disposto, entre outros preceitos, no artigo 494<sup>o</sup> (o. cit., p. 80).

Lembrando tal autor o que já os juristas romanos defendiam: *qui versatur in re illicita etiam pro casu tenetur*.

Todavia, por vezes, *prima facie*, parecerá que certos autores, ao referirem que no art.<sup>o</sup> 563<sup>o</sup> do C. Civil se terá absorvido a “teoria da causalidade adequada”, na sua formulação positiva, estarão a defender o conteúdo (mínimo) desta teoria; ou seja, de que a “repercussão negativa” tenha sido uma ocorrência certa, previsível, da conduta ilícita, ou pelo menos normal (*id quod plerumque accidit*).

Quando, normativamente e a final, tal não defendem.

Assim, **Almeida Costa** (“Direito das Obrigações”, 5<sup>a</sup> ed., Almedina, 1991, a págs. 631 a 634), realça, sucessivamente, que “é necessário ... não só que o facto tenha sido, em concreto, condição “*sine qua non*” do dano, mas também que constitua, em abstrato, segundo o curso normal das coisas, causa adequada à sua produção”.

Mas, logo de seguida, restringe, ao realçar que:

“Parece aconselhável, no entanto, uma formulação mais ampla da doutrina da causalidade adequada para a responsabilidade por factos

ilícitos culposos, contratuais ou extracontratuais, do que relativamente à responsabilidade por intervenções lícitas. Assim, deverá entender-se, no primeiro domínio, que o facto que atua como condição só deixará de ser causa do dano desde que se mostre por sua natureza de todo inadequado e o haja produzido apenas em consequência de circunstâncias anómalas ou excecionais; ao invés, na área da responsabilidade indicada em segundo lugar (intervenções lícitas), deixará de haver essa adequação abstrata quando o dano cair fora das consequências normais típicas do facto.”

E mais limita ainda o alcance da dita teoria geral, ao dizer que:

“Como última observação, acrescenta-se que a doutrina da causalidade adequada não postula especificamente a previsibilidade do dano. Tal *previsibilidade* apenas será necessária, como sabemos, em relação ao facto constitutivo da responsabilidade, sempre que esta pressuponha culpa do agente, *mas não para os danos dela derivados*”.

E, mais ainda, remata tal autor (o. cit., págs. 634):

“*Na formulação da causalidade adequada, o legislador faz apelo à ideia de probabilidade do dano*. Depois de se assinalar à obrigação de indemnização o escopo de reconstituir a situação em que o lesado se encontraria se o facto constitutivo de responsabilidade não houvesse sido praticado (artº. 562º), põe-se o problema da destrição entre os danos que devem considerar-se consequência do facto lesivo e os que se teriam produzido independentemente da sua verificação (artº. 563º). *Como se opera com uma situação hipotética do lesado, intervém a noção de probabilidade*”.

E o autor em citação, Almeida Costa, remata: -

“*Em síntese*: a indemnização confina-se aos danos que o lesado *provavelmente* não teria sofrido se não fosse a lesão do seu direito ou interesse protegido. Esta é a diretriz básica”<sup>75</sup>.

---

75. Parece, assim, que também Almeida e Costa a teoria da “causalidade” que defende é a teoria de “causalidade probabilista”, como sugere o termo usado (“provavelmente”).

*Assim, pois, nem Antunes Varela nem Almeida e Costa, nas passagens referidas, estão a defender, na interpretação do artº. 563º do C. Civil, que este acolhe a teoria da “causalidade adequada”, na sua dita formulação positiva.*

Bem pelo contrário.

Antunes Varela até defende a “teoria da causalidade adequada”, na sua formulação negativa: “uma formulação mais ampla”, “mais abrangente” e “includente” do que a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.

E apela à ideia da “noção de probabilidade”, na conexão entre o “dano da ilicitude” e o “dano patrimonial ou não patrimonial”.

Isto é, estamos no âmbito duma “causalidade probabilística”, que, no caso específico do “dano de perda de chance”, assume especial relevo.

Ou seja, como também sintetiza **Manuel de Andrade**, com referência ao grau de conexão exigível:

“A previsibilidade será necessária quanto ao facto constitutivo da responsabilidade, quando esta pressuponha a culpa. Mas não tem que intervir quanto aos danos que do mesmo facto se originem” (“Teoria Geral da Relação Jurídica”, II, p. 363).

E tal “*mais ampla*”, “*mais abrangente*” e “*mais concludente*” teoria de causalidade, que defendem tais autores, é, também, *a que melhor se adequa aos elementos a ter em conta na interpretação da Lei*, segundo os cânones do artº. 9º do C. Civil.

Desde logo, o artº. 563º do C. Civil refere-se aos “danos que provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Ora, o termo “provavelmente” é mais consentâneo com “verosímil”, com “plausível” – que “se pode admitir” como verdadeiro, como

válido – do que com “necessário” (termo usado pelo Código Civil de Seabra, de 1867), que mais aponta para “certeza” e “segurança” (postuladas pela causalidade adequada”, na formulação positiva”).

Depois, no direito positivo português, a “indenização” da “repercussão negativa” do “dano da ilicitude” não assume tão-só uma função ressarcitória, reparatória ou compensatória. Assume também “*uma função repressiva ou sancionatória*, como resulta do disposto, entre outros, no artigo 494º (**Antunes Varela**, o. cit., pág. 801). E, no mesmo sentido, quanto ao valor de sanção, da indenização por factos ilícitos, **Castro Mendes** (“Teoria Geral do Direito Civil”, vol. II, 1993, p. 341).

*Ora, vários analistas económicos sustentam a tese de que “o alargamento” da responsabilidade por conduta ilícita às repercussões negativas em termos de “causalidade probabilista”, e em indenizações proporcionais ao respetivo “grau de probabilidade”, contribui para a diminuição de casos judiciais, bem como para a diminuição de condutas ilícitas – pois que, “se, com base numa regra de reparação proporcional, se obriga o agente a indemnizar na medida da probabilidade de que tenha sido o causante, ele adotará as adequadas precauções porque estará incentivado a uma medida ótima, justa e equilibrada”* (**Luís Medina Alcoz**, o. cit., p. 51).

A teoria da “*causalidade adequada*”, na sua formulação positiva – de só se responder pelas repercussões certas e seguras causadas pela conduta ilícita –, *era própria, e é herdeira do pensamento ilustrado e positivista, de cariz newtoniano, do “tudo ou nada”*.

Mas que não se quadra com a atual mentalidade “relativista” e com a transformação da sensibilidade justicial, motivada por um câmbio da “consciência social” que já não tolera que só a causalidade “cumplidamente acreditada inspire a mecânica da responsabilidade” (cit. Luís Medina Alcoz, o. cit., págs. 51 e 73).

Esta evolução da consciência social e da sensibilidade justicial é fator importante na exegese do artº. 563º do C. Civil, certo que, como

refere o artº. 8º do C. Civil, há que ter em conta, “sobretudo”, “as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas de tempo em que foi aplicada”.

Ora, o atual Código Civil é de 1967, quando o anterior código de Seabra era de 1867, e da mesma época eram os códigos civis francês, alemão e espanhol.

É natural, pois, que o Código Civil português em 1967 já dê relevo a uma “causalidade probabilística”, para a relação entre o “dano da ilicitude” e uma sua “repercussão negativa”, na esfera jurídica do lesado, que não seja a causalidade “necessária”, a que se referia o Código Civil de Seabra, de 1867, ao estabelecer, no seu artigo 707º, que “só podem ser tomadas em conta de perdas e danos as perdas e danos que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato”.

*E a evolução do Código Civil português de 1967 verifica-se também na autonomização que faz dos regimes, dum lado, do “dano da ilicitude” (artºs. 483º e sgts. para a responsabilidade extracontratual, e artºs. 798º e sgts. para a responsabilidade contratual) e, do outro lado, do “dano da repercussão negativa” do ato ilícito na esfera jurídica do lesado (nos artºs. 562º e sgts).*

O que, atendendo ao cânone de interpretação das leis, da “unidade do sistema jurídico”, também torna relevante que a *priori* não tenham que coincidir os critérios de causalidade em ambos os regimes.

E, assim, pois, esta teoria, da “causalidade probabilística”, não só não é repudiada pela teoria da causalidade como é assumida nos artºs. 563º e sgts do C. Civil – e de acordo com a sua devida exegese, à luz dos cânones do artº. 9º do Código Civil – como, pelo contrário, a exigência da “teoria da causalidade”, na sua formulação positiva, para a conexão entre dano ilícito e sua “repercussão negativa” surge, hoje, como (mero) resquício dum “pensamento ilustrado e positivista”, newtoniano – de tudo ou nada –, inspirador que foi mais de codificações legislativas do século IX, e que nem a ciência jurídica romana seguiu.

E, conforme referido supra – a propósito da génese jurisprudencial e doutrinal da categoria jurídica da perda de chance –, a teoria da “*causalidade probabilística*” é, hoje, maioritária na doutrina como na jurisprudência dos nossos Tribunais da Relação.

E, quanto à jurisprudência do nosso Supremo Tribunal de Justiça, se foi maioritária a teoria da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”, todavia o recente **acórdão de 09-07-2015** (Tomé Gomes), supra referido no nº 3 (*in fine*) já admite uma “causalidade probabilista”, desde que a probabilidade da ocorrência seja “consistente e séria, ou seja, com elevado índice de probabilidade”.

E, também o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-02-2016** (Gabriel Martim Catarino, Maria Clara Sottomayor e Sebastião Povoas) admitiu a figura do dano de perda de chance e indemnizável a repercussão negativa da conduta ilícita e culposa dum advogado –, que no caso interpôs um recurso fora de prazo, e que ficou deserto – mas desde que haja uma possibilidade relevante (de obter um benefício ou de evitar um prejuízo), desde que a probabilidade “*seja substancial*”: E não, “em suma, se estamos perante chances reduzidas ou muito reduzidas”.

Decisões estas do Supremo Tribunal que são já “uma janela aberta” e “um passo em frente” ...

E sendo o último acórdão (de 16-02-2016) “mais um passo em frente” em relação ao anterior (de 09-07-2015).

Pois que, enquanto o primeiro acórdão, de 09-07-2015, exige, como pressuposto da indemnização, um “elevado índice de probabilidade”, já o segundo se basta com que a probabilidade “seja substancial”, com que haja “possibilidade relevante de obter um benefício ou de evitar um prejuízo”. E rematando, em síntese, este último acórdão, que, “em suma, se estamos perante chances reduzidas ou muito reduzidas de êxito, não há lugar à verificação de dano de perda de chance”.

Isto é, muito embora se usem conceitos um tanto ainda indefinidos, todavia, a síntese do último acórdão (“em suma”), já, praticamente, assume a teoria dominante da perda de chance. Ou seja, se há “probabilidade” de conexão entre a conduta ilícita e culposa e a sua “repercussão negativa” na esfera jurídica da vítima (dano patrimonial ou não – patrimonial), haverá direito de indemnização por parte do lesado se a probabilidade, no caso, se encontrar acima dum “mínimo irrelevante”, de “chance reduzida ou muito reduzida”<sup>76</sup>.

## SECÇÃO II

### - Irrelevância de “*causa virtual*”

### - “*Concurso real*” de causas

#### 11.1

- “Causa virtual é o facto (real ou hipotético) que tenderia a produzir certo dano se este não fosse causado por outro facto (causa real)” (**Antunes Varela**, in “Das Obrigações em Geral”, Almedina, 1970, p. 430).

Suponha-se que A. é autor dum fogo posto num apartamento de B, sito no edifício, e que é totalmente destruído.

Todavia, uns dias depois, ocorreu um incêndio, acidental, que abrangeu todo o edifício, incluindo a zona do apartamento, que, dias antes, A, incendiara.

Ora, relativamente ao apartamento de B, esse segundo incêndio foi (mera) “causa virtual” de incêndio desse apartamento. Sendo irrelevante, quanto ao incêndio real, que já antes ocorrera, e causado por A.

---

76. Patamar esse que se propõe ser de probabilidade acima dos 15/20%, infra, Título V, Capítulo III.



Noutro tipo de casos, mais do que um balanço entre “uma causa real” e “uma causa hipotética”, o que se verifica é propriamente uma concorrência de causas, com “efeito parcial” atribuível a cada uma.

A este respeito, elucida-nos o Prof. **Mário Júlio de Almeida Costa**, o seguinte exemplo (da nota 1, pág. 636, “Direito das Obrigações”, 5ª ed.).

“Explique-se em que consiste a responsabilidade pelo «efeito parcial», retomando o exemplo do cavalo de B envenenado por A e que, entretanto, C abate a tiro. A morte do cavalo foi produzida pelo tiro de C, mas não se pode dizer que este tenha causado juridicamente qualquer dano a B, pois o cavalo envenenado, porque morreria logo de seguida, já nada representava no seu património. Portanto, o dano correspondente ao valor do cavalo operou-se, efetivamente, em consequência do facto de A, e não do facto de C, daí que a responsabilidade de A não resulte de se atribuir relevância positiva à causa virtual, mas tão-só de ele dever ser responsabilizado pela diminuição do valor do bem – na hipótese, equivalendo praticamente à sua completa destruição...”.

Ou seja, A. “causou realmente” esse estado moribundo e irreversível do animal – e, assim, deve ser responsabilizado pelo dano consequente, que, na hipótese, equivale praticamente ao valor do bem. E, assim, por essa causa real, é responsabilizado.

Mas, também, é verdade que C causou realmente a morte do animal – só que, em termos de cálculo do dano consequente, o respetivo valor, na hipótese, equivale praticamente a zero. Pois que não tem praticamente valor – na equação do animal como vivo – o animal em causa que, realmente, está moribundo, por horas.

E se, nesta hipótese, em termos de equação do dano consequente, A praticamente, causou o dano total, e C, em termos práticos, não causou

dano relevante, já outras hipóteses se poderão conceber em que uma repartição dos valores do dano, resultantes de “causas parciais”, deva fazer-se em grau mais relevante.

Sobre a “causa virtual” e o “concurso real” de causas, vide *infra*, Título VIII, Capítulo VII (responsabilidade penal no ato médico).



## ***CAPÍTULO II***

### ***- Irrelevância da figura de “dano final”***

#### **12**

Na doutrina<sup>77</sup> e na jurisprudência exige-se, por vezes, no campo do “dano de “perda de chance”, que só há lugar a indemnização se a “oportunidade” respetiva já se tinha concretizado e, com a atuação ilícita e culposa do agente, essa “oportunidade já concretizada”, como **“dano final”**, é que foi aniquilada.

Suponha-se, por exemplo, que A, comerciante por grosso, que compra regularmente feijão para revenda, com intuitos lucrativos, vê danificada uma quantidade considerável desse produto que adquirira para revenda a terceiros, com almejado ganho, e danificada que foi no decurso do seu transporte marítimo de África para Portugal, e por prestação do serviço de transporte de modo ilícito e culposo por parte da empresa respetiva de fretes marítimos <sup>78</sup>.

Pois bem, para a dita teoria que exige o aniquilamento dum dano final, o comerciante em causa só teria direito a indemnização se alegas-

---

77. Vide Hugo Luz dos Santos, o. cit., págs 63 e sgts.

78. Caso decidido no Ac. S.T.J., de 6-7-1978 (BMJ-279, outubro de 1978, págs. 196 e sgts). Supra referido, n° 3.

se e provasse que tal feijão já estava, concreta e realmente vendido (ou prometido vender) a B e que, com o dito dano de ilicitude, essa revenda se malogrou.

Ou seja, para A. ser indenizado, não bastaria alegar e provar que, com certeza, “venderia” essa mercadoria, pelo preço x – e segundo, nomeadamente, as *leges artis* ou as regras da experiência.

Ou que, segundo tais regras, havia “probabilidade” de as vender, num grau intermédio entre aquela certeza e um “mínimo de probabilidade ínfima e irrelevante”.

*Ora, esta teoria restritiva não tem, hoje, qualquer racionalidade lege ferenda e, como referido no número anterior, também não tem qualquer cabimento no direito positivo português*, que, no artº. 563º do C. Civil, até expressamente refere como “nexo de causalidade”, normativamente, a categoria da “causalidade probabilística”, e prevê a indemnização também quanto aos “danos que o lesado provavelmente *não teria* sofrido”.

Na verdade, tal teoria da necessidade de ocorrência, já, dum “dano final” representa um resquício, e exacerbado, da antiquada teoria da “causalidade necessária”, que, na ciência jurídica do século XIX, se guiava pelo paradigma mecanicista newtoniano, então imperante, da “certeza” e do “tudo ou nada” – mas que repugna à consciência atual do “relativismo do conhecimento humano”, conducente a uma “transformação da sensibilidade de justiça que já não tolera que só a causalidade seguramente acreditada avalie a mecânica da responsabilidade” (Luís Medina Alcoz, o. cit., págs. 40 e 51).

Assim, pois se o Autor alega, como repercussão patrimonial, o aniquilamento duma oportunidade de ganho já concretizada, é óbvio que, se tal prova, a indemnização consistirá no valor do aniquilamento do respetivo e almejado lucro líquido, que proviria dessa oportunidade já, então, concretizada.

Todavia, não carece para obter indemnização que alegue e prove uma tal concretização, que até pode nem ter acontecido.

Por exemplo, no caso antes referido de A. que comprou para revenda, com intuitos lucrativos, certa quantidade de mercadoria que, por virtude de conduta ilícita e culposa de terceiro, foi deteriorada, e ficou imprópria para revenda, bastará que O A. alegue e prove que essa mercadoria se destinava a revenda, que, naturalmente, iria ocorrer, e em que haveria uma margem de lucro líquido de x.

E se tal alega e prova, pois tanto bastará para ter direito a indemnização pela lesão de tal oportunidade perdida e no valor do lucro líquido referido se esse ganho era “provável que teria acontecido”, se não fosse a lesão – e numa avaliação segundo as “*legis artis ad hoc*”, ou segundo as regras da experiência.

Aliás, em termos de “racionalidade”, não existe divergência essencial, mesmo “naturalista”, entre o que “positivamente aconteceu” e o que “poderia ter acontecido”, mas “não aconteceu”. Na verdade, tanto é a “realidade” “*ter chovido*” ontem como “não ter chovido”.

“Choveu muito” – deteriorou-se a fruta. “Não choveu” – secou a hortaliça.

Quer uma quer outra são “realidades”, são “ocorrências efetivas”, são “vivências naturais”.

Por sua vez, se a exclusão do que “não aconteceu”, mas provavelmente poderia ter acontecido é, assim, “irracional”, muito mais será “não razoável”, bem como, atentar contra a equidade e a justiça comutativa.

Além de que não estará de acordo nem com a função ressarcitória da indemnização nem com a sua função punitiva e preventiva.

Em suma, a exclusão da “obrigação de indemnizar”, face a vantagens que o sujeito lesado “provavelmente teria direito”, mas que se

lograram como consequência do ato lesivo, com o fundamento, tão-só, de que não se trata de “realidades”, – é uma mera falácia que não tem qualquer justificação.

Nem racional, nem de razoabilidade, nem de equidade, nem de justiça comutativa, nem se coaduna com as funções da obrigação de indemnizar.

E tanto mais que “a apreciação dos danos que resultaram da violação se integra na categoria dos “juízos de valor” (Antunes Varela, “Os juízos de valor da lei aubstantiva”, in. C.J. – 1995, T. IV, págs 55 e sgts.).

E realce-se, também, que, se A alegou uma já negociada revenda, que assim se frustrou, mas, todavia, tal não prova na ação respetiva que instaurou, daí não se segue que o Tribunal possa decidir um “*non liquit*”, e absolver o terceiro lesante da condenação em qualquer indemnização.

Pois que, se tal referida prova, da já negociada revenda, por certo preço, se não prova, todavia, daí não resulta, em primeiro lugar, que esteja provado o contrário.

E, em segundo lugar, tal não exclui, nem inibe, de ter tido a vítima em causa um dano de perda de chance, na medida em que seja assumível no processo que sempre poderia A ter revendido a mercadoria, com lucro, e lucro y, a outros compradores, ou até àquele mesmo que indicou, e por outra revenda.

E, então, o Tribunal, nessa hipótese, ou deverá “condenar no que vier a ser liquidado” (artº. 609º, nº 2, do C. Pr. Civil), ou, se o processo já fornece elementos para uma decisão justa, condenando segundo um juízo de equidade (artº. 566º, nº 3, do C.C.).

E tanto mais que “quem exigir a indemnização não necessita de indicar a importância exata em que avalia os danos” (artº. 569º do Cod. Civil).

Mas, se por (mera) hipótese o Tribunal não acatar o referido normativismo dos citados artºs. 609º, nº 2, do C. Pr. C. e 566º, nº 3, do C.C. e absolver o R. do pedido, com base em que A não provou a alegada “já concretização” duma revenda, tal não inibirá a vítima A de propor nova ação em que, aí, peticione uma indemnização, já não com base numa concretizada revenda, mas com base num “perdido” lucro líquido, de acordo com as *lege artis*, as regras da experiência, ou a equidade, e num grau suficiente de “causalidade probabilista”.

Certo que, então, não haverá força do caso julgado da anterior ação, porquanto não existirá nem identidade de causa de pedir, nem de pedido. Vide, *infra*, Título IX.





**TÍTULO V**  
**CÁLCULO DO VALOR (MONETÁRIO)**  
**DO “DANO DA REPERCUSSÃO NEGATIVA”**



Como já antes realçado, se não preexiste “dano da ilicitude”, e culposos, então também não haverá obrigação de indenização alguma.

Se preexiste “dano da ilicitude”, e culposos, então, em tema da obrigação da indenização por responsabilidade civil, é que haverá, nessa segunda fase, que avaliar e decidir:

- Se há “repercussão negativa” ocasionada – *sine qua non* – por (aquele) “dano ilícito”, na esfera jurídica da vítima (patrimonial ou não-patrimonial);
- Se (a ter-se verificado essa “repercussão negativa”) ela corresponde a uma consequência daquele “dano ilícito” com um “grau de probabilidade” suficiente e relevante para justificar uma “obrigação de indenização”<sup>79</sup>;
- E, havendo uma repercussão negativa e com o exigido grau de probabilidade de ocorrência, qual “o valor monetário” dessa existente repercussão negativa.

Assim, as duas primeiras questões dizem respeito ao “se”, (ao “*an*”) da repercussão negativa, indenizável.

A terceira questão diz respeito ao *quantum* (ao valor monetário) da indenização devida.

---

79. Conforme nos Capítulos seguintes, II, III e IV, se determina.



## CAPÍTULO I

### - *Questão de direito/Questão de facto*

#### 14

Quer para avaliar se existiu “dano de repercussão negativa” na esfera jurídica do lesado, “causado” pelo assumido “dano da ilicitude”, quer para avaliar o seu valor monetário (*quantum*), levanta-se uma “questão de direito” e uma “questão de facto”.

A “questão de direito” consiste em saber a que “regras de direito” se deve obedecer para avaliar se existe, ou não, conexão causal relevante entre o “dano da ilicitude” e uma sua repercussão negativa na esfera jurídica da vítima, para surgir a obrigação de indemnizar. Bem como também é questão de direito saber a que “regras de direito” se deve obedecer para avaliar o “valor monetário” da repercussão negativa assumida <sup>80</sup>.

Por sua vez, já será questão de facto, uma vez assentes tais regras, e fazendo delas uso no caso concreto, determinar, então, se uma repercussão negativa na esfera jurídica da vítima é ou não de assumir como “causada” pelo dano da ilicitude. Bem como qual, então, segundo as ditas regras legais, deve ser o seu valor monetário.

---

80. É óbvio que se a repercussão negativa havida e causada pode ser objeto de “reconstituição natural”, então, a questão da avaliação monetária não se põe (artº. 566º, 1, do C. Civil).

Como realça **Antunes Varela**, a apreciação dos danos que resultaram da violação da lei integra-se na categoria dos “juízos de valor” que não se confunde com os “puros juízos de facto” (“Os Juízos de Valor da lei substantiva” – in C.J. – 1995 – T. IV, págs. 5 e sgts.).

E a diferenciação da “questão de direito” da “questão de facto” é importante, a vários níveis.

Desde logo, porque a “questão de direito” é de conhecimento oficioso. O que quer dizer que “não tem” que ser alegada pelas partes.

E, depois, ao seu conteúdo normativo (da questão de direito) “deve” o Tribunal obedecer.

E, por fim, como “questão de direito”, nunca é “questão nova” (nomeadamente, para efeitos de recurso) <sup>81</sup>.

Pois, como diziam os romanos, *da mihi factum, dabo ti jus*. Ou, como se expressam os franceses, *La Court sait de droit*.

Assim, a tal respeito, se densifica no **acórdão do T.C.A – Norte de 30-11-2012** (Proc. 01425/09.BEBRG), a propósito da avaliação, se determinada prestação de serviços médicos se enquadra no regime jurídico da responsabilidade civil, “contratual”, “... o Tribunal apenas está adstrito à matéria de facto articulada pelas partes, sendo plenamente livre no enquadramento jurídico desses factos – artº. 567º do Cód. de Proc. Civil” ...

Como se disse, estamos perante uma situação contratual de facto e iremos tomar, por isso, como quadro jurídico de referência para o caso concreto a responsabilidade contratual (e a obrigação de indemnizar dela decorrente), prevista nos artigos 798º e seguintes (e artigos 562º e seguintes) do Código Civil.

---

81. Conforme Jurisprudência maioritária do Supremo Tribunal de Justiça. V. Ac. STJ, de 08-01-2015, CJ – STJ – nº 262, XIII, T. I, p. 54. E, como se extrai dos artºs. 5º, nº 3, e 607º, nº 3, do C. Pr. C., artº. 8º do CC, artº. 4º da L.O.S.J. e dos artºs. 2º, 20º, nº 4, e 202º a 205º da C.R. e artº. 6º da CEDH.

E, identicamente, o **acórdão do S.T.J. de 28-01-2016** (Maria da Graça Trigo, Bettencourt de Faria e João Bernardo)<sup>82</sup> claramente realça que “o nexo de causalidade é tanto um juízo de facto como de direito. Não cabe a este Supremo Tribunal sindicar o juiz de facto feito pela Relação, mas apenas pronunciar-se acerca do *respeito pelo critério normativo da causalidade* (cf., a respeito da responsabilidade por atos médicos, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de maio de 2013, proc. 6297/06.5TVLSB.L1.S1, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); em geral, ver, por exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 1 de junho de 2010, proc. n° 2164/06.0TVPRT.P1, de 6 de maio de 2010, proc. n° 11/2002. P1. S1 e de 15 de novembro de 2007, proc. n° 07B2998, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).”

Ora, quanto à questão de facto de se avaliar uma conexão causal entre o “dano da ilicitude” e uma certa “repercussão negativa na esfera jurídica da vítima”, para além de se determinar a que “normas jurídicas” deve obedecer, pode também postular “conhecimentos especiais” no decisor, que, como tal, reclame uma perícia, uma “prova pericial”, ao abrigo dos artºs. 467º e sgts. do C. Pr. Civil.

E prova essa que não só pode, como deve, ser determinada pelo Juiz, se as partes a não requerem (artºs. 411º e 467º do C. Pr. C.). E sob pena de violação do direito constitucional da parte a um julgamento “mediante processo equitativo” (artºs 20º, n° 4, da C.R. e 6º da C.E.D.H.).

Suponha-se, p. ex., o caso objeto do acórdão do S.T.J., de 28-01-2016, supra referido (n° 3.1). Nesse caso, durante uma cirurgia ortopédica ao pé direito, com anestesia por epidural, ocorreu, de facto, uma lesão medular de que resultou paralisia no membro inferior esquerdo.

Assumiui-se no acórdão, em primeira linha, que na prestação do respetivo serviço médico de anestesia não foram, com culpa, observadas

---

82. Referido supra, n° 3.1



as devidas *leges artis* e assim se cometeu o ato ilícito de não cumprimento das devidas obrigações do contrato de prestação de tal serviço médico – e questionava-se, então, em segunda apreciação, se a ocorrida lesão medular de que resultou a paralisia no membro inferior esquerdo teve ou não como *conditio sine qua non*, e não indiferente, esse “dano de ilicitude”, e, ainda, se essa repercussão negativa (lesão da integridade física da vítima, daquele “dano de ilicitude”) também era, ou não, uma consequência “certa” ou “provável” de tal ilicitude, e, na última hipótese, qual o grau dessa probabilidade <sup>83</sup>.

Na verdade, quanto à “questão jurídica”, como se defende, a conexão entre o “dano da ilicitude” e a repercussão negativa na esfera jurídica da vítima – preenche-se quer, pelo mais, com as normas jurídicas da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”, quer, pelo menos, (bastando), as normas jurídicas da “causalidade probabilística”. E, até, nos casos específicos do artº. 493º, nº 2, do C. Civil, de responsabilidade extracontratual, bastando uma “causalidade adequada”, na sua formulação negativa<sup>84</sup>.

Ora, aplicando tais critérios jurídicos normativos, todavia, para, em cada caso concreto, se poder decidir, p. exemplo, que aquele serviço de anestesia que foi prestado, e como foi prestado, com preterição das *leges artis*, efetivamente, foi causa daquela lesão medular, e com que grau <sup>85</sup>, já se exige conhecimentos especiais dum perito, em ciência médica.

Na verdade, nessa apreciação naturalística, – do que na realidade ocorreu – só um perito, com conhecimento das respectivas *leges artis* é que, com justiça, poderá assumir que:

---

83. Supra, nº 11

84. Supra, nº 11

85. Caso em que se verificou a conexão em avaliação, conforme à teoria jurídica da “causalidade adequada, na sua formulação negativa”.

- com toda a certeza, ou, pelo menos, segundo *id quod plerumque accidit*, se pode afirmar que tal resultado (lesão medular) era de esperar<sup>86</sup>;
- ou tal resultado era de esperar como provável – e num grau de probabilidade “acima” dum patamar ínfimo e irrelevante, ou seja, numa probabilidade baixa, média ou alta<sup>87</sup>.
- ou tal resultado ocorreu como condição *sine qua non* e “não indiferente” da intervenção<sup>88</sup>.
- ou até não havia nenhuma probabilidade para o esperar, e só ocorreu de modo (meramente) acidental e, de todo em todo, indiferente.

---

86. Caso em que se verificou a conexão em avaliação, conforme à teoria jurídica da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”.

87. Conforme à teoria jurídica da “causalidade probabilística”, suficiente para basear uma obrigação de indemnizar. E, como nos capítulos seguintes, se densificará.

88. Conforme à teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa.



## CAPÍTULO II

- *Grau de probabilidade exigível da (sua) ocorrência:*
- *“Causalidade probabilista”*

### 15

Como é óbvia, a teoria da “causalidade probabilística”, como causa da obrigação de indemnizar, não afasta a obrigação de indemnizar se, no caso, até é assumível que entre o “dano da ilicitude” e a sua “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima, existe um “nexo de causalidade adequada, na sua formulação positiva”.

Isto é, se se pode, no caso, afirmar que, segundo as *legis artis ad hoc* e as regras da experiência, aquele “dano ilícito” produz aquela “repercussão negativa”, com toda a certeza, ou, pelo menos *id quod plerumque accidit*.<sup>89</sup>

Na verdade, se para a Lei basta a “causalidade probabilística” para surgir a obrigação de indemnizar, então, por maioria de razão originará a obrigação de indemnizar a “causalidade certa”.

---

89. Luís Medina Alcoz situa esse patamar acima dos 80% , como predominante no direito continental europeu, e “segundo crê” no hispano-americano (o. cit., p. 48). E, identicamente, Leonor Suárez Llanos (o. cit. pág. 163).

Pois a teoria da “causalidade probabilista” não é redutora, pelo contrário é mais ampla, mais includente, pois, basta-se com uma “probabilidade” acima dum “patamar mínimo” e irrelevante, a determinar.

Estabelecidos os referidos princípios gerais, o que de peculiar vem a surgir na assunção da teoria da (mera) causalidade probabilística é que, se, no caso concreto, o “grau de probabilidade”, assumido na conexão entre “dano ilícito” e o surgimento da “repercussão negativa” não é de “certeza”, mas tão-só de “probabilidade”, então a responsabilidade indenizatória do autor do “dano ilícito” também não deve ser dum *quantum* de 100% em relação ao valor patrimonial total, de tal repercussão negativa, em si.

E, antes, haverá que distribuir, proporcionalmente, esse grau de probabilidade – inferior a 80/100% – entre lesante e vítima.

O que é racional e justo.

Realce-se, no entanto, que, nos casos específicos da responsabilidade extracontratual do artº. 493º, nº 2, do C. Civil e similares, aí a causalidade relevante é a da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa.

E, aí, a responsabilidade do *quantum* indenizatório é de 100% do dano final.

### *CAPÍTULO III*

- *“Causalidade probabilista”*
- *Grau de probabilidade abaixo dos 80% e superior a 15%-20%*

#### 16

Todavia, se basta uma “probabilidade”, sem se exigir uma “certeza”, já a Lei não é expressa em determinar qual “o grau” de probabilidade de conexão causal que *a priori* deve existir entre um “dano da ilicitude” e uma sua (verificada) “repercussão negativa”.

Como também, a Lei não estabelece em que proporcionalidade deverá ser distribuído, pelo lesante e pela vítima, esse grau de probabilidade que no caso se assuma.

Pelo que, há que elaborar esse normativismo, nomeadamente, por integração do direito positivo:

E, recorrendo-se à analogia (se existirem casos análogos), ou assumindo-se a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (artº. 10º do C. Civil).

Neste campo, e para a primeira questão, encontramos diversidade de critérios.

O mais lato, p. ex., é o da escritora italiana **Maria Feola**<sup>90</sup> a propósito da responsabilidade do mandatário forense, que considera relevante para fundar uma obrigação de indemnizar um grau de “*probabilidade*” *que vá dos 0,1 a 99,9%*, pelo que a obrigação de indemnizar só “deve ser excluída nas hipóteses em que a probabilidade de sucesso seja igual a zero...”.

Ora, como é óbvio, se o grau de probabilidade de ocorrer a repercussão negativa é igual a zero, falta algum suporte para basear uma obrigação de indemnizar do agente.

E, por sua vez, se o grau de probabilidade é da ordem dos 99,9%, ou próximo, então também sempre estaria já o agente incurso na obrigação de indemnizar com base na teoria (tradicional) da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.

E originar-se a obrigação de indemnizar já, tão-só, com uma probabilidade de 0,1% é a adoção da “teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa” (Ennecerus-Lehmann). Sobre esta teoria, vide supra, Título IV, Capítulo I.

Ora, esta teoria só será razoável nos casos específicos do artº. 493º, nº 2, e similares, de responsabilidade extracontratual.

Por vezes, apela-se, também, a que a conexão de causa-efeito entre o “dano da ilicitude” e “a repercussão negativa na esfera jurídica” da vítima, para fundar a obrigação de indemnizar, “só terá consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente”, desde que “possa ser considerada como altamente provável”. Sendo este o critério expresso no **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-07-2015** (Tomé Gomes, Bettencourt de Faria e João Marques Bernardo, in C.J.-STJ, XXII, T. II, 2015, págs. 159 e sgts.).

---

90. Em “Nexo de causalità e perdita di ‘chances’ nella responsabilità civile del professionista forense”, 2004, p. 181.

Ora, a esse grau de “altamente provável”, então, tal conexão, já, porventura, se encontra mais abrangente do que o patamar da teoria tradicional e de antanho da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”.

E, assim, embora já se aceitando um “início” de abandono, da tese do “tudo ou nada”, da tradicional “causalidade adequada, na sua formulação positiva”, todavia, parece-nos que será ainda uma evolução mínima.

Por sua vez, usar adjetivos como “causalidade suficiente”, “relevante”, e similares, é uma postura difusa, com déficit de “densificação”.

No direito anglo-saxão (Inglaterra, Canadá, Austrália e Québec) defende-se como grau relevante da probabilidade, para se aceitar a conexão em causa, e haver obrigação de indemnizar que a mesma se situa na escala dos 50% – embora sem cálculos probabilísticos rigorosos: é a regra do *more probable, than not/more likely than not*: numa valoração de “balanço de probabilidades” (*balance of probabilities*).

Pelo que, se o “balanço” é de 49% – não há obrigação de indemnizar.

Como dá conta **Lara Khoury** (*Uncertain Causation in Medical Liability*, 2006, págs. 34 e sgts)<sup>91</sup>.

No entanto, também há decisões judiciais em que baixam o grau de probabilidade de o dano da ilicitude ser causa da repercussão negativa a níveis inferiores de 37,5% e até a 30%. Assim, o T.S. de Michigan, em 1990, a respeito de negligência médica, caso Falcon y Memorial Hospital e o caso Borgen V. US. Como nos dá conta **Leonor Suárez Llanos** (o. cit., pág. 165).

Bem como também há uma corrente minoritária que desce até 15% a probabilidade causadora da obrigação de indemnizar.

---

91. Citada em Patrícia Cordeiro da Costa (o. cit., págs. 35/36).



Assim, **J. H. King** e **J. Makdisi** (citados por Luís Medina Alcoz, o. cit., pág. 45, nota 66).

Isto é, não é já o critério do “tudo ou nada”, mas é pouco mais.

Por sua vez, na teoria (*tradicional*) da “*causalidade adequada, na sua formulação positiva*”, o “dano da ilicitude” será causa de “repercussão negativa na esfera jurídica” da vítima, e fundará a obrigação de indemnizar se, segundo as *leges artis* e as regras da experiência, se pode assumir, com “certeza” ou segundo “*id quod plerumq accidit*”, quer que a dita “repercussão” ocorreu por virtude do dito dano (*sine qua non*) quer que, sem este, não teria ocorrido<sup>92</sup>.

Ora, na doutrina europeia continental, o marco da referida regra do “*id quod plerumque accidit*” anda pelos 80%-85% de probabilidade – segundo nos dá conta Luís Medina Alcoz (o. cit., págs. 48 e 68) e Leonor Suárez Llano (o. cit.).

Assim, a categoria jurídica do “dano da perda de chance” só assume relevância se o “grau de probabilidade” que se exige, para a dita conexão entre “dano da ilicitude” e “repercussão negativa”, se situar entre o patamar superior dos 80/85%<sup>93</sup> e um patamar inferior, de um “grau de probabilidade ínfima e irrelevante”.

Ora, quanto a este patamar inferior, abaixo do qual o grau de probabilidade da referida conexão será irrelevante para fundar uma obrigação de indemnizar, como referido, dá conta **Luís Medina Alcoz** (o. cit., p. 45 e nota 66), de, segundo certa doutrina do direito anglo-saxão, ser o nível dos **15%**.

---

92. Ao passo que na “causalidade adequada, na sua formulação negativa”, basta que a conduta do agente “não tenha sido indiferente” para a ocorrência verificada. Vide supra, Título IV, Capítulo I.

93. Porque neste patamar, e acima dele, sempre se considerou existir causalidade bastante para fundar a obrigação de indemnizar – segundo a figura da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”.

No direito francês, há quem defenda esse mínimo no patamar dos **20%**. Assim, **Beraud** (2007, 10.13), citado por Leonor Suárez Llanos (pág. 151, nota 197).

*E, nestes limites, poderemos subdividir o dano ressarcível, no caso de “dano de perda de chance”, com obrigação de indemnizar a “repercussão negativa” na esfera jurídica da vítima, se o mesmo se pode assumir como provavelmente “causado” pela “conduta ilícita”, “como”:*

- Dano Elevado (entre os 50% e os 80%-85%);
- Dano Médio (cerca de 50%);
- Dano Baixo (entre os 15%-20% e os 50%).
- Dano Muito Baixo (inferior a 15%-20%).

Não gerando, pois, responsabilidade civil indemnizatória, tão-só o dano cuja probabilidade de ter existido, por causa da conduta ilícita e culposa do agente, seja Dano Muito Baixo (inferior a 15%-20%)<sup>94</sup>.

Salvo que se trate dos casos específicos de responsabilidade extracontratual do artº. 493º do C. Civil, ou similares, em que bastará a causalidade, não “indiferente”, da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa.

E, quanto ao “Dano Muito Elevado”, ou seja, superior a 80%-85%, a obrigação da sua indemnização já resultará de aplicação da teoria tradicional da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”, pelo que não assumirá relevância a sua inclusão na categoria jurídica autónoma do “dano de perda de chance”, em que, também, a indemnização corresponderá aos 100% do valor em si da “repercussão negativa” que ocorreu.

**O Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 24-10-2006**, considerou que, –“dado que decorre dos autos que a possibilida-

---

94. Infra, se justificará a fixação do patamar inferior, dum grau de probabilidade “ínfimo e irrelevante” nessa densificação dos 15/20%.

de de o Autor ter ascendido ao posto de cabo era elevada... considera-se adequado, em juízo de equidade, que o valor desta indemnização seja fixado em 50% do montante da indemnização fixada, a título de diferenças salariais, no Tribunal *a quo*".

Citando, no mesmo sentido, os autores americanos J.H. King e J. Mardisi:

"E esse patamar também é justo se equiponderarmos, quanto ao grau a densificar da probabilidade relevante na teoria da 'causalidade probabilista' – o grau que se assume na "causalidade adequada, na sua formulação positiva".

Em que haverá obrigação de indemnizar não só se a conexão causal é "certa (100%), como ainda se o *é id quod plerumque accidit*, ou seja, numa probabilidade superior a (cerca de) 80%.

Mas, então, nessa causalidade adequada, se existe uma probabilidade de conexão, pelo menos, de 80%, não se repartirá tal causalidade na proporção respetiva entre lesante e vítima. Isto é, apesar de à conduta do agente apenas se lhe imputar 80% de causalidade, todavia ele responderá pela indemnização do valor total, 100%, do prejuízo, enquanto a vítima não suportará a margem de 20%, cuja causalidade não foi imputada ao agente.

Mas, assim sendo, então, também na "causalidade probabilística", *mutatis mutandis*, será equitativo o anverso da dita situação da "causalidade adequada".

Isto é, se a probabilidade de a conduta do agente ser causa do prejuízo é inferior a 15/20%, então o agente beneficiará de não lhe ser imputável em 80/85%, e receberá tal benefício (da não imputação) por inteiro <sup>95</sup> e não responderá por nada, enquanto a vítima, em relação a quem a probabilidade da causalidade da conduta do agente é tão-só de 15/20%, suporta-a, e não receberá indemnização alguma.

---

95. Como na "causalidade adequada", *mutatis mutandis*, no reverso, se a causalidade lhe é imputada só em 80%-85%, todavia, onera-o a 100%.

Isto é, a fixação deste patamar mínimo – abaixo do qual o risco corre por conta da vítima – é uma decisão equitativa e de justiça comutativa, certo que, no anverso, também o agente suporta o risco, por inteiro, apesar de a probabilidade da causa só o ser em 80/85%.

Também o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-02-2016** (Gabriel Martim Catarino, Maria Clara Sottomayor e Sebastião Povoas) admitiu a figura do dano de perda de chance, e indemnizável a repercussão negativa da conduta ilícita e culposa dum advogado – que no caso interpôs um recurso fora de prazo, e que ficou deserto –, mas desde que haja uma *possibilidade relevante* (de obter um benefício ou de evitar um prejuízo), desde que a probabilidade “*seja substancial*”. E não, “em suma, se estamos perante chances *reduzidas* ou *muito reduzidas*”.

Ou seja, haverá obrigação de indemnizar se a probabilidade da repercussão negativa está acima dum patamar irrelevante de “chances reduzidas ou muito reduzidas”.

Ora, “chances reduzidas ou muito reduzidas” serão as que se situam abaixo do referido patamar dos 15/20%, - atenta a dita equidade e justiça comutativa.

Assim, será razoável e equitativo estabelecer que existirá obrigação de indemnização, com base na categoria jurídica do “dano de perda de chance”, se, no caso em apreço, se pode assumir uma conexão entre o “dano da ilicitude” e a verificação concreta da “repercussão negativa” verificada na esfera jurídica da vítima (e de acordo com as “*leges artis*” e as regras da experiência) de um grau de probabilidade, da sua ocorrência, situado entre um patamar máximo dos 80%-85% (grau de certeza ou de normalidade, segundo *id quod plerumque accidit*) e um patamar mínimo de 15%-20% %.

---

96. 15/20%, assim, como “mínimo de probabilidade relevante”, para basear a obrigação de indemnizar.

E, depois, numa segunda equação, distribuindo-se proporcionalmente o grau apurado, no caso, no *quantum* da indemnização face ao valor, em si, da repercussão negativa. Conforme infra, no Capítulo V, se desenvolve.

Salvo que se trate dos casos específicos de responsabilidade extracontratual do artº. 493º, nº 2, e similares, em que bastará uma causalidade de condição *sine qua non* e “não-indiferente”. E que a “responsabilidade também será” de indemnização a 100% do dano final.

## CAPÍTULO IV

### *- Grau supletivo de probabilidade de 50%*

#### 17

Também por vezes se estabelece que, quando o grau de probabilidade da (hipotética) “ocorrência da vantagem” seja de difícil apreensão, “nessa dúvida”, será de assumir como da ordem dos 50%.

Assim, o **acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de junho de 2015** (Maria Adelaide Domingos, Eurico Reis e Ana Grávio, em C.J., nº 262, T. III, 2015, págs. 325/326), julgando um caso de mandato forense, decidiu que:

“Em regra, como critério orientador geral, para se evitar, por um lado, supressão do risco do lesado, que poderia ficar numa situação mais favorável do que a que resultaria do julgamento do mérito da pretensão originária, ou para evitar uma decisão fundada no puro arbítrio do tribunal, o valor percentual deve ser fixado, equitativamente, em 50%.”

E, em sentido similar, o **Supremo Tribunal de Justiça, que por acórdão de 28-09-2010**, referente a um caso de responsabilidade civil de um advogado que, numa ação, sendo mandatário da Ré, apresentou a contestação respetiva fora de prazo, sendo ordenado o seu desen-

tranhamento, decidiu que, devendo aplicar-se o artº. 565º, nº 3, do C. Civil, “todavia, em termos de equidade, que é agora o critério a ter em conta, o grau da possibilidade de ocorrer uma ou outra solução (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 assenta.”

E, no mesmo sentido, num caso de falta de comparência dum advogado ao julgamento, o **acórdão da Relação de Lisboa de 15-05-2008** e o **acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-10-2009**.

Todavia, tal assunção desse grau de 50%, nessa hipótese de dúvida, postula alguns pressupostos.

O primeiro é que tem que estar já assumido que o grau de probabilidade é superior a “um mínimo, irrelevante” (que será da ordem dos 15/20%), pois que, sem a assunção dessa certeza, não haverá obrigação de indemnizar<sup>97</sup>.

E, se não há obrigação de indemnizar não tem relevância assumir um grau “hipotético” de percentagem, pois que este só teria eficácia na distribuição da proporcionalidade, mas face a uma já existente e assumida obrigação de indemnização.

Em segundo lugar, esse critério orientador geral dos 50% não isenta que, caso a caso, se pesquem e avaliem todos os condicionalismos da situação e se, face a eles, não razoável (será segundo as *legis artis ad hoc*, as regras da experiência ou *id quod plerumque accidit*) assumir um outro grau de probabilidade.

---

97. Pelo que, e assim, o A. do pedido de indemnização terá que alegar e provar que a “probabilidade” de ter tido uma “vantagem” ultrapassa esse “grau mínimo e irrelevante”, e cuja alegação e prova lhe cabe, como facto constitutivo do seu direito a ser indemnizado (artº. 342º do C. Civil).

Relativamente a esse grau mínimo, vide supra, Capítulo III.

E a pesquisa que tem de ser feita, como “questão de facto”, numa hipótese de perda da oportunidade dum recurso, é à Jurisprudência do Tribunal *ad quem*.

Neste sentido, o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-07-2015** (Tomé Gomes, Bettencourt de Faria e João Marques Bernardo, in C.J.-STJ, nº 264, T. II, 2015, págs. 159/166).

Suponha-se o seguinte caso hipotético dum advogado que, perante certa sentença do Tribunal de 1ª instância, em que o seu mandante, réu, é condenado, todavia não recorre da mesma, mas tão-só porque, por (mero) descuido, deixou passar o prazo da interposição.

Coloca-se, então, a questão de se assumir qual o “grau de probabilidade” que haveria de, em recurso, se revogar tal sentença.

Ora, suponha-se, por exemplo, que, numa pesquisa dos acórdãos proferidos pelo Tribunal superior a quem se dirigia o recurso sobre a questão jurídica em causa, em 10 decisões sobre o tema, 8 decidiram como julgou, no caso, a 1ª Instância e só 2 é que julgaram de modo diverso e conducente à absolvição do réu.

Então, nesse caso, o grau de probabilidade de o réu obter um ganho com o frustrado recurso era, razoavelmente, e tão-só, de 20%.

Pelo que fixar tal grau em 50% não seria equitativo.

Na verdade, e em terceiro lugar, o julgamento “equitativo”, postulado pelo art.º 566º, nº 3, do C. Civil, só pode ocorrer “dentro dos limites que” o Tribunal “tiver por provados”. O que exige a referida “indagação” e “avaliação” específica do caso concreto.

E, também, e em quarto lugar, equidade não significa julgar “às cegas”,<sup>98</sup> “a olho” ou com “ojo de cubero” (cit. Luís Medina Alcoz, p. 59).

---

98. E tal ocorrerá se não existe a referida prévia indagação específica do modo de decidir do Tribunal *ad quem*.



Doutro modo, e em quinto lugar, se o Tribunal não faz a referida indagação prévia do modo como vem decidindo o Tribunal a quem se dirigia o recurso, e, sem mais, fixa uma probabilidade de 50% (meio por meio), então, essa decisão padecerá do “vício de não suficiência”. Bem como violará o direito constitucional do cidadão a que a sua causa seja julgada “mediante processo equitativo” (artº. 20º, nº 4, da C.R. e 6º da C.E.D.H.).

Sobre esta anomalia, vide **acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19-02-2014** (C.J., 252, T. I, p. 218).

## CAPÍTULO V

### *- Repercussão proporcional de “grau de probabilidade” no cômputo final do valor monetário a indemnizar (artº. 566º, nº 3, do C.C.)*

#### 18

Uma vez assumido qual o “grau de probabilidade” – e que preencha os exigíveis requisitos mínimos normativos – de a conduta do agente (“dano da ilicitude”) ter ocasionado uma (havida) “repercussão negativa na esfera jurídica” do lesado, patrimonial ou não-patrimonial – e se não se der o caso da possibilidade duma “reconstituição natural” (artº. 566º, nº 1, do C. Civil) –, há que calcular o valor monetário da obrigação de indemnizar, que tem por objeto essa “repercussão negativa”, e com reflexão da respetiva proporcionalidade.

Ora, neste tema, haverá lugar a duas avaliações.

A primeira, conducente a avaliar o valor monetário final de repercussão negativa, em si.

A segunda, fazendo repercutir nesse valor o grau da “causalidade probabilística” já assumida.

Assim, a tal respeito, decidiu o **acórdão da Relação de Lisboa de 30-06-2015** (Maria Adelaide Domingos, Eurico Reis e Ana Grácio),

em CJ 263, T. III, 2015, pág. 325, que “esse juízo avaliativo deve ser elaborado em dois passos: (1) avaliação do valor do dano final; (2) fixar o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou o grau em que o prejuízo foi evitado, traduzido num valor percentual”.

Isto é, haverá que se fazer uma “compensação proporcional” (*proportional compensation*).

Um exemplo comumente referido pela doutrina é o caso proposto pelo **autor americano J. H. King** (in “Reduction of likelihood”, Univ. Memphis, 1998):

Paula compra um bilhete de sorte que lhe dá direito a extrair uma bola de uma bolsa que contém 100, das quais 30 são de cor dourada e 70 azuis. De acordo com as regras do jogo, ganhará um prémio de 100 000 dólares se a bola retirada é dourada e nada ganhará se tirar a azul.

Paula encarregou o seu advogado de guardar o bilhete, em depósito, mas este, negligentemente, perdeu-o.

Então, a probabilidade de que o advogado impediu Paula de obter o prémio (ganho) é tão-só de 30%, pelo que o *quantum* indemnizatório, no caso, é de 333 §.

E, em termos similares, o critério de cálculo seguido por **Patrícia Cordeiro da Costa** (o. cit., p. 145):

Para tanto, devemos realizar uma tarefa de dupla avaliação:

- em primeiro lugar, proceder-se-á à avaliação do dano final;
- seguidamente, fixar-se-á o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra traduzido num valor percentual... Obtidos tais valores, resta aplicar o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, dado que o resultado de tal operação constituirá a indemnização a atribuir pela perda da chance.

Assim, e por exemplo, se por ato negligente do médico o paciente perde 30% de chances de sobrevivência e, posteriormente, vem a falecer sem que se logre estabelecer, com certeza, o nexo causal entre o facto do médico e morte, a indemnização pela perda de chance de sobrevivência será calculada do seguinte modo:

- avaliação do resultado final morte – que, para efeitos de argumentação, se estabelece em € 100.000,00;
- fixação do grau de probabilidade de evitamento do prejuízo, o qual é de 30%;
- aplicação desta percentagem àquele valor, fixando-se a indemnização em € 30.000,00.

O mesmo raciocínio no caso do bilhete de lotaria:

- o prémio era de € 10.000,00, por exemplo;
- caso o bilhete tivesse sido colocado no local de onde seria extraído o bilhete vencedor, o lesado teria 10% de probabilidades de o seu bilhete ser o premiado;
- a indemnização será fixada, então, em € 1 000,00.

Também se insere na mesma linha de avaliação o caso célebre, da **Jurisprudência inglesa, em 1911**, referente ao caso Chaplin V. Hicks, da **Court of Appeal**, referente a uma probabilidade frustrada de se ganhar um concurso de beleza.

Patrícia Cordeiro da Costa (o. cit., pág. 57), dá-nos nota da seguinte referência a tal decisão de **Luiz Medina Alcoz**: “um agente teatral realizou um concurso de beleza, com o compromisso de contratar como atrizes durante três anos as 12 candidatas que ele elegeria de entre as 50 mais votadas pelos leitores de uma publicação periódica, pagando 20 libras esterlinhas mensais às 4 primeiras, 16 às 4 seguintes e 12 às restantes. A demandante foi uma das pré-selecionadas, mas o agente

não lhe comunicou a data agendada para a entrevista pessoal prevista nas regras do concurso, de modo que não foi uma das 12 eleitas no final. A sua pretensão foi considerada procedente, com o reconhecimento de uma indemnização de 100 libras. A explicação técnica do caso assentou na consideração de que a demandante tinha uma possibilidade, em quatro, de ser escolhida, pelo que essa chance constituía um valor económico que, ao ser-lhe subtraído, devia dar lugar à indemnização correspondente”.

E, igualmente no **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-11-2012** (Oliveira Vasconcelos, Proc. 29/04.0TBAFE.P1.S1), se decidiu que o *quantum* da indemnização deve corresponder ao valor da utilidade económica que seria alcançada com a verificação do resultado final, reduzida na proporção de um coeficiente que traduza o grau de probabilidade de o alcançar.

Identicamente, o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-07-2013** (Hélder Roque, Gregório S. Jesus e Martins de Sousa – in C.J. – STJ – 248, Ano XXI, T. II, p. 135) – referente a um caso de um advogado que não interpôs um recurso – em que se decide que a “indemnização do dano da ‘perda da chance’ exige que se proceda a uma tarefa de dupla avaliação: em primeiro lugar, realiza-se a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, após o que, obtidos tais valores, deve ser aplicado o valor percentual, que representa o grau de probabilidade, ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado dessa operação à indemnização a atribuir pela ‘perda de chance’.

Como é óbvio, tal repartição proporcional já não terá que ocorrer se, no caso, o grau de probabilidade é superior a 80/85% – segundo as *leges artis*, as regras da experiência ou *id quod plerumque accidit* (teoria da causalidade adequada, na sua formulação positiva).

Nessa hipótese, o *quantum* indenizatório corresponderá a 100% do dano final calculado.

E também assim será se, no caso, se trata das hipóteses específicas de responsabilidade extracontratual previstas no artº. 493º, nº 2, do C. Civil, em que basta uma causalidade *sine qua non* e “não-indiferente”, sendo, pois, estabelecida a responsabilidade indenizatória que corresponderá a 100% do dano final calculado.



## CAPÍTULO VI

### SECÇÃO I

- *Na dúvida quanto a um “montante certo”,*

*atribuição “equitativa” de um montante*

*(artº. 566º, nº 3, do C.C.)*

- *Ou condenação “no que vier a ser*

*liquidado” (artº. 609º, 1, do C.Pr.C.).*

## 19

Já quanto ao valor da “repercussão negativa”, em si, se não há critérios de razoabilidade que, no caso, permitam assumir, com segurança, um certo montante monetário, então, deve o Tribunal “**julgar equitativamente** dentro dos limites que tiver por provados”, como determina o artº. 566º, nº 3, do C. Civil.

Sendo praticamente unânime, neste sentido, a Jurisprudência.

Ou seja, em tema de obrigação de indemnização, assente que preexistiu “dano de ilicitude”, e que este “causou” – em termos da “deviada” causalidade – uma “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima,<sup>99</sup> a sentença nunca pode terminar num *non liquet*, salvo que re-

---

99. Provado, pois, o *an* da repercussão negativa.



sulte provado que, no caso, nenhuma repercussão negativa ocorreu, ou que a mesma é suscetível de “reconstituição natural” (artº. 566º, nº 1. do C. Civil), ou que (e na proporção em que) “um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos” (artºs. 570º, nºs 1 e 2, do C. Civil).

E salvo, também, se, no caso, ocorra, de modo específico, uma situação de “abuso de direito”, por parte da vítima, em pretender a exigência duma indemnização (artº. 334º do C. Civil).

E a não assunção dum *non liquit*, mas antes julgando-se “equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”, é a decisão corrente dos Tribunais.

Assim, o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-12-2010** (Alves Velho, Proc. nº 4948/07.3TBVNG.P1.S1), referente a lesões sofridas num acidente de viação que causaram à vítima atraso de um ano da possibilidade de exercer uma profissão remunerada.

E, identicamente, o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-11-2012** (Oliveira Vasconcelos, Proc. 29/04.0TBAFE.P1.S1).

E, em sentido idêntico, o **acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-05-2008** (Granja da Fonseca, Proc. 3578/2008.6), que tratou da falta de um advogado à audiência de julgamento, e sem ter avisado o constituinte para comparecer – com as respetivas testemunhas.

E o **acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30-06-2015** (Maria Adelaide Domingues, C.J., nº 263, T. III, 2015, pág. 325), num caso de não exercício dum direito de defesa por parte de um advogado.

Por sua vez, pode ocorrer que, no caso, e conforme antes referido, não possa ser averiguado o valor exato, em termos monetários, da

repercussão negativa do “dano da ilicitude” no patrimônio da vítima, mas, no entanto, o tipo de caso e do processo permita assumir que, com mais produção probatória, essa averiguação possa vir a ser possível.

Então, neste condicionalismo, não deverá o tribunal condenar logo, segundo um juízo de equidade, mas, antes, deverá condenar “no que vier a ser liquidado”, ao abrigo do disposto no **artº. 609º, nº 1, do C. Processo Civil**.

Tema este que, infra, no capítulo de repercussão do “dano de perda de chance” no processo civil, se desenvolve (Título IX, Capítulo III).

## *SECÇÃO II*

*- Caso específico do “dolo” do agente,  
extensivo à lesão dum a “oportunidade”  
já consolidada*

### 20

Realce-se, também, que a exigência dum a “causalidade adequada”, na sua formulação positiva ou dos referidos graus relevantes da “causalidade probabilista”, de conexão entre o “dano da ilicitude” e a (sua) “repercussão negativa” na esfera jurídica do lesado, para que se origine uma obrigação de indemnizar a cargo do lesante, pressupõe que estamos a cuidar da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, a título de (mera) culpa ou negligência do agente lesante.

Já não será assim se o agente-lesante atua com dolo que abranja a consciência de que da respetiva conduta resultará, naturalmente, *como conditio sine qua non e não indiferente*, e com “causalidade” relevante – à

luz do critério causalista que se tiver adotado – uma certa repercussão negativa, patrimonial ou não-patrimonial, na esfera jurídica do lesado.

Suponha-se a hipótese de B, que é promitente-vendedor a A de um prédio urbano, e cuja escritura definitiva de venda está marcada para o dia x, no entanto, ilícita e culposamente, não aparecer para outorga da escritura pública e, todavia, ter conhecimento de que o promitente comprador, A, por sua vez, tinha prometido revender o prédio a C, e com outorga da escritura pública dessa revenda, marcada perentoriamente, sob pena de caducidade, para dois dias depois, e com um “lucro líquido” para A., p. ex., de 10 000,00 euros.

Nesta hipótese, parece óbvio que B incorrerá na obrigação de indemnizar A por essa oportunidade perdida de obter a dita vantagem de 10 000,00 euros com a dita revenda do prédio e cuja vantagem B aniquilou com a sua referida conduta ilícita (dano da ilicitude).

Essa obrigação de indemnização já não estará sujeita à averiguação duma, no caso, “causalidade adequada” ou “causalidade probabilista” entre a “conduta ilícita” de B e a (sua) “repercussão negativa” na esfera jurídica patrimonial de A.

Na verdade, não se pode assumir, segundo as *leges artis ad hoc* ou as regras da experiência, que, na equação do caso concreto, como “caso normal”, não cumprindo B. a sua obrigação de outorgar escritura de venda e transferir a propriedade do prédio para A, naquele dia aprazado, daí resultaria, “adequadamente”, a referida repercussão negativa (de perda da dita vantagem da revenda do bem), e, normativamente, quer num “grau de probabilidade segura” (superior a 80% - 85%), quer num “grau de probabilidade relevante” (de mais de 15/20%).

Certo que a “probabilidade” de um particular que promete comprar um prédio urbano tê-lo já prometido vender, com outorga da revenda dias depois, não é, naturalmente, ocorrência com um grau de probabilidade acima dos 15%-20%.

Mas, então, se aplicarmos ao caso em apreço, em que o agente atua com dolo (extensivo à lesão duma conhecida probabilidade de ganho) a mera teoria quer da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, quer a teoria da “causalidade probabilística”, da figura do dano “de perda de chance”, teríamos que, nessa hipótese, o agente lesante não teria que indemnizar a vítima por dano algum ou só, tão-só, num valor proporcional reduzido.

Ora, tal decisão não seria equitativa. É certo que o dolo tudo corrompe: *fraus omnia corrumpit*.

Isto é, quando o agente-lesante atua com o dito dolo, o mesmo responde pela indemnização da oportunidade defraudada com a sua conduta e pela totalidade do valor da oportunidade perdida – bastando, tão-só, que a sua conduta tenha sido *conditio sine qua non* da sua ocorrência, e condição não-indiferente.

Bastando, pois, tão-só, uma “causalidade adequada”, na sua formulação negativa (de Ennecerus-Lehmann).

Na verdade, a disciplina dos artºs. 562º e sgts. do C. Civil tem como pressuposto uma atuação do agente com “mera culpa”, bem como o contrário seria afrontosamente um desrespeito pelo princípio da equidade, que anima o Direito, pelo que, pelas duas razões, é de presumir ao abrigo do artº. 9º, nº 3, do C. Civil – que o legislador consagrou as soluções mais apertadas, e, assim, que os regimes referidos de “causalidade adequada”/“causalidade probabilista” só se aplicam à obrigação de indemnizar quando o autor do dano da ilicitude age com mera culpa – e não quando atua com o referido dolo.

Aliás, à mesma *solução se chega* se na questão da avaliação da causalidade, e no juízo, *ex ante*, de *prognose*, se incluírem também as *circunstâncias que efetivamente eram do conhecimento das partes*. E essas circunstâncias, pois, entrarem nesse juízo. Como, *infra*, no Capítulo VIII, se defende.



## ***CAPÍTULO VII***

### ***- Cálculo do dano não-patrimonial***

#### **21**

**Quanto ao cálculo do dano não-patrimonial**, ou seja, quanto ao valor monetário da “repercussão negativa” do “dano da ilicitude” na esfera jurídica não-patrimonial da vítima, o seu regime específico está determinado no **artº. 496º do C. Civil**.

E que é comum à responsabilidade civil contratual e extracontratual, e inclusive criminal, segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes.

A jurisprudência é unânime quanto ao dever de reparar os danos não-patrimoniais, mesmo na responsabilidade civil contratual, pese embora o artº. 496º do Código Civil vir inserido na secção da responsabilidade extracontratual.

Assim, o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28-01-2016** (Maria da Graça Trigo), e os diversos acórdãos no mesmo citados (Proc. 136/12.5 TVLSB.L1.S1).

E, também na doutrina, essa assunção é preponderante.

Assim, **Almeida Costa** (“Direito das Obrigações”, Almedina, pág. 483 e sgts), **Vaz Serra** (“Reparação de danos não patrimoniais”, in

BMJ, 83, págs. 102 e sgts), **Galvão Teles** (“Direito das Obrigações”, pág. 383 e sgts.) e **Pinto Monteiro** (“Cláusula Penal e Indemnização”).

**Antunes Varela**, todavia, defende que o artº. 496º apenas se aplica à responsabilidade civil extracontratual (“Das Obrigações em geral”, vol. II, 1990, p. 102), “até porque”, escreve, de outro modo, se introduziria no capítulo da responsabilidade contratual um fator de séria perturbação da certeza e segurança do comércio jurídico”.

Aplicando-se o artº. 496º do C. Civil, assim, quer à responsabilidade civil extracontratual quer à contratual, desde logo, tal “dano de repercussão negativa” na esfera anímica da vítima só é indemnizável se alcançar uma “gravidade que mereça a tutela do direito”.

No comentário ao referido preceito legal, realçam **Pires de Lima** e **Antunes Varela** (Cód. Civil Anotado, 1967) que:

“Não se enumeram os casos de danos não patrimoniais que justificam uma indemnização. Diz-se apenas que devem merecer, pela sua gravidade, a tutela do direito. Cabe, portanto, ao tribunal, em cada caso, dizer se o dano é ou não merecedor de tutela jurídica. Podem citar-se como possivelmente relevantes a dor física, a ofensa à honra ou reputação do indivíduo ou à sua liberdade pessoal, o desgosto pelo atraso na conclusão dum curso ou duma carreira, etc. (vide Prof. Vaz Serra, “Reparação do dano não patrimonial”, nº 2). É de notar a substituição da designação tradicional de dano moral por dano não-patrimonial. É que o dano, sem ser patrimonial, pode não ser simplesmente moral. É o que acontece, precisamente, com a dor física.”

Muito embora o artº. 496º do C. Civil se localize no conjunto de disposições legais, referentes à responsabilidade civil extracontratual, todavia, a indemnização por danos não-patrimoniais é idêntica, quer a conduta ilícita seja extracontratual quer contratual.

Como é doutrina e jurisprudência preponderantes, como antes referido.

Quanto à indemnização de danos não-patrimoniais por responsabilidade contratual, vide, p. ex., o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-06-2005**, Proc. 05B1526.dgsi.Net.

E quanto à questão na Doutrina, vide, p. ex., **A. Pinto Monteiro**, “Cláusulas Limitativas”, 1985, p. 84, nota 164; **Vaz Serra**, in Rev. L. J. 108º, 122, **Galvão Teles**, “Obrigações”, 6ª ed., p. 383; **Almeida e Costa** – “Obrigações”, 6ª ed., p. 465.

Por sua vez, nada impede que, face a determinada conduta ilícita, ocorram, simultaneamente, danos patrimoniais e não-patrimoniais, a deverem ser, cumulativamente, indemnizados.

A doutrina nacional reconhece que a indemnização de danos não patrimoniais não reveste natureza exclusivamente ressarcitória, desempenhando também uma função preventiva e uma função punitiva, sendo o montante a atribuir fixado com recurso à equidade, ponderando-se, por exemplo, a culpa do agente e a sua situação económica, bem como a do lesado (vid. A. VARELA, “Obrigações”, I, 10ª ed., pp. 605 a 608, 906 e 934; Almeida Costa, “Obrigações”, 9ª ed., p.p. 549 a 554 e 723; R, Capelo de Sousa, “O direito geral de personalidade”, 1995, p.p. 458 e 466; Menezes Leitão, “Obrigações”, I, 4ª ed., pp. 316 a 319).

Por sua vez, a Jurisprudência corrente também acentua que deve haver uma tendência de homogeneização do quantitativo a fixar para cada tipo de dano-não patrimonial, e assim se ponderando também as exigências do “princípio da igualdade” – variando, embora, com as circunstâncias específicas de cada caso e que se mostrem suficientemente relevantes.

Ora, para obter essa objetivação/igualitação, será útil pesquisar as diversas decisões sobre o tipo de dano não-patrimonial que esteja em causa.

Por exemplo, no já antes citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28-01-2016, referem-se várias decisões e determinação do



*quantum* de tal dano, como consequência de lesões graves na personalidade física da vítima.

E, também, várias decisões se podem consultar na anotação ao artº. 496º do C. Civil, no “Código Civil Anotado” de Abílio Neto.

Em termos genéricos, parece-nos útil realçar as seguintes decisões jurisprudenciais:

- **Acórdão da R.P. de 13-5-2002** (Proc. 0250524.dgsi.Net). A indemnização por danos não-patrimoniais deverá equivaler à quantia que permita ao lesado a aquisição de bens materiais ou a satisfação de prazeres que, de algum modo, compensem a dor, dentro de um critério de equidade. O cálculo da indemnização por danos não-patrimoniais deve obedecer a um juízo equitativo, tendo em atenção o grau de culpa do lesante, a situação económica deste e do lesado e os padrões de indemnização geral adotados pela jurisprudência. Sobre o montante da indemnização por danos não-patrimoniais são devidos juros de mora, à taxa legal, desde a citação.

- **Acórdão da R.L. de 2-2-2006** (Proc. 10931/2005-6 dgsi.Net). Os danos não-patrimoniais consistem, essencialmente, no sofrimento físico ou moral decorrente de ofensas à integridade física ou moral do lesado, podendo especificar-se, dentro deste âmbito, as dores físicas, os desgostos por perda de saúde ou de capacidade e integridade físicas ou intelectuais, a vergonha ou os desgostos resultantes de má imagem de carácter para com terceiros, etc.

Porém, só são indemnizáveis quando, conforme exige o artº. 496º, nº 1, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. A avaliação desta gravidade tem que ser feita segundo um padrão objetivo. É orientação consolidada na jurisprudência aquela segundo a qual as meras contrariedades, decorrentes, por exemplo, do incumprimento de um contrato, não justificam, por falta da necessária gravidade, a atribuição de indem-

nização a título de danos não-patrimoniais, na medida em que a noção corrente de uma simples contrariedade ou incômodo possa traduzir um nível de gravidade objetiva insuficiente para os efeitos do n° 1 do artº. 496º do CC.

- **Acórdão do STJ. de 24-5-2007** (Proc. 071187.dgsi.Net). O dano não-patrimonial não reside em factos, situações ou estados mais ou menos abstratos, aptos para desencadear consequências de ordem moral ou espiritual sofridas pelo lesado, mas na efetiva verificação dessas consequências. A avaliação da gravidade do dano, para efeitos de compensação, tem de aferir-se segundo um padrão objetivo. Dano grave não terá que ser considerado apenas aquele que é “exorbitante ou excepcional”, mas também aquele que “sai da mediania, que ultrapassa as fronteiras da banalidade”, um dano considerável que, no seu mínimo, espelha a intensidade duma dor, duma angústia, dum desgosto, dum sofrimento moral que, segundo as regras da experiência e do bom senso, se torna inexigível em termos de resignação.



## *CAPÍTULO VIII*

- *Operação de avaliação da existência de “causalidade” e do seu “grau”*
- *Irrelevância da “causa virtual”*
- *Concorrência de causas*

### **22**

Conforme já várias vezes realçado, se não existe “dano de ilicitude” e “culpa” (uma conduta ilícita e culposa do agente), não se origina uma obrigação de indenizar.

E, se existe, também só se origina uma obrigação (consequente) de indenizar se existe uma “repercussão negativa” daquela conduta na esfera jurídica da vítima que se possa assumir como “causada” por aquele – e segundo a respetiva categoria de causalidade, para o caso, exigível.

Assim, há que assumir duas causalidades: quer uma conexão causal entre a conduta do agente e a lesão do direito ou bem jurídico da vítima; quer uma conexão causal entre esse “dano de ilicitude”, com culpa, e a (sua) repercussão negativa na esfera jurídica da vítima (dano patrimonial e, ou, dano não-patrimonial): e quer quanto à existência dum

dano originado – questão de “se”, do “an” –; quer quanto ao *quantum* do valor monetário desse dano assumido como verificado.

Ora, como já acima realçado (Título V, Capítulo I), nessas operações há uma questão de direito e uma questão de facto.

É questão de direito definir e assumir quais as regras jurídicas, os juízos de valor legais que integram os respetivos conceitos de “causa” e sua repercussão também na determinação do *quantum* de indemnização.

É questão de facto apreciar, segundo as *leges artis ad hoc*, as regras da experiência ou *id quod plerumque accidit*, se, no caso, se pode assumir, naturalisticamente, se certa “repercussão negativa” alegada se pode dizer “causada” pelo respetivo “dano de ilicitude” e com que “grau”, de certeza ou de probabilidade, face àqueles referidos parâmetros jurídicos.

Por sua vez, quanto a tal questão de facto, normalmente, deverá o Tribunal apelar a uma prova pericial (arts. 411º e 417º do C. Pr. C.) e como o exige o direito constitucional do cidadão a que o julgamento da sua causa o seja “mediante processo equitativo” (artºs. 20º, nº 4, da C.R. e 6º da C.E.D.H.).

Ora, as referidas operações de avaliação da existência de causalidade consistem em decidir, por exemplo, e quanto ao “dano da ilicitude”, a seguinte interrogação: “a não ter sido”, ou a “não haver mediado” a conduta do agente, “não se teria verificado” a “lesão” do direito ou bem jurídico da vítima?

E, “se se verificou”, e “não de todo em todo indiferentemente”, por ter “havido” ou “mediado” a conduta da vítima, em que “grau de probabilidade” pode imputar-se a tal conduta? Muito elevado, elevado, médio, baixo ou muito reduzido?

E operação similar se coloca face a determinar-se se, entre a “conduta ilícita” e “culposa” da vítima e certa e alegada “repercussão nega-

tiva” na esfera jurídica da vítima, – se verifica, também, “causalidade” e ou não, e em que grau.

É a operação assumida pela regra jurisprudencial estado unidense, denominada de *but for test*.

Por sua vez, a apreciação dos nexos de causalidade, à luz das *leges artis ad hoc*, das regras da experiência e do *id quo plerumque accidit*, é um “juízo”, uma avaliação *ex ante*, da data da conduta, em modo de prognóstico, de juízo hipotético, virado ao futuro, e tendo em conta todas as circunstâncias (relevantes) do caso, tanto as que hoje são conhecidas como as que à data da conduta eram conhecidas pelas partes ou cognoscíveis às mesmas, segundo um padrão do homem médio<sup>100</sup>.

Obviamente que esse estabelecimento das causalidades – ao nível naturalista – consubstancia um “julgamento” de matéria de facto (artºs. 341º e 342º do C. Civil).

Ora, por força do disposto nos artºs. 411º e 467º do C. Pr. Civil, se, porventura, essa avaliação – esse julgamento – postula conhecimentos especiais, de que possam porventura não dispor as partes ou o julgador, então, caberá às partes requerer a *respetiva peritagem*, ou, na ausência de iniciativa destas, tal caberá ao julgador.

Sob pena de, por um lado, vício de “insuficiência da decisão” que venha a ser tomada, e, por outro, de violação da lei e da constituição<sup>101</sup> e, nomeadamente, do direito constitucional do cidadão a que a sua causa seja julgada “mediante processo equitativo”.

---

100. Quanto às circunstâncias efetivamente conhecidas pelas partes, vide supra, Capítulo VI, Secção II, quanto à relevância específica do dolo.

101. Nomeadamente, artºs. 4º da L.O.S.J., 8º do C. Civil, 411º e 467º do C.Pr.C. e artºs. 2º, 20º, nº 4, 202º a 204º da C.R..

Havendo que realçar que o “ônus da prova” não é um “dever” imposto por lei às partes. É apenas uma “regra legal”, dirigida ao Tribunal, citando o modo como este há de decidir se, no caso, o processo não fornece prova sobre determinada factualidade relevante, na sua subsunção à Lei <sup>102</sup>.

Assim, pois, perante uma “dificuldade” de “julgamento” de determinada questão factual relevante, só cabe ao Tribunal chamar “peritos”, em tal matéria, a ditarem uma decisão <sup>103</sup>.

Mas já não lhe caberá “desaplicar” ou “substituir” as regras legais sobre ónus da prova.

Pois que, então, quanto à última hipótese, não só subsistiriam os ditos vícios de “insuficiência da decisão”, de violação da lei processual (cits. artºs. 411º e 467º do C.Pr.C.), como ocorreria positivamente violação dos referidos “deveres de obediência à lei”, e de julgar “mediante um processo equitativo”, como, ainda, ao desaplicar as regras legais do ónus da prova, se estaria a “violar”, pela positiva, as respetivas normas legais que ditam o ónus da prova para o caso.

Para melhor compreensão do modo e relevância desse juízo *ex ante*, *configuremos a sua aplicação em dois casos hipotéticos*.

Suponha-se que A, proprietário dum veículo, o entregou numa oficina de reparação de automóveis, a fim de esta consertar uma avaria, e mais ficando estipulado que o serviço devia ser prestado em 15 dias e, nessa data, entregue o veículo, reparado, a A.

No entanto, ilicitamente e com culpa, a oficina, B, só entregou o veículo a A ao fim de 30 dias.

---

102. Pires de Lima e Antunes Varela, “Cód. Civil Anotado”, artº. 342º.

103. Ainda que não, necessariamente, vinculativa para o Tribunal: que será o “perito dos peritos” (artº. 607º, nº 5, do C. Pr. Civil).

Ora, vamos supor que A. peticiona indemnização contra B, argumentando que exerce a profissão de taxista e que aquele veículo é o que usa nessa atividade. E que, em consequência daquele “dano de ilicitude”, e culposo, do agente (a oficina), lhe resultou uma perda de ganho líquido, nos ditos 15 dias de mora, de 2 000,00 euros.

Pois bem, se B, proprietário da oficina, “conhecia”, efetivamente, essa atividade profissional de A, e que aquele veículo era o táxi que ele usava, então, o respetivo juízo, *ex ante*, de prognose, não pode deixar de ser que (quase) com certeza, e de qualquer modo *id quod plerumque accidit* (entre 80/100%), a conduta ilícita de B foi causa (relevante) da dita perda de benefícios de A, e, assim, que o dito “dano de ilicitude” gerou a obrigação de indemnizar, e no valor por inteiro do referido dano patrimonial, ou seja, 2 000,00 euros.

Mas vamos supor que B “não conhecia” – ou tal não se provou – nem que o veículo fosse um “táxi” nem que A se dedicasse, como profissão lucrativa, ao serviço de aluguer de veículos.

Então, *ex ante*, e no respetivo “juiz – de prognose” –, há que admitir que em 100 clientes que entregaram os seus veículos, para conserto, numa oficina, nem 1% serão táxis e os respetivos proprietários se dedicam à profissão de aluguer de veículos.

E, assim, não se originaria obrigação de indemnizar – dado que a “probabilidade causal”, no caso, está abaixo dum “patamer ínfimo e irrelevante”: de probabilidade “reduzida ou muito reduzida”; da ordem dos 10/20%.

Mas vamos supor que A peticiona contra B uma indemnização, mas argumentando que o veículo entregue era um seu meio normal de transporte e que, pela sua não disponibilidade de uso, nos referidos 15 dias de atraso de entrega, A teve “despesas acrescidas”, p. ex., de 200,00 euros, em meios de transporte alternativos que teve que usar nas deslocações ordinárias do seu dia a dia.



Pois bem, neste caso, o referido juízo de prognose, *ex ante*, já pode avaliar uma causalidade elevada, ou até muito elevada, geradora de responsabilidade de indemnização.

Pois que, segundo as regras da experiência, e *id quod plerumque accidit*, os proprietários de veículos automóveis usam-nos, normalmente, nas suas deslocações quotidianas.

É claro que o Réu, proprietário da oficina, pode excepcionar e provar – ilidindo, pois, as bases daquela prognose – que, no entanto, “e como se sabe hoje” o dano do veículo, A, naquele atraso de 15 dias, esteve ausente, em férias, no estrangeiro, e para onde se deslocou de avião, e, assim, mesmo que o veículo tivesse sido entregue nos 15 dias, todavia, ele “iria” estar estacionado na garagem de A., sem uso.

E se B provar tal facto – e passando a ser conhecido, hoje – então, realmente, nenhuma repercussão negativa existiu na esfera jurídica de A.. E, sem “tal repercussão negativa”, sem a assunção desse *an*, não há “obrigação de indemnizar” (artºs. 562º, 563º e 564º do C.C.).

Quanto ao *modus faciendi* da “operação de avaliação da causalidade”, em cada caso, exemplifique-se com o tipo de raciocínio de **Eduardo Correia**, que escreve que “para que uma ação se possa dizer causa de um resultado é pois mister que em abstrato seja adequada a produzi-lo ...” (“Direito Criminal”, Almedina, 1963, I, p. 257, com a colaboração de Figueiredo Dias).

Segundo tal autor, fazendo-se o respetivo juízo “segundo as regras da experiência *normais* e as circunstâncias concretas em geral conhecidas”, ainda que “não se deve abstrair, para a sua determinação, daquelas regras ou das circunstâncias que o agente efetivamente conhecia” (o. cit., pág. 258).

E continua o mesmo autor (o. cit., pág. 268):

“De acordo com esta ideia, pois, se deverá negar um nexo de causalidade adequada<sup>104</sup>, v. g. no caso da mãe que manda o filho à escola sabendo que ele terá de passar num lugar onde a circulação é intensa e pode provocar acidentes, quando o filho venha efetivamente a ser atropelado por um automóvel; como deverá negar-se aquele nexo no caso do automobilista que, respeitando escrupulosamente o Código da Estrada e as regras normais da experiência, provoca a morte dum peão ou de outro automobilista, que circulam imprudentemente ou em infração ao Código da Estrada. Em qualquer dos casos, se o acidente era na verdade possível, não o era em todo o caso de forma típica, normal – e não era portanto o resultado uma consequência adequada da conduta. Se a lei autoriza condutas perigosas (conduzir um automóvel, andar de avião, etc.), é unicamente porque, uma vez observadas certas regras, os acidentes são normalmente evitados, embora eles por vezes se produzam”.

E, em nota, realça Eduardo Correia: “De todo o modo, se a ideia de causalidade adequada não for suficiente em todos os casos para afastar a ilicitude de certas ações, poder-se-á excecionalmente fazer apelo à teoria das causas de justificação, em especial ao estado de necessidade e ao conflito de deveres”.

E, por sua vez, “causalidade e culpa são, de toda a evidência, coisas diferentes” (o. cit., pág. 298).

Também a (mera) causa *virtual* é, negativamente, irrelevante, ou seja, não aniquila, nem afeta a causa real, e a responsabilidade respetiva do agente.

Sobre a figura da causa virtual, pode consultar-se a obra clássica do Prof. Pereira Coelho, “O problema da relevância da Causa Virtual na Responsabilidade Civil”, 1955”.

---

104. O autor está a exemplificar dentro da teoria da causalidade adequada, na sua formulação positiva, que rege no direito criminal.

Para o **Prof. Antunes Varela**, in “Das Obrigações em Geral” (Almedina, 1970, pág. 430), “como a própria expressão logo indica, a *causa virtual* é o facto (real ou hipotético) que tenderia a produzir certo dano se este não fosse causado por outro facto (causa real)”.

Ora, defende tal autor, como princípio, a irrelevância negativa da causa virtual, ou seja, esta não exclui a responsabilidade do autor da causa real do dano.

Segundo tal autor, quanto aos casos especialmente regulados nos artigos 491º, 492º e 493º, 1, do Código Civil, “trata-se, como veremos, de normas excepcionais, que, em princípio, não comportam aplicação analógica”.

E, no mesmo sentido, é o ensinamento de **Mário Júlio de Almeida e Costa** (in “Direito das Obrigações”, Almedina, 1991, 5ª ed.).

Pois “a causa virtual não possui a relevância negativa de excluí-la, pois em nada afeta o nexo causal entre o facto operante e o dano: sem o facto operante o lesado teria um dano idêntico, mas não aquele preciso dano.

Daí que exista, em princípio, a obrigação de indemnizar” (o. cit., p. 636).

E, por sua vez, tal autor também considera que são excepcionais os casos em que a lei considera a relevância da causa negativa para isentar ou atenuar a responsabilidade da causa real (artº. 491º, 492º, nº 1, 493º, nº 1, 616º, nº 2, 807º, nº 2, e 1136º, nº 2, do C. Civil).

Realce-se que casos há em que, mais do que um balanço entre “uma causa real” e “uma causa hipotética”, o que se verifica é propriamente uma **concorrência de causas, com “efeito parcial” atribuível a cada uma.**

A este respeito, elucida-nos o Prof. Mário Júlio de Almeida Costa, com o seguinte exemplo, da nota 1, pág. 636:

“Explique-se em que consiste a responsabilidade pelo «efeito parcial», retomando o exemplo do cavalo de B envenenado por A e que, entretanto, C abate a tiro. A morte do cavalo foi produzida pelo tiro de C, mas não se pode dizer que este tenha causado juridicamente qualquer dano a B, pois o cavalo envenenado, porque morreria logo de seguida, já nada representava no seu património. Portanto, o dano correspondente ao valor do cavalo operou-se, efetivamente, em consequência do facto de A e não do facto de C. Daí que a responsabilidade de A não resulte de se atribuir relevância positiva à causa virtual, mas tão-só de ele dever ser responsabilizado pela diminuição do valor do bem – na hipótese, equivalendo praticamente à sua completa destruição...”.

Ou seja, A “causou realmente” esse estado moribundo e irreversível do animal – e, assim, deve ser responsabilizado pelo dano consequente, que, na hipótese, equivale prativamente ao valor do bem. E, assim, por essa causa real é responsabilizado.

Mas também é verdade que C causou realmente a morte do animal – só que, em termos de cálculo do dano consequente, o respetivo valor, na hipótese, equivale praticamente a zero.

Pois que não tem praticamente valor – na equação do animal como vivo – o animal em causa que, realmente, está moribundo, por horas.

E se, nesta hipótese, em termos de equação do dano consequente, A, praticamente, causou o dano total, e C, em termos práticos, não causou dano relevante, já outras hipóteses se poderão conceber em que uma repartição dos valores do dano, resultantes de “causas parciais”, deva fazer-se em grau mais relevante.

Como bem sintetiza **Mário Júlio de Almeida Costa** (o. cit., pág. 636), “o autor da causa virtual apenas estará obrigado a reparar o «efeito parcial» porventura produzido de que o seu facto foi, na verdade, causa real ou operante...”

Reconduzido o problema a uma questão de causalidade, há que apurar se a causa real pode considerar-se efetivamente causa do dano, sendo certo que ele sempre se produziria em resultado da causa virtual.

E a resposta é a de que a referida causalidade existe. A causa virtual não possui a relevância negativa de excluí-la, pois em nada afeta o nexo causal entre o facto operante e o dano: sem o facto operante, o lesado teria um dano idêntico, mas não aquele preciso dano. Daí que existe, em princípio, a obrigação de indemnizar”.

E idêntica irrelevância negativa da causa virtual é assumida pela doutrina penal.

Assim, Cavaleiro Ferreira, 1992, 157; Germano Marques da Silva, 1998, 66; Figueiredo Dias, 2007, 342; e P. Pinto de Albuquerque (“Comenta no Cód. Penal”, anot. 36, ao artº. 10º).

## ***CAPÍTULO IX***

***- Ónus da prova:***

***- Da causalidade***

***- Da culpa***

### **23**

Antes de mais, há que realçar que “o significado essencial do ónus da prova não está tanto a quem incumbe fazer a prova, mas em que sentido deve o Tribunal decidir no caso de não se fazer essa prova” (Anot. Antunes Varela, artº. 342º C. Civil, 1967).

Há também que ter em conta que as regras do ónus da prova não são as mesmas quanto à causalidade, se se trata de responsabilidade civil contratual ou extracontratual. O mesmo ocorrendo quanto ao ónus da prova da culpa.

Assim, vamos tratar do ónus da prova da causalidade, começando por casos de *responsabilidade civil contratual*.

E, antes de mais, quanto ao nexo de causalidade entre conduta do agente e a lesão do direito ou bem jurídico protegido.

Ora, segundo o artº. 342º, nº 1, do C.C., àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

E, “em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito”.

Por sua vez, o artº. 798º do C.C. determina que só é responsável pelo prejuízo que causa ao credor “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação”.

Assim, não pode subsistir a mínima dúvida de que se *A peticiona uma indemnização a B*, com fundamento em responsabilidade civil contratual, A terá que assumir. o ónus de se provar, nos autos, que o agente “não cumpriu” as suas obrigações contratuais, e que esse consequente “não-cumprimento” ou “cumprimento defeituoso”, por sua vez, é que “causou” a lesão do direito ou bem em causa.

Bem como que tal conduta ilícita, por sua vez, foi também a “causa” da “repercussão negativa” alegada.

E, em termos dessa “causalidade naturalística” assumida, nos autos, preencher o respetivo conceito normativo de “causa”, no caso em análise.

E, igualmente, o mesmo se passa quanto ao ónus da prova da “culpa” que caberá ao A que peticiona a indemnização.

Aliás, além dos referidos juízos de valor legais do cit. artº. 342º do C.C., como lei geral, o artº. 798º referido especifica e expressamente inclui nos pressupostos da “responsabilidade” pela obrigação de indemnizar, “precisamente”, a “falta ao cumprimento da obrigação”, a “culpa” e o “nexo de causalidade” entre aquela conduta e o “prejuízo”.

E, por sua vez, o artº. 563º do C.C., quanto à “existência da obrigação de indemnização”, expressamente exige o “nexo de causalidade” entre a conduta ilícita e culposa e a (sua) “repercussão negativa” na esfera jurídica do lesado.

E, aliás, o artº. 562º do C. Civil também repete que está “obrigado a reconstituir a situação que existiria” se não fosse o evento “que obriga

à reparação”, e que esse dever de reconstituir só exista para “quem estiver obrigado a reparar um dano”.

Assim, põe a cargo do Autor a prova da causalidade o **Ac. S.T.J. de 29-04-2010** (Sebastião Póvoas, proc. 2622/07.0TBPNE.P1.S1), num caso de responsabilidade dum mandatário forense, quanto à conexão entre a ilicitude cometida (interposição de recurso, sem alegações) e uma (sua) “repercussão negativa” adequada. E citando no mesmo sentido **diversos acordãos do S.T.J. (de 09-02-2006, 06-03-2007 e 16-06-2009)**.

E, no mesmo sentido, também o **Ac. S.T.J. de 09-07-2015** (Tomé Gomes Bettencourt Faria e João Marques Bernardo – C.J. 264, págs. 159 e sgts.), em que se julga que o ónus da prova da probabilidade de o ato ilícito (apresentação intempestiva de testemunhas) ter ocasionado uma repercussão negativa na esfera jurídica da parte mandante “impende sobre o lesado, como facto constitutivo que é da obrigação de indemnizar (artº. 342º, nº 1, do C.C.).

E, no mesmo sentido, **Rute Teixeira Pedro** (o. cit. págs. 400/401).

Todavia, o **Ac. R. Lisboa de 30-06-2015** (C.J. 263; T. III, 2015, pág. 325), num caso de responsabilidade forense, julgou que, quanto à causalidade entre a conduta ilícita e a repercussão negativa, caberá ao agente, réu, provar que daquela conduta ilícita “não resultou” uma alegada “repercussão negativa”.

Bem como o **Ac. S. T. J. de 29-10-2015** (Tomé Gomes, Bettencourt de Faria e João Bernardo, C.J. – STJ – 267, T. III, 2015, pág. 265), num caso de responsabilidade médica, impõe ao agente médico o “ónus de provar que atuou em conformidade com as *leges artis* recomendáveis ... ficando a cargo do paciente lesado o ónus da prova de que aquele agiu com culpa”.

E quanto a este ónus do lesado de provar a culpa, expressando o acórdão que “deverá ser mitigado pela exigência do esforço probatório



do médico em demonstrar que agiu em conformidade com a sua *legis artis*, pois é este quem está em melhores condições para o fazer”.

Todavia, salvo o devido respeito, tais decisões suscitam reparos.

É que o “ônus da prova” não é a imposição de (qualquer) “dever” às partes – mas sim, e tão-só, uma “regra de decisão” imposta por lei ao julgador – no caso de quanto a certa factualidade relevante o processo não fornecer elementos probatórios suficientes para a sua assunção, regra essa legal relativa a “julgamentos de matéria de facto” (artºs. 341º e 342º e sgts. do C.C.).

Assim, pois, se, num caso, há dificuldade de proferir uma decisão de facto, por virtude de particular exigência de conhecimentos específicos<sup>105</sup>, não cabe ao julgador, (1) nem julgar, com “tal insuficiência; (2) nem desaplicar e substituir, e, assim, violar as regras legais sobre “ônus da prova”.

O que caberá, então, ao julgador é officiosamente requerer uma perícia – se as partes a não requereram como determinam os artºs. 411º e 467º do C. Pr. C..

E também a parte não se pode “queixar” da dificuldade, quanto a “ela”, de carrear prova! Pois que, então, o que lhe cabe é requerer que “sobre tal matéria factual” recaia um “julgamento” por “peritos”. Ainda que, a final, seja, fundamentadamente, o Tribunal “o perito dos peritos”.

Doutro modo, a decisão do Tribunal – de não requerer officiosamente a peritagem e de desaplicar e substituir as regras legais sobre ônus de prova – enferma, por um lado, do “vício de insuficiência” e, por outro, do “vício de violação da lei” (processual e substantiva) e da Constituição.

---

105. De regras de experiência, *legis artis ad hoc, ou id quod plerumque accidit*.

Como manifestamente resulta do “caráter instrumental” do processo executivo, do “direito do cidadão” a que o seu caso seja julgado “mediante processo equitativo” (artºs. 2º e 20º, nº 4, da C.R. e artº. 6º da C.E.D.H.) e do “dever de obediência à lei” (artº. 4º da L.O.S.J., 8º do C.C., 5º, nº 3, e 607º, nº 3, do C. Pr. C. e 2º, 20º, nº 4, e 202º a 204º da C.R.).

*Por sua vez, quanto à culpa*, na “responsabilidade civil contratual”, em geral, o ónus da sua prova – como referido – cabe a quem peticionar a indemnização (a vítima da conduta ilícita). Todavia, assim não será se existe uma “presunção legal” de culpa, (artº. 344º do C.C.).

Ora, tal presunção existe, quanto à culpa, se está assumido quanto ao agente que o mesmo “não cumpriu” ou “cumpriu defeituosamente” as respetivas obrigações contratuais – como determina o artº. 799º do C.C..

Todavia, este preceito só presume a culpa – se existe assumido positivamente o referido pressuposto de “não cumprimento” ou “cumprimento defeituoso”, como, “clara e expressamente”, refere o cit. artº. 799º.

Isto é, tal preceito não presume uma “faute”: “a falta de cumprimento” ou o “cumprimento defeituoso”.

Naquele sentido, **Abrantes Geraldês** (o. cit., “Privação do Uso”) e **Ac. S.T.J. de 18-09-2007**, Rev. 2334/07, 1ª Secção (Alves Velho, Moreira Camilo e Urbano Dias).

No mesmo sentido, **Antunes Varela** realça que, embora o ónus da prova de culpa recaia sobre o devedor, é ao credor que incumbe a prova do facto ilícito de não cumprimento ou, tratando-se de cumprimento defeituoso, a prova do defeito verificado (“Obrigações”, 2ª ed., 97).

Assim, também o **Ac. R. Porto de 06-03-2006** (C.J. 2006, 2º, 151), ao escrever que no domínio da responsabilidade médica não recai sobre

estes qualquer obrigação de resultado, mas sim de meios ou diligências, cabendo à credora a prova da ilicitude, ou seja, que a Ré violou as *leges artis*, e à demandada (...nesse caso...) a prova de que, no circunstancialismo apurado, não podia ou não devia ter agido de modo diferente. E, em sentido similar, o **Ac. R. L. de 20-04-2006 (C.J. 2006, 2ª, 110)**.

Em síntese, como **decidiu o S.T.J., no seu acórdão de 18-09-2007:**

“I- “Ressalvados os casos em que o médico garante a obtenção de um resultado, a obrigação a que o médico se vincula perante o paciente é a de lhe proporcionar os melhores e mais adequados cuidados ao seu alcance, em conformidade com os conhecimentos científicos atualizados e comprovados.

II – Num contrato de prestação de serviços médicos recai sobre o que requer a prestação de serviços o ónus da prova de que o tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados.

III – Só depois de verificada a prova da existência de cumprimento defeituoso da obrigação assumida, funciona a presunção de culpa sobre o prestador de serviços.

IV – Não se provando que, após a realização de um parto, a manutenção de fragmentos de placenta se deveu a incumprimento de deveres da profissão, fica indemonstrado o incumprimento objetivo do contrato de prestação de serviços médicos (CJ/STJ, 2007, 3º, 54).

Como realça **Antunes Varela**, “... a culpa e a ilicitude são conceitos distintos. Abrangem aspetos diferentes, embora em certo sentido complementares, da conduta do autor do facto.

A ilicitude considera esta conduta objetivamente, como negação dos valores tutelados pela ordem jurídica... A culpa, ... olha ao lado individual, subjetivo, do facto ilícito, embora na apreciação da negligência

a lei incluía ... elementos de carácter objetivo” (“Das Obrigações em Geral”, I, 4ª ed., Almedina, págs. 511/512).

E realçando este autor que o Código Civil português expressamente distingue entre um e outro dos dois aspetos da conduta do agente, no seu artº. 483º.

E é no mesmo sentido o ensinamento de **Mário Júlio de Almeida Costa**, ao lembrar que “isto mesmo patenteia o artº. 483º, no seu nº 1 ...” (“Direito das Obrigações”, 5ª ed., Almedina, pág. 465).

E defende tal autor, a págs. 465/466:

“Portanto, uma coisa é a ilicitude e outra a culpa. Como antes se disse, a culpa em sentido amplo consiste precisamente na imputação do facto ao agente. Ela define um nexo de ligação do facto ilícito a uma certa pessoa.

A responsabilidade civil, em regra, pressupõe a culpa, que se traduz numa determinada posição ou situação psicológica do agente para com o facto. Só excecionalmente a lei se contenta com a existência, entre o facto e o agente, de um puro nexo material (artº. 483º, nº 2). São os casos, adiante considerados, de responsabilidade civil objetiva ou pelo risco.

Já decorre do exposto que os conceitos de ilicitude e de culpa refletem aspetos distintos da conduta do agente, posto que intimamente relacionados. Pode-se dizer que a ilicitude encara o comportamento do autor do facto sob um ângulo objetivo, enquanto violação de valores defendidos pela ordem jurídica (juízo de censura sobre o próprio facto); ao passo que a culpa pondera o lado subjetivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram (juízo de censura sobre o agente em concreto). Daí que o regime jurídico das causas de exclusão da ilicitude se apresente autónomo da disciplina das causas de exclusão, atenuação ou agravamento da culpa”.

*É certo que o artº. 493º, nº 2, do C. Civil* estabelece uma presunção de culpa por quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados – exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de as prevenir.

E nessas atividades perigosas incluiu-se, p. ex., “a aplicação médica de raios x” (Mário Júlio de Almeida Costa, cit., fls 473/474).

Todavia, tal preceito insere-se na subsecção da “responsabilidade civil” extracontratual, por “factos ilícitos”. E não abrange a responsabilidade civil contratual, por exercício de conduta “lícita” e, até, no cumprimento de “obrigações”.

Isto é, o artº. 493º, nº 3, só se aplica aos casos em que a atividade médica é exercida “sem consentimento” do doente ou com um “consentimento viciado”, por falta ou erro de informação, como infra se desenvolve.

Ou se ocorreu uma “resolução” do consentimento (antes) prestado – por verificação da (sua) condição resolutiva: uma “alegada e provada” intervenção médica com “mala praxis”. Mas a alegar e com ónus da prova a cargo da vítima (artºs. 270º, 405º e 798º do C.C.). Como infra se desenvolve (Título VIII, Capítulo II).

Também para **Carlos Alberto Mota Pinto** (“Teoria Geral do Direito Civil”, 2ª ed. Coimbra Editora, pág. 115), para o surgimento da responsabilidade civil, necessário se torna que, para “além da existência de um dano e de uma ligação causal entre o facto gerador de responsabilidades e o prejuízo se verifiquem ‘outros pressupostos’, como em princípio, que o facto seja ilícito, isto é, violador de direitos subjetivos ou interesses alheios tutelados por uma disposição legal, e culposo, ou seja, passível de uma censura ético-jurídica do sujeito atuante.

Escrevemos “em princípio”, pois há certos casos expressamente previstos na lei em que a responsabilidade civil prescinde da culpa ou da ilicitude”.

Em contrário, mas sem fundamentar, **Cláudia Monge** (o. cit., pág. 55).

O **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-10-2015** também defende que o artº. 799º integra presunção de culpa num caso em que numa colonoscopia se ocasionou a perfuração do intestino (Maria dos Prazeres Beleza, Salazar Casanova e Lopes do Rego – in C.J. – STJ – 267, Tomo III, pág. 80).

Todavia, tal preceito só se aplica se está alegado e provado, e com ónus a cargo da vítima, que o médico “não” respeitou, na sua intervenção, se consentida, as *leges artis ad hoc*. Como resulta do “expressamente” estatuído em tal preceito, ao pressupor “falta de cumprimento” ou “cumprimento defeituoso”. Vide, *infra*, Título VIII, Capítulo I.

E neste sentido é o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26-01-2016, ao decidir que:

“Tendo sido acordado entre o doente e a médica a prática de uma intervenção cirúrgica (remoção de um pólipó no útero por histeroscopia), estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos, sendo de natureza contratual a responsabilidade civil que daí possa advir pelo incumprimento culposos.”

“No âmbito da responsabilidade médica decorrente de uma obrigação de meios, cabe ao paciente alegar e provar o incumprimento ou cumprimento defeituoso dos atos necessários à produção de um bom resultado, mas ficando demonstrado que existiu um ato ilícito médico... Cabe ao médico demonstrar que agiu sem culpa, sob pena de presumir-se essa mesma culpa.” (in C. Jur., nº 268, Ano XLI – T. I, 2016, pág. 286).

Realce-se, no entanto, que se a falta de prova é, tão-só, quanto ao “montante”, ao “valor” duma repercussão negativa que se assumiu existente e “causada”, adequadamente, pela conduta ilícita e culposa

do agente, aqui, todavia, o ónus da prova não funciona, porquanto o Tribunal terá que ditar não um *non liquid*: mas sim, “julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados” (artº. 566º, nº 3, do C.C.). Ou “condena no que vier a ser liquidado” (artº. 609º, nº 2, do C. Pr. C.). Vide, *supra*, Título V, Capítulo VI.

Por sua vez, se a responsabilidade civil em causa é extracontratual, *mutatis mutandis*, aplicam-se os juízos de valor antes expostos para a responsabilidade contratual. Dados, quanto ao “dano da ilicitude”, quer o referido preceito geral do artº. 342º, nºs 1 e 2, do C.C., quer o preceito específico do artº. 483º do C. C.

E quanto à “repercussão negativa” do dano da ilicitude, dadas as regras comuns (aos dois tipos de responsabilidade civil), nomeadamente, dos artºs. 562º, 563º e 566º, nº 3, do C. C..

Todavia, se estamos no campo da responsabilidade civil extracontratual, há que ter em conta as presunções legais, nomeadamente, dos artºs. 490º, 491º, 492º e 493º do C. C.. E, sendo este último preceito, quanto ao seu nº 2, especialmente aplicável a alguns atos de cuidados de saúde.

Se estamos a avaliar os casos específicos regulados no artº. 493º, nº 2, do C. Civil, ou similares – e como, então, responsabilidade civil extracontratual –, aí, a “causalidade relevante já será a da teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa.

E quer quanto ao nexo causal entre a conduta e o bem jurídico lesado (dano da ilicitude) quer quanto à “repercussão negativa” deste, na esfera jurídica da vítima (dano do desvalor moneratório).

Como será, p. ex., o caso do médico que na realização duma colonoscopia perfura o intestino no paciente – e se provou que tal ocorreu por *mala praxis*.

Sobre esse tipo de casos danosos, vide, *supra*, Título IV, Capítulo II, Secção I.

TÍTULO VI  
DENSIFICAÇÃO NORMATIVA DO DANO  
DE “PERDA DE CHANCE”





A figura jurídica do “dano de perda de chance”, como supra relatado, teve a sua génese na jurisprudência francesa, em 1889, na avaliação dum comportamento negligente dum servidor de justiça (*officier ministériel*) que logrou uma normal tramitação dum processo judicial, ocasionando à parte a perda duma oportunidade de êxito.

A partir daí, teve uma ascensão crescente e uma enorme *ubiquidade*.

Não só regionalmente, alastrando a Espanha e Itália, como aos países do direito anglo-saxónico e também à América Latina, como Argentina, Brasil e Chile.

E, igualmente, no sentido vertical, abrangendo não só o direito positivo interno desses países como inserindo-se em direito supranacional.

E, também, saindo do âmbito inicial da prestação de serviço judicial, a figura alargou-se aos mais variados campos do direito civil, quer na mais diversa responsabilidade civil contratual e extracontratual como atingindo, inclusive, o campo do direito administrativo.

E *como categoria jurídica-autónoma de dano*: dano de “perda de oportunidades”, “*pert d’une chance*”, “*perdita di chance*”, “*pérdida de oportunidades*” ou “*loss of chance*”.

Na *Jurisprudência portuguesa* a categoria jurídica em causa começou a ser avaliada, nomeadamente, e de modo expreso, em meados da

década passada, podendo considerar-se maioritária a corrente jurisprudencial que aceita tal categoria de dano como “dano autónomo”, na jurisprudência administrativa – por exemplo, no campo da rejeição indevida dum concorrente a um “concurso público” – e na jurisprudência dos Tribunais da Relação.

Já na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça a corrente dominante tem sido a que rejeita a assunção e autonomia de tal categoria jurídica.

Se bem que, nos anos 2015 e 2016, já encontramos acórdãos a abrir uma janela na sua aceitação, ainda que limitada a casos em que exista um “grau de probabilidade”, de existência da “oportunidade”, de “consistente e séria, ou seja, com elevado índice de probabilidade” (supra citado Ac. S.T. J. de 09-07-2015). Ou, abrindo ainda mais a janela, “desde que haja uma possibilidade relevante” (de obter um benefício ou de evitar um prejuízo), desde que essa probabilidade “seja substancial” – e não, “em suma, se estamos perante chances reduzidas ou muito reduzidas” (supra citado A. S. T. J. de 16-02-2016).

Quanto à *doutrina portuguesa*, como supra referido, a tese maioritária é a da aceitação da categoria jurídica autónoma do “dano de perda de oportunidade”.

E, muitas vezes, acontece também, quer na doutrina quer na jurisprudência, que na essência da decisão dum caso, se não surge expressamente a colação da figura jurídica em causa, todavia, a mesma está implícita na respetiva avaliação.

Na categoria jurídica do “dano de perda de chance”, encontramos duas subespécies.

**Numa**, a “perda de chance” consubstancia a lesão dum direito ou dum bem juridicamente protegido, existente no património do lesado, que, em si, é possuidor da oportunidade de se obter um resultado

favorável, um ganho, um lucro (de natureza patrimonial ou não-patrimonial), e oportunidade essa que, com a lesão causada (lícita e culposamente), por terceiro, não se pode vir a concretizar, logrando-se.

**Noutra subespécie**, a “perda de chance” consubstancia a perda de uma oportunidade de se evitar um resultado desfavorável, para um direito ou um bem juridicamente protegido da esfera jurídica (patrimonial ou não-patrimonial) da vítima, e que, por virtude da omissão dum ato devido, ilicitamente e por culpa do agente, o referido resultado desfavorável veio a ocorrer<sup>106</sup>.

Dos vários casos tratados na jurisprudência portuguesa, e referidos supra (nº 3), podemos elencar na primeira espécie de dano, p. ex., o caso dum concorrente, a uma empreitada pública, ilicitamente preterido, e que assim viu gorada a (sua) oportunidade de lhe ser adjudicada a empreitada, como “direito” que lhe assistia, na qualidade de concorrente que preenchia os pressupostos exigíveis para se apresentar ao concurso (**cit. Ac. STA. de 29-11-2015**).

Ou o caso tratado no referido **Acórdão do S.T.J. Justiça de 09-02-2006**, em que o autor pretendia ser indemnizado da perda de oportunidade da venda de um imóvel de que era proprietário e que havia sido já objeto de contrato-promessa de compra e venda, mas cuja execução veio a frustrar-se em resultado da penhora indevida daquele imóvel. A ação foi proposta contra a instituição de crédito que promoveu a penhora e o pedido formulado referia-se à mais-valia que iria ser obtida na venda projetada.

Como casos subsumíveis à segunda subespécie de dano, temos sobretudo os casos de prestação de cuidados de saúde em que, por falta de um devido tratamento médico que, segundo as *leges artis ad hoc*, era

---

106. Porque “o que fez” não devia ter sido feito; ou porque “o que não fez” devia ter sido feito – segundo as *leges artis ad hoc* e a respetiva obrigação do seu respeito.

aconselhável, se vem a verificar uma lesão na integridade física ou psíquica do doente, ou até a sua morte, que, doutro modo, teria a probabilidade de não ocorrer, ou não se vem a alcançar uma oportunidade de cura do doente.

Como foi o caso decidido no **Ac. do S.T.J. de 28-01-2016**, que se analisa infra (Título VIII, Responsabilidade civil, no caso específico da prestação de cuidados de saúde).

Por sua vez, na temática da categoria jurídica do “dano de perda de oportunidade”, como dano autónomo, há que autonomizar, devidamente, os dois “tipos de dano” que naturalmente se connexionam na respetiva equação fáctica e jurídica.

Ou seja, há que avaliar, antes de mais, o “*dano da ilicitude*”, e, por sua vez, o (consequente e eventual) “*dano da repercussão negativa*” (daquele) na esfera jurídica do lesado (“dano patrimonial” ou “dano não-patrimonial”).

Na verdade, pode haver um “dano de ilicitude” e, todavia, este não ocasionar qualquer “repercussão negativa” (“dano patrimonial” ou “dano não-patrimonial”) na esfera jurídica da vítima. Mas já não pode ocorrer uma “repercussão negativa” indemnizável (“dano patrimonial” ou “dano não-patrimonial”) se não preexistir a assunção dum certo “dano de ilicitude” que tenha “ocasionado” a “repercussão negativa”.

E, por sua vez, o regime jurídico dos dois tipos de dano é específico para cada um, naturalmente, mesmo em questões comuns – como, p. ex., a da “causalidade” – pois nada impõe, a priori, que deva haver homogeneidade<sup>107</sup>.

---

107. Assim, o regime específico do “dano da ilicitude” encontra-se nos art.ºs. 483º e sgts. do C. Civil, para a responsabilidade extracontratual, e nos art.ºs. 798º e sgts. para a responsabilidade contratual.

Já o regime específico do “dano da repercussão negativa” encontra-se nos art.ºs. 562º e sgts. do C. Civil e é comum aos dois referidos tipos de “dano da ilicitude”. E, inclusive, é aplicável ao “ilícito criminal” (art.º. 129º do C. Penal).

Suponha-se a seguinte hipótese dum acidente de viação causado pelo condutor A dum veículo ligeiro que, conduzindo na via pública a uma velocidade superior à estabelecida no Código da Estrada, se des-pista numa curva e vem a embater em dois veículos, respetivamente, x e y, pertencentes a B, e que aí se encontravam estacionados, em local próprio, junto à moradia de B.

Em tema de “*dano de ilicitude*”, o condutor A é seu responsável, porquanto na sua dita conduta infringiu disposições legais obrigatórias, com culpa, e, assim, causou a lesão do direito de propriedade de B sobre os referidos veículos estacionados, x e y – e conforme dispõem, nomeadamente, os artºs. 483º e 487º do C. Civil (responsabilidade civil por factos ilícitos) e 1305º (direito de propriedade), e assumido que seja, em tema do requisito do nexo de causalidade entre conduta do agente A e o direito violado de B, que aquela foi, em relação à dita lesão, “causa adequada” (da mesma), e de acordo com a respetiva “teoria” que se defende ser a apropriada ao caso.

Ora, já quanto ao dano da “repercussão negativa”: na esfera jurídica da vítima, B, daquele “dano de ilicitude”, da responsabilidade de A, o tema terá que ser avaliado à luz dos artºs. 562º e sgts do C. Civil.

E aqui vamos supor que, no dito exemplo, as viaturas sinistradas, x e y, eram dois veículos da mesma marca, do mesmo ano, de valor comercial idêntico e os danos reais que sofreram foram exatamente idênticos. Ou seja, ficaram com as portas dianteiras, do lado esquerdo, danificadas, sendo que a reposição das mesmas teria um custo orçado em 1000,00 euros por cada porta.

Até aqui, obviamente, o responsável A teria, como obrigação de indemnização a B, que lhe pagar 1000,00 euros referentes ao veículo x e mais 1000,00 euros referentes ao veículo y.

Mas suponha-se, ainda, que o veículo x era o veículo de uso particular de B, e que durante 15 dias este não iria usar tal veículo, para seu serviço particular.

Mas já quanto ao veículo y, este veículo era usado quotidianamente por B, no desempenho da sua profissão pessoal de taxista, com intuítos lucrativos.

Ora, se a reparação das portas dos ditos veículos importasse, para cada um, um período de paralisação de 15 dias – então, quanto ao veículo x, “a repercussão negativa” do dito “dano de ilicitude” na esfera jurídica do lesado B, resumir-se-ia a um déficit de 1000,00 euros.

Mas já quanto à “repercussão negativa” do dano da ilicitude quanto ao veículo y, além dos 1000,00 euros de déficit para recompor a porta danificada, B viria ainda a sofrer o déficit acrescido da perda da receita que, durante 15 dias, o uso desse veículo y lhe proporcionaria. Pelo que, à luz do referido regime da obrigação de indemnizar, dos art.ºs. 562º e sgts. do C. Civil, B teria o direito de exigir de A também a obrigação de o compensar das receitas (líquidas) que teria tido a “oportunidade” de obter se não fora o dito “dano de ilicitude” de A que lhe lesou essa “oportunidade”.

E “oportunidade” esta que é um bem juridicamente protegido de A, como “proprietário” do veículo y, dado o “conteúdo legal” deste direito (art.º. 1305º do C. Civil). Sendo, assim, pois, uma “oportunidade”, operadora duma vantagem, consubstancial ao referido direito.

*Assim, além da questão da “causalidade”, em tema da avaliação do “dano da ilicitude”<sup>108</sup>, coloca-se agora, também, a questão de “causalidade” em tema do “dano da repercussão negativa”, na esfera jurídica do lesado, como “dano patrimonial” ou “dano não-patrimonial”.*

A questão que se põe é esta: a de assumir que a “conduta ilícita e culposa de A, que violou os ditos direitos de propriedade de B” (danos

---

108. Ou seja, assumir-se se a conduta de A, ilícita e culposa, foi “causa” da “violação” dos direitos de propriedade de B – por enquanto foi conduta, para tanto, *conditio sine qua non* e com grau de probabilidade exigível, segundo a “teoria” apropriada ao caso.

da ilicitude), foi “causa” das ditas “repercussões negativas” – ou seja, das ditas despesas de arranjo das portas dos veículos x e y e, quanto a este, ainda, da perda da oportunidade de, com o seu uso como taxista, ter B auferido um rendimento durante os referidos 15 dias de paralisação do mesmo?

Ora, na *teoria da causalidade de antanho*<sup>109</sup>, o lesado B só teria direito à indemnização da dita oportunidade perdida se o nexo de conexão entre o referido “dano de ilicitude” e essa perda fosse um nexo de “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.

Isto é, se se pudesse assumir que a dita repercussão negativa (perda das receitas líquidas do táxi) era uma consequência, não só *conditio sine qua non*, do dito “dano de ilicitude” (a conduta ilícita e culposa do condutor A), como ainda que era uma sua consequência “certa, segura, segundo as *legis artis ad hoc*”, ou pelo menos segundo as regras da experiência ou *id quod plerumque accidit*’.

*Já segundo a teoria de “dano de perda de chance”, a causalidade em causa não deverá ser a da dita causalidade adequada (na sua formulação positiva), mas, antes, uma “causalidade probabilista”.*

Isto é, basta que se possa assumir que entre a conduta ilícita e danosa do agente (dano da ilicitude) e a sua repercussão negativa na esfera jurídica do lesado se estabeleça uma conexão de que sem essa conduta a “repercussão negativa” não teria ocorrido (*conditio sine qua non*) e que essa conduta era “causa provável” dessa repercussão negativa.

*E num “grau de probabilidade” que se situe entre um máximo de certeza e acima de um mínimo, de “probabilidade ínfima e irrelevante”.*

---

109. O Cód. Civil de Seabra, de 1867, estabeleceria no seu artº. 707º que “só podem ser tomadas em conta de perdas e danos as perdas e danos que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato”.



Assim, pois, para surgir a obrigação de indenizar, não será necessário que se assuma o dito grau de certeza da teoria “causalidade adequada”, na sua referida formulação positiva.

Bastará um “grau de probabilidade” que se situe acima de um grau mínimo, (“ínfimo e irrelevante”)”<sup>110</sup>.

*Questão será já, numa segunda avaliação, definir qual deve ser esse “grau mínimo” abaixo do qual a “probabilidade” será irrelevante e que só acima dele gerará responsabilidade indenizatória.*

É óbvio que na teoria do dano da perda de oportunidade não se rejeita a obrigação de indenizar quando a conexão causal, em avaliação, seja de certeza, *ou id quod plerumque accidit* – segundo as regras das *legis artis ad hoc* ou as regras da experiência da vida.

A teoria do dano da “perda de oportunidades” é uma teoria “incluente”, isto é, “alarga” a obrigação de indenizar a casos que estariam excluídos pela teoria da causalidade adequada, na sua formulação positiva de antanho. Pois, se a teoria do dano de “perda de oportunidade” inclui na obrigação de indenizar uma oportunidade que, no caso, fosse tão-só uma “probabilidade”, por maioria de razão, assume como obrigação de indenizar a “oportunidade” cuja perda é, “seguramente”, atribuível ao dano da ilicitude.

A relevância da teoria do dano da “perda de oportunidade” e da respetiva figura da “causalidade probabilista” está nesse alargamento, nessa inclidência. Pois que, se nada acrescentasse, então, não teria utilidade e *res non sunt multiplicanda*.

---

110. Assim, pois, a teoria da “causalidade probabilista”, segundo a corrente dominante, “não se basta” com (mera) probabilidade de 1%. Como ocorre com a “teoria da causalidade adequada”, na sua formulação negativa.

Ora, essa *diferença entre a teoria, de antanho*<sup>111</sup>, “*causalidade adequada*”, na sua formulação positiva, e a teoria do dano de “perda da oportunidade”, com a sua específica e própria “causalidade probabilista”, tem relevância essencial e prática em muitas situações da vida do cidadão – na medida em que, respetivamente, exclui ou inclui a responsabilidade de indemnização que ao caso possa caber.

Suponha-se, por exemplo, o caso do mandato forense, em que o advogado do A. apresenta o requerimento e alegações dum recurso da sentença, fora de prazo, o que acarreta a deserção do mesmo e o trânsito em julgado da respetiva decisão.

E vamos supor que tal se passa num processo judicial em que o autor, A, reivindica duma Junta de Freguesia a propriedade duma faixa de terreno, junto a um caminho público, e com o argumento de determinada faixa ter sido cedida pelos pais, de que foi único herdeiro, a fim de ser alargado o caminho público adjacente. Mas, todavia, tal ato estaria viciado, porquanto tal cedência não o foi por escritura pública, e, como tal, seria uma cedência nula, ao abrigo do artº. 220º do C. Civil, e das disposições da lei que, segundo o autor, exigiriam tal forma legal.

Suponha-se que a Ré, Junta de Freguesia, contestou, argumentando que tal faixa de terreno passou a fazer parte do domínio público, porquanto para tal bastou o dito acordo verbal com os então proprietários, seguido por uma apropriação efetiva pelo poder público, que, realmente, fez obras, de pavimentação nessa faixa e colocou tal terreno à utilização pública da comunidade, como via pública.

Ora bem, perante este litígio, suponha-se que o Tribunal da 1ª instância julgou segundo a avaliação jurídica da Ré e decidiu que a dita

---

111. Quando aplicada à responsabilidade civil contratual ou extracontratual e na avaliação da conexão quer da conduta com o bem lesado (dano da ilicitude”), ao abrigo dos artºs. 483º e sgts. e 798º e sgts. do C.C., quer entre o “dano da ilicitude” e a sua “repercussão negativa” – ao abrigo dos artºs. 562º e sgts. do C. Civil.

faixa de terreno ingressou validamente no domínio público, pelo dito acordo verbal (*dicatio ad patriam*), e pela dita apropriação real da entidade pública (ingresso no domínio público, por uma afetação real e por “intangibilidade da obra pública”, feita sem usurpação de poder).

Todavia, o A. não concordava com tal tese, como julgado na sentença. E, daí, cabendo no caso recurso, ter o seu advogado interposto o mesmo.

*No entanto, por conduta ilícita e culposa de tal mandatário forense, o recurso ficou deserto e a sentença transitou, porquanto o advogado não respeitou os devidos prazos legais para a interposição do recurso.*

Ora, então, não há dúvida de que, com tal conduta ilícita do advogado, a parte respetiva perdeu a oportunidade de, em recurso, a sentença poder vir a ser alterada e a ter tal parte ganho de causa, sendo procedente a reivindicação de tal faixa de terreno, com um valor, por hipótese de 10 000,00 euros.

Pois bem, na teoria da “causalidade adequada” de antanho, a parte lesada, o autor A, só teria direito a ser indemnizado, e pelo dito valor total de 10 000,00 euros, se fosse de assumir, *in casu*, que, caso o recurso tivesse sido aceite, com toda a “certeza”<sup>112</sup>, a tese da A vingaria no respetivo Tribunal da Relação *ad quem* e a sentença seria revogada, decidindo-se a restituição ao A da plenitude da propriedade da dita faixa de terreno.

Mas já se a questão for avaliada à luz da teoria do dano de “perda de chance”, a possibilidade de indemnização é “mais ampla” e “mais includente”.

---

112. Ou, que assim ocorreria *id quod plerumque accidit* (mais de 80%).

Porquanto, se, *in casu*, após averiguação do “historial” das decisões do respetivo Tribunal da Relação, nesse tipo de questão pendente, existem sete decisões que seguem a tese da Junta de Freguesia, e três decisões que seguem a tese da Autora-recorrente, então o Autor teria, *in casu*, uma “probabilidade de ganho”, que lhe proporcionaria o recurso, de 30%.

E só se a “probabilidade de ganho”, à luz da dita indagação histórica, fosse inferior a um mínimo “ínfimo, irrelevante”, é que não teria direito a indemnização alguma <sup>113</sup>.

E, assim, à luz das regras dos art.ºs. 562º e sgts. do C. Civil, o Autor lesado pelo dito “dano de ilicitude” do seu mandatário forense teria direito de obter dele uma indemnização. E pela repercussão negativa na esfera jurídica, de tal dano de ilicitude, que, no caso, seria no seu máximo a perda dum bem do valor de 10 000,00 euros, pelo que lhe caberia, proporcionalmente, o direito a ser indemnizado em 30%, ou seja, 3000,00 euros.

Isto é, na teoria do dano de “perda de chance”, a causalidade em causa é uma “causalidade probabilística”, que será bastante para fundar a obrigação de indemnizar, a cargo do autor do “dano da ilicitude” e na “proporção” do seu “apurado” grau de probabilidade, no respetivo caso.

Ora, este “grau de probabilidade” da “causalidade probabilística” em causa, por vezes, exigirá uma indagação histórica, como no caso em apreço, e em que noutros, exigirá conhecimentos especiais, de “peculiares *“legis artis ad hoc”*, regras de experiência ou *id quod plerumque accidit* que postulam uma “perícia”. E que, se falha, então contaminará a decisão jurisdicional de “insuficiência substantiva” e lesão do “direito do

---

113. Que o A situa entre os 10 e 15%. Por ser um “patamar, ínfimo”, de “probabilidade muito reduzida”, e, como tal, deve ser irrelevante. Vide, supra, Título V, Capítulo III.

cidadão dum processo equitativo”, e, como tal, “violação da lei” (artºs. 411º e 467º do C. Pr. Civil e artº. 20º, nº 4, da C.R.)<sup>114</sup>.

Assim, na teoria do dano de “perda de oportunidade” a relação de conexão entre o “dano da ilicitude” e a sua “repercussão negativa” na esfera jurídica do lesado, para gerar responsabilidade civil de indemnização, é uma relação de “*causalidade probabilística*”, não se exigindo uma relação de “*causalidade adequada*”, certa ou segura (segundo as *leges artis ad hoc*, as regras da experiência ou *id quod plerumque accidit*)<sup>115</sup>.

A questão específica quanto a tal “causalidade probabilista” é qual o “*grau exigível de probabilidade*” para que possa gerar responsabilidade indemnizatória a favor da vítima e em que proporção, relativamente ao valor total da respetiva repercussão negativa, se avalia o *quantum* indemnizatório.

No primeiro tema, as teses variam, conforme supra (Título V) se desenvolve.

Assim, para uma tese, minoritária, para que o “dano da ilicitude” fundamente obrigação de indemnizar, basta que o “grau de probabilidade” de ter ocasionado a “repercussão negativa” na esfera jurídica da vítima vá dos 0,1% a 99,9%. É tese, na sua essência, consubstancial à “teoria da causalidade adequada”, na sua formulação negativa (Ennecerus-Lehmann).

Para a doutrina e jurisprudência anglo-saxónica, a tese maioritária exige que a probabilidade ultrapasse os 50%, embora sem cálculos probabilísticos rigorosos. É a regra do *more probable, than not, more likely than*

---

114. Como será os casos de apuramento, p. ex., se certa prestação de serviços médicos com *mala praxis* foi, ou não, causa da ocorrida lesão da personalidade física do paciente (perfuração dos intestinos, p. ex.). Como “dano de ilicitude”. Ou será o caso de apuramento em que “medida” a lesão, provocando incapacidades pessoais, se repercute negativamente na esfera jurídica do paciente-lesado (dano patrimonial). Vide, infra, da “necessidade” das duas perícias – Título VIII, Capítulo III.

115. Na formulação positiva de tal causalidade adequada.

*not*: numa valoração de “balanço de probabilidades” (*balance of probabilities*). Pelo que, se o “balanço” for de 49%, não se origina uma obrigação de indemnizar.

Para a teoria dominante, o grau de probabilidade será relevante para fundamentar a obrigação de indemnizar, se se situa entre o patamar máximo dos 80%-85% e um patamar inferior, de um grau de “probabilidade ínfima e irrelevante”, da ordem dos 15%-20%<sup>116</sup>.

E nestes limites poderemos subdividir o dano ressarcível, no caso de “dano de perda de chance”, como obrigação de indemnizar a “repercussão negativa” na esfera jurídica da vítima, se o mesmo se pode assumir como:

- Dano Elevado (entre os 50% e os 80%-85%;
- Dano Médio (de 50%);
- Dano Baixo (entre os 15%-20% e os 50%);
- Dano Muito Baixo (inferior a 15%-20%).

Não gerando, pois, responsabilidade civil indemnizatória o dano cuja probabilidade de ter existido seja Dano Muito Baixo (inferior a 15%-20%).

E, quanto ao Dano Muito Elevado” ou seja, superior a 80%-85%, a obrigação da sua indemnização já resultará de aplicação da teoria tradicional da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”, pelo que não assumirá relevância a sua inclusão na categoria jurídica autónoma do “dano de perda de chance”, e em que, também, a indemnização corresponderá aos 100% do valor em si da “repercussão negativa” que ocorreu.

---

116. O Ac. S.T.J. de 16-02-2016, citado supra (Título I, Capítulo I, Secção 3), refere como patamar inferior, excludente da obrigação de indemnizar, se “em suma estamos perante chances reduzidas ou muito reduzidas”.

Sendo racionalmente certo que, se a teoria da “causalidade probabilista” se basta com uma “probabilidade” acima dum “patamar ínfimo” (dos 15/20%), então, obviamente, aceita a obrigação de indemnizar se a “probabilidade”, no caso, está nesse patamar dos 89/100%.

Por sua vez, como é natural, também para se efetuar a avaliação do referido grau de “causalidade probabilística”, poderá ocorrer, caso a caso, a necessidade de uma indagação histórica ou do recurso a uma prova pericial<sup>117</sup>.

Pelo que a sua falta poderá inquinar a respetiva decisão jurisdicional do vício de “insuficiência substantiva”.

Se, por ventura, após nomeadamente a devida investigação histórica ou a postulada prova pericial, resultarem dúvidas fundadas acerca de qual o grau de probabilidade causalística existente no caso *sub judice*, deve assumir-se um grau de probabilidade da ordem dos 50% como decisão equitativa.

Na verdade, se existe tal dúvida fundada, é justo e equitativo que a mesma se reparta entre lesante e lesado, sem prejudicar, nem beneficiar, mais um do que o outro – e certo que seja que a probabilidade causal está acima duma “probabilidade ínfima e irrelevante” e abaixo duma “probabilidade muito elevada” (certa e segura).

*Por sua vez, uma vez assumido qual o “grau de probabilidade” causabilística, entre o “dano da ilicitude” e a (sua) “repercussão negativa” na esfera*

---

117. Por exemplo, na hipótese de um mandatário forense que interpôs um recurso de uma sentença, mas fora de prazo, há que indagar qual o historial de decisões diversas, sobre o tema, que fossem favoráveis ou não à tese defendida pelo recorrente. E, no Tribunal, para que se recorresse.

No caso de responsabilidade por serviços de saúde, qual o ditame a assumir segundo as *legis artis ad hoc*, o que, na regra, exigirá conhecimentos especializados do foro médico. Vide, infra, Título VIII, Capítulo II, quanto à necessidade de duas perícias. Quer para a conexão entre a conduta e a lesão do direito (dano de ilicitude), quer para a repercussão negativa deste (dano patrimonial), quando há incapacidades.

jurídica do lesado – e esfera jurídica, patrimonial ou não-patrimonial –, então, numa segunda operação, *haverá que fazer repercutir esse “grau de probabilidade” no valor, em si, do dano patrimonial ou não-patrimonial ocasionado.*

Fazendo-se, pois, uma operação de “compensação proporcional” (*proportional compensation*).

Suponha-se que certa mercadoria que A comprara para revenda, com lucro, no âmbito da respetiva atividade profissional lucrativa de comerciante por grosso, se deteriora num transporte marítimo de África para Portugal, e em que essa “deterioração” é da responsabilidade, ilícita e culposa, da empresa transportadora B.

Pois bem, B é responsável civilmente pelo “dano da ilicitude” de, na sua prestação de serviço de transporte, não ter respeitado as devidas regras e com culpa, e daí ter ocorrido a lesão de direito de propriedade do cliente sobre tais mercadorias. E, no caso, ao lesar tal direito, ter, também, lesado a “oportunidade” de A obter uma “vantagem”, consubstanciada naquele direito lesado<sup>118</sup>, de “revendendo” tais mercadorias vir a obter um “lucro líquido”.

Ora, vamos supor que, no caso da prova feita, resulta com segurança quer que A revenderia tais mercadorias com lucro quer que esse lucro seria de 10 000,00 euros, como peticionou A. Pois, então, o *quantum* da obrigação de indemnizar seria de valor total.

Mas, se da prova resultasse que a probabilidade de A. revender a mercadoria com o dito lucro líquido de 10 000,00 euros, era, tão-só, da ordem dos 70%, então, o *quantum* da obrigação de indemnizar seria, tão-só, de 7000,00 euros.

Realce-se, também, que no direito positivo português, perante uma dúvida fundada acerca do “valor exato dos danos”, no âmbito

---

118. Direito de propriedade, que consubstancia o “direito de disposição” da coisa (artº. 1305º do C.C.).



da “obrigação de indemnização”, o Tribunal não pode pronunciar um “*non liquet*”, absolvendo o Réu do pedido.

À luz dos juízos de valor legais dos art.ºs. 566º, nº 3, do C. Civil e 609º do C. Pr. Civil, então, o Tribunal ou “condena no que vier a ser liquidado”, se possa presumir-se que, na fase executiva, poderão ser obtidas provas complementares tendentes à assunção dum valor indemnizatório; ou, se tal não se assumindo, devendo o Tribunal “julgar equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”<sup>119</sup>.

Realce-se, também, que a exigência ou dos referidos graus relevantes da “causalidade probabilista”, de conexão entre o “dano da ilicitude” e a (sua) “repercussão negativa” na esfera jurídica do lesado, para que se origine uma obrigação de indemnizar a cargo do lesante, pressupõe que estamos a cuidar da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, a título de (mera) culpa ou negligência do agente lesante.

Já não será assim se o agente-lesante atua com dolo que abranja a consciência de que da respetiva conduta resultará, naturalmente, como *conditio sine qua non* e não indiferente, uma certa repercussão negativa, patrimonial ou não-patrimonial, na esfera jurídica do lesado.

Suponha-se a hipótese de B, que é promitente-vendedor a A, de um prédio urbano, e cuja escritura definitiva de venda está marcada para o dia x, no entanto, ilícita e culposamente, não aparece para outorga da escritura pública e, todavia, tem conhecimento de que o promitente comprador, A, por sua vez, tinha prometido revender o prédio a C, e com outorga da escritura pública dessa revenda, marcada perentoriamente, sob pena de caducidade, para, dois dias depois, e com um “lucro líquido” para A, p. ex., de 10 000,00 euros.

Nesta hipótese, parece óbvio que B incorrerá na obrigação de indemnizar A por essa oportunidade perdida de obter a dita vantagem

---

119. Conforme supra, no Título V, Capítulo VI, se desenvolve

de 10 000,00 euros com a dita revenda do prédio e cuja vantagem B aniquilou com a sua referida conduta ilícita (dano da ilicitude).

Essa obrigação de indemnização já não estará sujeita à averiguação duma, no caso, “causalidade adequada” ou “causalidade probabilista” entre a “conduta ilícita” de B e a (sua) “repercussão negativa” na esfera jurídica patrimonial de A.

Na verdade, não se pode assumir, segundo as *leges artis ad hoc* ou as regras da experiência, que, no caso, não cumprindo B a sua obrigação de outorgar escritura de venda e transferir a propriedade do prédio para A, naquele dia aprazado, daí resultaria, “adequadamente”, a referida repercussão negativa (de perda da dita vantagem da revenda do bem): e, normativamente, quer num “grau de probabilidade segura” (superior a 80%-85%), quer num “grau de probabilidade relevante” (de mais de 15%-20%).

Certo que a “probabilidade” de um particular que promete comprar um prédio urbano tê-lo já prometido vender, com outorga da revenda dias depois, não é, naturalmente, ocorrência com um grau de probabilidade acima dos 15%-20%.

Mas, então, se aplicarmos ao caso em apreço, em que o agente atua com dolo (extensivo à lesão duma conhecida probabilidade de ganho) a teoria quer da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, quer a teoria da “causalidade probabilística”, da figura do dano “de perda de chance”, teríamos que, nessa hipótese, o agente lesante não teria que indemnizar a vítima por dano algum ou só, tão-só, num valor proporcional reduzido.

Ora, tal decisão não seria equitativa, sendo certo que o dolo tudo corrompe: *fraus omnia corrumpit*.

Isto é, quando o agente-lesante atua com o dito dolo, o mesmo responde pela indemnização da oportunidade defraudada com a sua

conduta e pela totalidade do valor da oportunidade perdida, bastando, tão-só, que a sua conduta tenha sido *conditio sine qua non* da sua ocorrência, e condição não-indiferente.

Bastando pois, tão só, uma “causalidade adequada”, na sua formulação negativa (de Ennecerus-Lehmann).

Na verdade, a disciplina dos artºs. 562º e sgts do C. Civil tem como pressuposto uma atuação do agente com “mera culpa”, bem como o contrário seria afrontosamente um desrespeito pelo princípio da equidade, que anima o Direito, pelo que, pelas duas razões, é de presumir, ao abrigo do artº. 9º, nº 3, do C. Civil, que o legislador consagrou as soluções mais apertadas, e, assim, que os regimes referidos de “causalidade adequada” na sua formulação positiva <sup>120</sup> e “causalidade probabilista” só se aplicam à obrigação de indemnizar quando o autor do dano da ilicitude age com mera culpa – e não quando atua com o referido dolo.

E, também, à mesma conclusão se chega se se tiver em conta que no juízo de prognose, *ex ante*, da causalidade entram não só as circunstâncias cognoscíveis das partes como as efetivamente conhecidas <sup>121</sup>.

Por fim, a teoria da autonomização do dano de “perda de chance”, como dano próprio e dano emergente, tem contraditores, embora em corrente minoritária, e defensores, com as respetivas argumentações contra e a favor<sup>122</sup>.

Assim, argumenta-se contra quando se afirma que “está-se perante um processo de *jurisdificação* ou *normativização* de uma mera situação de facto ou mesmo de uma pura abstração, cujo artificialismo é patente” (Rui Cardona Ferreira, o. cit., p. 212).

---

120. Quando, no caso, seja de aplicar o que se entende que só ocorre quanto à responsabilidade civil por atos lícitos ou na responsabilidade penal (vide infra, Título VIII, Capítulo VII).

121. Vide supra, Título V, Capítulo VI, Secção II.

122. Como supra, Título I, Capítulo III, se desenvolve.

Todavia, também tal crítica é infundada, porquanto o “dano de perda de chance” pressupõe a existência da lesão dum “direito ou bem jurídico”, legalmente protegido, existente no património do lesado, e com valor patrimonial ou moral – não bastando, pois, “mera situação de facto”.

E, depois, perante a assunção, no caso, daquela ilicitude é que, e numa segunda fase, se vai avaliar se ela ocasionou, ou não, uma repercussão negativa na esfera jurídica, patrimonial ou não patrimonial, da vítima e qual o seu valor quantitativo, e à luz dos critérios legais normativos dos art.ºs. 562º e sgts do C.C..

Assim, p. ex., o ladrão que furtou um automóvel não poderá exigir uma indemnização se, embora por acidente de viação, e imputável a ato ilícito e culposo de terceiro, vem a sofrer prejuízos pela privação do uso do dito veículo que furtara.

Pois que só há que assumir que existe “dano” indemnizável se são lesados “bens ou direitos... já existentes na titularidade do lesado à data da lesão”, como, em tese geral, defende **Antunes Varela** (“Dir. das Obrigações em geral”, I, 2000, p. 599), e como dispõem os art.ºs. 483º e 798º do C. Civil.

E tal pressuposto não se verifica face ao ladrão.

Uma outra crítica que se aduz é que, se se dá um amplo alcance à teoria da responsabilidade probabilística, podem crescer desmesuradamente os custos administrativos do Estado, bem como na área específica da Justiça e da ocupação dos Tribunais.

Todavia, conforme dá conta **Luís Medina Alcoz** (o. cit., p. 51), alguns analistas económicos sustentam precisamente a tese contrária.

E pondo em relevo que a (mera) causalidade adequada, do “tudo ou nada”, é que será ineficiente, porque não contribui para persuadir os agentes a tomarem as decisões menos prejudiciais para a sociedade.

Um outro argumento aduzido contra a adoção da figura autónoma do “dano de perda de chance” é o de que a *mesma contraria* um dos pressupostos da responsabilidade civil, qual seja o duma *conexão de causalidade adequada* entre a conduta do agente e o dano.

Pressuposto esse exigível *jure condendo* e, segundo tais opositores, existente em Portugal também face ao direito positivo.

E, contrariando tal pressuposto, mais aduzem tais opositores também que a teoria do “dano de perda de chance” poderia ser apodada de (mero) “artificialismo”.

Entendemos que este argumento não corresponde aos postulados valores do Direito, na sociedade moderna.

Bem como também não corresponde, realmente, a uma interpretação correta do direito positivo português.

Na verdade, desde logo enferma de “petição de princípio” a afirmação de que o nexo de conexão entre o “dano da ilicitude” e a (sua) “repercussão negativa” na esfera jurídica do lesado tenha que ser *jure condendo*, ou que seja, no direito positivo português, uma conexão de “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.

Ou seja, de que a “repercussão negativa” (dano patrimonial ou não-patrimonial) só pode assumir-se como ocasionada pela conduta ilícita e culposa do agente – e com a correspondente obrigação de indemnizar, se tal “dano de ilicitude” foi causa certa e segura da mesma, segundo as *leges artis ad hoc*, as regras da experiência comum ou *id quod plerumque accidit*.

Na verdade, à face do direito positivo português, tal “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, é válida, mas para a conexão entre a conduta ilícita do agente e a lesão (consequente) do direito ou bem jurídico protegido da vítima – ou seja, no “dano da ilicitude” – e para a responsabilidade civil contratual, bem como para

os casos normais de responsabilidade civil extracontratual por atos ilícitos, ou por atos lícitos (como são os casos dos art.ºs. 1322º, 1348º, 1349º, 1355º, 1361º e 1367º do C. Civil).

Bem como também vale para tal conexão no “ilícito criminal”.

Mas tal teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, já não vale para o campo da conexão causal entre o “dano da ilicitude” e uma (sua) repercussão negativa na esfera jurídica da vítima, como objeto da “obrigação de indemnização” (art.ºs. 562º e sgts do C. Civil)<sup>123</sup>.

*Por sua vez, a teoria do dano de “perda de chance” é uma teoria hodierna e evolutiva*, em que se pretende evitar “a drástica solução a que conduz o modelo causal tradicional do tudo ou nada” (Luís Medina Alcoz, o. cit., p. 32).

Na verdade, tal modelo de antanho, da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, ajustava-se a um “pensamento ilustrado e positivista, de “paradigma mecanicista newtoniano”, de séculos passados, e que inspiraram os códigos civis do direito continental europeu do século XIX<sup>124</sup>.

E em que o peso da “probabilidade” recaía em conjunto sobre um só sujeito<sup>125</sup>.

Por sua vez, e em espírito evolutivo, o hodierno surgimento e a consolidação da teoria da “perda de oportunidade” está mais conforme à “tomada de consciência, relativamente presente, no mundo do direito,

---

123. Vide Título IV, Capítulo II, e para o direito penal, infra Título VIII, Capítulo VII.

124. O Código Civil francês (1803), espanhol (1889) e alemão (1896).

Assim, o art.º 707º do Código Civil português, de 1867, o Código de Seabra, onde se dispõe que “só podem ser tomadas em conta de perdas e danos as perdas e danos que, necessariamente, resultam da falta de cumprimento do contrato”.

125. Supra, Título I, Capítulo III.

de que o conhecimento humano é imperfeito e limitado e que só pode expressar-se em termos de probabilidade” (cit. Luís Medina Alcoz).

É, certo, também, que há uma transformação consequente da consciência pública e da “sensibilidade justicial” que já não tolera, nos dias de hoje, que só a causalidade certa e segura anime a “mecânica da responsabilidade”.

Por sua vez, há que ter em conta que a obrigação de indemnização por responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, não tem tão-só uma mera função reparatória do prejuízo, mas também lhe anda ligada uma função preventiva punitiva, patente em diversas disposições legais vigentes. Como, p. exemplo, se reflete no artº. 494º do C. Civil.

Assim, neste estádio da civilização, o que é natural é que a hodierna teoria da “causalidade probabilista” esteja acolhida no Código Civil Português, dado que é um código de publicação recente (1967), e, pois, bem distante do que expressavam os códigos anteriores, de antanho, do século XIX, de direito similar ao nosso Código Civil de 1867, como os referidos Códigos Civis, espanhol, francês ou alemão e as respetivas teorias estão vigentes.

Mas, também, uma teoria de causalidade que se baste com uma probabilidade de 0,1% é demasiado excessiva, e só justificável – como antes referido – para a responsabilidade civil extracontratual por atos ilícitos do “tipo” dos referidos nos artºs. 491º, 492º e 493º do C. Civil ou similares. Ou no caso em que o agente atue com dolo.

E, na verdade, se interpretarmos, por um lado, os artºs. 483º e sgts. do C. Civil, sobre responsabilidade civil extracontratual, e os artºs. 798º e sgts. sobre responsabilidade contratual, e, por outro, e em concatenação, os artºs. 562º e sgts., e à luz dos cânones de interpretação dos artºs. 9º e sgts. do mesmo código – a conclusão mais adequada é a de que nada no nosso direito positivo *se opõe* à assunção da categoria

jurídica do dano de “perda de oportunidade”, como categoria autônoma e dano emergente<sup>126</sup>.

E bem pelo contrário.

Bastando que, no caso, se assuma uma “probabilidade causal”, ainda que superior a um “patamar mínimo, e indiferente”, de hipótese muito reduzida (10/15%).

Em suma, a teoria do dano de “perda de chance”, com sua “causalidade probabilista”, resulta, por um lado, da constatação da autonomia do “dano da ilicitude” e do (consequente) “dano patrimonial ou não-patrimonial” (como consequência da repercussão negativa daquele, na esfera jurídica do lesado) – e, por outro, da assunção, em termos de “causalidade relevante” – dum meio termo de “causalidade probabilista”.

E, como evolução hodierna face à teoria, de antanho, duma “causalidade adequada positiva”, do “necessário ou certo”, do “tudo ou nada”.

Mas também sem cair no excesso anverso, duma causalidade bastante de 0,1%, dum “quase nada, mas tudo” (da causalidade adequada, na sua formulação negativa)<sup>127</sup>.

Isto é, a categoria do dano de “perda de chance”, e a sua referida teoria da “causalidade probabilista”, representa uma escolha, equilibrada e justa, entre as três teorias possíveis de causalidade, em tema de responsabilidade civil.

E representa uma escolha (1) mais razoável, equitativa e com mais justiça comutativa; (2) mais conforme à (também) função preventiva e

---

126. Supra, Título I, Capítulo III.

127. Reservada para a responsabilidade civil extracontratual dos casos específicos, ou similares, regulados no artº. 493º, nº 2, do C. Civil.



punitiva da obrigação de indemnizar, (3) mais de acordo com o pensamento hodierno da relatividade; (4) mais consentânea com o hodierno sentimento comum de justiça; (5) mais adequada à atual sensibilidade jurídica; (6) mais incentivadora de comportamentos respeitadores do direito; (7) mais conforme (quanto à interpretação dos artºs. 562º e sgts do C. Civil) com os respetivos cânones legais dos artºs. 9º e 10º do C. Civil; (7) bem como mais coerente com normas supranacionais do nosso ordenamento jurídico (cit. Diretiva 92/13/CE, artigo 2-7).

E, assim, pode concluir-se, como **Rute Teixeira Pinto** (o. cit., pág. 460), que “... contra a admissão da perda de chance como uma espécie autónoma de dano não há nenhum argumento decisivo”.

E, como realça o citado **Luís Medina Alcoz**, Professor de Direito Administrativo da Univ. Complutense de Madrid, a teoria, hodierna e evolutiva, da (referida) “causalidade probabilística”, na determinação da obrigação de indemnizar, consequente a um “dano de ilicitude”, é, pelo menos, “*la menos mala*”.

E a *mais justa e equitativa*.

Ou, como se expressa **Patrícia Cordeiro da Costa** (o. cit., pág. 139), “a teoria de perda de chance resolve de forma satisfatória as questões levantadas nas situações a que se aplica, quer em termos de providenciar uma solução justa para o caso quer em termos de coerência lógica interna de construção”.

E, como refere a citada **Leonor Suárez Llanos**, Professora de Teoria e Filosofia de Direito da Univ. de Oviedo (o. cit., pág. 180), “Los argumentos de justicia y equidad están en base de la justificación material e axiológica de la Teoría de Pérdida de Oportunidad”, citando, no mesmo sentido, **Starck** (1996, p. 60).

E teoria esta que é predominantemente seguida nos países de direito continental europeu (Espanha, França e Itália) e com um grau de probabilidade mínima de 50%, nos países do direito anglo-saxónico.

E, na verdade e em definitivo, nos casos tipo da colação do “dano de perda de oportunidade”, se é certo que, muitas vezes, não se pode assumir “com certeza” que a oportunidade se teria verificado, se não fosse a conduta ilícita do agente, também não é menos verdade que também nesses casos não se pode assumir “com certeza” o contrário, ou seja, que tal oportunidade não viria a ocorrer.

*Mas uma coisa é “certa”, é que a oportunidade se perdeu.*

*E, assim, é perfeitamente assumível esse dano (de perda de oportunidade) como autónomo e ocasionado e imputável à conduta ilícita do agente.*

*E, assim, só restará fazer Justiça, indemnizando-o proporcionalmente.*



**TÍTULO VII**  
**RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO**  
**ESPECÍFICO DO MANDATO FORENSE**



## *CAPÍTULO I*

*- Contrato de prestação de serviço*

*- Conteúdo normativo*

*. Direitos e deveres*

### 25

O mandato forense, em tema de responsabilidade civil, apresenta algumas peculiaridades a realçar.

O mandato forense privado consubstancia um contrato de prestação de serviços, na espécie de mandato, nos termos dos artºs. 1154º e sgts. do Código Civil.

Já o mandato exercido na modalidade de apoio judiciário integra uma relação direta de prestação de serviço do advogado ao Estado, e, face ao beneficiário, como acordo a favor desse terceiro (artºs. 443º e sgts. do C. Civil).

Assim, a atividade do advogado, no âmbito do apoio judiciário, é um ato de gestão pública, pois que exercido em cumprimento duma tarefa fundamental de serviço público de assegurar o acesso ao direito e aos tribunais a todos os cidadãos, sem poder a justiça ser denegada por insuficiência de bens económicos (artºs. 20º, nº 1, e 2º da C.R. e artº. 1º da L. 34/2004, de 29 de julho).

Todavia, tal qualificação não afasta a possibilidade de aplicação das normas do Direito Civil em termos de responsabilidade civil contratual dos art.ºs. 798º e seguintes.

Como, *mutatis mutandis*, se defende para a responsabilidade civil por atos de serviço público de saúde.

“Pois estamos perante uma situação de facto equivalente à de um contrato de prestação de serviços – art.º 1154º do Código Civil – e, por isso, a justificar a mesma proteção legal” –, como se decidiu no **Acórdão do TCA – Norte, de 30-11-2012** (proc. n.º 145/04.BEBRG), a propósito da responsabilidade civil no desempenho do serviço público de saúde.

E, nessa área, são da mesma opinião **Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro** (“A Responsabilidade Médica em Portugal”, BMJ, 332, p. 50 – onde se referem, neste domínio, as categorias de “relações contratuais de facto” e de “contrato de adesão”).

E, na mesma orientação, quanto às referidas prestações de serviços de saúde, **Cláudia Monge** (o. cit., p. 38).

Por sua vez, no contrato de mandato, o seu conteúdo obrigacional resultará não só do que especificamente, porventura, tenha sido estabelecido entre o mandante e o mandatário no exercício privado da advocacia, como, ainda, do que resulte supletivamente da lei geral e de lei especial, nomeadamente, do Estatuto da Ordem dos Advogados (L. 145/2015, de 9 de setembro).

Quanto à lei geral, do Código Civil, nomeadamente, valendo os art.ºs. 236º e sgts., quanto à interpretação dos acordos havidos, o art.º 239º, quanto à sua integração, e os art.ºs. 398º, 405º, 406º e 1161º, quanto ao conteúdo obrigacional assumido, bem como, quanto à “boa-fé”, os art.ºs. 227º, 239º, 334º e 762º.

E, estabelecendo a L. 62/2013, de 26 de agosto, a Lei de Organização do Sistema Judiciário, no seu art.º 12º, n.º 1, que “o

patrocínio forense por advogado constitui um elemento essencial na administração da justiça” e, no seu nº 2, que, “no exercício da sua atividade, ao advogados devem agir com total independência e autonomia técnica e de forma isenta e responsável, encontrando-se apenas vinculados a critérios de legalidade e às regras deontológicas próprias da profissão”.

E mais estabelecendo, o ordenamento em citação, que “a lei assegura aos advogados... o direito ao livre exercício do patrocínio e ao não sancionamento pela prática de atos conformes ao estatuto da profissão” (artº. 13, nº 2), constituindo o exercício judicial da advocacia uma “profissão judiciária” (epígrafe do Título II, compreendendo os Juízes, Magistrados do Ministério Público, Advogados e Solicitadores e Oficiais de Justiça).

E, estatuinto o referido Estatuto da Ordem dos Advogados, com especial relevo para o tema da responsabilidade civil pelo exercício da profissão, nomeadamente, as seguintes normas vinculativas:

Desde logo, “o advogado exercita a defesa dos direitos e interesses que lhe sejam confiados sempre com plena autonomia técnica e de forma isenta, independente e responsável” (artº. 81º, nº 1).

Bem como, o advogado, no exercício da profissão, mantém sempre em quaisquer circunstâncias a sua independência, devendo agir livre de qualquer pressão... abstendo-se de negligenciar a deontologia profissional no intuito de agradar ao seu cliente, aos colegas, ao tribunal ou a terceiros (artº. 89º).

E “ 1 – A relação entre o Advogado e o cliente deve fundar-se na confiança recíproca.

2 – O advogado tem o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente, sem prejuízo do cumprimento das normas legais e deontológicas” (artº. 97º).



E, especialmente, “nas relações com o cliente, são ainda deveres do advogado”, segundo o artº. 100º, nº 1:

- a) Dar a sua opinião conscienciosa sobre o merecimento do direito ou pretensão que o cliente invoca, assim como prestar, sempre que lhe for solicitado, informação sobre o andamento das questões que lhe foram confiadas, ...
- b) Estudar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido, utilizando para o efeito todos os recursos da sua experiência, saber e atividade;
- e) Não cessar, sem motivo justificado, o patrocínio das questões que lhe estão cometidas.

2 – Ainda que exista motivo justificado para a cessação do patrocínio, o advogado não deve fazê-lo por forma a impossibilitar o cliente de obter, em tempo útil, a assistência de outro advogado.

E, no âmbito das obrigações gerais, do mandatário e do constituinte, não se devendo olvidar o dever recíproco de “*procederem segundo as regras da boa-fé*”, tanto nos preliminares como na formação do acordo, como na respetiva “*integração*”, e bem como no exercício dos respetivos direitos e no cumprimento das respetivas obrigações (artºs. 227º, 239º, 334º e 762º, nº 2, do C. Civil).

## CAPÍTULO II

### - *Obrigações de meios*

#### 26

Ora, em todo esse contexto normativo, o contrato de prestação de serviços forenses – privado ou em apoio judiciário – será, normalmente, uma “obrigação de meios”. E não uma “obrigação de resultados”. Neste sentido, p. exemplo, o **Acórdão do STJ, de 28-09-2010** (Moreira Alves, Proc. 171/2002.S1), referido supra nº 3.

Assim, a obrigação que assume o advogado é, como “meio”, ter uma conduta de cumprimento do serviço contratado, e, na sua execução, adotar as boas práticas que, no caso, sejam as postuladas e adequadas (pelas *leges artis ad hoc* e pelas regras da experiência) a esse setor de atividade, e, para tanto, agindo sem culpa, ou seja, usando da diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias do caso (artº. 487º do C. Civil).

E, assim agindo, quer em relação à obrigação principal assumida, quer em relação a “deveres de proteção, acessórios ou laterais”, do contrato.

Como, por exemplo, o dever de “estudar com cuidado e tratar com zelo a questão de que seja incumbido” (cit. artº. 110 do Est. O. Ad., nº

1, b), o dever de informar o cliente (artº. 1161º do C. Civil) e o dever de, ainda que haja motivo justificado para tal, não proceder à cessação do patrocínio, por forma a impossibilitar o cliente de obter, em tempo útil, a assistência de outro advogado (cit. artº. 100º, nº 2).

ASSIM, o Ac. do T. R. L., de 22-11-2016, (Maria Adelaide Domingos), Proc. 286/14 (Jusnet 8421/2016) – citando diversos Acórdãos do S.T.J., em sentido equivalente.

### *CAPÍTULO III*

#### *- Falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso das (respetivas) obrigações, como pressuposto do dever de indemnizar*

#### 27

Naturalmente, o advogado só incorrerá em responsabilidade civil contratual, com obrigação de indemnizar, se é alegado e provado (art.º 342º, n.º 1, do C. Civil) que faltou, e culposamente, ao (devido) cumprimento das obrigações inerentes ao contrato respetivo.

Embora, se está provada a realidade que integre “falta de cumprimento” ou um “cumprimento defeituoso”, incumbirá, então, ao advogado provar que tal “não procede de culpa sua”, como presume o art.º 799º do C. Civil.

Presunção esta que só existe quanto à culpa – assumido, pois, o dito incumprimento ou um cumprimento defeituoso. E já não quanto à falta (*faute*), ou seja, a dita ilicitude<sup>128</sup>.

---

128. Defende a dupla presunção, mas sem exposição de fundamentos, Cláudia Monge (o. cit., pág. 55).

Vide, *supra*, Título, V, Capítulo IX.

E o incumprimento ou o cumprimento defeituoso pode ser quer da obrigação principal assumida, quer de deveres secundários, como são os pertinentes “deveres de proteção, acessórios ou laterais”, do contrato.

Mas, sem a assunção prévia desse “dano de ilicitude”, não haverá a (consequente) “obrigação de indemnizar”, por (eventual) repercussão negativa da conduta do advogado na esfera jurídica, patrimonial ou extrapatrimonial” do mandante ou do beneficiário do apoio judiciário<sup>129</sup>.

Em tema de “dano de perda de chance”, o mandato forense integra a primeira subespécie que consubstancia a lesão dum direito ou dum bem juridicamente protegido, existente no património do mandante que, em si, é possuidor da probabilidade de ele obter um resultado favorável, um ganho, uma vantagem, “resultado” esse que, com a lesão causada (ilícita e culposamente), pelo mandatário, não se vem a concretizar na esfera jurídica do mandante<sup>130</sup>.

Assumido que o mandatário é responsável por um tal “dano de ilicitude”, e com culpa, então será também responsável, civil e contratualmente, com obrigação de indemnizar, pela ocasionada “repercussão negativa” na esfera jurídica do mandante, patrimonial ou extrapatrimonial, ao abrigo nomeadamente dos art.ºs. 562º e sgts. do Código Civil, e nos termos gerais em que se determina tal responsabilidade na categoria jurídica do dano “de perda de chance”<sup>131</sup>.

Só havendo, neste particular da responsabilidade forense, de realçar algumas especificidades, resultantes do quadro dos “direitos e deveres”, recíprocos, quer do mandatário quer do mandante.

---

129. Vide supra, Título IV e Capítulo I.

130. Sobre as duas espécies de dano de “perda de chance”, vide supra Título II.

131. Quanto ao “nexo de causalidade” entre a “conduta ilícita” e a “repercussão negativa” (dano patrimonial ou não-patrimonial), vide supra, no Título IV, Capítulo II, a exigida “causalidade probabilista”, e no Título V, o seu “grau”, a respetiva operação da assunção da sua existência no caso e o respetivo ónus da prova.

Outra especificidade é o eventual “grau de ilicitude” que quanto à conduta do advogado – ilicitude leve, manifesta, grosseira – seja exigível, na unidade do sistema jurídico <sup>132</sup>.

---

132. Infra, Capítulo X.



## CAPÍTULO IV

### *- Exemplos de “dano de ilicitude”*

28

A conduta ilícita do mandatário forense pode consistir, por exemplo, em, culposamente, não ter apresentado atempadamente uma petição inicial, uma contestação, um recurso, ou não ter comparecido a uma audiência de julgamento e não ter avisado a parte e as testemunhas.

Ora, nessa conduta culposa o advogado está a infringir os seus deveres obrigacionais, como resulta das regras referidas nos capítulos antecedentes, e, conseqüentemente, está a violar direitos e bens da esfera jurídica do mandante, e juridicamente protegidos.

E dessa conduta ilícita pode ter resultado para o mandante a “perda de oportunidade” de “proceder” a ação que, atempadamente, não foi proposta, ou a contestação ou o recurso que não foi apresentado.

E, conseqüentemente, havendo “dano de ilicitude”, ao abrigo dos artºs. 798º e seguintes do Código Civil, só haverá, em segunda análise, que avaliar se, no caso, existe obrigação de indemnizar, por uma (eventual) repercussão negativa que tal ilicitude haja ocasionado na esfera jurídica, patrimonial ou não-patrimonial, do mandante, e nos termos dos artºs. 562º e seguintes do C. Civil.



E, obviamente, que tal dano também pode ser “não-patrimonial”, sendo, então valorado o seu valor monetário, ao abrigo do artº. 496º do Código Civil.

Neste tema, o **acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27-10-2009** (Maria do Carmo Rodrigues, Proc. 2622/07.0TBPNE.P1) atribuiu compensação do dano não patrimonial consistente no desconforto sentido pelos mandantes, “ao verem-se impossibilitados de reagir a uma decisão que lhes foi desfavorável, de ver apreciados pelo Tribunal Superior o que entendiam ser os seus direitos”.

Quanto à indemnização deste dano, vide Título V, Capítulo VII.

Quanto ao dano patrimonial, tem que se avaliar se, no caso, existiu – e, tendo existido, havendo que calcular o seu *quantum* monetário, conforme se desenvolve no Título V e seus Capítulos.

## CAPÍTULO V

- *“Dano da repercussão negativa” na esfera jurídica da parte*
- *Nexo de causalidade exigido*

### 29

Ora tal dano consubstancia-se na “repercussão negativa na esfera jurídica” do lesado ocasionada pelo referido “dano da ilicitude”.

Isto é, tem que se demonstrar que aquele dano de ilicitude causou uma repercussão negativa (*an*) e em que extensão (*quantum*).

Ora, em tema da determinação do “se” e do objeto da obrigação de indemnização, ao abrigo dos artºs. 562º e sgts. do C.C. (dano da repercussão negativa), a causalidade exigida é uma “*causalidade probabilística*”, como se analisa no Título IV, Capítulo II, para o dano, em geral, de perda de chance.

Isto é, não se trata da categoria jurídica da “causalidade adequada, na sua formulação positiva”. Válida, no direito português tão-só para a responsabilidade por atos lícitos<sup>133</sup>, por “ilícitos criminais”, ou, dum

---

133. Como é o caso, p. exemplo, dos artºs. 1322º, 1348º, 1349º e 1361º do C. Civil.

modo geral, na conexão entre a conduta do agente e a lesão do direito ou bem jurídico protegido (dano da ilicitude).

E segundo a qual o autor da conduta ilícita e culposa só será responsável por aqueles danos que necessariamente (artº. 707º do C. Civil de Seabra, de 1867) ou com toda a certeza, e segundo as *leges artis ad hoc* ou as regras da experiência, possam ser havidas como resultantes de tal conduta ou que, pelo menos, possam ser havidas numa avaliação de que *id quod plerumque accidit*.

Mas também não bastará a teoria da “*causalidade adequada*”, na sua formulação negativa” (de Ennecerus-Lehmann), segundo a qual a conduta do agente se considera “causa” da lesão ilícita (ou do dano da “repercussão negativa”) quando sem ela a lesão não se teria verificado (*conditio sine qua non*), e só deixará de o ser se, dada a sua natureza geral, se mostrar de todo em todo indiferente (*Gleichgultig*) para a verificação de (tal) dano, tendo-o provocado só por virtude das circunstâncias excepcionais, anormais, extraordinárias ou anómalas que intercederam no caso concreto (Antunes Varela, o. cit., p. 797).

*Isto é, tem que se avaliar – em termos de “causalidade probabilista” – que, sem aquela conduta ilícita e culposa, a repercussão negativa havida não teria ocorrido (conditio sine qua non) e, mais ainda, que a sua efetiva ocorrência era “provável”, segundo as leges artis ad hoc e as regras da experiência – e, num grau de probabilidade situado entre um máximo de grau de “certeza” e um grau “ínfimo e irrevelante”:*

Ou seja, um grau de probabilidade entre os 80/85% e os 15/20%

134.

---

134. Pois que, se o grau é superior a 80%, então a indemnização é pelos 100% do valor do dano, e ao abrigo da teoria tradicional da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.

E, se é inferior aos referidos 15/20%, não se gera obrigação de indemnizar.

Como se desenvolve no Título V, Capítulo III, na densificação da “causalidade probabilista”, da categoria jurídica do dano de “perda de chance”.

E, assim, se assumirá o dano (da repercussão negativa) como:

- Dano Elevado (entre os 50% e os 80/85%);
- Dano Médio (cerca de 50%);
- Dano Baixo (entre os 15/20% e os 50%);
- Dano Ínfimo/irrelevante (abaixo dos 15/20%).

E obviamente que, se a probabilidade é “muito elevada” (entre os 80/85%), haverá, então, obrigação de indemnizar, e em 100% do valor do dano final.



## CAPÍTULO VI

- *Repercussão proporcional do “grau de causalidade” no valor do dano final a indemnizar*
- *Grau supletivo de “probabilidade de 50%”*

### 30

Uma vez estabelecida essa “causalidade probabilística”, o grau assumido vai ter repercussão no cômputo final do valor da indemnização, sendo-lhe proporcional.

Haverá, então, que realizar duas operações:

Uma, determinar qual foi o valor, em si, da repercussão negativa.

Depois, imputar a respetiva indemnização ao lesante, na proporção do grau de probabilidade da sua ocorrência.

Suponha-se que o valor, em si, do dano é de 100 000,00 euros e o grau de probabilidade causal do mesmo era de 30% – então, o lesante responde, tão-só, por 30 000,00 euros.

Realce-se que na “dúvida” acerca da assunção dum grau de probabilidade não se deverá, sem mais, assumir um grau de probabilidade dos 50%.

Conforme no Título V, Capítulo IV, se desenvolve, e aí se fazendo a análise da Jurisprudência sobre o tema, tal assunção postula alguns pressupostos.

O primeiro é que tem que estar já assumido que o grau de probabilidade é superior a “um mínimo, irrelevante” (que será da ordem dos 15/20%), pois que, sem a assunção dessa certeza, não haverá obrigação de indemnizar<sup>135</sup>.

E, se não há obrigação de indemnizar, não tem relevância assumir um grau “hipotético” de percentagem, pois que este só teria eficácia na distribuição da proporcionalidade, mas face a uma já existente e assumida obrigação de indemnização.

Em segundo lugar, esse critério orientador geral dos 50% não isenta que, caso a caso, se pesquisem e avaliem todos os condicionalismos da situação e se, face a eles, não seja razoável (*id quod plerumque accidit*) assumir um outro grau de probabilidade.

E a pesquisa que tem de ser feita, como “questão de facto”, é à Jurisprudência do respetivo Tribunal, *ad quem*, por exemplo, no caso de recurso não interposto, ou ao Tribunal da causa, por exemplo, no caso de não apresentação duma contestação.

Neste sentido, o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-07-2015** (Tomé Gomes, Bettencourt de Faria e João Marques Bernardo, in C.J.-STJ, nº 264, T. II, 2015, págs. 159/166).

Suponha-se o seguinte caso hipotético dum advogado, que, perante certa sentença do Tribunal de 1ª instância, em que o seu mandante, réu, é condenado, todavia não recorre da mesma, mas tão-só porque, por (mero) descuido, deixou passar o prazo da interposição.

---

135. Pelo que, e assim, o A do pedido de indemnização terá que alegar e provar que a “probabilidade” de ter tido uma “vantagem” ultrapassa esse “grau mínimo e irrelevante”, e cuja alegação e prova lhe cabe, como facto constitutivo do seu direito a ser indemnizado (artº. 342º do C. Civil).

Coloca-se, então, a questão de se assumir qual o “grau de probabilidade” que haveria de, em recurso, se revogar tal sentença.

Ora, suponha-se, por exemplo, que numa pesquisa dos acórdãos proferidos pelo Tribunal superior a quem se dirigia o recurso sobre a questão jurídica em causa, em 10 decisões sobre o tema, oito decidiram como julgou, no caso, a 1ª Instância e só duas é que julgaram de modo diverso e conducente à absolvição do réu.

Então, nesse caso, o grau de probabilidade de o réu obter um ganho, com o frustrado recurso, era, razoavelmente, e tão-só, de 20%.

Pelo que fixar tal grau em 50% *não seria equitativo*.

Na verdade, e em terceiro lugar, o julgamento “equitativo”, postulado pelo artº. 566º, nº 3, do C. Civil, só pode ocorrer “dentro dos limites que” o Tribunal “tiver por provado”, o que exige a referida “indagação” e “avaliação” específica do caso concreto.

E, também, e em quarto lugar, equidade não significa julgar “às cegas”,<sup>136</sup> “a olho” ou com “ojo de cubero” (cit. Luís Medina Alcoz – p. 59).

Doutro modo, e em quinto lugar, se o Tribunal não faz a referida indagação prévia do modo como vem decidindo o Tribunal a quem se dirigia o recurso, e, sem mais, fixa uma probabilidade de 50% (meio por meio), então, essa decisão padecerá do “vício de não suficiência” e de violação do artº. 20º, nº 4, da C.R., que concede ao cidadão o direito a que a sua causa seja julgada “mediante processo equitativo”. Como também estatui o artº. 6º da C.E.D.H..

Sobre esta anomalia, *vide* acórdão do **Tribunal da Relação do Porto de 19-02-2014** (C.J., 252, T I, p. 218). E, supra, Título V, Capítulo VIII e IX.

---

136. E tal ocorrerá se não existe a referida prévia indagação específica do modo de decidir do Tribunal *ad quem*.





## **CAPÍTULO VII**

- Avaliação do valor monetário da obrigação de indemnizar*
- Juízo equitativo, na hipótese do artº. 566º, nº 3, do C.C.*
- Condenação “no que vier a ser liquidado”, ao abrigo do artº. 609º, nº 2, do C.Pr.C.*

### **31**

Uma vez assumido qual o “grau de probabilidade” de a conduta do agente (“dano da ilicitude”) ter ocasionado uma (havida) “repercussão negativa na esfera jurídica” do lesado, patrimonial ou não-patrimonial – e se não se der o caso da possibilidade duma “reconstituição natural” (artº. 566º, nº 1, do C. Civil) –, há que calcular o valor monetário da obrigação de indemnizar, que tem por objeto essa “repercussão negativa”, e com reflexão da respetiva proporcionalidade.

Ora, neste tema, haverá lugar a duas avaliações, conforme no Título V, Capítulo V, se desenvolve.

A primeira, conducente a avaliar o valor monetário final de repercussão negativa, em si.

A segunda, fazendo repercutir nesse valor o grau da “causalidade probabilística” já assumida.

Assim, a tal respeito, decidiu o **Acórdão da Relação de Lisboa de 30-06-2015** (Maria Adelaide Domingos, Eurico Reis e Ana Grácio, em CJ 263, T. III, 2015, pág. 325) que “esse juízo avaliativo deve ser elaborado em dois passos: (1) avaliação do valor do dano final; (2) fixar o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou o grau em que o prejuízo foi evitado, traduzido num valor percentual”.

Já quanto ao valor da “repercussão negativa”, em si, se não há critérios de razoabilidade que, no caso, permitam assumir, com segurança, um certo montante monetário – então, deve o Tribunal “**julgar equitativamente** dentro dos limites que tiver por provados”, como determina o artº. 566º, nº 3, do C. Civil.

Sendo praticamente unânime, neste sentido, a Jurisprudência.

Ou seja, em tema de obrigação de indemnização, assente que preexistiu “dano de ilicitude”, a sentença nunca pode terminar num *non liquet* –, salvo que resulte provado que, no caso, nenhuma repercussão negativa ocorreu, ou que a mesma é suscetível de “reconstituição natural” (artº. 566º, nº 1, do C. Civil) ou que (e na proporção em que) “um facto culposo de o lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos” (artºs. 570º, nºs 1 e 2, do C. Civil).

E, salvo, também se, no caso, ocorra, de modo específico, uma situação de “abuso de direito”, por parte da vítima, em pretender a exigência duma indemnização (artº. 334º do C. Civil).

E a não assunção dum *non liquet*, mas antes julgando-se “equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”, é a decisão corrente dos Tribunais. Conforme acórdãos referidos no Título V, Capítulo VI.

Por sua vez, pode ocorrer que, no caso, e conforme antes referido, não possa ser averiguado o valor exato, em termos monetários, da repercussão negativa do “dano da ilicitude” no patrimônio da vítima, mas, no entanto, o tipo de caso e do processo permita assumir que, com mais produção probatória, essa averiguação seja provável.

Então, neste condicionalismo, não deverá o tribunal condenar logo, segundo um juízo de equidade, mas, antes, deverá condenar “no que vier a ser liquidado”, ao abrigo do disposto no **artº. 609º, nº 1, do C. Processo Civil**.

Tema este que, infra, no capítulo de repercussão do “dano de perda de chance” no processo civil, se desenvolve (Título IX, Capítulo III).



## CAPÍTULO VIII

- *Relevância da “plena autonomia técnica”,  
“isenta, independente e responsável” do  
mandato forense*
- *E como “profissão judiciária”*

### 32

A questão da preexistência do “dano da ilicitude” como pressuposto da obrigação de indenizar assume relevo especial quando a não-prática dum ato, por parte do advogado, representa um ato consciente e refletido do mesmo, por considerar que, no caso, à face da Lei, ou do melhor tratamento dos interesses do mandante, a sua prática não era devida ou razoável.

Pois que, como supra referido, se o advogado utiliza, na defesa dos interesses que lhe estão confiados, “todos os recursos da sua experiência, saber e atividade” (artº. 100º, nº 1, do Est. O. Ad.) e decide, por exemplo, não recorrer duma decisão, porquanto a mesma, na sua opinião, não viola os preceitos legais e processuais atinantes, no caso, tal advogado está a agir conforme a norma do artº. 81º, nº 1, do referido Estatuto.

Norma essa que determina que “o advogado *exercita* a defesa dos direitos e interesses que lhe sejam confiados *sempre* com *plena* autonomia técnica e de forma isenta, independente e responsável”. E como “profissão judiciária” (artº. 13º da L.O.S.J.).

E, no mesmo sentido, expressando o artº. 12º da L. 62/2013, de 26 de agosto (L. Org. S. J.), que, “no exercício da sua atividade, os advogados devem agir com total independência e autonomia técnica, e de forma isenta e responsável, encontrando-se apenas vinculados a critérios de legalidade e às regras deontológicas próprias da profissão”.

E mais determinando o artº. 13º da L. 62/2013 que a lei assegura aos advogados “o livre exercício do patrocínio” e o “não sancionamento pela prática de atos conformes ao estatuto da profissão”.

Ora, quem exerce um direito conferido por lei e no seu âmbito não é responsável, civil e contratualmente, por obrigação de indemnizar.

Certo que esta pressupõe um “dano de ilicitude” e “culposo” (artºs. 798º e 487º do C. Civil).

E, então, no caso, nem existirá ato ilícito, nem ato culposo do advogado: Já que,

*Fecit, sed jure fecit !*

Pois, “de um modo geral, pode-se dizer que não são responsáveis os que atuam no exercício de um direito ou no cumprimento de uma obrigação legal” (Vide **Prof. Vaz Serra**, causas justificadas do facto danoso, nºs 23 e sgts., e **Pires de Lima e A. Varela**, anot. 1, ao artº. 483º, C. Civil Anot., vol I, 1967).

E, no mesmo sentido, **Almeida Costa** (“Direito das Obrigações”, 5ª ed., p. 455), ao realçar que “o facto danoso não é ilícito quando praticado no regular exercício dum direito ou no cumprimento de um dever jurídico”.

## CAPÍTULO IX

### - Dever de “informar” a parte

#### 33

A questão que neste tema específico se pode, subsidiariamente, colocar é se, no entanto, nesse tipo de decisões, deverá, ou não, o advogado informar o representado da decisão, por exemplo, de não recorrer – e, a tempo de lhe permitir, se quiser, contactar outro mandatário forense que se disponha a recorrer.

Na verdade, o dever de informação é dever específico do advogado – como resulta do dever genérico de proceder segundo a boa-fé (art.ºs. 227.º, 239.º, 334.º e 762.º, n.º 2, do C. Civil), e como estatui especificamente o art.º. 1161.º do C. Civil.

E certo também que, mesmo que haja motivo justificativo para o advogado cessar o patrocínio – p. ex., não recorrendo da decisão final –, todavia, “não o dever fazer por forma a impossibilitar o cliente de obter em tempo útil, a assistência de outro advogado” (art.º. 100.º, n.º 2, do Estatuto da O. Advogados).

Ora, quanto a este “dever de informar”, *não se deve entender que o advogado terá que dar conta ao cliente, antecipadamente, do “conteúdo”, p. ex., da contestação a apresentar, ou das alegações do recurso, etc.*



Seria exigência exorbitante, a violar o “princípio da proibição de excesso”.

E certo também que se o advogado tem “autonomia técnica”, então também o cliente tem que confiar na mesma e, assim, segundo o princípio recíproco da “boa-fé” e, também, “num maior equilíbrio de prestações”, não se deverá exigir ao advogado tais casuísticas informações e antecipadas (artº. 237º do C. Civil).

No entanto, se se trata já, p. ex., duma decisão que vai ter como consequência pôr fim ao processo – como, por exemplo, não recorrer o advogado da decisão final, já será razoável exigir ao advogado que informe o representado dessa não-atuação, de modo a que ele possa contactar outro advogado e pôr-lhe a questão de (eventual) recurso.

E se o advogado presta essa informação, atempada, então eventual “perda de chance” já não lhe será imputável – mas sim ao mandante, a quem, a tempo, devolveu o uso dessa “chance”.

Todavia, no cumprimento desse “dever de informação”, também haverá que avaliar se o advogado, ao não informar, agiu com culpa – ou seja, se não agiu com “a diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias do caso” (artº 487º, nº 2, do C. Civil).

É que, por exemplo, se o advogado tem 30 dias para apresentar um recurso, e alegar – então, não lhe pode ser exigido que estude a causa e tome decisão ao fim de 10 ou 20 dias.

E se o advogado só decide não recorrer no último dia, obviamente que, nesse caso particular, o não exercício do dever de informar será inócuo.

Assim, se o advogado tiver dúvidas, por exemplo, se deve recorrer, ou não, duma sentença ou dum acórdão, por cautela, deverá formar um juízo antecipado, de modo a contactar o cliente e informá-lo de que não vai recorrer, de modo a que o cliente possa “obter, em tempo

útil, a assistência de outro advogado” (cit. artº. 100º, nº 1, do Estatuto da Or. Adv.).

Ou, se é defensor oficioso, pedindo escusa, e comunicando ao processo, certo que, nesse caso se interrompem os prazos em curso no processo (artº. 34º da L. 34/2004, de 29 de julho).

No caso de o advogado ser mandatário no regime de apoio judiciário, já se pode entender que não terá o advogado que informar a parte, p. exemplo, de que não vai recorrer, porquanto a relação obrigacional é com o Estado.

E, assim, o advogado só será responsável se o seu ato não estiver coberto pelo seu referido direito à plena autonomia técnica, independente, isenta e responsável (artº. 81º, nº 1, do Estatuto da O. Adv.). Como a seguir se desenvolve.



## CAPÍTULO X

- *Âmbito normativo da “autonomia técnica” do advogado*
- *Grau de ilicitude exigível*
- *Decisão “manifestamente inconstitucional ou ilegal”*

### 34

Por fim, não define a Lei, expressamente, qual a órbita, ou os limites, dessa autonomia técnica que cabe ao mandatário forense.

*Ora, compreende-se que não seja ilimitada, nem meramente subjetiva.*

Isto é, não deverá bastar que o mandatário argumente –, que “assim fiz, porque assim entendi”.

Mas também não bastará contra-argumentar, por hipótese, que tal advogado, ao assim decidir, assumiu determinada corrente doutrinária ou jurisprudencial que, no entanto, era “minoritária”.

Pois que não se pode afirmar que determinada corrente doutrinária ou jurisprudencial, “porque minoritária”, não é a corretamente assumível!

De facto na história da ciência jurídica, quantas correntes minoritárias, que o foram no seu início, vieram a revelar-se que todavia eram as mais razoáveis e passaram a ser, mais tarde, as maioritárias, e senão até unânimes<sup>137</sup>!

Assim, *a solução* de que a órbita da referida autonomia técnica que, ultrapassada, fará incorrer o mandatário forense em “responsabilidade civil contratual” *terá que ser encontrada na “unidade do sistema jurídico”* e dos seus valores (artº. 9º do C. Civil).

E, nomeadamente, pesquisando-se se existe algum tipo de caso, especialmente previsto e regulado, e com o qual se possa estabelecer, normativamente, “analogia” (artº. 10º, nº 1, do C.C.).

Ora, o **artº. 13º, nº 2, da L. 67/2007, de 31 de dezembro**, que também disciplina o “regime da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional”, determina que o “Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões judiciais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificados por erro grosseiro na apreciação dos respetivos pressupostos de facto”.

E, no artº. 14º, nº 1, se determinando que “os magistrados judiciais e do Ministério Público” podem ser responsabilizados em via de regresso, mas só “quando tenham agido com dolo ou culpa grave”.

Então, tendo em conta, sobretudo, a “unidade do sistema jurídico”, e sendo o mandatário forense também um “servidor da justiça”, e numa “profissão judiciária” – não se deverá considerar conduta ilícita do advogado se ele invocar o exercício da sua autonomia na decisão em causa – e esta não seja “manifestamente inconstitucional ou ilegal”, ou os danos sejam “injustificados por erro grosseiro na apreciação dos respetivos pressupostos de facto” – (cit. artº. 13º da Lei 67/2007).

---

137. Como realça o Ac. R. Coi., de 03-11-2015, a revogação em via de recurso duma decisão de 1ª instância não implica que “a decisão da 1ª instância estivesse errada, e, muito menos, manifestamente”. (C.J. 266, T. V, pág. 283). O que, obviamente, vale e é extensivo à “decisão” que o advogado toma no exercício da respetiva “profissão judiciária” (L.O.S.J.).

Isto é, entende-se também que, mesmo que haja “perda de oportunidade”, todavia o advogado só incorrerá em responsabilidade civil se a sua conduta for de avaliar, no caso, com os graus referidos no citado artº. 13º da L. 67/2007:

E nem se vê que tal norma possa ser assumida como “excecional”, e assim um “privilégio”.

E também o Parecer de **Sérvulo Correia**, aprovado por **Acórdão de 20-07-2007** (citado infra, Capítulo XIII), onde (pág. 55) se afirma que:

“O dever de não prejudicar os fins e prestígio da Ordem dos Advogados e da advocacia só resultará viciado quando a conduta do Arguido seja ostensiva e manifestamente censurável, com repercussões sociais de relevo”.

E no mesmo sentido tem sido a jurisprudência.

Assim, no **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-02-2016** – onde se realça que o “procedimento do advogado para ser culposo e merecer a censura deontológica deve constituir *um indesculpável erro de ofício*, como se exprimiu o Ac. S.T.J., de 09-01-2003, relatado pelo Consº Sousa Inês (no mesmo sentido, v. g., o Ac. R.E., de 24-01-2002, Col. I, 261):

E, continuando o referido Acórdão, de 16-02-2016, “nesta linha de pensamento, se não se pode exigir do advogado que seja capaz de acertar o concreto entendimento judicial das questões que lhe são confiadas, não menos certo é que revela agir com culpa, quando, *a uma luz segura*, omite por completo intentar o procedimento judicial aconselhável...” (Gabriel Catarino, Clara Sottomayor e Sebastião Póvoas, Proc. 2368/13.0T2AUR - P1 - S1).



## CAPÍTULO XI

### *- Informação atempada do advogado ao seu mandante da “não prática” dum ato*

#### 35

Por sua vez, se o advogado informou o constituinte, por exemplo, de que não iria recorrer – ou se pediu escusa, nos autos, no caso de apoio judiciário – e o fez atempadamente, ou seja, em tempo útil para ele poder contactar outro advogado, então, se o recurso não veio a ser interposto, tal já não será da responsabilidade do advogado primitivo.

Pois que se a “chance” respetiva se veio “a perder”, tal já será exclusiva da parte, já que o “direito” ao exercício do recurso o advogado lho devolveu e, assim, não foi o advogado que “o não exerceu”, pois que só pode exercer a faculdade quem dela dispõe.

E, de qualquer modo, sempre o advogado estaria isento de culpa (artº. 487º do C. Civil).

E quem teria culpa exclusiva seria, então, a parte (artº. 570º do C. Civil).

Realce-se que a “renúncia” do advogado manifestada num processo judicial em curso pode não ser aconselhável, dado o regime



estabelecido no artº. 47º do C. de Processo Civil, pois que a renúncia, a dever ter lugar no próprio processo, só produz efeitos a partir da notificação à parte. E, entretanto, caberá ao advogado assegurar a defesa do mandato.

Daí que é mais adequado o advogado informar a parte, atempadamente, como referido.

E, também, assim agindo, o advogado atuou de acordo com os seus direitos e de acordo com os princípios da boa-fé, recíproca – como se desenvolve nos capítulos antecedentes (Capítulos I, VIII e IX).

## CAPÍTULO XII

### *- Doutrina e jurisprudência sobre o exercício do mandato forense*

#### 36

A respeito do mandato forense, convém também realçar alguns aspectos relevantes do regime legal do seu exercício.

Assim, o processo civil moderno, “outrora concebido como mera coutada de ónus, poderes e faculdades”, impõe, hoje, deveres aos intervenientes – como realça **Lebre de Freitas** (in. “Cód. Proc. Civ. Anotado”, artº. 266º-A).

Podendo quer a parte quer o advogado vir a ser condenados como litigantes de má-fé, por exemplo, por “entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão” [artºs. 456º, nº 2, d), e 459º do C. Pr. Civil].

E certo também que “não é lícito realizar no processo atos inúteis” (artº. 137º do C. Pr. C.).

E, aliás, a parte condenada como litigante de má-fé pode, inclusive, ver caducar o apoio judiciário concedido [artº. 10º, 1, d), da Lei 34/2004].

O que bem se compreende num Estado Democrático (artº. 3º, nº 2, da C.R.), que necessariamente se funda na legalidade, pois que “O Estado só é democrático enquanto respeite as regras de direito...” (J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, 3ª ed., anot. V, artº. 3º, da C.R.).

E daí que, consequentemente, “o advogado está obrigado a... pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas” – e, em especial, sendo seu dever “não advogar contra o direito, não usar meios ou expedientes ilegais, nem promover diligências reconhecidamente dilatórias, inúteis ou prejudiciais para a correta aplicação da lei” (artº. 90º, nº 1 e nº 2, al. a), do Est. Ord. Adv.).

E, neste âmbito, há que realçar o decidido **no acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 02-11-1992** (citado por António Arnault, “Iniciação à Advocacia”, 5ª ed., Coimbra Editora), ao confirmar a sentença recorrida, com o fundamento em que o advogado não praticou qualquer falta, por não se lhe dever impor «a prática de atos que, em sua consciência, entenda dever recusar», considerando, assim, inaplicável o artº. 1161º do Código Civil.

E mais aí se refere que deve dar-se, no patrocínio judiciário, «prevalência aos interesses superiores da Justiça... da dignidade e independência de advocacia», valores «claramente defendidos no Estatuto da Ordem dos advogados».

E acrescenta: «seria o descalabro injustificado da advocacia e da Ordem dos Advogados se estes tivessem que andar a indemnizar todos os clientes que, posteriormente às tomadas de posição, pretendessem outras, duvidassem do acerto do seu patrono ou acabassem por discordar dele».

Como também decidiu o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-11-07** (Proc. 07B3799, dgsi.Net):

“Incumbe ao advogado tratar com zelo as questões que lhe são confiadas, fazendo uso da sua experiência e saber. Não fica vinculado à prossecução de determinado resultado, mas apenas pôr toda a diligência no tratamento dessas questões. Por isso é que o advogado não pode ser responsabilizado pelo inêxito de uma ação que tratou com o zelo e diligência exigíveis ou só porque viu a posição por si defendida não ser jurisprudencialmente acolhida. Mas já tem de ser responsabilizado se omitiu um estudo cuidado e zeloso da questão que lhe foi confiada.”

E, quanto a este tema, de defesa de determinadas teorias jurídicas, também o antes citado **Ac. da R. Coimbra de 03-11-2015**, Alexandre Reis, Jaime Ferreira e Jorge Arcanjo (in C.J., nº 266, T. V, pág. 283), tomou a posição que, muito embora especificamente produzida quanto à “decisão judicial”, *mutatis mutandis*, é válida e aplicável à decisão tomada pelo advogado no desempenho dessa “profissão judiciária” (L.O.S.J.).

Aí se decidindo que a revogação duma decisão judicial, em via de recurso, “significa apenas que foram oferecidas duas apreciações fáctico-jurídicas, bem como duas diferentes soluções jurídicas para uma mesma situação”, mas “não necessariamente que a decisão da 1ª instância estivesse errada, muito menos, manifestamente”.

Também o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16-02-2016** (Gabriel Martim Catarino, Maria Clara Sottomayor e Sebastião Póvoas) admitiu a figura do dano de perda de “chance” e indemnizável a repercussão negativa da conduta ilícita e culposa dum advogado que no caso interpôs um recurso fora de prazo, e que ficou deserto, mas desde que haja uma possibilidade relevante de obter um benefício ou de evitar um prejuízo) desde que a probabilidade “seja substancial”.

E não, “em suma, se estamos perante chances reduzidas ou muito reduzidas”.



## CAPÍTULO XIII

### *- Doutrina e jurisprudência deontológica quanto ao exercício do mandato forense*

#### 37

Quanto à doutrina e jurisprudência deontológica do exercício da advocacia, há vasta bibliografia.

Conforme anot. 11 de **Fernando Souza Magalhães**, na sua anot. ao artº. 84º do Est. O. Adv., 4ª edição, “O princípio da independência dos advogados é um dos pilares do nosso edifício judiciário, assim como o são a independência dos Magistrados Judiciais e a autonomia do Mº. Público”.

E há que realçar que a “autonomia técnica” e “independência” do advogado não interessa tão-só à justa defesa dos interesses legítimos do constituinte, mas também ao interesse da boa administração da justiça, ao respeito pela legalidade democrática, e ao prestígio e autonomia da própria advocacia e da Ordem dos Advogados.

E, aliás, seria um mero absurdo, num Estado Democrático, que se favorecesse, ou se fosse sequer complacente, direta ou indiretamente, com o “*animus litigandi*” do particular!

Conforme realça o **Parecer do C. Superior** de 28-02-2007, “A decisão de recorrer ou não do ato administrativo que negou a pretensão da participada assume natureza eminentemente técnica e jurídica. Com efeito, trata-se de um juízo que só ao advogado cabe formular, de modo diligente e consciencioso, em honra à independência que lhe é garantida em relação ao próprio cliente, nos termos do artº. 84º daquele Estatuto” (citado por F. Sousa Magalhães, anot. 27 ao artº. 95º do Estatuto).

Assim, “nas relações com os clientes devem os advogados agir com plena independência, já que lhes cabe exclusivamente a escolha dos meios que entenda mais convenientes à defesa dos interesses que lhe são confiados. Assim, não podem *os Advogados aceitar a posição de meros executores das instruções dos clientes...*” – conforme se expressa o cit. **Fernando Sousa Magalhães**, na anot. 4 do artº. 95º do Est. Or. Adv., e citando, no mesmo sentido, os acórdãos do C. Superior de 20-12-74 (ROA, 35º, p. 522), de 0-2-67 (ROA, 28º, pág. 146) e de 24-01-52 (ROA, 15º, p. 433).

E de teor idêntico são vários acórdãos do Conselho Superior, referenciados nas suas Coletâneas de Jurisprudência.

- Assim, a título de exemplo, o **acórdão de 10-09-2002**, do Relator **Óscar Ferreira Gomes** (pág. 401 da dita publicação):

“A independência técnica é uma das garantias de que o advogado goza perante os seus mandantes, como resulta do artº. 55º do EOA. É a ele, e só ele, que cumpre decidir se deve ou não prescindir do depoimento de uma testemunha.”

- **O acórdão de 07-06-2002**, do Relator **José Robim de Andrade** (pág. 403);

“Não comete infração disciplinar o Advogado que se recusa a patrocinar uma determinada causa por entender ser esta destituída de qualquer fundamento.

É aliás seu dever deontológico fazê-lo, se assim o entender.”

- **O acórdão de 06-02-2004**, do Relator **Abílio Neto** (pág. 785):

“Não sendo apenas servidor do direito, mas também servidor da Justiça, deve o advogado pugnar pela celeridade da sua administração, constituindo seu dever para com a comunidade não promover diligências reconhecidamente dilatórias [artº. 78º, b), do EOA], não entorpecer a ação da justiça, nem protelar sem fundamento sério o trânsito em julgado da decisão, estando expressamente previstos como litigância de má-fé estes dois últimos factos (artº. 456º, nº 2, do CPC).”

- E o parecer de **Sérvulo Correia**, aprovado pelo Ac. C.S. de 23-03-2006 (pág. 446):

“Assim e em suma tem razão o Advogado Participado quando refere que *a decisão de recorrer* ou não do ato administrativo que negou a pretensão da Participada assume *natureza eminentemente técnica e jurídica*. Com efeito, trata-se de um juízo que só ao advogado cabe formular, de modo diligente e consciencioso, em honra à independência que lhe é garantida em relação ao próprio cliente, nos termos do artigo 84º daquele Estatuto. Idêntica preocupação garantística enforma, *por exemplo*, o artigo 68º do Estatuto da Ordem dos Advogados, em relação à independência técnica do advogado perante a entidade patronal, em situações de trabalho subordinado. Não existem razões para garantir menor grau de independência nas relações do advogado com o seu cliente. Como tal e face ao exposto, não merece qualquer reparo a conduta do Advogado Participado quanto à decisão de dar por terminadas as suas diligências nesse caso”.

- E também no parecer do mesmo **Sérvulo Correia**, aprovado por **acórdão de 20-07-2007** (pág. 551), se afirma que:

“O dever de não prejudicar os fins e prestígio da Ordem dos Advogados e da advocacia só resultará viciado quando a conduta do



Arguido seja ostensiva e manifestamente censurável, com repercussões sociais de relevo”<sup>138</sup>.

- E em sentido similar vem decidindo o Conselho de Deontologia do Porto.

Assim, no **acórdão de 31-01-2003**, do Relator **Bolota Belchior** (pág. 450 da respetiva Coletânea):

“A interposição de recurso das decisões jurisdicionais (quando admissível) é um direito dos intervenientes processuais, mas não é obrigação do Advogado, se o mesmo, após estudo consciencioso da questão, verificar que, com as premissas do seu saber e conhecimentos jurídicos, a viabilidade da procedência do recurso é nula e que a manutenção da decisão é seguramente uma certeza.

O advogado que, perante uma sentença, sua análise, interpretação dos factos e aplicação da legislação em causa, conclui pela inviabilidade do recurso deve abster-se de recorrer da mesma, não violando nenhum dever deontológico.”

- E na **deliberação de 06-02-2004**, sendo Relator **Leopoldo Carvalhães** (pág. 6 da referida Coletânea):

“O Advogado trabalha com total autonomia técnica, competindo-lhe a ele, e só a ele, determinar a melhor opção técnica a tomar em função do caso concreto que lhe for confiado.

Não comete infração disciplinar o Advogado que recusa instaurar providência cautelar para reparação provisória do dano se entende que esta não tem a menor viabilidade.

O Advogado está vinculado ao EOA, que o impede de promover diligência inútil ou prejudicial para a correta aplicação da lei.”

---

138. Assim, pois, em consonância analógica com o estabelecido pelo artº. 13º, nº 2, da L. 67/2007, quanto ao “erro judiciário” indemnizável.

Conforme se expressa também **Antônio Arnaut**, “Iniciação à Advocacia”, 5ª ed., Coimbra Ed., p. 37, “A independência técnico-profissional do advogado perante quaisquer tipos de poder e perante o seu constituinte... é o verdadeiro ágio da profissão, por ser um dos requisitos mais marcantes da sua dignidade profissional”.

Citando **Angel Ossorio Y Gallerdo**, dizem estes: “Desde que cria uma situação regular, o advogado só de si próprio depende... não tem outro senhor senão a Lei”.

E, conforme cita o referido Dr. Antônio Arnaut, a pág. 141, o nº VII do **Hepatálogo de José Maria Martinez Val** (Aprovado no I Congresso Nac. da União Profissional, em Madrid, no ano de 1983), referindo-se ao advogado: “Exerce a tua profissão com dignidade, valor, independência e liberdade”.

E como bem sintetiza o **Relator Dr. Alfredo Castanheira Neves** (Proc. E- 25/97-B. AO, 1997, p. 14): “**I** - O advogado deve recusar o patrocínio (ainda que oficioso) num recurso cuja falta de fundamento entende ser total. **II** - E a referida situação, em bom rigor, não deve fundamentar um pedido de escusa (nos termos previstos no artº. 35º do DL 387/B-87), porquanto esta pressupõe a existência de circunstâncias subjetivas (no sentido de apenas atinentes àquele concreto advogado) impeditores do patrocínio”.

Aliás, no caso de “patrocínio oficioso”, mais se impõe tal atitude, dado o seu carácter de serviço público, e que traz encargos.

Pois que o beneficiário não pagará o “custo da Justiça” ao Estado e este ainda pagaria o “custo” do ato praticado pelo advogado: apesar da sua não conformidade com a Lei!!!

E também é fora de dúvida que “*a orientação do patrocínio cabe inteira e exclusivamente ao Advogado*, pelo que só a ele compete escolher os meios que entenda mais adequados à defesa dos interesses que lhe

são confiados (**Ac. do C. Superior de 20/12/1974, R.O.A., 35, 522**), não podendo, assim, colocar-se na posição de simples cumpridor das indicações ou ordens dos clientes”.

Além do que “no direito disciplinar da Ordem dos Advogados existem presunções de culpa, vigorando antes o princípio constitucional da presunção de inocência”, doutrina acolhida por este Conselho Superior (**cf. Ac. C. S. de 20/07/2007 da 1ª secção – Proc. nº R-193/06**).

Embora, quanto à responsabilidade civil, e obrigação de indemnizar, valha a presunção do artº. 799º do C. Civil, se está assumida previamente a “falta de cumprimento” ou o “cumprimento defeituoso” e no grau que, para o caso, seja “legalmente exigível” para gerar uma obrigação de indemnizar. O que, como antes referido, no caso em apreço, é pressuposto existir uma decisão “manifestamente inconstitucional ou ilegal” (supra, capítulo X) (como supra já se desenvolveu).

## *CAPÍTULO XIV*

### *- Prescrição do crédito indemnizatório por incumprimento ou cumprimento defeituoso do mandato*

#### **37.1**

- Relativamente à obrigação de indemnização dos prejuízos causados por parte do mandatário forense, por incumprimento ou cumprimento defeituoso dos seus deveres contratuais (artºs. 562º e sgts e 798º e sgts do C.C.), **questiona-se se o direito de indemnização do lesado prescreve no prazo ordinário de 20 anos ou no prazo especial de 3 anos (artºs. 309º e 498º do C.C.).**

As opiniões dividem-se na Jurisprudência e na Doutrina.

Defendem a aplicação do prazo especial de 3 anos, do artº. 498º, p. ex., os acórdãos do S.T.J. de 18-II-1972 (Rev. L.J. 106, págs. 13 e sgts) e 16-III-1976 (Rev. L. J., Ano 110, págs. 83 e sgts) e Pedro de Albuquerque (R.O.A., ano 49, III, págs. 793 e sgts).

Defendem a aplicação do prazo ordinário de 20 anos, do artº. 498º, p. ex., os acórdãos do S.T.J. de 7-V-74 e de 20-VI-75 (BMJ., nº 237,

pág. 196 e nº 248º, pág. 419), de 5-14-79 (Rev. L. e J., Ano 112, págs. 285 e sgts), de 22-VI-86 (BMJ 358º, pág 570) e o Ac. R. L., de 15-05-2008 (Apelação 3578/2008-6).

Na Doutrina, defendem a aplicabilidade do prazo ordinário de 20 anos (artº. 309º do C.C.), afastando a aplicação do artº. 498º do C.C. (3 anos), p. ex., Vaz Serra (Rev. L.J., 106, págs. 14 e sgts., em anotação ao referido Ac. S.T.J., de 18-11-1972), Pires de Lima e Antunes Varela (Anot. 6 ao artº. 498º, no *Cód. Civil Anot.*, 3ª ed., 1982) e esse último autor, também em *Das Obrigações Em Geral*, I, 4ª ed., 1982, págs. 554/555). Bem como J. C. Moitinho de Almeida (*A responsabilidade civil do médico*, Scientia J., XXI, pág. 330, nota 5).

Mário Júlio de Almeida e Costa refere que “também nos parece” que “o referido preceito”, artº. 498º, “só vale para a responsabilidade extracontratual” (*Dir. das Obrigações*, 5ª ed., 1991, pág. 434, nota 3).

Assim, há que tomar posição entre essas duas tendências opostas, optando por aquela que mais conforme seja aos cânones de interpretação das leis e da valência de aplicação analógica dos preceitos, como, até, duma sua interpretação extensiva ou restritiva, com colação do disposto nos artºs. 9º e sgts. do C. Civil.

Para tanto, vejamos os argumentos da tendência que defende que o artº. 498º não se aplica ao direito de indemnização com causa em responsabilidade contratual.

Assim, A. Varela começa por alegar que nenhuma “disposição considera” o artº. 498º “aplicável à responsabilidade contratual” (cit. *Das Obrigações*, p. 554).

Ora, desde logo, na interpretação da lei é possível uma sua densificação extensiva (artº. 9º, nº 1, do C.C.) como uma sua aplicação analógica (artº. 10º do C.C.). Pelo que, à partida, não se pode excluir que possa ser o caso em apreço.

Depois, argumenta também o citado A. Varela (o. cit., pág. 555) que “não faria sentido que uma das obrigações simples emergentes da relação obrigacional prescreva no curto prazo de 3 anos e as restantes, derivadas da mesma relação, prescrevam só ao cabo de vinte anos”.

Ora, a obrigação de cumprimento dos deveres contratuais “não emerge da mesma relação”, de que emerge a obrigação de indemnização. Pois, na verdade, o “cumprimento dos deveres” emerge, sim, da “relação contratual” e é disciplinada pelos art.ºs. 762º a 873º do C.C..

E já o “crédito de indemnização” emerge do “dano da ilicitude” (art.ºs. 798º a 800º do C.C.) e é disciplinado pelo disposto nos art.ºs. 562º a 572º do C.C.).

Isto é, é a própria Lei que “autonomiza” o regime jurídico do “crédito de indemnização”, pelo ilícito contratual, em relação ao regime jurídico dos deveres contratuais – e, até, aquele regime jurídico do “crédito da indemnização” é regulado por lei “em comum” quanto ao crédito da indemnização quer por infração de deveres contratuais quer por infração de deveres extracontratuais (cits. art.ºs. 562º a 572º).

Assim, à partida, não será espanto que o regime jurídico, inclusive no aspeto da prescrição, por um lado, do crédito propriamente emergente da relação contratual e, por outro, do crédito de indemnização emergente da violação de deveres – possa ser diferente. E, tanto mais, dado o referido regime comum, dos créditos indemnizatórios (por violação de deveres extracontratuais ou por violação de deveres contratuais).

Assim, e à partida, também não é de atender a interrogação de Vaz Serra – se “será razoável que estas duas obrigações (obrigação primária e obrigação de indemnização) se sujeitem a prescrições diferentes” (cit. anotação, Rev. L. J., 106, p. 15).

Na verdade, à partida, não se pode aquilatar se é ou não razoável. Tal dependerá das “razões de ser”, “especiais”, ou não, do disposto no

artº. 498º em análise. E, que, como infra se verá, são igualmente razoáveis, quer numa quer noutra responsabilidade (contratual ou extra-contratual).

Também parece inócuo o argumento de A. Varela (*Das Obrigações*, o. cit., p. 555) de que “se o credor optasse, por exemplo, pela execução forçada da sua obrigação, o seu direito só prescreveria ao fim de vinte anos, porque haveria de prescrever ao fim de três anos se, ao lado da execução da prestação devida, requereu também a reparação dos danos que a mora lhe causa?”.

Ora, salvo o devido respeito, há nessa pergunta uma petição de princípio.

Pois que, se o A. cumula os dois referidos pedidos, cada um estará sujeito às suas regras próprias. E, assim, nada obstará que possa prosseguir o pedido de execução da prestação devida e, todavia, não proceda o pedido de indemnização, porque, quanto a este, eventualmente tenha havido prescrição de 2 anos. O que resulta de se tratar de direitos sujeitos a regimes jurídicos diferentes e de, em tema de prescrição, poder haver razões especiais para encurtar o prazo de prescrição do “crédito à indemnização”. Pois que é “deste” que se está a tratar.

Por exemplo, como dá conta o antes cit. Ac. S.T.J., de 18-02-1972, a prescrição de três anos de 1498 do Cód. Geral Austríaco é expressamente estendida ao crédito por indemnização de danos causados por violação de deveres contratuais.

Assim, também não parece razoável o argumento de Vaz Serra, de que, se se aplicasse o prazo curto de prescrição de três anos ao crédito indemnizatório, “daí resultariam com frequência dúvidas acerca da prescrição a aplicar” (cit. comentário, in Rev. L. J. 106, p. 18). Pois que, como vimos evidenciando, o prazo ordinário aplica-se ao “direito de crédito à prestação devida” e o prazo curto dos três anos ao “direito

à indemnização pelos danos causados”. O que são categorias jurídicas distintas, racionalmente e à face do direito constituído.

**ASSIM, verdadeiramente, para a solução da questão controvertida,** em análise, o que é relevante e essencial é, primeiro, **fixar quais as razões especiais que ditam a prescrição de três anos do artº. 498º do C. Civil e, em segundo lugar, aquilatar se essas mesmas razões se justificam face ao crédito indemnizatório por infração de deveres contratuais.**

E, verificando-se, se se deve aplicar o disposto no artº. 498º a tal crédito, **por interpretação extensiva** deste preceito **ou por sua aplicação analógica**, como determinam as normas legais dos artºs. 9º e 10º do C.C..

**As razões genéricas do instituto da “prescrição”** de direitos assestam, essencialmente, na “necessidade social de segurança jurídica e de certeza dos interesses”, acompanhada da “inércia negligente do titular do direito em exercê-lo” (*dormientibus non succurrit jus*) – como realça Mota Pinto (*Teoria G. do Dir. Civil*, 2ª ed., 1983, pág. 374).

E, por sua vez, **a razão especial da prescrição de curto prazo** do artº. 498º do C.C., como refere A. Varela, assenta em “se reconhecer que a prova dos factos que interessam à definição da responsabilidade (*an debetur e quantum debetur*), em regra feita através de testemunhas, se torna extremamente difícil e bastante precária a partir de certo tempo sobre a data dos acontecimentos” (*Das Obrigações em Geral*, 1970, nº 144, pág. 435). Citando, no mesmo sentido, Vaz Serra (*Prescrição do direito de indemnização*, nº 2).

**Ora, essas razões especiais que estão na base da prescrição de curto prazo do crédito indemnizatório do artº. 498º do C.C. valem tanto, para o comum dos casos,** quer o crédito indemnizatório derive de ilícito extracontratual quer derive de ilícito contratual.

Pois o que está em causa, face ao sujeito obrigado à indemnização, é que a **contraprova do alegado pelo credor**, como pressuposto do



direito à indemnização – como seja que a conduta ilícita não o foi nos termos alegados pelo credor ou não ocorreu por culpa sua, ou o dano alegado não existiu, ou não existiu como alegado, ou com o valor exigido –, **se torna difícil ou precária a partir de (certo) demasiado tempo “sobre a data dos acontecimentos”.**

**Então, essa situação é comum** à generalidade das situações de “obrigação de indemnização dos prejuízos causados pelo acto ilícito”, seja ele extracontratual ou contratual.

### **Exemplifiquemos.**

**Num caso**, o sujeito A. exige ao Réu António uma indemnização, porquanto, há cerca de 19 anos antes, contratou com ele, como taxista, vir colhê-lo, à sua residência, pelas 6 horas da manhã, para o transportar ao aeroporto, 30 km distante, e aí apanhar um avião que levantaria voo pelas 7 horas, seguindo nele o sujeito A., para retomar o seu trabalho, pelas 14 horas, no país de destino.

Pois bem, numa hipótese, o sujeito A. vem exigir do Réu António uma indemnização, porquanto este, e segundo alega na ação, ao entrar na zona de estacionamento da vivenda de A., embateu culposamente com o veículo no portão de entrada, danificou totalmente, sendo que a reparação custaria 2000,00 euros. Pois bem, neste caso, o artº. 498º do C.C. protege o réu António, permitindo-lhe invocar a prescrição de crédito reclamado, porquanto, passados tantos anos, pode ser-lhe difícil e bastante precário contraprovar que o embate não foi como alegado; ou que não teve culpa, por esta ou aquela razão que aduz; ou que não existiam os danos físicos alegados; ou que não representaram o valor exigido.

Mas avaliemos a hipótese de o referido sujeito A. vir exigir indemnização ao Réu Joaquim, alegando que este chegou tarde à vivenda do A., e, por isso, quando chegaram ao aeroporto, o avião já havia

levantado voo; e que daí resultou que o A. teve que ir de carro para o país de destino, despendendo x na viagem com outro táxi; e que, no país de destino, tendo chegado mais tarde, perdeu a tarde de trabalho; e, em consequência, perde x de valor indenizatório por todos esses danos.

**Ora, pergunta-se:** o Réu Joaquim, ao fim de tantos anos passados sobre o ocorrido, não estará, identicamente, como para a primeira hipótese, em situação difícil e precária para contraprovar o alegado pelo A., ou seja, que o “incumprimento” alegado não foi bem assim; que não teve culpa (porque, p. ex., a via pública esteve atrapada por um acidente); ou que o A. não seguiu nada de táxi; ou não despendeu o A. o que alega; ou não perdeu nada de salários...?

**Obviamente que a “maior dificuldade e precariedade”, dado o longo tempo decorrido, e de o R. “contraprovar” o “*an debetur* (se deve) e o *quantum debetur*, é, essencialmente, idêntico** quer no primeiro caso hipotético referido, de responsabilidade extracontratual (do dito dano no portão), quer no segundo, de responsabilidade contratual.

Então, pela sua razão de ser, o artº. 498º deve aplicar-se, extensiva ou analogicamente, também à segunda referida hipótese, embora esta trate de responsabilidade indenizatória assente em responsabilidade contratual.

**Vejamos ainda uma outra hipótese exemplificativa.**

**Em determinado hospital, o médico A. recebe o paciente Antônio,** na sua sala de trabalho. Observando-o, decide proceder a uma colonoscopia, para melhor avaliar o estado de saúde do doente, a quem diz para se dirigir a outra sala, e onde procede àquele ato médico, sem, todavia, solicitar o consentimento prévio do doente, não o esclarecendo devidamente sobre o ato médico que vai realizar.

E suponha-se que, no decurso dessa colosnoscopia, o médico, culposamente e por não observar as “boas práticas médicas”, perfura o intestino do paciente, assim, atingindo a sua integridade física, e do que resultaram prejuízos materiais e morais para o paciente.

Pois bem, vamos supor a hipótese paralela, **de que, no mesmo hospital, dia e hora, o médico B, noutra sala, recebe o paciente José** e, observando-o, decide também efetuar uma colonoscopia. Todavia, esclarece o paciente sobre essa intervenção e obtém o consentimento esclarecido deste.

Todavia, suponha-se que, no decurso dessa colonoscopia, também este médico, com culpa e por inobservância das “boas práticas médicas”, perfura o intestino do paciente, atingindo a sua integridade física, do que resultaram prejuízos materiais e morais para o paciente.

**Então, pergunta-se: por que razão** se reconhece que, passados, por hipótese, 10 anos, já não será razoável reconhecer ao paciente Joaquim um crédito indemnizatório ao médico A. pelos “prejuízos causados”, dado que, com tal decurso de tempo, se tornou (mais) difícil e precária a esse médico a contraprova dum não defeituoso cumprimento dos seus deveres, ou da sua culpa, ou da não existência, ou valor, dos danos materiais e morais alegados – e esse médico beneficia da prescrição de curto prazo de três anos – **e, todavia, já dela não beneficiará o médico B, dum pedido indemnizatório do dito José?**

Na verdade, face a um “pedido idêntico de indemnização” por parte do José ao médico B., não lhe será “identicamente” mais difícil e precária, a contraprova, e, exatamente, “dum não defeituoso cumprimento dos seus deveres; ou da sua culpa, ou da não-existência, ou valor, dos danos materiais e morais alegados”?

Obviamente que a razão de ser do encurtamento do prazo prescricional para o crédito do Joaquim sobre o médico B colhe, exata e

identicamente, no essencial, para um igual encurtamento de prazo do José sobre o médico B.

Sendo “essencialmente” indiferente se o “dano da ilicitude”, de que deriva o “crédito indenizatório”, é um “dano de ilicitude extra-contratual ou contratual.

E o que, lógica e racionalmente, é relevante são as diferenças essenciais na equação de que se está a tratar – e não diferenças colaterais e não essenciais para os juízos de valor dessa equação.

E tanto mais que essa autonomia da “relação jurídica indenizatória”, face às originantes relações contratuais ou extracontratuais, é assumida pelo próprio legislador, ao estabelecer um regime jurídico específico e autónomo da “obrigação de indemnização”, e até que é comum a ambas as origens, nos artºs. 562º a 572º do C.C..

**Assim, os argumentos que se têm vindo a aduzir contra a abrangência no artº. 498º do C.C. dos créditos indenizatórios, disciplinados pelos arts. 562º a 572º do C.C., quer se originem em “dano de ilicitude extracontratual”, quer em “dano de ilicitude contratual”, não parecem, “por si”, suficientemente relevantes para procederem.**

**E, pelo contrário, a densificação de tal preceito, segundo os cânones dos artºs. 9º e 10º do C. Civil, e, sobretudo, tendo em conta as razões especiais justificativas do regime especial da prescrição de curto prazo do artº. 498º do C.C., parece natural que postule um conteúdo normativo de tal preceito que, por “extensão” ou “analogia”, abranja globalmente o “crédito indenizatório” por “dano de ilicitude” – e quer este seja de natureza extracontratual quer seja de natureza contratual.**

**E assunção essa que, à partida, é perfeitamente natural e racional, dado que “dano da ilicitude” e “dano indenizatório” são conceitos autónomos:**

Conceitualmente e no plano do direito constituído.

E, assim, sendo perfeitamente curial que, tendo as respetivas relações jurídicas regimes autónomos e específicos, possa, então, também haver prazo próprio para a prescrição do crédito à prestação contratual (da obrigação ex contrato) e prazo próprio (diferente) para a prescrição do crédito à indemnização (do dano por incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação contratada).

**E, também, não deixa de ser chocante** que, p. ex., no antes referido caso do taxista que se atrasa na hora da recolha do cliente, o taxista ainda **se possa ver confrontado com um pedido indemnizatório passados 19 anos da ocorrência!**

Como não deixa de ser chocante, no antes referido exemplo do médico A. que fez a colonoscopia ao paciente Joaquim, que tal médico possa invocar a prescrição do crédito indemnizatório, por conduta defeituosa e negligente, ao fim de três anos. E, todavia, o médico B., que fez a colonoscopia do paciente José, só possa invocar uma prescrição de 20 anos quando a contraprova da factualidade alegada é essencialmente a mesma: no que se refere a “se” existiu um ato médico com “más artes” e culpa; ou os alegados prejuízos materiais ou morais; ou no que se refere ao seu “*quantum*”.

Digamos, até, que se tal diferenciação de protecção do devedor da indemnização pode ser “entendível” pelos juristas, todavia, dificilmente será compreensível pelo senso comum, da justiça e equidade, do cidadão.

Como bem se observa no antes citado **Ac. S.T.J., de 18-02-1972, “a razão é sempre a mesma e, por isso, generaliza-se a todos os casos de indemnização fundada na responsabilidade civil o princípio geral consignado no nº 1 do mencionado artigo 498”** (cit. Rev. L. J. 106, p. 14).

**TÍTULO VIII**  
**RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO**  
**ESPECÍFICO DE PRESTAÇÃO**  
**DE CUIDADOS DE SAÚDE**



## CAPÍTULO I

- *Responsabilidade civil contratual na normalidade das situações (dado haver consentimento na intervenção)*
- *Inexistência de presunção de culpa (salvo que se prove “falta” ou “defeito” de cumprimento)*
- *O artº. 493º, nº 2, do C. Civil*

### 38

No campo da responsabilidade por ato médico<sup>139</sup>, a primeira questão que se levanta é saber qual o regime regra de responsabilidade civil aplicável, se contratual ou extracontratual, nomeadamente quando os cuidados de saúde são prestados num estabelecimento público integrado no Serviço Nacional de Saúde.

Neste campo, **Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro** (“A responsabilidade médica em Portugal”, no BMJ, 332, p. 50), defendem,

---

139. Vide Regulamento 14/2009, de 13 de janeiro, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.



*jure condendo*, a aplicação do regime da responsabilidade civil contratual, com base nas figuras de “relações contratuais de facto”, do “contrato de adesão”, das “relações de massas”, como “... o mais apropriado para a relação, caracterizada por uma relação de confiança entre o doente e a entidade prestadora dos serviços de saúde”.

No mesmo sentido, **João Álvaro Dias** (“Procriação assistida e responsabilidade médica”, in Bol. da Fac. de Direito, Studia Jurídica, 21, Coimbra, 1996, p. 240).

Também **Cláudia Monge** defende a aplicação do mesmo regime da responsabilidade contratual como mais justa e certo também que, no caso, não se está perante responsabilidade emergente de atos de gestão pública (“Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas, Anotações de Jurisprudência”, e em anotação ao **Acórdão do TCA - Norte de 30-11-2012** - Proc. 01425/04.8BEBRG).

Este acórdão também defende esse regime, sumariando que “no domínio da prestação dos serviços de saúde é mais adequada à realidade e conduz a soluções mais justas a aplicação do regime da responsabilidade contratual do que o regime da responsabilidade extracontratual, pois estamos perante uma situação de facto equivalente à de um contrato de prestação de serviços – artº. 1154º do Código Civil – e, por isso, a justificar a mesma proteção legal”.

E, identicamente, **Moitinho de Almeida** (“A responsabilidade civil do médico e o seu seguro”, *Scientia Jurídica*, T. XXI, 1992, pág. 352).

Contra tal tese, todavia, está **Vera Lúcia Raposo** (“Do ato médico ao problema jurídico”, Coimbra, 2013).

É claro que, quando se está a falar em “responsabilidade civil contratual”, é no pressuposto de que a intervenção dos cuidados de saúde se insere num acordo entre paciente e o prestador, ainda que num mínimo de “consentimento”, esclarecido, do paciente.

E quer seja consentimento “expresso” quer “presumido”, quer “acordo presumido”. Como no Capítulo II seguinte se desenvolve.

Na verdade, se há “consentimento”, há acordo – e se há acordo, há responsabilidade civil contratual, ao abrigo, nomeadamente, dos artºs. 405º e sgts. e 798º e sgts. do C. Civil.

Há também que ter em conta que, se o paciente presta consentimento, o natural e normal, segundo as regras de interpretação dos artºs. 236º e sgts. do C. Civil, é que o preste no pressuposto de que o interventor dos cuidados de saúde se compromete a respeitar as *legis artis ad hoc* e com a diligência dum bom pai de família (artº. 487º, nº 2, do C. Civil).

Pelo que essa circunstância tem relevo como condicionante dos efeitos do negócio.

Isto é, se a intervenção médica vier a consubstanciar uma *mala praxis* e com culpa, então, resolve-se, *ipso jure*, o consentimento (antes) dado, e a intervenção ocorrida, se lesar um direito pessoal do terceiro (p. ex., a sua integridade física), já fará incorrer o agente em responsabilidade civil extracontratual, dado que, então, o (anterior) consentimento foi resolvido (artº. 270º do C. Civil) e, então, a situação se insere no regime dos artºs. 483º e sgts. do C. Civil.

Na verdade, o referido consentimento, à luz da sua interpretação segundo às regras dos artºs. 234º e sgts. do C. Civil, é de assumir no pressuposto de que, pelo seu lado, o médico assume que irá atuar segundo as *legis artis ad hoc* e com diligência.

Mas esse pressuposto não releva “suspensivamente”, retardando a intervenção médica até à sua verificação. Tal circunstância funciona, sim, mas “resolutivamente”, na verificação do seu anverso.

Ou seja, caso o médico não venha a atuar segundo as *legis artis ad hoc* e com diligência, então resolve-se o consentimento. Isto é, trata-

-se de “circunstância”, futura e incerta, “resolutiva” dos efeitos do consentimento<sup>140</sup>.

E claro que para o consentimento, antes prestado, se assumir como resolvido – e, assim, conseqüentemente, a situação passar a inserir-se na responsabilidade extracontratual – se a intervenção lesar um direito do paciente, p. ex., a sua integridade física –, haverá que assumir-se que, efetivamente, a intervenção médica havida não foi conforme às *leges artis ad hoc* e infringiu a diligência devida a um *bonus pater familiae*.

A questão que se põe é a do ónus da prova respetiva.

Ora, quem invocar que deixou de ser relevante o consentimento, e que, assim, a intervenção médica é de sua iniciativa e individual, é que terá que alegar e provar os factos constitutivos dessa ineficácia resolutiva.

Como resulta, obviamente, quer das disposições gerais da lei sobre o ónus da prova, do artº. 342º, nºs 1 e 2, do C. Civil, quer da disposição específica do artº. 270º, sobre a verificação da circunstância como causa resolutiva dos efeitos do negócio (no caso, o consentimento).

Por sua vez, se a relação para a prestação dos cuidados médicos se estabelece entre o particular e a instituição hospitalar (pública ou privada), existirá uma *relação triangular: entre o particular e a instituição e entre a instituição e o médico por aquela contratado para a prestação de serviços*.

E, segundo **Pedro Romano Martinez** (“Direito das Obrigações, Programas 2010/2011, Apontamentos”, citado por Cláudia Monge,

---

140. Ocorre frequentemente que certa circunstância que surge numa negociação como positiva, todavia, com uma relevância condicionante, é resolutiva, e na verificação do seu reverso. Assim se A empresta a B um seu veículo, para este usar “enquanto desempregado”, não é a “verificação do desemprego” que “suspende” os efeitos do “consentimento” de uso do veículo. Se não, B nunca o poderia usar!

O que tem eficácia é o reverso – isto é, se B arranja trabalho, “resolve-se” o consentimento para continuar a usar o bem. Vide Durval Ferreira, “Negócio Jurídico Condicional”, 1998, Almedina.

obra referida, pág. 42), “se durante a execução do contrato foram causados danos ao paciente por facto de terceiro (médico contratado pelo hospital para a prática de atos médicos), a responsabilidade do hospital é obrigacional por facto de terceiro”.

Conforme dispõe o artº. 800º do C. Civil.

**Há várias situações de prestação de serviços médicos** com vários prestadores de serviços.

Podem distinguir-se diversos casos-tipo.

Assim, **André Dias Pereira** (“Direitos dos pacientes e responsabilidade médica”, 2015, págs. 684 e sgts.) distingue: **(i) contrato total**, que é “um contrato misto (combinado) que engloba um contrato de prestação de serviços médicos, a que se junta um contrato de internamento (prestação de serviço médico e paramédico), bem como um contrato de locação e eventualmente de compra e venda (fornecimento de medicamentos) e ainda de empreitada (confeção de alimentos)”; **(ii) contrato total com escolha de médico** (contrato médico adicional), que corresponde a “um contrato total mas com a especificidade de haver um contrato médico adicional (relativo a determinadas prestações)”; **(iii) contrato dividido**, que é aquele em que “a clínica apenas assume as obrigações decorrentes do internamento (hospedagem, cuidados paramédicos, etc), enquanto o serviço médico é direta e autonomamente celebrado por um médico (atos médicos)”.

E, no caso tipo referido do “contrato de internamento com escolha de médico (contrato médico adicional), a clínica também assume a responsabilidade por todos os danos ocorridos, incluindo a assistência médica e os danos causados pelo médico escolhido” (cit., pág. 688).

A responsabilização do R. BB Hospital funda-se na razão de ser do regime do artº. 800º, nº 1, do CC, a qual, segundo Vaz Serra (“Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos res-

ponsáveis legais ou dos substitutos”, in “Boletim do Ministério da Justiça”, nº 72, pág. 270), é a seguinte: “O devedor que se aproveite de auxiliares no cumprimento fá-lo a seu risco e deve, portanto, responder pelos factos dos auxiliares, que são apenas um instrumento seu para o cumprimento. Com tais auxiliares alargaram-se as possibilidades do devedor, o qual, assim como tira daí benefícios, deve suportar os prejuízos inerentes à utilização deles”.

*Por sua vez, também pode surgir responsabilidade civil extracontratual com violação da personalidade física ou moral do paciente* (artº. 70º do C. Civil), se, no caso, a intervenção médica não foi “consentida” pelo paciente ou existiu deficiência de informação relevante a um consentimento livre e consciente.

Ou, se tal consentimento foi resolvido, por uma alegação e prova, a cargo do utente, duma *mala praxis*, culposa, por parte do médico. Como antes se referiu.

Como infra se desenvolve ao analisar o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28-01-2016** (infra, capítulo II).

Ora, tratando-se de aplicar o regime da responsabilidade civil contratual aos atos médicos, quer prestados por um estabelecimento público integrado no Serviço Nacional de Saúde quer prestados em qualquer outro ato médico privado, necessariamente serão chamados à colação, na análise de cada caso concreto, quer o regime da causalidade da lesão, quanto ao dano da ilicitude, quer o regime da culpa e, aqui, nomeadamente, o disposto nos artºs. 798º e 799º do C. Civil.

Bem como o prazo de prescrição do crédito à indemnização é de 20 anos (artº. 309º do C. Civil) e não o prazo de 3 anos da responsabilidade extracontratual (artº. 498º do C. Civil).

Ora, relativamente à densificação normativa do **artº. 799º do C. Civil**, a questão que se coloca é se a presunção que aí se estabelece é,

tão-só, “presunção de culpa” ou se, num âmbito mais alargado, o devedor tem que provar que não houve, no caso, “falta” de cumprimento ou não houve, no caso, um “cumprimento defeituoso”.

Assim, por exemplo, **Cláudia Monge** (o. cit., p. 55) defende que no artº. 799º há presunção não só de culpa, mas também de ilicitude (*fonte*). E, assim, caberá, também, ao devedor demonstrar “que não faltou ao cumprimento ou que o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua” (o. cit., p. 47).

Todavia, relativamente a tal questão, há que primeiro autonomizar a causalidade em que se imputa o resultado ilícito ocorrido, como condição *sine qua non* da conduta, ativa ou omissiva do agente e no “grau de probabilidade” que para o caso se exija, como supra se desenvolve (Título V, Capítulo II)<sup>141</sup>.

Na verdade, não basta uma (mera) “causalidade-natural”. Isto é, que no plano dos factos se possa dizer que certo “evento” teve como “causa” uma certa conduta. É necessário e decisivo, ainda, que essa certa conexão natural – p. ex., como *conditio sine qua non* – seja “valorada juridicamente” como nexó relevante para tal evento poder ser imputado ao agente, no caso, como da sua autoria responsabilizadora. Neste sentido, identicamente, **Francesco Galgano** (“Diritto Privato”, 10ª ed., 1999, pág. 371).

Por sua vez estabelecida tal causalidade, é que há que averiguar, como segunda questão, se essa conduta do agente também é ilícita, por violação dum direito ou bem jurídico protegido da vítima.

E a questão da culpa é uma terceira questão.

---

141. E quando estamos a apreciar a conexão entre a conduta do agente e o “dano da ilicitude”. Já questão autónoma será, posteriormente, avaliar, do nexó de conexão entre tal “dano de ilicitude” e a sua “repercussão negativa” na “esfera jurídica da vítima”.

Ora, a culpa, na responsabilidade contratual, é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil extracontratual – ao remeter-nos o artº. 799º, nº 2, do C. Civil para o artº. 487º, nº 2, do mesmo código.

E, assim, também na responsabilidade civil contratual, conforme escrevem **Pires de Lima e A. Varela** (Cód. Civil Anotado, II, 1968, pág. 441).

*“A disposição do nº 2 deste artigo resolve o problema de saber se a culpa do devedor deve ser apreciada in abstrato, ou seja, como se diz no nº 2 do artigo 487º, pela diligência de um bom pai de família, ou antes, in concreto, em atenção à diligência normal do devedor, isto é, à diligência que ele costuma usar nos seus negócios (diligentia quam in suis rebus adhibere solet).*

*Adotou o Código a primeira solução, quer em matéria contratual quer extracontratual, ... Pela mesma ordem de ideias se deve preferir a tese da culpa como um erro de conduta (envolvendo também a falta de perícia, de aptidão ou de conhecimento), e não como uma simples deficiência de vontade (falta de zelo ou de empenho) na realização da prestação.”*

E Pires de Lima e Antunes Varela, citando o **Prof. Vaz Serra** (“Culpa do devedor ou do agente”, nº 2, Bol., nº 68), reproduzem que

“A lei reprova o comportamento contrário ao cumprimento da obrigação, quando ele é devido à falta de diligência ou a dolo do devedor. Saber quando procedeu o devedor diligentemente é saber quando tomou o devedor as medidas que devia tomar. Ora, este problema não pode receber uma solução uniforme para as várias obrigações possíveis, pois, conforme os casos, pode o devedor estar obrigado a maior ou menor diligência, a praticar mais ou menos atos, a abster-se mais ou menos da prática deles.”

*Ora, a presunção estabelecida no artº. 799º, nº 2, do C. Civil respeita tão-só à “culpa”.*

E, por sua vez, tal presunção de culpa também só existe se já está previamente assumido que existe “falta de cumprimento” ou cumprimento defeituoso. Conforme supra se desenvolve (Título V, Capítulo IX).

Isto é, não abrange nem a questão da “causalidade” entre a conduta e a lesão nem a questão da “ilicitude” da conduta, que se consubstancia em “falta de cumprimento” ou em “cumprimento defeituoso”.

Na verdade, a “epígrafe” do artº. 799º refere tão-só a “presunção” quanto à culpa.

E o nº 1 do artº. 799º só trata da questão da culpa e da sua presunção, no pressuposto de que está admitida a “falta de cumprimento” ou um “cumprimento defeituoso”.

Isto é, quanto a preexistir “falta de cumprimento” ou “cumprimento defeituoso”, já não se estabelece qualquer presunção.

E, também, a razão de ser do estatuído no nº 2 do artº. 799º estará em que “só o devedor está, com efeito, em condições de fazer a prova das razões da sua atitude em face do credor e dos motivos que o levaram a não cumprir a obrigação a que estava vinculado” (cits. Pires de Lima e A. Varela).

Ora, tal razão só é fundamento razoável quanto à mera presunção de culpa, mas já não quanto à presunção de ilicitude da conduta do agente, por “falta de cumprimento” ou por “cumprimento defeituoso”.

Aliás, no caso abrangido pelo artº. 493º do C. Civil, sobre danos causados por coisas, animais ou “atividades perigosas”, também a presunção estabelecida é tão-só quanto à culpa e não quanto à causalidade ou ilicitude.

Assim, cabe ao lesado alegar e provar que teve um dano, que o mesmo radica numa conduta do agente – ativa ou omissiva – que foi



condição *sine qua non*, “provável”, do dano e que a conduta do agente foi ilícita, por não de acordo com as *legis artis* e os deveres específicos que, no caso, deveriam ser acatados.

*E só perante a prova desses elementos concretos e positivos, e pressupostos na assunção “prévia” dum “dano de ilicitude” – e como ónus de prova do lesado –, é que, em tema já de “culpa” [“diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias do caso” (artº 487º, nº 2)], se estabelece uma sua “presunção”, a ilidir pelo agente (artº. 799º, nº 1), se se assumiu previamente a referida ilicitude.*

Pense-se, p. ex., que ter o recém-nascido lesões cerebrais graves não resulta, sem mais, que sejam causadas pela cesariana que se realizou. Pois podem ser lesões de causa anterior ou posterior à intervenção no parto.

Nem, p. ex., se, ao operar-se uma colonoscopia, ocorre uma perfuração do intestino – daí não se pode avaliar, sem mais, que existiu *mala praxis* médica (dano da ilicitude).

Há que realçar que a obrigação assumida pelo prestador “cuidados de saúde” não é, por via de regra, uma “obrigação de resultado”.

Isto é, não se garante uma cura, um nascimento dum bebé perfeito, etc.

Aquilo a que se obriga o prestador, é “a prestar o serviço”, e com respeito pelo postulado pelas *leges artis*, e com o dever de informar, obter o consentimento prévio e esclarecido, guardando sigilo, e deveres similares.

No mesmo sentido, **Antunes Varela** realça que, embora o ónus da prova de culpa recaia sobre o devedor, é ao credor que incumbe a prova do facto ilícito de não cumprimento ou, tratando-se de cumprimento defeituoso, a prova do defeito verificado (“Obrigações”, 2ª ed., 97).

Assim, também o **Ac. R. Porto de 06-03-2006** (C.J. 2006, 2º, 151), ao escrever que no domínio da responsabilidade médica não recai sobre estes qualquer obrigação de resultado, mas sim de meios ou diligências, cabendo à credora a prova da ilicitude, ou seja, que a Ré violou as *leges artis*, e à demandada (... nesse caso...) a prova de que, no circunstancialismo apurado, não podiam ou não deviam ter agido de modo diferente. E, em sentido similar, o **Ac. R. L. de 20-04-2006** (C.J. 2006, 2ª, 110).

Em síntese, como **decidiu o S.T.J., no seu acórdão de 18-09-2007**,

“I – Ressalvados os casos em que o médico garante a obtenção de um resultado, a obrigação a que o médico se vincula perante o paciente é a de lhe proporcionar os melhores e mais adequados cuidados ao seu alcance, em conformidade com os conhecimentos científicos atualizados e comprovados. II – Num contrato de prestação de serviços médicos recai sobre o que requer a prestação de serviços o ónus da prova de que o tratamento ou intervenção foram omitidos ou que os meios utilizados foram deficientes ou errados. III – Só depois de verificada a prova da existência de cumprimento defeituoso da obrigação assumida funciona a presunção de culpa sobre o prestador de serviços. IV – Não se provando que, após a realização de um parto, a manutenção de fragmentos de placenta se deveu a incumprimento de deveres da profissão, fica indemonstrado o incumprimento objetivo do contrato de prestação de serviços médicos (CJ/STJ, 2007, 3º, 54).

E neste sentido é também o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26-01-2016, ao decidir que:

“Tendo sido acordado entre a doente e a médica a prática de uma intervenção cirúrgica (remoção de um pólipó no útero por histeroscopia), estamos perante um contrato de prestação de serviços médicos, sendo de natureza contratual a responsabilidade civil que daí possa advir pelo incumprimento culposo.”

“No âmbito da responsabilidade médica decorrente de uma obrigação de meios, cabe ao paciente alegar e provar o incumprimento ou cumprimento defeituoso dos atos necessários à produção de um bom resultado, mas ficando demonstrado que existiu um ato ilícito médico ... cabe ao médico demonstrar que agiu sem culpa, sob pena de presumir-se essa mesma culpa.” (in C. Jur., nº 268, Ano XLI – T. I, 2016, pág. 286).

Como realça **Antunes Varela**, “... a culpa e a ilicitude são conceitos distintos. Abrangem aspetos diferentes, embora em certo sentido complementares, da conduta do autor do facto.

A ilicitude considera esta conduta objetivamente, como negação dos valores tutelados pela ordem jurídica... A culpa, ... olha ao lado individual, subjetivo, do facto ilícito, embora na apreciação da negligência a lei inclua... elementos de carácter objetivo” (“Das Obrigações em Geral”, I, 4ª ed., Almedina, pág. 511/512).

E realçando este autor que o Código Civil português expressamente distingue entre um e outro dos dois aspetos da conduta do agente, no seu artº. 483º.

E é no mesmo sentido o ensinamento de **Mário Júlio de Almeida Costa**, que lembrou que “isto mesmo patenteia o artº. 483º, no seu nº 1 ...” (“Direito das Obrigações”, 5ª ed., Almedina, pág. 465).

Defende tal autor, a págs. 465/466:

“Portanto, uma coisa é a ilicitude e outra a culpa. Como antes se disse, a culpa em sentido amplo consiste precisamente na imputação do facto ao agente. Ela define um nexo de ligação do facto ilícito a uma certa pessoa.

A responsabilidade civil, em regra, pressupõe a culpa, que se traduz numa determinada posição ou situação psicológica do agente para com o facto. Só excecionalmente a lei se contenta com a existência,

entre o facto e o agente, de um puro nexo material (artº. 483º, nº 2). São os casos, adiante considerados, de responsabilidade civil objetiva ou pelo risco.

Já decorre do exposto que os conceitos de ilicitude e de culpa refletem aspetos distintos da conduta do agente, posto que intimamente relacionados. Pode-se dizer que a ilicitude encara o comportamento do autor do facto sob um ângulo objetivo, enquanto violação de valores defendidos pela ordem jurídica (juízo de censura sobre o próprio facto), ao passo que a culpa pondera o lado subjetivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram (juízo de censura sobre o agente em concreto). Daí que o regime jurídico das causas de exclusão da ilicitude se apresente autónomo da disciplina das causas de exclusão, atenuação ou agravamento da culpa.”

É certo que o *artº. 493º, nº 2, do C. Civil* estabelece uma presunção de culpa por quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados – exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de as prevenir.

E nessas atividades perigosas incluiu-se, p. ex., “a aplicação médica de raios x” (Mário Júlio de Almeida Costa, cit. fls. 473/474).

Todavia, tal preceito insere-se na subsecção da “responsabilidade civil” extracontratual, por “factos ilícitos”. E não abrange a responsabilidade civil contratual, por exercício de conduta “lícita” e, até, no cumprimento de “obrigações”.

Isto é, o *artº. 493º, nº 3*, só se aplica aos casos em que a atividade médica é exercida “sem consentimento” do doente ou com um “consentimento viciado”, por falta ou erro de informação, como infra se desenvolve.

Ou, se o paciente alega e prova que a intervenção foi uma *mala praxis*, isto é, com desrespeito das *legis artis ad hoc*, e, assim, apurada

esta “circunstância”, se “resolveu” a eficácia do (antes) havido consentimento: assim, a então intervenção médica passou a dever avaliar-se como de “responsabilidade civil extracontratual”. Como antes se desenvolveu.

Também para **Carlos Alberto Mota Pinto** (“Teoria Geral do Direito Civil”, 2ª ed., Coimbra Editora, pág. 115), para o surgimento da responsabilidade civil, necessário se torna que para “além da existência de um dano e de uma ligação causal entre o facto gerador de responsabilidades e o prejuízo” se verifiquem “outros pressupostos”, como, “em princípio, que o facto seja ilícito, isto é, violador de direitos subjetivos ou interesses alheios tutelados por uma disposição legal, e culposos, ou seja, passível de uma censura ético-jurídica do sujeito atuante”.

Na verdade, se a intervenção, p. exemplo, do médico se situa na órbita da responsabilidade contratual, então só há responsabilidade civil se o médico “falta ao cumprimento da obrigação ou a cumpre defeituosamente” – como resulta do artº. 798º do C. Civil.

Assim, pois, a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso, como “dano de ilicitude”, é facto constitutivo do direito de indemnização, pelo que, se tal peticiona o paciente, cabe-lhe, obviamente, o ónus de provar essa falta ou defeito – segundo as *legis artis ad hoc* – como resulta dos artºs. 342º e 562º do C. Civil.

Por vezes, em contrário, alega-se que tal ónus deve caber ao médico, dado que este tem conhecimentos especializados que o paciente não tem, e, assim, “é este quem está em melhores condições para tal prova”.

Assim, o **Acórdão do S.T.J. de 28-10-2015** (Tomé Gomes, Bettencourt de Faria e João Bernardo, in C.J. – STJ, nº 267, T. II, pág. 205), ainda que ponha o ónus de prova da “culpa” a cargo do paciente (mas mitigado).

Todavia, esta postura tem dois obstáculos, difíceis de transpor.

O primeiro é o de que quem fixa as regras do ónus da prova é a Lei – e quem julga deve obediência à Lei (artºs. 2º, 20º, nº 4, 202º a 204º da C.R., artº. 4º da L.O. S. J., 8º do C. Civil e 607º, nº 3, do C. Pr. C.).

O segundo obstáculo é que a dita questão é uma falsa questão.

Na verdade, se, no caso, a prova exigir conhecimentos especializados, quer o paciente quer o médico podem requer *prova pericial* por quem tem tais conhecimentos.

E, portanto, o Réu não estará em melhores condições que o A. – ambos estão em condições iguais.

Se nenhum requerer tal prova pericial, cabe ao Juiz, oficiosamente, determiná-la, como resulta dos artºs. 411º e 467º do C. Pr. C., e é imposto pelo princípio da “suficiência da decisão” e pelo direito constitucional do cidadão a que a sua causa seja julgada “mediante processo equitativo” (artºs. 20º, nº 4, da CR e 6º da CEDH).

Assim, pois, para suprir a deficiência de conhecimentos especializados, no caso, por falta do A., em relação ao réu, médico – mesmo num mero campo de “equidade” –, não há que violar as regras legais e as “normas” do ónus da prova, mas sim, com justiça concreta, determinar-se uma perícia.

Escrevemos em princípio, pois há certos casos expressamente previstos na lei em que a responsabilidade civil prescinde da culpa ou da “ilicitude”.

O antes referido **Carlos Alberto Mota Pinto** dá-nos a seguinte densificação do conceito de “culpa, traduzida numa reprovação ou censura da conduta desrespeitadora dos interesses tutelados pelo direito, pode resultar da existência de uma intenção de causar um dano violando uma proibição (dolo) ou da omissão dos deveres de cuidado, diligência ou perícia exigíveis para evitar o dano (*negligência ou mera culpa*)”.

A pág. 117, o mesmo Autor fundamenta essa opção pela exigência de culpa, como um dos pressupostos da responsabilidade civil, descrevendo que “responsabilidade de caráter objetivo, fazendo suportar ao agente, como um «factum», os danos que o seu procedimento desencadeou em termos de pura causalidade material, é assinalada pelos historiadores e etnólogos como uma instituição presente em estádios recuados da civilização jurídica dos povos”.

“Compreende-se a exigência, em princípio, da culpa como «*conditio sine qua non*» da responsabilidade,” como “a solução mais justa e socialmente conveniente” pelas várias razões que elenca.

E é relevante, em cada caso, assumir-se se estamos perante responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Pois, se a responsabilidade é contratual, nomeadamente, aplicam-se os art.ºs. 799º (presunção de culpa), e 800º do C. Civil (responsabilidade do devedor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação) e o prazo da prescrição do direito à indemnização de 20 anos (art.º. 309º).

Se a responsabilidade civil é extracontratual, já serão chamados à colação, nomeadamente, os art.ºs. 493º do C. Civil (danos causados no exercício de uma atividade perigosa), 500º (responsabilidade do comitente) e o prazo de prescrição do direito à indemnização de 3 anos (art.º. 498º).

**Cláudia Monge** (o. cit., pág. 55) escreve, como antes referido, que o art.º. 799º estabelece presunção de culpa, e também de *faute*: da ilicitude de conduta.

Todavia, não fundamenta.

Também o **acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01-10-2015** decide que o art.º. 799º, n.º 2, estabelece uma presunção de culpa, num caso em que, numa colonoscopia, no seu decurso, ocorreu

uma perfuração do intestino (C.J. – STJ – 267; T. III, p. 80, Maria dos Prazeres Beleza, Salazar Casanova e Lopes do Rego).

Tese esta que é seguida pelo **acórdão do S.T.J. de 28-01-2016** (que se cita no seguinte Capítulo II).

Todavia, como antes referido, para tal intervenção cair no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, e assim seja aplicável o artº. 493º, nº 2, do C. Civil, necessário se torna alegar e provar, e a cargo do paciente, que o consentimento (antes) prestado pelo paciente se resolveu, porque a intervenção, efetivamente, não respeitou as devidas *legis artis ad hoc* e com culpa.

E, em tema de “causalidade”, não bastará assumir uma (mera) “causa naturalista” (p. ex., *conditio sine qua non*). Terá, ainda, que se assumir certa “causa natural”, como “causa juridicamente relevante” (“causa jurídica”).

E, se o âmbito foi o da “responsabilidade civil contratual”, então o artº. 799º pressupõe “falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso”.

Obviamente, a provar pelo paciente (artº. 342º do C. Civil).

Como no Capítulo II, seguinte, também se desenvolve.





## *CAPÍTULO II*

- *“Obrigação de meios” nos casos normais*
- *“Deveres acessórios ou laterais”*
- *Responsabilidade contratual:*  
*“risco” de lesão física, a cargo do paciente*
- *Responsabilidade civil extracontratual*  
*se não há consentimento do paciente ou*  
*se está viciado por falta ou deficiência do*  
*“dever de informação”: presunção de*  
*ilicitude e de culpa (artº. 493º, 2, do C.C.).*
- *Responsabilidade civil extracontratual*  
*“se” está provada mala praxis, “resolutiva”*  
*do consentimento dado*
- *Ônus da prova da mala praxis (resolutiva)*  
*a cargo do paciente*

O **S.T.J., no Acórdão de 28-01-2016** (Maria da Graça Trigo, Bettencourt de Faria e João Bernardo), proc. 136/12.5TVLSB.L1.S1, 2ª Secção, decidiu um caso de responsabilidade por ato médico em que, numa prestação de serviços médicos por hospital e médico privado, para tanto contratados, duma cirurgia ortopédica, ao pé direito, com anestesia por epidural, veio a ocorrer, todavia, uma lesão molecular de que resultou *paralisia no membro inferior esquerdo*, além de outras sequelas permanentes.

Aí se decidiu que o Hospital responde pelo ato do médico, ainda que este seja “independente”, e ao abrigo do artº. 800º, nº 1, do C. Civil.

E que a responsabilidade do Hospital e do médico, e auxiliares, como uma anestesista, é uma responsabilidade contratual, em que a relação jurídica estabelecida entre o Hospital e os ditos intervenientes para com o doente é uma “obrigação de meios” e não “obrigação de resultados”.

Inserindo-se nas “obrigações” dos ditos prestadores não só a “obrigação principal” em causa, no caso, a “cirurgia ortopédica”, ao pé direito, como todas as obrigações referentes ao cumprimento de todos os “deveres de proteção, acessórios ou laterais, do contrato”.

Como, nomeadamente, e como exigência do princípio da boa-fé, a observar no cumprimento das obrigações (artº. 762º, nº 2, do C.C.), a satisfação dos “deveres de informação, de lealdade e de proteção”.

E, nomeadamente, quanto a este último, o dever especial de proteção dos bens patrimoniais e pessoais do credor do serviço, como a sua integridade física (ou a sua vida).

Também o **S.T.J. no Acórdão de 01-10-2015** (Maria dos Prazeres Beleza, Salazar Casanova e Lopes do Rego – in C.J. 267º, T. III, p. 76 e sgts.) decidiu um caso em que na realização de uma colonoscopia ocorreu, no seu decurso, a perfuração do intestino do paciente.

Ora, ambos os acórdãos decidem, igualmente, existir, no caso, quer presunção de culpa do agente médico quer presunção de ilicitude – a ilidir, pois, pelo agente médico – desde que esteja assumido que “objetivamente ocorreu uma lesão da integridade física da autora, não exigida pelo cumprimento do contrato” (cit. acórdão de 28-01-2016).

Na verdade, o referido acórdão de 28-01-2016 (na sua reprodução do acórdão de 01-10-2015) escreve: “independentemente de encontrar a construção juridicamente mais correta, a verdade é que objetivamente ocorreu uma lesão da integridade física da autora, não exigida pelo cumprimento do contrato, a *ilicitude está verificada*”;

“Aliás, dificilmente se poderá sustentar que a proteção da integridade física do paciente não integra o âmbito da proteção de um contrato de prestação de serviços médicos”.

*E continua o referido acórdão, na dúvida, uma vez provada a ilicitude pelo desrespeito* <sup>142</sup> *do dever de proteção da integridade física da A. durante a execução do contrato, deve aplicar-se o regime globalmente definido para a responsabilidade contratual e, nos termos do art. 799º, nº 1, do CC, a culpa do R. presume-se.*

Presunção que vale tanto para obrigações de resultado como para obrigações de meios, conforme tem sido decidido por este Tribunal a respeito de responsabilidade civil por atos médicos (acórdãos de 12 de março de 2015, proc. nº 1212/08.4TBCL.G2.S1, de 1 de julho de 2012, proc. nº 398/1999. E1.S1, de 30 de junho de 2011, proc. nº 3252/05TVLSBL1.S1, de 15 de dezembro de 2011, proc. nº 209/06.3TVPRT.S1.S1, de 27 de novembro de 2007, proc. nº 3426/07,

---

142. Na normalidade dos casos, o médico não assume “esse resultado” de “respeito da proteção da integridade física”. O que assume é a “obrigação”, o “dever” de atuar segundo as *leges artis ad hoc* para que (tal) lesão não ocorra.

Mas, então, a “ilicitude” não está na lesão naturalista! Mas na “*mala praxis da conduta*”.

Bem como a “objetiva-lesão”, decorrente da intervenção – é (mera) “causa naturalista”. Mas não o é, só por si, “causa jurídica”. Vide, o antes citado Francesco Galgano (o. cit., p. 371) – Supra, Capítulo I.

e de 17 de dezembro de 2002, proc. nº 4057/02, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Cfr. Henriques Gaspar, “A responsabilidade civil do médico”, in CJ 1978, T.I, págs. 344 e seg., e Álvaro Gomes Rodrigues, “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, in *Direito e Justiça*, 2000, T3, pag. 209.”

Salvo o devido respeito, entendemos que os acórdãos (em referência) padecem do vício de “petição de princípio” (racional e jurídica).

Na assunção que fazem dos (imprescindíveis) pressupostos legais da responsabilidade civil, quer da “*causalidade*” quer da “*ilicitude*”, “tão-só”, porque, “objetivamente”, na execução da prestação do ato médico, se ocasionou uma lesão da integridade física do paciente.

Como, também, fazem uma indevida e contraditória extrapolação dos conceitos de “obrigação de meios” e de “obrigações de resultados”, no campo da avaliação do cumprimento dos “deveres de proteção, acessórios ou laterais, do contrato”.

E, ainda, na colação da presunção de culpa do artº. 799º, nº 1, do C. Civil, quando não atentam, os acórdãos em referência, que tal presunção tem como *fattispecie* a prévia alegação e prova duma “falta de cumprimento” ou dum “cumprimento defeituoso da obrigação”.

E não atentam, também, que a situação se insere no caso-tipo do “concurso aparente” de responsabilidade civil contratual e extracontratual, como infra se desenvolve, no Capítulo V.

*Desde logo, a presunção de culpa do artº. 799º, nº 1*, só se aplica se provado está que o devedor “faltou ao cumprimento ou teve um cumprimento defeituoso”. Conforme supra se desenvolve (Título V, Capítulo IX, e Capítulo I deste Título VIII).

Ora, sem dúvida que, na normalidade dos casos, o acordo de intervenção médica abrange a obrigação de não lesar física e intelectualmente o paciente.

Mas, então, como se trata de obrigação contratual, a ilicitude só existirá se o médico não cumpre as devidas *legis artis ad hoc* para tal evitar.

E, neste campo, caberá à vítima fazer a prova desse não-cumprimento (artºs. 342º, 405º e 798º do C.C.).

E, por sua vez, se é certo que duma intervenção médica resultou, objetivamente, uma lesão física do paciente – daí, só está admitido, de *per si*, que a intervenção médica foi conditio *sine qua non* da lesão.

Mas dessa assunção não resulta, de *per si* e sem mais, nem que no caso exista uma “causalidade” juridicamente relevante nem que a conduta do agente seja legalmente “ilícita”: e, assim, preencha tais requisitos legais, imprescindíveis, para se gerar responsabilidade civil indemnizatória a cargo do agente.

Pois tal decisão, manifestamente, sofreria, onticamente, do vício da “petição de princípio”: quer racional, quer jurisdicional.

Na verdade, tal decisão só seria racional, aceitável e adequada se, *a priori*, estivesse assumido que “toda a conduta do agente”, da qual resulte, *sine qua non*, uma lesão física do outro (parte contratante, ou não) consubstancia, de *per si*, uma conduta “causal”, ilícita e geradora de responsabilidade.

Ora, assim não é, na “unidade do sistema jurídico”<sup>143</sup>.

Na verdade, quanto ao requisito da “causalidade”, não basta uma (mera) “causalidade natural”. Isto é, que no plano dos factos se possa dizer que certo “evento” teve como “causa” uma certa conduta. É, ainda, necessário e decisivo que essa certa conexão natural – p. ex., como *conditio sine qua non* – seja “valorada juridicamente” como nexos relevante para tal evento poder ser imputado ao agente, no caso, como da sua autoria responsabilizadora. Neste sentido, o (supra) citado Francesco Galgano (“Diritto Privato”, 10ª ed., 1999, p. 371).

---

143. De aplicação obrigatória – “em cada um dos seus setores e na concordância entre si e na globalidade” (Batista Machado, o. cit.). Dado o princípio legal e constitucional, da subordinação da decisão jurisdicional “à norma aplicável ao caso concreto” (Antunes Varela, o. cit.).

Com efeito, para que uma “causalidade natural” seja imputada responsabilizadamente ao agente, a Lei acrescenta requisitos específicos, conforme a responsabilidade civil em causa. E, assim, nuns casos, exige-se uma “causalidade adequada positiva”; noutros, uma “causalidade probabilística” de certo grau; e, noutros, ainda uma “causalidade adequada, numa formulação negativa”<sup>144</sup>. E, até, em caso nenhum se basta, tão-só, com uma (mera) *conditio sine qua non*, de (mera) “objetiva consequência”.

E, por sua vez, também, nem toda a conduta dum agente de que ocorra “objetivamente” uma lesão dum direito de outrem, p. ex., uma lesão da sua personalidade física, consubstancia, de *per si* e sem mais, uma “conduta ilícita ou um *“resultado ilícito”*”.

Pois que há situações factuais em que a conduta do agente (na sua execução) resulta, objetivamente, como *conditio sine qua non*, uma lesão física de outrem (parte contraente, ou não), mas que, inseridas nas “normas legais”, adequadas, da “unidade do sistema jurídico”, todavia, não são nem geradoras de “ilicitude” nem duma “obrigação de indemnizar”.

Assim será, p. ex., conduta ilícita se o médico intervém sem o consentimento prévio do paciente, ou com um consentimento não esclarecido.

E, aqui, tratando-se de conduta da iniciativa do agente, que é perigosa para a personalidade física ou intelectual do doente, então, se a lesa, é conduta ilícita (art.º 493º, n.º 2, do CC) e geradora de responsabilidade civil (art.º 483º e sgts. e 562º e sgts. do C.C.), salvo se o agente prova “que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de as prevenir”.

Também haverá conduta ilícita se o médico intervém com consentimento esclarecido do paciente, mas na execução das obrigações

---

144. Vide supra, sobre tais tipos de causalidade, como de “causalidade jurídica”, relevantes – supra (Título IV, Capítulo II).

assumidas (principal ou acessórias), todavia, não respeita as *legis artis ad hoc*, e, no decurso da intervenção, como sua *conditio sine qua non*, e “não indiferente”, lesa a personalidade física do paciente.

Nestes casos, caberá ao paciente alegar e provar essa violação das obrigações contratuais para peticionar a obrigação de indemnizar (artºs. 342º, 405º, 798º e 563º e sgts. do C.C.). E, nesta hipótese, sim, provada tal ilicitude, beneficiando o paciente da presunção de culpa, do artº. 799º, nº 1, do C.C..

E também haverá conduta ilícita se na execução das obrigações assumidas, e com consentimento esclarecido do paciente, todavia, o médico não respeita as *legis artis ad hoc*, e, assim, com tal *mala praxis*, e culpa, se verifica a realização da condição resolutiva do (antes) prestado consentimento esclarecido – e, então, a situação cai no domínio da responsabilidade extracontratual, sujeita à ilicitude do artº. 493º, nº 2, do C.C., se, no caso, se verifica o respetivo *fattispecie*.

Mas, então, caberá ao paciente alegar e provar a verificação de tal condicionalismo resolutivo; ou seja, que o médico não observou as devidas *legis artis ad hoc*, e, antes, teve uma conduta de *mala praxis* e com culpa (artºs. 270º, 342º, 493º, nº 2, 483 e sgts. e 562º e sgts, do C.C.).

Isto é, em termos racionais e de avaliação jurídica, e sob pena de petição de princípio (racional e jurídico), da simples constatação de “que objetivamente ocorreu uma lesão da integridade física da autora, não exigida pelo cumprimento do contrato, não se pode ilacionar, logo, que a ilicitude está verificada”.

Pois que a ilicitude dessa realidade, concreta e objetiva, do mundo dos factos só será de haver como “ilícita”, na sua inserção respetiva na “unidade jurídica”, cogente, à luz antes realçada:

- a) – Se, o médico intervém sem consentimento esclarecido do paciente, e tal se prova;



- b) – Se, o médico intervém, assumindo contratualmente uma “obrigação de resultado”, que inclui assumir o risco de tal lesão, e tal se prova;
- c) – Se, o médico, atuando com consentimento, não cumpriu os seus deveres de conduta (ativos ou passivos), segundo as *legis artis ad hoc*, postuladas para que tal lesão não ocorresse e com culpa e tal se alega e se prova;
- d) – Se, o médico não cumpriu os seus deveres de conduta (ativos e passivos), segundo as *legis artis ad hoc*, e, assim, com tal verificação, se resolveu o condicionamento respectivo do (antes) prestado consentimento esclarecido. E tal se prova.

E, neste caso, e com tal prova, bastando uma causalidade *sine qua non* e não indiferente entre a conduta e a lesão. Mas que tem que se provar, “positivamente” e “*a se*”.

Mas, se não se provaram os elementos referidos supra, nas ditas 4 hipóteses, então, a situação objetiva, de resultar a lesão física do paciente causada, como *conditio sine qua non* da intervenção médica, em si, não consubstancia, na unidade do sistema jurídico, nem uma conduta “ilícita” do médico, “causadora”, juridicamente, de tal lesão, nem uma “conduta geradora de responsabilidade civil”, quer contratual quer extracontratual.

Por sua vez, o acórdão, no seu iter discursivo assume também os “deveres acessórios”, como “obrigação de resultado”.

Pois assume que, se, como consequência do ato médico, “resulta” objetivamente uma violação de bens pessoais ou patrimoniais do doente (como a sua integridade física ou a vida), então, está “provada a ilicitude”. Pois que “a obrigação principal – a função curativa do defeito ortopédico no pé direito – era acompanhada do dever de não afetar qualquer outro bem da A.

E, assim, a lesão... constitui o desrespeito de um tal dever”.

Ora, na relação contratual em causa, o médico, por norma e quanto à “obrigação principal”, não garante o “resultado” da cura, nem o de minorar o sofrimento do doente, nem o de lhe aumentar o tempo de vida, nem de que não ocorra uma lesão física...

O médico o que assume é, como “meio”, ter uma conduta de cumprimento do serviço contratado, e, na sua execução, adotar as boas práticas que, no caso, sejam as exigíveis, postuladas e adequadas (pelas *leges artis ad hoc* e regras da experiência desse setor de atividade) para a “prestação desse serviço”, e atuando “diligentemente”.

*E, então, só haverá “ilicitude” se vem provada a violação, por parte do agente e na execução desse serviço contratado, dessas leges artis ad hoc ou regras de experiência (art.ºs. 342º e 798º do C. Civil).*

Mas, se assim é, quanto à obrigação principal – logicamente e no justo plano da ponderação de interesses –, o é igualmente para os referidos deveres secundários, como o são os referidos “deveres de proteção, acessórios ou laterais”, do contrato.

Nomeadamente, os deveres de não lesar bens pessoais ou patrimoniais do credor da obrigação principal.

*Na verdade, o acessório segue o principal.*

*Seria, pois, um ilogismo que o dever acessório, ou de boa-fé, e referente ao dever principal, fosse obrigação de resultado, quando a obrigação principal que aquele dever especial, e “acessório ou lateral”, pretende garantir fosse de (mera) “obrigação de meios”.*

Com efeito, se “interpretarmos” o “contrato de prestação de serviços” realizado entre as partes de acordo com as normas dos art.ºs. 236º e sgts. do C. Civil, é indubitável concluir que o médico e os demais intervenientes só se “comprometem” a prestar uma “conduta”, “como meio” de alcançar um resultado, mas não se comprometem a que este ocorra.

Isto é, que o “doente” saia curado, ou que não lhe sobrevenha uma enfermidade, ou não venha a acontecer uma lesão física, etc.

Então, à luz dos cits. artºs. 236º e sgts., aquilo com que o médico se compromete é a ter uma “conduta” não só no “cumprimento da obrigação principal” como no “cumprimento de todos os deveres acessórios, laterais ou de proteção”, em que deve observar as *leges artis ad hoc* e as regras da experiência, quer no que de “positivo” faça quer no que haja “omitido”, e diligentemente.

E, se há dúvida quanto a tal interpretação, também a mesma se resolve em função da adoção da interpretação antes referida, que, obviamente, é a “que conduz ao maior equilíbrio da prestação” (artº. 237º, nº 2, do C.C.).

Pois que, doutro modo, estar-se-á a responsabilizar o médico pelo incumprimento de obrigações – “as laterais, acessórias e de proteção” – que, manifestamente ele não quererá, normativamente, assumir como “obrigações de resultado” e que, no contexto do contrato, tal assunção não respeita, também, “o maior” equilíbrio das prestações assumidas.

E certo, também, que à mesma conclusão se chega, indubitavelmente, através das regras legais de “integração” do contrato (artº. 239º do C. Civil).

E conforme é reconhecido – “*la praxis médica, es sabido, contituye una atividade de riesgo y com riesgo: para los pacientes, para los profesionales y para las organizaciones*” (**Francisco J. Martínez Lopes**, “La Perdida de Oportunidad”, ed. Ministério de Sanidad, Consumo, Espanha, 2006, pág. 25).

E mais realça tal autor: “la situacion ideal seria aquella em que los clínicos pudieran decidir, entre las distintas alternativas, bajo condiciones de absoluta certeza. Pero lo cotidiano es que las decisiones se tengan que abordar bajo condiciones de incertidumbre” (o. cit., p. 29).

Dáí que, por “norma”, é de qualificar “a obrigação dos profissionais de medicina como obrigação de meios e não de resultados, isto é, em que *a obrigação se concretiza em prestar a devida assistência médica e não em garantir a cura do enfermo*” (o. cit., **Julian P. Paredes Martinez**, Inspetor de Serviços Sanitários, pág. 151).

E, assim, a **definição clássica de WU AW (1997)**, citada pelo antes referido Francisco J. Martinez Lopes, (a págs. 22/23), de que (só) existe *erro médico* quando ocorra uma “ação ou omissão com consequências potencialmente negativas para o paciente – *que houvesse sido julgada como equivocada por um experto*, de reconhecida experiência e conhecimentos sobre o problema, e, ao tempo em que ocorreu, independentemente de que tenha consequências negativas ou não para o paciente”.

E, assim, é essencial trazer à colação a avaliação duma concreta conduta de prestação de cuidados de saúde – as *leges artis ad hoc* e, face a elas, se qualificar a conduta como *mala praxis* ou não.

Neste enquadramento, o antes referido autor Julian P. Paredes Martinez cita **os acórdãos do STJ espanhol de 29-06-90 e 23-03-93**, que definem a *Lex artis ad hoc*, para efeitos jurisdicionais, nos seguintes termos:

“*Lex artis a efectos jurídicos, se entiende, por tal el criterio valorativo, de la corrección del concreto ato médico ejecutado por el médico que tiene en cuenta las técnicas habituales contrastadas, las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos, todo encaminado a calificar el ato conforme o no al estado de la ciencia.*”

O que, por sua vez, traz, como consequência, a necessidade de prévia realização duma *prova pericial* para sustentação da decisão jurisdicional respetiva.

E, como resulta dos artºs. 411º e 467º do C. de Processo Civil, e do direito do cidadão a um processo judicial equitativo (artº. 20º, nº 4, da C.R.).

**MAS, assim sendo, então só há “ilicitude” se o médico não “realizar a prestação a que está vinculado”** (artº. 762º do C. Civil).

**E, depois, só haverá obrigação de indemnizar se o médico “falta... ao cumprimento da obrigação”** (artº. 798º do C.C.).

Mas, no âmbito da “responsabilidade contratual”, e de “obrigação de meios”, o ónus da prova da ilicitude e da culpa cabe ao paciente que invoque direito de indemnização (artºs 342º, 762º e 798º do C.C.).

Na verdade, à face da Lei, só porque “objetivamente” há a lesão dum direito doutrem no decurso duma “conduta”, esta, sem mais, não é assumível como “ilícita” nem “culposa”!

**Ora, o médico realiza a prestação a que está vinculado** se na sua conduta global – quer na satisfação da “obrigação principal” quer na satisfação das “obrigações laterais, acessórias e de proteção” – **“não-violou” as *leges artis ad hoc* e as regras da experiência, e quer quanto ao que positivamente fez como quanto ao que omitiu.**

E, assim, *só haverá “ilicitude”, em responsabilidade contratual, se violou essas *leges artis* e as regras de experiência* (cits. artºs. 236º e sgts. e 762º do C. Civil).

*Ora, quem alegar essa “ilicitude”, como causa de pedir do dever de indemnizar, é que terá que provar o seu fattispecie* (artºs. 342º, nºs 1 e 2, 762º e 798º do C.C.).

*E o fattispecie legal é a “falta ao cumprimento” da devida obrigação.*

E se é certo que ocorreu uma lesão da integridade física do doente, e que esta integridade é um direito ou bem jurídico protegido (artº. 70º do C. Civil), todavia, também, mesmo numa perspectiva de responsabi-

lidade extracontratual<sup>145</sup>, não existe “violação ilícita” “desse direito”, por parte dos agentes do ato médico em causa – como é pressuposto legal de tal responsabilidade (artº. 483º do C. Civil).

*Pois que a “lesão” “objetiva” desse direito, embora ocorrida, aconteceu, todavia, não só no “cumprimento duma obrigação contratada”, e, pois, numa execução até legalmente exigida duma atividade de tais agentes, como era também uma “atuação consentida pela vítima”.*

Sendo, assim, essa intervenção na esfera jurídica da vítima, não só representa uma intervenção lícita (artº. 405º do C. Civil) como até era uma intervenção “devida” e “exigível” aos ditos profissionais do ato médico em causa (artº. 406º do C. C.).

Ora, *quem exerce um direito e cumpre uma obrigação* “legalmente” estabelecidos entre as partes – e no exercício dos quais não violou as devidas *leges artis* e regras de experiência <sup>146</sup> – não é responsável por eventuais prejuízos causados ao outro.

Não concorrendo tal conduta no âmbito da responsabilidade civil extracontratual (artºs. 483º e sgts do C.C.).

Pois que “fez”. Mas, “fez à face da lei” (*fecit, sed jure fecit*). Como é questão de que nenhum autor duvida.

Pois que, “de um modo geral, pode-se dizer que não são responsáveis os que atuam no exercício de um direito ou no cumprimento de uma obrigação legal” (vide Prof. **Vaz Serra**, in “Causa justificada do facto danoso”, nºs 23 e sgts.

---

145. O que não é verdadeiramente o caso. E só por hipótese de raciocínio se concede. Pois que, tendo havido “consentimento” do paciente para a intervenção, – estamos no âmbito da “responsabilidade contratual”. E só se incorrerá em “responsabilidade civil extracontratual” se for provado que a intervenção médica consubstancia “*mala praxis*”, que, assim, “resolve” o (anterior) consentimento – e, como tal, se possa aplicar o artº. 493º, 2, do C.C.. Como supra, Capítulo I, se desenvolve.

146. E a prova da “violação” incumbirá a quem a alegue (artº. 342º do C. Civil).

E **Pires de Lima e A. Varela**, anot. 1 ao artº. 483º do “C. Civil Anot.”, Vol. I, 1967).

E, no mesmo sentido, **Almeida Costa** (“Direito das Obrigações”, 5ª ed., p. 455), ao realçar que “o facto danoso não é ilícito quando praticado no regular exercício dum direito ou no cumprimento de um *dever jurídico*”.

Aliás, nesse contexto, ainda que se admitisse, por hipótese, que assim não seja, então, sempre, o comportamento daquele a quem se prestou “devidamente” o serviço, de vir a reclamar uma indemnização por um “resultado” danoso, meramente objetivo, consubstanciaria, então, manifestamente, um caso de abuso de direito, no modo de *venire contra factum proprium*. Bem como seria também uma violação do “dever de boa-fé”.

Dever esse que também incumbe ao credor face ao seu devedor (artºs. 227º, 334º e 762º, nº 2, do C.C.).

Assim, pois, também quanto aos referidos deveres acessórios ou laterais, **só haverá ilicitude se a vítima provar que o agente não observou, no decurso da execução da obrigação principal**, e quanto, também, àqueles **“deveres laterais e acessórios”, as práticas adequadas e postuladas** pelas *leges artis ad hoc* e pelas regras da experiência desse setor específico da ciência, e, agora, com referência à satisfação desses deveres secundários, auxiliares de prevenção (do êxito do dever principal e sem afetação dos bens pessoais ou patrimoniais do doente).

E, aqui, no âmbito, pois, da responsabilidade contratual, “o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado” (artº. 762º do C. Civil), pelo que só há responsabilidade se o “devedor falta... ao cumprimento da obrigação” a que se vinculou no contrato (artº. 236º e sgts. e artºs. 405º e 406º do C. Civil).

E o ónus da prova dessa ilicitude e da culpa cabe a quem as alegue<sup>147</sup>.

**Bem como, na responsabilidade extracontratual, também só há obrigação de indemnizar** se a “violação do direito de outrem” assentar numa **conduta “ilícita” (artº. 483º do C.C.).**

O que não é o caso, se o médico, ao agir, e, possivelmente, pôr até em risco a integridade física do paciente, todavia, estava legitimado pelo consentimento do doente, e com informação devida e adequada.

**Assim, responsabilizar o agente de atos médicos** pelo dever de indemnizar tão-só porque, objetivamente, da execução das suas obrigações resultou a “lesão dum direito” do paciente – como a sua integridade física – representa uma petição de princípio, quer no campo da responsabilidade contratual, quer no campo da responsabilidade extracontratual.

Porquanto a mera objetividade de uma conduta de A. violar a integridade física de B. só por si e sem mais não gera responsabilidade civil indemnizatória, à luz da Lei.

**Porquanto não se avalia à luz de que preceitos legais se pode considerar tal situação como geradora de responsabilidade civil contratual.**

Sendo certo que o exercício da atividade do agente, em tais casos, está “consentida” e é “devida” face aquele a quem se presta o serviço.

---

147. Salvo que, estando já provada e assumida a “ilicitude” (violação dos deveres contratuais), com base nessa prévia prova e assunção, se beneficie, então, da presunção de culpa do artº. 799º do C. Civil.

E, quanto à “ilicitude”, salvo que esteja provado, positivamente, que o médico não respeitou *as legis artis ad hoc* – e, assim, se resolveu o consentimento. E, então, sem consentimento, protetor, a intervenção médica cai no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, e, na hipótese do artº. 493º, 2, do C.C.. Como supra, no Capítulo II, se desenvolve. E conforme jurisprudência e doutrina aí referidas.



**Pelo que o devedor só responderá por uma “objetiva lesão”:**

- se se obrigou – pelo contrato – em termos de assumir uma “obrigação de resultado”, sanar a anomalia do doente, como resultado, e sem danos colaterais, como resultado;

- ou, se a “obrigação é de meios”, se se prova que não cumpriu, diligentemente, as *legis artis ad hoc*. E, neste caso, incorrendo em responsabilidade civil contratual.

- ou se viola, p. ex., a integridade física do paciente, nesse âmbito, incorrendo em responsabilidade civil extracontratual, e ao abrigo do disposto, nomeadamente, nos art.ºs. 70º e 493º, n.º 2, do C.C. – “se” previamente se provou, e com ónus a cargo do paciente, que o médico atuou com *mala praxis*.

**Pois que também assim o exige o “ónus da prova”**, cabendo aquele que invoca um direito, fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado (art.ºs. 342º e 270º do C.C.). Sendo que, em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos (n.º 3 desse artigo 342º).

Preceito este, pois, que tanto se aplica ao “dever” de cumprir a “obrigação contratual principal” como a quaisquer de seus “deveres laterais ou acessórios, e de proteção”.

E, por sua vez, na responsabilidade contratual a presunção de culpa estabelecida no art.º. 799º do C.C. tem como *fattispecie* a “falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação”<sup>148</sup>.

Isto é, só perante um já assumido “não-cumprimento” ou perante um já assumido “cumprimento defeituoso” é que, então, se presume a culpa do devedor.

Ora, no tipo de casos em apreço, para que o médico seja responsável, tem, assim, antes de mais, que se assumir, e quanto a qualquer um

---

148. Conforme supra se desenvolve (Título V, Capítulo IX).

dos deveres que assumiu, e como “obrigação de meios”, que os “não cumpriu” ou “cumpriu defeituosamente”.

E, portanto, tem que se provar que o médico não usou, específica e concretamente, das boas práticas médicas, as práticas adequadas – por ação ou por omissão e como postuladas pelas *leges artis* e pelas regras da experiência desse setor específico da ciência e quer na equação da avaliação do seu “dever principal”, quer de qualquer dos seus ditos “deveres laterais ou acessórios e de proteção”.

Ou seja, que não usou essas práticas em relação a todas as obrigações que se lhe impunham (e como “obrigações de meios”): e quer a obrigação principal de realizar a tarefa de remover a anomalia existente no pé da vítima, no caso em apreço, quer realizar as tarefas acessórias e laterais de, ao cumprir aquela obrigação, também não lesar bens pessoais ou patrimoniais do credor, como a sua integridade física ou a sua vida.

*Assim, a intervenção dos prestadores de serviço médico, nos casos em apreço, não consubstancia uma atuação de iniciativa individual e unilateral, de motu próprio e no exercício da qual se venha a causar a lesão dum direito do terceiro à sua integridade física ou moral.*

E pressuposto esse que é o campo de aplicação do disposto nos artºs. 70º e 493º, nº 2, do C. Civil, como *fattispecie* de “responsabilidade extracontratual”.

Bem diferente é a intervenção dos agentes médicos nos casos em apreço de prestação dum serviço médico – em que a atuação respectiva é “consentida”, “acordada” e “devida” (como obrigação contratual, principal ou acessória), sujeita, pois, ao regime da responsabilidade civil contratual.

E que só deixa de o ser se o “consentimento” dado é “resolvido” pela verificação da circunstância resolutiva, de que, no caso, o médico

não acatou as *legis artis ad hoc* e com culpa. E tal prova-o o paciente – como causa resolutive (artºs. 342º e 270º do C.C.).

E assim é quer na densificação do conteúdo do acordo (interpretação e integração) quer na aplicação do dever recíproco da boa-fé, quer na definição do objeto da prestação, quer nas consequências legais da falta de cumprimento da “prestação a que estava vinculada” (prestação devida), ou dum seu “cumprimento defeituoso”, quer ainda no ónus da prova.

Regime este de “responsabilidade civil contratual”, que está constituído e regulado, nomeadamente, nos artºs. 236º e sgts., 397º, 405º e 406º, 762º e 798º do C. Civil.

Assim, pois, também não é, sem mais –, e tão-só pela verificação “objetiva” duma lesão física –, aplicável à atividade de prestação dos serviços médicos o disposto no artº. 493º, nº 2, do C. Civil<sup>149</sup>.

Certo que, “tendo em conta a unidade do sistema jurídico” (artº. 8º do C. Civil)<sup>150</sup>, tal preceito vem inserido na regulamentação da responsabilidade delitual da “subsecção I”, respetiva, de “responsabilidade por factos ilícitos”. E também não se trata de uma “responsabilidade pelo risco” – certo que deste trata a subsecção II, respetiva.

Assim, pois, a responsabilidade regulada no dito artº. 493º, nº 2, é a responsabilidade por um “facto”, e por um “facto ilícito” extracontratual. E, pois, cujo *fattispecie*, quem a alegue é que tem que a provar.

---

149. Salvo, como referido, se a intervenção médica é de iniciativa individual e unilateral, de *motu próprio*, sem “consentimento” (real ou presumido) do paciente, ou com “consentimento viciado”, por falta de informação ou por “informação errónea”.

Ou se o paciente prova que o (dado) consentimento se “resolveu” por uma *mala praxis* da atividade desenvolvida pelo médico. Conforme, *supra*, Capítulo II, se desenvolve.

150. Como realça Batista Machado, “há que salvaguardar e respeitar uma coerência intrínseca da unidade jurídica, em cada um dos seus setores e na concordância entre si e na globalidade” (“Introdução ao Direito e ao discurso legitimador”, 13ª ed., Almedina, 2002, p. 83).

Tal não se alegando e provando:

**“Trata-se, portanto, de responsabilidade delitual ...” (Pires de Lima e A. Varela, anot. 1 ao C. Civil).**

Isto é, só se ingressa no âmbito de tal responsabilidade extracontratual – (1) ou porque o médico agiu sem consentimento esclarecido do paciente; (2) ou se, quanto ao consentimento (antes) prestado, na condição (natural) de que o médico “iria” observar as *legis artis ad hoc*, no caso, o paciente alega e “prova” que foi “resolvido”, por uma *mala praxis* da conduta do médico.

**Conforme realça o citado acórdão da Relação de Coimbra de 13-10-2015:**

“Um dos exemplos clássicos do concurso aparente de responsabilidade é o do cirurgião que, no decurso de uma intervenção cirúrgica, por omissão dos deveres de cuidado, lesa a saúde ou a integridade física do paciente.

E estes casos, causados pelo mau cumprimento do contrato, assumem natureza contratual, apesar de esses mesmos danos serem suscetíveis de reparação em sede de responsabilidade extracontratual, por violação culposa de direitos absolutos”.

E continua tal acórdão:

Estamos aqui situados no âmbito da responsabilidade contratual (cf., por ex., Ac. STJ de 15/12/2011 – proc. nº 209/06.3TVPR – em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), conforme se observou na sentença, pelo que, em tese geral, cabe ao autor a alegação e prova dos seguintes elementos: (i) existência de vínculo contratual; (ii) o incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico; (iii) a verificação dos danos; (iv) o nexo de causalidade entre a violação das *legis artis* e os danos<sup>151</sup>.

---

151. Causalidade essa que, quanto ao “dano da ilicitude”, por regra, é a da teoria da “causalidade

O caso tratado pelos referidos acórdãos do STJ de 01-10-2015 e 28-01-2016 é o caso-tipo do concurso aparente de responsabilidade civil contratual e extracontratual. Conforme, infra, Capítulo V, se desenvolve.

## *SECÇÃO I*

### *- Súmula*

#### **40**

Em suma, no caso das atividades médicas em análise, quando há consentimento (expresso ou presumido) do paciente e a obrigação não é de “resultado”, do que se trata é dum comportamento que se insere e consubstancia um “cumprimento”, “legalmente devido”, de obrigações assumidas, por acordo das partes, no âmbito da liberdade contratual, e cujo cumprimento ou não cumprimento, assim, não está sujeito ao regime especial dos referidos art.ºs. 483º e sgts. (responsabilidade delitual, por factos) nem ao regime do art.º. 499º e sgts., mas sim ao regime legalmente regulador da interpretação e integração dos contratos, da boa-fé das partes, da criação e delimitação da obrigação de cumprir e das consequências legais da “falta” de cumprimento” ou “do cumprimento defeituoso” “dessas específicas obrigações”, acordadas e devidas.

E conforme à responsabilidade civil contratual (arts. 405º, 270º, 798º, 799º e 342º do C.C.).

---

adequada”, na sua formulação positiva. E que, quanto à conexão entre o “dano da ilicitude” e a “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima, por regra, é a “causalidade probabilista”.

Salvo os casos específicos do art.º. 393º, nº 2, do C. Civil, e similares, em que a causalidade é a da teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa. Vide, supra, Título IV, Capítulo II.

Assim, decidiu-se no **Acórdão da Relação de Coimbra de 4-4-1995** (C.J., 1995, 2ª, p. 31) que, “sendo a obrigação do médico uma obrigação de meios e não de resultado, o ónus da prova da culpa recai sobre o lesado”, quer se considere a ótica do contrato de prestação de serviços quer da ofensa à integridade física do paciente.

Na verdade, quanto às intervenções médicas normais, as mesmas inserem-se num contrato de prestação de serviços (de meios), outorgado entre o paciente e o médico, ou entre o paciente e a entidade hospitalar, e sendo o contrato entre este instituto e o médico um contrato a favor de terceiro.

E quer a entidade hospitalar ou o médico prestem serviços privados quer prestem serviços públicos.

Certo que neste caso a responsabilidade também será “contratual”, ainda que com as especificidades de contratação pública. Mas não é, seguramente, responsabilidade delitual.

O referido enquadramento da atividade médica na responsabilidade contratual mantém-se mesmo que se trate de intervenção consequente a uma “proposta dirigida ao público” de prestação de serviços médicos (art.ºs. 224º, nº 1, segunda parte, e 230º, nº 3, do C. Civil).

Suponha-se, p. ex., que um sinistrado num acidente de viação é transportado pelos bombeiros a um hospital público, onde o doente chega inanimado, mas, após observações do pessoal médico, se conclui carecer duma intervenção cirúrgica urgente.

Pois bem, neste caso, também a relação jurídica estabelecida entre doente/hospital/médicos e pessoal auxiliar é uma relação contratual, em que se deve considerar que a intervenção pode e deve ter lugar na base duma presumível aceitação por parte da vítima ou de seus familiares, e a quem não houve tempo de recorrer. Vide Capítulo IV, *infra*.

Assim, **Leonor Suárez Llanos**, Professora de Teoria e Filosofia de Direito na Univ. de Oviedo, na sua obra “La Teoria de la perdida de oportunidad” (2014, pág. 51), claramente realça que “o médico certamente que não tem obrigação de acertar no seu diagnóstico”, pois que, isso sim, só “está obrigado a uma atuação adequada aos níveis suficientes de diligência”.

Juízo de valor esse que, *mutatis mutandis*, se aplica a uma “intervenção curativa”, ou a “uma intervenção sem função curativa”. Naquele caso, p. ex., a uma operação de extração do apêndice. Ou, na última hipótese, p. ex., no caso tratado pelo referido Ac. do S.T.J., em análise, de 28-01-2016, duma “anestesia por epidural”. Ou, no caso, p. ex., duma “colonoscopia”, do cit. Ac. S.T.J. de 01-10-2015.

E, também, como realça a antes referida autora Leonor Suárez Lana, **não será justo** que “um médico passe a suportar todos os danos e frustrações que possa sofrer o doente, ainda que só muito duvidosamente hajam sido causadas por ele”.

Ora, e muito menos – digo eu – se nem sequer está provado, positivamente, que tais danos e frustrações “resultaram” da sua intervenção, porque não conforme com as *leges artis ad hoc* e as regras da experiência, e, quando, até à intervenção que teve, consubstancia a “devida” satisfação duma sua obrigação e em proveito do credor, no caso (acidentalmente) vítima ?!

Desde logo, naturalmente que, se o paciente “consente” a “intervenção do ato médico”, apesar de (certo) risco de lesão da integridade física – e sendo pressuposto que cumpridos foram os deveres específicos de informação, inclusive sobre tais riscos –, todavia, quanto ao “âmbito” de tal consentimento, ou seja, quanto ao respetivo “regime normativo negocial” de tal contrato, e segundo os parâmetros legais da sua interpretação (nomeadamente, ditados nos artºs. 236º e 237º do C. Civil), o que é de assumir é que o paciente consente, autoriza a

intervenção, na contrapartida de a outra parte assumir a obrigação de respeitar as devidas *leges artis ad hoc*, as regras de experiência adequada e com a *diligência devida dum bonus pater familiae* (artº 397º, 398º, 405º, 406º, 798º, 799º, nº 2, e 487º do C. Civil).

Assim, pois, o paciente – ou o julgador – só poderá imputar ao médico a prática, no caso, dum “ato ilícito” e “culposo”, gerador de responsabilidade civil, se se alega e se prova que o médico, no caso, “fez mal o que fez”, ou “não fez, o que devia ter feito” – e, segundo as *leges artis ad hoc*, as regras da experiência e a diligência devida a um *bonus pater familiae*.

Pois obviamente que a responsabilidade civil contratual pressupõe “falta de cumprimento”, ou “cumprimento defeituoso” (artºs. 397º, 398º, 405º, 406º e 798º): Bem como a culpa do contratualmente obrigado (artºs. 795º, nº 2, e 487º do C. Civil). Sendo certo que, como é manifesto, a “presunção de culpa”, do artº. 799º, nº 1, pressupõe “falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso”.

Por sua vez, também a hipótese de responsabilidade civil extracontratual do artº. 493º, nº 2, do C. Civil não existe se, no caso, a intervenção do médico foi realizada após “consentimento e pretensão do paciente”.

E se tal consentimento ou pretensão o foi debaixo de condição, respeitar o médico as *leges artis ad hoc* e diligentemente – sem que a parte reclamante não prove a sua verificação, que, a ocorrer, “resolveu” o consentimento ou pretensão prestadas (artºs. 270º e 342º, nº 1, do C. Civil).

E, assim, a intervenção do médico deixa de ser justificada, se se prova uma *mala praxis* e, ao lesar o direito de outrem – se existe o *fat-tispecie* do artº. 493º, nº 2 –, o faz incorrer nessa responsabilidade civil extracontratual.



Por sua vez, às teses dos acórdãos do Supremo, em referência – de 1-10-2015 e de 28-01-2016 – deparam-se dois obstáculos de difícil ultrapassagem.

**O primeiro** é que, se se deparam dúvidas quanto a assumir-se, nos autos, se o médico, na respetiva intervenção, respeitou, ou não, as *leges artis ad hoc* e as regras da experiência<sup>152</sup>, então cabe ao Tribunal ordenar oficiosamente uma perícia para tal se apurar. Pois, por um lado, tal “ajuizamento” é duma “questão de facto”, que poderá não caber nos saberes “especializados” do Juiz – como é natural<sup>153</sup>. Mas, então, incumbirá ao Tribunal, oficiosamente, promover a respetiva perícia<sup>154</sup>.

Na verdade, se há tal dúvida – e o Tribunal “decide” sem tal perícia –, então haverá o “vício de insuficiência” da sentença ou do acórdão e a lesão do direito constitucional do cidadão a que a sua causa seja julgada “mediante processo equitativo” (artºs. 20º, nº 4, da C.R. e 6º da C.E.D.H.).

Ora, a dita **perícia**, *a priori*, só poderá ter, essencialmente, **três desfechos**.

**O primeiro**, por hipótese, concluiu que o médico “o que fez”, fez de acordo com as *leges artis*, e, segundo as mesmas, “nada deixou de fazer”, em face do que efetivamente fez; e “o que fez e o que não fez” foi segundo o devido num padrão dum *bonus pater familie*.

Ora, se o desfecho da perícia for esse, então não se pode assumir nem uma conduta ilícita nem culposa do médico, e, assim, nenhuma responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, poderá imputar-se-lhe.

---

152. Isto é, “se fez mal”, e não devia; ou “se não fez”, e devia ter feito.

153. Vide, *supra*, Título V, Capítulo I.

154. Vide, *infra*, Capítulo III deste Título VIII.

E sem ela não há obrigação de indenizar (artºs. 563º e sgts. do C. Civil).

**Numa segunda hipótese**, vamos supor que a perícia concluiu, à luz das referidas *legis artis ad hoc*, que o médico “o que fez”, fez mal, ou “algo não fez”, e “devia ter feito”.

Então, há que assumir que a conduta do médico, no caso, foi efetivamente “ilícita” e “culposa”.

E, assim, geradora de responsabilidade civil indenizatória quer à luz da responsabilidade contratual quer extracontratual, e, neste caso, se existe o pressuposto do artº. 493º, nº 2, à luz do especialmente determinado neste preceito (artºs. 798º, 483º e 493º, nº 2, do CC)<sup>155</sup>.

**Numa terceira hipótese**, a perícia médica conclui que a conduta concreta do médico – e quer tivesse sido adequada às *leges artis ad hoc*, e com a devida diligência dum *bonus pater familiae*, quer o não tivesse sido, e por ação e omissão –, todavia, afinal, não tinha uma conexão de relevância com o desfecho da lesão da integridade física da paciente, que assumisse o grau de conexão com a “teoria da causalidade” que ao caso legalmente cabe <sup>156</sup>.

Então, neste caso, também o médico não pode ser responsabilizado – nem contratualmente, nem extracontratualmente –, porquanto, para haver “dano de ilicitude”, a “conduta concreta do agente”, além de “ilícita” e “culposa”, em si, tem que ter uma conexão com a lesão do

---

155. Restando, ainda, a questão da necessária e relevante conexão entre essa conduta ilícita e a lesão do direito à integridade física. Como “dano de ilicitude”. E a questão da conexão entre este e a repercussão negativa na esfera jurídica da vítima. À luz da causalidade, juridicamente relevante. Vide, supra, Título IV, Capítulo II.

156. E grau esse de causalidade relevante, no sistema jurídico respetivamente vigente, que já será da competência do Tribunal, como “questão de direito”. Vide, supra, Título IV, Capítulo I.

direito ou bem juridicamente protegidos, que permita assumir a lesão como “causada” por tal conduta<sup>157</sup>.

E causalidade essa, quanto ao “dano da ilicitude”, e no âmbito da responsabilidade contratual, que deve ser avaliada segundo a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.

E quanto à conexão da “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima, com tal “dano de ilicitude”, já sendo suficiente uma “causalidade probabilista” – que exige um “grau de probabilidade” superior a um mínimo, “ínfimo e irrelevante” – “reduzido ou muito reduzido” – da ordem dos 15/20%,

E cujo grau também determinará proporcionalmente, em relação a um dano final, o respetivo *quantum* indemnizatório.

E causalidade essa que, se estamos no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, e se verificam os pressupostos do artº. 493º, nº 2, do C.C. –, já se basta como causalidade *sine qua non* e não “indiferente” (Ennecerus-Lehmann), e, nesse caso, se existe, respondendo o agente pela totalidade do valor do dano final.

Mas, se o caso for de responsabilidade civil extracontratual, mas não se verificarem os pressupostos específicos do artº. 493º, nº 2, – então, a situação é idêntica à antes referida para a responsabilidade contratual.

Ou seja, “causalidade adequada”, na sua formulação positiva na conexão entre o facto e a lesão dum direito ou bem jurídico protegido do paciente (dano da ilicitude); e “causalidade probabilista”, para a indemnização, em tema de “repercussão negativa” daquele na esfera jurídica da vítima.

Assim, e salvo o devido respeito, para além de não se concordar com os dois acórdãos do STJ em citação – quanto à interpretação e

---

157. Conforme, supra, Título IV, Capítulo II, se desenvolve. E, igualmente, no Capítulo III deste Título VIII.

aplicação que é feita de, se no caso, se está perante responsabilidade contratual e, ou, extracontratual – e respetivos regimes normativos legais – e, também, quanto à interpretação e aplicação do artº. 799º, nº 1, do CC, também, nos parece que as decisões tomadas enfermam, por um lado, do “vício de insuficiência”, porquanto, no caso, deveria haver, oficiosamente, uma prévia perícia – antes do julgamento de direito–; bem como o critério de causalidade, que foi assumido, quanto à conexão entre a conduta do médico (da intervenção) e a lesão da integridade física, é um critério de mera causalidade *sine qua non* <sup>158</sup>.

Ora, para qualquer das teorias de causalidade não basta tal conexão *sine qua non* <sup>159</sup>.

Na teoria da “*causalidade adequada, na sua formulação positiva*”, exige-se que com “certeza”, ou *id quod plerumque accidit*, àquela conduta se conexione o resultado (lesão do direito ou bem jurídico protegido da vítima).

Na teoria da “causalidade probabilista” –, que exista uma conexão de probabilidade acima dum “mínimo ínfimo, reduzido ou muito reduzido”, da ordem dos 15%/20%.

E mesmo na teoria da “causalidade adequada na sua formulação negativa” exige-se que, além de o facto ser *conditio sine qua non*, mais ainda não seja indiferente (superior a 0,1%).

Ora, no caso, se se admite dano de ilicitude – tão-só porque, objetivamente, da intervenção médica resultou uma lesão na integridade física do paciente –, então está-se a aplicar um “critério de causalidade”, que nada tem a ver com as teorias, de longe dominantes, quer da “cau-

---

158. Diz-se, no citado Ac. STJ de 1-10-2015: “Na verdade, a perfuração do intestino ocorreu durante e por causa da execução do contrato destinado à realização de um exame médico; ... a verdade é que *objetivamente* ocorreu uma lesão da integridade física da autora, não exigida pelo cumprimento do contrato; a ilicitude está verificada”.

159. Supra, Título IV, Capítulo II.

salidade adequada, na sua formulação positiva”, quer da “causalidade probabilista” – que se aplicam ao “dano da ilicitude, no âmbito da responsabilidade contratual”<sup>160</sup>.

Na verdade, p. ex., nos sistemas de direito germânico (Alemanha, Áustria, Dinamarca, Suíça e Suécia) – sujeitos à disciplina *jure condito*, do Código Civil Alemão, de 1900 –, exige-se uma conexão de “certeza”, ou *id quod plerumque accidit* (mais de 80%).

Nos sistemas de “causalidade probabilista”, p. ex., nos países anglo-saxónicos, e na conexão entre o “dano da ilicitude” e a sua “repercussão negativa”, a probabilidade deve ser superior a 50% (*more probable than not*).

E, mesmo nas teorias mais amplas (p. ex., Espanha, Itália e França), o referido nexo de conexão (dano ilícito/repercussão negativa) tem que o ser duma probabilidade acima dum “patamar ínfimo e irrelevante, de probabilidade reduzida, ou muito reduzida” (da ordem dos 15/20%).

**Assim, pois, e em síntese, pode assumir-se que a (quase) unanimidade da Doutrina** exige – e salvo que o médico tenha assumido uma “obrigação de resultado – que seja o paciente, se imputa responsabilidade ao médico, a alegar e provar que não consentiu, esclarecidamente, na intervenção, ou que, se consentiu, o médico não respeitou as *leges artis* e as regras da experiência no que fez (e não devia ter feito) ou no que não fez (e devia ter feito) (art.ºs 342º e 270º do C.C.).

Bem como que cabe ao paciente alegar e provar que o médico não agiu com os cuidados exigíveis a um *bonus pater familie*: salvo que preexista a assunção de “falta de cumprimento” e de cumprimento defeituoso”, e a provar, anteriormente, pela vítima (art.º. 799º, nº 1, do C.

---

160. E que não é sujeito ao regime dos art.ºs. 563º e sgts. do C. Civil, pois este refere-se ao “dano da repercussão negativa”, na esfera jurídica do lesado (patrimonial ou não patrimonial), – e que pressupõe a assunção prévia dum “dano de ilicitude”. Supra, Título IV.

Civil). E, também, existindo conduta ilícita e culposa, cabendo ainda alegar e provar, por parte da vítima, que entre tal conduta e a lesão do direito ou bem jurídico existe a conexão exigível, em grau de probabilidade pela “teoria de causalidade” que legalmente deva ser a adotada; e que, obviamente, não é tão-só a duma *conditio sine qua non*.

Por sua vez, essas conclusões são também assumidas pela maioria da **jurisprudência e da doutrina**.

E, daí, a apurada conclusão de **Leonor Suárez Llanos**, professora de Teoria e Filosofia de Direito, na Univ. de Oviedo (o. cit., p. 169), de que “não será justo que um médico passe a suportar todos os danos e frustrações que possa sofrer o doente, ainda que só muito duvidosamente hajam sido causadas por ele”.

E muito menos se nem sequer se fez prova, positiva, de que infringiu as *leges artis ad hoc*.

Aliás, tais conclusões estão conforme ao brocardo romanista de que *res suum dominus perit*.

Isto é, o risco de perecimento ou danificação do direito ou bem jurídico corre por conta do titular – como juízo equitativo e de justiça comutativa.

E, pois, só assim não sendo se, por um acordo, esse risco é assumido pela contraparte (obrigação de resultado) (artºs. 405º e 406º do C. Civil).

Ou se há uma intervenção, da iniciativa dum terceiro, sem autorização, livre e esclarecida, e se trate de uma atividade perigosa (artº. 493º do C.C.).

Ou, se tendo sido “consentida” a intervenção, todavia, o consentimento pressupõe que o terceiro tem obrigação, no seu desempenho, de cumprir determinadas obrigações (principais e, ou, acessórias),

pelo que, se as não cumpre, se resolve o acordo de consentimento, por verificação de tal condição, obviamente resolutiva (artº 270º do C. Civil). Caso este em que a “prova” de que a condição se verificou (e, portanto, se aniquilou o consentimento) cabe a quem tal alegue (artºs. 342º, nºs 1 e 3, do C. Civil).

Realce-se que as normas legais sobre ónus da prova não impõem “deveres”, de prova ou outros, às partes. Apenas se dirigem ao Tribunal, referindo o “modo como há de decidir”, quanto à assunção duma realidade de facto (no seu verso ou no seu anverso), se, quanto a determinado elemento factual, o processo não fornece dados probatórios suficientes para a assunção da sua verificação ou não verificação.

Assim, **Antunes Varela e Pires de Lima** (“Cód. Civil Anot.” – anotação ao artº. 342º).

Mas, assim sendo, então, se em dado processo não existe prova, p. ex., quanto ao tema de se o médico cumpriu ou não com os seus deveres – “no que fez”, e não devia fazer; ou no que “não fez”, e devia fazer – e segundo as *legis artis ad hoc*, então não cabe, desde logo, lançar o Tribunal mão, para julgar, de “presunções legais” ou das regras do “ónus da prova”.

O que caberá, então, ao Tribunal é procurar colmatar essa deficiência probatória, nomeadamente, com a requisição oficiosa duma **peritagem** (arts. 411º e 467º do C. Pr. C.).

Como é imposto pelo princípio, a colmatar, da, então, “insuficiência da decisão”, se, sem mais, se decide. Como também a referida peritagem, nesse caso, é postulada pelo direito constitucional do cidadão a que a sua causa seja julgada “mediante processo equitativo” (artºs. 20º, nº 4, da C.R. e 6º da C.E.D.H.).

E, ainda, com observância da Lei – no caso, os cits. artºs. 411º e 467º do C. Pr. C. (artºs. 2º, 20º, nº 4, 202º a 204º da C.R.; 8º do C.C.; artº. 4º da L.O.S.J. e 5º, nº 3, do C.Pr.C.).

Pois “O Estado só é democrático enquanto respeite as regras de direito” (“Const. Anot.”, 3ª ed., anot. V ao artº. 3º da C.R.), por **J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira**).

E “é nessa exclusiva subordinação à norma aplicável ao caso concreto... que reside a raiz, não apenas da real independência do juiz, mas também da suma dignidade do poder judicial, nos países do sistema continental” (**Antunes Varela**, in “Os juízos de valor da lei substantiva” (C.J. – Ano XX, 1995, T. IV, 14).

Bem como “há que salvaguardar e respeitar uma coerência intrínseca da unidade jurídica, em cada um dos seus setores e na concordância entre si e na globalidade” (**Batista Machado**, “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”, 13ª ed., 2002, Almedina, p. 83).

Neste contexto, **será aconselhável que os médicos**, e, ou, a instituição de medicina em que se inserem, requeiram **uma peritagem** <sup>161</sup>. E tendo por objeto **dois temas**.

Um, em que se ajuíze se, de facto, o médico, na respetiva intervenção, “o que fez”, fez bem feito, e o “que não fez”, não devia fazê-lo – e segundo as *legis artis ad hoc*. Tema este que releva para a questão da “licitude” da conduta.

Outro, em que se ajuíze se, de facto, entre a conduta (concreta) do médico e a lesão do direito ou bem jurídico do paciente (p. ex., a integridade física) existe não só uma conexão de *conditio sine qua non*, mas ainda qual o grau de probabilidade de tal resultado ter sido consequência da intervenção.

Tema este que abrange a questão da “causalidade” entre a conduta e a lesão (dano de ilicitude).

E, nesta segunda perícia, nomeadamente tendo-se em conta que esse juízo de facto é um juízo **ex ante**, de prognose sobre o futuro,

---

161. Vide, *infra*, sobre a perícia, o Capítulo III.



mas tendo-se em conta todo o circunstancialismo hoje conhecido do caso, como ainda o circunstancialismo que, à data da intervenção, era conhecido das partes ou cognoscíveis (segundo um critério de normalidade).

Operação que a jurisprudência dos Estados Unidos denomina de “*but for test*”.

Ora, nesta perícia, com esse segundo tema (o da causalidade), fará parte do circunstancialismo e da apreciação, avaliar se assim foi (verificação efetiva da lesão), por conexão com a “ilicitude” da conduta <sup>162</sup>. Ou, se assim foi, apesar de a conduta ter sido “lícita”.

E devendo salientar-se, quanto à necessidade que possa surgir, no caso da realização duma **perícia**, que a mesma não é afastada, sem mais, com a aplicação das regras do “ônus da prova” ou de “presunções de culpa” ou de “ilicitude”.

*Casos há, todavia, especiais de intervenção de atos médicos em que, de acordo com a interpretação ou integração do acordado, se possa concluir pela assunção duma “obrigação de resultado”.* P. ex., nos casos especiais de cirurgia estética com fins de embelezamento (**Acórdão da Relação de Lisboa de 24-04-2007**, C.J. 2007, 2º, 105).

Bem como, e como infra se desenvolverá, também, se o prestador do serviço médico, ou a responsabilidade clínica, não cumpriram os deveres de “informar” e de prévio “consentimento, livre e esclarecido”, do paciente, então, já a lesão, p. ex., da integridade física postulará a submissão do caso à responsabilidade civil extracontratual.

E se o caso for de responsabilidade extracontratual, então, são chamados à colação os artºs. 493º do C. Civil (danos causados no exercício

---

162. P. ex., porque se tratou de intervenção não consentida, ou com consentimento viciado.

Ou porque o médico não respeitou, na sua intervenção, as devidas *legis artis ad hoc* ou regras da experiência, no caso postuladas.

duma atividade perigosa), 500º (responsabilidade do comitente) e 498º (prazo de prescrição de 3 anos do direito a indemnização).

## SECÇÃO II

### - Síntese

#### 41

**Em síntese, para a responsabilização** dum agente numa intervenção de cuidados de saúde, não basta a constatação de que dessa intervenção, “objetivamente”, resultou a lesão da personalidade física do agente – e que, assim, sem mais, se consubstancia uma “ilicitude”, originadora de responsabilidade indemnizatória.

Pois, “juridicamente”, só será assim:

- a) Se se prova que o médico, no caso, assumiu “obrigação de resultado” (com inclusão da não lesão da integridade física);
  - b) Ou se se prova que a intervenção ocorreu sem o consentimento, esclarecido, do paciente. E, assim, a intervenção se situa no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, e, no caso, exista o *fattispecie* do artº. 493º, nº 2, do C.C.. E, no caso, é de assumir uma causalidade *sine qua non*, e não “indiferente”.
  - c) Ou se se prova que o médico agiu com consentimento do paciente e assumiu “obrigação de meios” (quer quanto ao “dever principal”, quer quanto a “deveres acessórios, laterais ou de proteção”), – então, o médico interventor só será responsável:
- 1 - Se se prova que não cumpriu, no desempenho da obrigação, as *legis artis ad hoc* e com a diligência devida a um *bonus pater familiae* (artºs. 342º e 798º do C. C.);

2 - E, nesse caso, também a situação incorrendo no regime do artº. 493º, nº 2, do C.C., se se verificam os pressupostos específicos desse preceito (artº. 270º do C.C.).

- E, por sua vez, sendo óbvio que em qualquer das hipóteses, – e salvo que o médico tenha assumido uma “obrigação de resultado – a **prova** de que o médico não cumpriu as *legis artis ad hoc*, e, assim, incorreu nas referidas responsabilidades civis, contratuais ou extracontratuais – conforme as ditas hipóteses –, cabe a quem alega o direito à indemnização (artºs. 342º, 270º, 493º, 2, e 798º do C. Civil).

E certo também que para se gerar a obrigação de indemnizar não basta tão-só assumir o “dano da ilicitude” e a “culpa”.

Pois se exigirá, ainda, que, no caso, exista um **nexo de “causalidade jurídica”** bastante – à face do grau exigido por lei – quer no **“dano da ilicitude”** (na conexão existente entre a conduta e a lesão do bem juridicamente protegido) quer na conexão entre (aquele) “dano da ilicitude” e uma **“repercussão negativa”** na esfera jurídica do lesado (no seu *an* e no seu *quantum*).

**E, quanto a este “nexo de causalidade”**, se diferenciando consoante, no caso, se trate de “responsabilidade civil “contratual” ou “extracontratual” (e, nesta, para aplicação do cit. artº. 493º, nº 2, do C.C.).

E, assim, quer a responsabilidade civil seja contratual, quer extracontratual, o nexo de conexão entre a conduta e a lesão do direito ou bem jurídico protegido será avaliada segundo a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva (artºs. 483 e sgts. e 798º e sgts. do C.C.).

Já a conexão entre o “dano da ilicitude” e uma sua “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima (artºs. 562º e sgts. do C.C.) –, obedecerá aos critérios da “causalidade probabilista”.

Já se se tratar de responsabilidade extracontratual, e estiver em causa a aplicação do artº. 493º, 2, do C.C., o “nexo de causalidade

relevante” será o da teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa, e a indemnização devida corresponderá ao valor integral do dano final<sup>163</sup>.

Por sua vez, também, quer para se avaliar e decidir se a intervenção médica respetiva violou, ou não, as *legis artis ad hoc*, bem como quais os referidos “graus de probabilidade” de conexão – entre a conduta e a lesão do bem, e entre essa (eventual) ilicitude, e uma sua repercussão na esfera jurídica do bem, por vezes, haverá também a necessidade duma perícia – como postulam, no caso, o “princípio de suficiência substantiva da decisão”, o “direito do cidadão a que a sua causa seja julgada mediante processo equitativo” e o “dever de obediência à lei”.

Ainda que ordenada tal perícia oficiosamente (artºs. 411º e 467º do C. Pr. C.).

Por último, *a síntese antes expendida corresponde ao normativismo defendido pela generalidade da doutrina e da jurisprudência*, quer nacionais quer dos países do direito continental europeu, congêneres ao direito português (Espanha, Itália e França).

Sendo certo, também, que é a mais consentânea com as “normas” e os “juízos de valor” constantes da “unidade do sistema jurídico” português. Como antes realçado.

### **Conforme realça o citado acórdão da Relação de Coimbra de 13-10-2015:**

“Um dos exemplos clássicos do concurso aparente de responsabilidade é o do cirurgião que, no decurso de uma intervenção cirúrgica, por omissão dos deveres de cuidado, lesa a saúde ou a integridade física do paciente.

E estes casos, causados pelo mau cumprimento do contrato, assumem natureza contratual, apesar de esses mesmos danos serem

---

163. Sobre tais “nexos de causalidade” exigíveis, vide supra Título IV.

suscetíveis de reparação em sede de responsabilidade extracontratual, por violação culposa de direitos absolutos”.

E continua tal acórdão:

Estamos aqui situados no âmbito da responsabilidade contratual (cf., por ex., Ac. STJ de 15/12/2011 – proc. nº 2009/06.3TVPRT –, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), conforme se observou na sentença, pelo que, em tese geral, cabe ao autor a alegação e prova dos seguintes elementos: (i) existência de vínculo contratual; (ii) o incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico; (iii) a verificação dos danos; (iv) o nexo de causalidade entre a violação das *leges artis* e os danos”.

E, em sentido idêntico, **o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-04-2016** (Silva Salazar, Nuno Cameira, Salreta Pereira), ao decidir que:

“No contrato de prestação de serviços médicos, consubstanciado numa intervenção cirúrgica ortopédica, a obrigação assumida pelo médico é uma obrigação de meios, e não de resultado, por se não ter vinculado a obter a cura do paciente, mas apenas a tentá-la por meio do tratamento que os seus conhecimentos científicos e técnicos lhe apontem como adequado.

Por isso, a responsabilidade civil do médico depende da prova de uma situação que traduza incumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação, que tem lugar quando, por violação das *leges artis*, o médico deixe de aplicar os conhecimentos científicos e os procedimentos técnicos que, razoavelmente, lhe eram exigíveis.

Ainda que fosse convocável o regime da responsabilidade civil extracontratual não teria aplicação o regime legal das atividades perigosas, porque a atividade médica, incluindo a cirúrgica, não pode ser considerada uma atividade perigosa nem pela sua natureza nem pela natureza dos meios utilizados.

Tal asserção não obsta a que alguns atos médicos possam enquadrar, para os fins civis, no conceito de atividade perigosa, o que terá de ser determinado em cada caso concreto face às consequências previsivelmente provocáveis e ao respetivo grau de periculosidade” (C.J. – STJ – Ano XXIV, T.I, p. 331).



### *CAPÍTULO III*

*- Necessidade de “prova pericial”*

*- Necessidade de “causalidade”*

*legalmente exigível entre a*

*a prestação do serviço e a “lesão do*

*direito” e entre esta e a “repercussão*

*negativa” na esfera jurídica do paciente*

#### **42**

Por sua vez, para se poder assumir, caso a caso, se a conduta concreta do prestador do serviço médico observou, ou não, as *leges artis* e as adequadas regras da experiência, tal tema pressupõe uma avaliação que só a prova pericial facultará para o juiz tornar uma decisão justa e razoável sobre se o médico “não cumpriu” ou “cumpriu mal” os seus deveres, consubstanciando o “dano da ilicitude”.

Prova essa a ser fornecida por “peritos”.

E, nomeadamente, pelo Conselho Médico-Legal do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses (INMLCF).

Ou, por outros “Gabinetes Médico-Legais e Forenses” acreditados.



O mesmo se passando se se trata de avaliar se, no caso, o prestador do serviço “fez” o que não devia ter feito ou “fez mal” ou *omitiu* uma conduta que, segundo as *leges artis* ou as regras de experiência, deveria ter tomado – e de que “resultou”, como “causa”, a verificação duma lesão da sua personalidade, física ou moral (dano da ilicitude).

Ou se se trata de avaliar a “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima, de tal “dano de ilicitude” – para efeitos da obrigação de indemnização, do “dano moral ou não patrimonial” (artº. 563º e sgts) – qual o tipo de “causalidade” que, no caso, se possa assumir.

Prova essa que, não tendo sido requerida pelas partes, obviamente que caberá ao Tribunal, oficiosamente, determinar – como “incumbência” legalmente devida e instrumental, tendo em vista o direito do cidadão a uma “justa composição do litúgio” (arts. 411º e 467º, nº 1, do C.Pr.C. a artº. 20º, nº 4, da C.R.), sob pena de “insuficiência substantiva” do decidido e da lesão do direito constitucional do cidadão a que a sua causa seja julgada “mediante processo equitativo” (artºs. 2º e 20º, nº 2, da C.R. e 6º da CEDH).

E, tendo em conta quanto à avaliação do “dano patrimonial”, o dever legal duma perícia e as presunções legais (inilidíveis) resultantes do estabelecido no **D.L. 352/2007, de 23-10-2007**, e seus Anexos <sup>164</sup>.

Por exemplo, se está em causa a atrofia duma mão, ou a falta de mobilidade de um membro inferior, ou uma deficiência cognitiva.

E, quanto à “causalidade” na relação da prestação do serviço médico com a lesão dum “direito” do paciente, não basta assumir que a prestação foi *conditio sine qua non*. É necessário assumir também qual o

---

164. O Anexo I da Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais e o Anexo II da Tabela Nacional para a Avaliação de Incapacidades Permanentes em Direito Civil.

“respetivo grau” da sua probabilidade, conforme no capítulo anterior e no Título IV, Capítulo I, e Título V, Capítulos I a IV, se desenvolve.

Salvo que a situação ingresse no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, como consequência de o paciente alegar e provar que o médico atuou sem consentimento (esclarecido) ou o consentimento dado se “resolveu” por alegada e provada *mala praxis* do médico, e culpa, na respetiva conduta, e ao caso seja aplicável o artº. 493º, nº 2, do C.C., e nesse âmbito aplicando-se a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa.

A questão da causalidade não se põe tão-só na avaliação do “dano da lesão dum bem ou direito”, legitimamente protegido do paciente, em conexão com a conduta do agente, e ao abrigo dos artºs. 483º e sgts. e 798º e sgts. do C. Civil, respetivamente, para a responsabilidade civil extracontratual e contratual (“dano da ilicitude”).

*Também no tema da “indenização”,* devida ou não, e a basear-se na antes apurada “conduta ilícita” do agente, se põe uma “questão de causalidade” que conexione essa “lesão ilícita” com uma eventual “diminuição negativa”, e respetivo *quantum*, na esfera jurídica, patrimonial ou não-patrimonial, do agente.

E, neste específico campo, no âmbito de aplicação do regime jurídico-legal e especial estabelecido no artº. 562º e sgts. do C. Civil.

E realçando-se que a teoria de “causalidade” hoje imperante, para estabelecer o nexo entre a conduta ilícita e “a repercussão negativa” na esfera jurídica da vítima (dano patrimonial ou não-patrimonial), é a teoria da “causalidade probabilística” (da categoria jurídica do dano de “perda de chance”). Como supra se desenvolveu (Título IV, Capítulo II).

Salvo que ao caso seja aplicável o artº. 493º, nº 2, – por falta de consentimento ou “resolução” do mesmo, a provar pela vítima –, pois que,

então, a causalidade exigível será a da teoria da “causalidade adequada, na sua formulação negativa”.

E é neste tipo de casos que é relevante a colação da categoria jurídica do “dano de perda de chance” – em que já não se exigirá que entre a “ilicitude da conduta” e a sua repercussão negativa na esfera jurídica da vítima ocorra uma “causalidade adequada positiva” –, bastando uma relação de “causalidade probabilística”.

Mas em que também não basta mera *conditio sine qua non* – nem “qualquer grau” de probabilidade.

Mas em que se exige – fora dos casos específicos (do art.º 493.º, n.º 2, do CC) – que tal probabilidade se situe entre um patamar mínimo duma “probabilidade mínima e irrelevante” e o referido grau de “certeza” ou “alta probabilidade” (do *id quod plerumque accidit*)<sup>165</sup>.

Todavia, como antes referido, na normalidade da prestação de cuidados médicos, o agente apenas se vincula a uma “conduta” (obrigação de meios) e não a um “resultado” (obrigação de resultados). E atua com “consentimento”, esclarecido, do paciente.

Assim, a relação jurídica em que se baseará a obrigação de indemnizar é “a conduta ilícita” do agente, enquanto este, nas respetivas intervenções, não acatou as *leges artis*, ou as regras da experiência, quer no que positivamente fez quer no que omitiu e deveria ter feito.

Então, o nexos de causalidade a estabelecer é entre essa “conduta ilícita” havida – e, como obrigação de meios, e já assumida como não cumprida – ou defeituosamente cumprida – e o seu impacto negativo na esfera jurídica, patrimonial ou não-patrimonial da vítima (como dano, patrimonial ou não-patrimonial, baseado naquela conduta ilícita).

---

165. Vide, *supra*, Título IV, Capítulo II.

Ou seja, o nexo de causalidade também quanto à “obrigação de indenizar” (artºs. 563º e sgts. do C.C.) não pode ser estabelecido entre uma mera “lesão dum direito ou bem jurídico da vítima”<sup>166</sup> e o impacto negativo, “nessa lesão baseado”, ocorrida na esfera jurídica da vítima.

Pois, doutro modo, estaremos a avaliar e dar relevância às obrigações assumidas pelo agente, “como se fossem obrigações de resultado”. Ou como se ele atuasse por sua (mera) iniciativa, de *motu próprio*, e sem “consentimento”, e esclarecido, do paciente. E, portanto, incorrendo em responsabilidade delitual.

Pois, se se trata de responsabilidade contratual, e a “obrigação é de meios”,<sup>167</sup> então só a respetiva “conduta”, “a se”, pode ser ilícita e geradora de responsabilidade – e “não um resultado, a que o agente não se obrigou”.

E, se há prévio “consentimento”, e esclarecido, também a intervenção médica não cai no âmbito da responsabilidade extracontratual, salvo se o médico “não cumpriu” ou “cumpriu mal” os deveres respetivos e tal *mala praxis* “resolutiva” do consentimento prestado (artº. 270º do C.C.) foi alegada e provada (artºs. 270º, 342º e 493º, nº 2).

E também o nexo de causalidade não pode ser a de (mera) *conditio sine qua non*. Mas terá que acrescer, assumindo-se, o “grau de probabilidade” da “teoria da causalidade”, que se assume, no caso, juridicamente relevante<sup>168</sup>.

---

166. P. exemplo, a lesão da sua personalidade física ou moral (artº. 70º do C. Civil).

167. E não estando em causa, no caso, a omissão do “dever de informação”, nem a ausência do “consentimento” do paciente, nem a sua “resolução”, por uma ocorrida e provada *mala praxis*. Como de seguida se analisará, para estes casos.

168. Vide, supra, Título IV, Capítulo I e Título V, Capítulo III.

E que só será a teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa, se, o caso em apreciação puder legalmente inserir no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, delimitada nas hipóteses específicas previstas no artº. 393º, nº 2, do C.C..

Quanto a esta “síntese”, vide **acórdão da R. Coimbra de 13-10-2015** (supra, Capítulo II).

## CAPÍTULO IV

### SECÇÃO I

- *Obtenção prévia de consentimento*
- *Dever de prestação de “informações”*
- *Responsabilidade civil extracontratual*

#### 43

Realce-se que não se estará no âmbito da “responsabilidade contratual”, de “obrigação de meios”, quer se o agente da prestação dos cuidados médicos assumiu, no caso particular, uma obrigação de resultado, quer se, no caso, não cumpriu os seus deveres de “*obtenção prévia do consentimento*” ou “*da prestação de informações*”.

Pois que o dever de informação “visa a tutela da autodeterminação” do paciente e, em abrangência, a tutela do “direito de consentimento” [Acórdão da Relação de Coimbra de 13-10-2015 (C.J., nº 265, T. IV, 2015, pág. 24].

E, por sua vez, “o consentimento do paciente (livre e esclarecido) é um dos requisitos da licitude da atividade médica” (acórdão em

referência, citando o **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-10-2014**, proc. 3925/07.9TVPRT).

Pois, como realça **Cavaleiro Ferreira**, o consentimento do ofendido releva como “condição” do exercício da medicina, no caso concreto, exercício dum direito” (“Lições”, 1987, pág. 174).

E, como realça **Leonor Suarez Llanos** (o. cit., p. 40), a omissão de informação suficiente e esclarecida consubstancia um “dano explícito”, que é “a violação do direito à autonomia e à liberdade individual”.

Na verdade, só se preexiste tal “consentimento, livre e esclarecido”, e após o devido e, em cada caso, postulado cumprimento do dever de informação, é que, então, se pode avaliar que o agente médico, e que apenas presta uma “obrigação de meios”, só responde no âmbito do regime obrigacional do respetivo contrato de prestação de serviços, e pela específica violação dos deveres (principal ou laterais e acessórios) abrangidos por tal contrato.

E, portanto, no âmbito duma responsabilidade civil contratual.

Mas, todavia, se falta tal dever de informação ou um consentimento (livre e esclarecido), nesses casos, já não se pode falar numa lesão, em si, p. ex., da integridade física, que, então, “estaria consentida” pela vítima – e, assim, estando excluída a responsabilidade extracontratual –, enquanto o agente apenas se moveria na esfera do “cumprimento” dos “deveres de prestação dum serviço” (obrigação de meios).

Quanto ao ónus da prova de se foi, ou não, prestado consentimento pela vítima, ou se foi, ou não prestada a adequada informação, pelo médico e, ou, estabelecimento de saúde, o mesmo está a cargo do médico ou do estabelecimento de saúde, como “causas de exclusão da ilicitude”, ao abrigo do artº. 342º do C.C.. Assim, o citado Acórdão da Relação de Coimbra, de 13-10-2015 (e aí citada Doutrina e Jurisprudência).

Por sua vez, a prestação do consentimento deve ser havida na condição, assumida, p. ex., pelo médico, de atuar conforme *às leges artis ad hoc*. Pelo que se, o paciente alega e prova uma *mala praxis*, e culposa, então “resolve-se” o (anterior) consentimento – e a situação ingressa na responsabilidade civil extracontratual (Supra, Capítulo II).

O dever de informação e o consentimento informado têm consagração legal, nomeadamente, na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (publicada no DR 1ª Série de 3/1/2001), Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artº. 3º), arts. 25 e 26 da CRP, artº. 70 CC (direito geral de personalidade), Código Deontológico da Ordem dos Médicos (arts. 44 e 45), Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/99, de 24/8, alterada pela Lei nº 27/2002, de 8/11, e no C. Penal).

O artº. 149º do C. Penal determina que, “para efeito do consentimento, a integridade física considera-se livremente disponível”.

E, quanto ao dever de esclarecimento, o artº. 157º do mesmo Código dispõe que “o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envigadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam suscetíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”.

O artº. 156º do mesmo Código estabelece, no seu nº 2, que:

“O facto não é punível quando o consentimento:

- a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou
- b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não



se verifiquem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”.

E dispondo o artº. 31º que “o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade”, e, “nomeadamente, não é ilícito o facto praticado... com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado”.

E determinando o artº. 38º que:

1 - Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes.

2 - O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto.

3 - O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta.

E, acrescentando o artº. 39º do C. Penal, que:

“ 1- Ao consentimento efetivo é equiparado o consentimento presumido.

2- Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.”

Quanto ao consentimento do titular do interesse jurídico lesado igualmente lhe é dada relevância e definição nos artºs. 31º, nº 2, e 38º do C. Penal. Como infra no Capítulo VII se desenvolve.

Quanto ao alcance do dever de informar, defende-se a, mais abrangente “teoria dos riscos significativos”, que impõem o dever de informação em razão da necessidade terapêutica, do grau e de frequência do risco, ou em função do comportamento do doente (vide Vera Raposo, “Do ato médico ao problema jurídico”, 2014, pág. 225 e sgts., e Ac. S.T.J. de 16-06-2015, proc. 308/09, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

O consentimento pode ser expresso ou presumido como antes se referiu e, como, infra, no Capítulo VII se desenvolve (responsabilidade penal)

## SECÇÃO II

### *- Nascimentos, com má-formação ou indesejados*

#### 44

Uma consequência possível de uma falta de informação ou duma informação deficiente poderá ocorrer, p. ex., num caso em que o médico acompanha a gravidez da paciente.

Ora, suponha-se que por deficiência das ecografias realizadas não se deteta uma má formação da criança em gestação e, assim, o médico não informa a paciente de tal má formação. Ou o médico deteta-a, mas não informa a paciente.

E, nessa sequência, vem a criança a nascer, com deformações graves.

A este propósito, a jurisprudência americana distingue entre “wrongful birth” e “wrongful conception”.

O referido caso de nascimento com deformação da criança, mas cuja mal-formação é produto da natureza, integra o conceito de *wrongful birth*.

Mas pode ocorrer que a criança nasça deformada, mas a má-formação seja imputável a uma assistência médica não conforme com as *legis artis ad hoc* pelo que, essa *mala praxis* é que será a causa de tal nascimento com má formação da criança.

Ou pode ocorrer que a criança nasça perfeita – mas, no entanto, a mãe tinha sido medicamente assistida, para, precisamente não ocorrerem gestações.

Os dois últimos casos são autônomos em relação ao primeiro. Quanto a estes, a jurisprudência americana denomina-os de “wrongful conception”.

Ora, se se vem a verificar uma situação de “wrongful birth”, isto é, a criança nasce “mal formada”, com má-formação, que é produto da natureza e não é devida a uma intervenção com *mala praxis* – obviamente que o médico não pode ser responsabilizado pela má-formação, em si, de que a criança que nasceu sofre, essa factualidade não é causalmente imputável à intervenção médica.

A questão que se põe é que o médico tinha o dever de informar, atempadamente, os progenitores, e com a abrangência possível – de que se estava a gerar uma criança que iria nascer com esta ou aquela má-formação.

E, assim, propiciando aos pais a “oportunidade” de decidirem se pretendiam ou não abortar.

Ora, é nesta falta de informação ou deformação deficiente que se pode encontrar a ilicitude da conduta do médico e em que o “direito ou bem jurídico” lesado será, precisamente, a “oportunidade” que aos pais cabia de decidirem se queriam ou não abortar.

Daqui, surge logo o primeiro requisito de relevância – que é se “essa oportunidade” era ou não legal e à data em que houve a falta dos deveres de informação. Porque, se o não era, então não haverá

“dano de ilicitude”, porquanto não existirá a lesão dum direito ou bem jurídico protegido.

Por sua vez, se existir tal “dano de ilicitude”, então também haverá que avaliar a “repercussão negativa” dessa perda de oportunidade, na esfera jurídica dos titulares do “direito ou bem jurídico” protegidos, e que, são, naturalmente, os pais.

E repercussões negativas que tanto são do foro não-patrimonial, como o nascimento, em si, do filho com má formação, e, também, as canseiras acrescidas e limitações de vida, para estar perto do filho, como do foro patrimonial, p. ex., os gastos adicionais que lhes exigirá a assistência a tal filho (em correlação com um filho são) ou as perdas de ganhos, p. ex., deixar um dos progenitores de trabalhar, ou de trabalhar a tempo inteiro, etc.

Isto é, a gestante pode exercer uma ação de responsabilização do médico porque a negligência deste, quanto à informação, a privou “da oportunidade de tomar uma decisão informada sobre a continuidade ou interrupção da gravidez” (**Alonso Parreno**, 2005, 1 – citado por **Leonor Suárez Llano**, pág. 61).

Isto é, não se está a indemnizar “má deformação”, em si, da criança nascida.

O que se está a indemnizar é o “dano da ilicitude”, da conduta do médico, de “não-informar” os progenitores da má-deformação congénita do nascituro – e, ao não informar, ilícita e negligentemente, com essa conduta “lesando” o “direito ou bem jurídico” dos progenitores de poderem decidir, se queriam ou não que a criança nascesse ou antes que se realizasse um aborto.

Conforme decidiu o **Supremo Tribunal** espanhol (STJ – RJ – 4610/1997), “aquí surge la figura conocida en el derecho americano com el nombre de wrongful life – el ninha nace com taras, pero la única

outra alternativa posible era que no hubiera nacido” (citado por Leonor Suárez Llano, pág. 60).

Mas, neste tema, levanta-se também a questão comum, relativa a todo e qualquer “dano de ilicitude”.

E que é a seguinte: qual o nexo de conexão que, no caso, se possa assumir entre a conduta ilícita do médico (de, negligentemente, não informar) e a “perda de oportunidade” (que no caso foi frustrada) de os pais terem (eventualmente) decidido abortar (se da má formação sivessem sido devidamente informados)?

Ora, neste caso particular, só há que seguir as regras gerais que devem presidir a tal “operação de avaliação da existência de causalidade”, relevante juridicamente, e qual o seu grau.

Como supra, no Título V, Capítulo VIII, se desenvolveu.

E, nessa operação, há que efetuar um juízo, *ex ante*, de prognose hipotética, e tendo em conta todas as circunstâncias que hoje se conhecem, e mais as que, à data, eram efetivamente conhecidas dos intervenientes, ou cognoscíveis segundo os padrões normais.

E, então, por exemplo, suponha-se que o casal era a favor do aborto, em tais condições, e essas ideias eram conhecidas do médico.

Então, é óbvio que na dita operação, de avaliação da causalidade, será de assumir que, com percentagem superior a 80%, os progenitores teriam decidido o aborto. E, assim, o médico é responsável como autor do “dano de ilicitude”, e em “causalidade adequada, positiva”. E, também como tal, será responsável na proporção de 100% face ao valor final que se encontre do respetivo dano moral e do respetivo dano patrimonial (acrescido de despesas, decréscimo de receitas, etc.).

Mas, noutro caso, suponha-se que os progenitores eram manifestamente contra o aborto – em tais circunstâncias – e que tal postura era conhecida do médico.

Então, é óbvio que, mesmo que tivessem sido, atempadamente, informados e bem informados, já não haveria “uma oportunidade perdida”, e lesão do direito ao aborto – porquanto, segundo as regras da experiência comum, a probabilidade de que praticassem aborto era, “certamente” nenhuma – e, de qualquer modo, sempre de uma “probabilidade ínfima”.

Então, o médico não seria responsável por indenização, quer porque no caso, não se verificou um “dano de ilicitude” (por falta de “devida causalidade” entre a conduta e a lesão dum direito)<sup>169</sup> quer porque, não foi essa conduta que ocasionou “repercussão negativa” na esfera jurídica dos pais, mas sim quem tal causou foi a má-deformação congénita que, no entanto, de modo algum, é imputável ao médico.

A única lesão que a não-informação poderá causar será o “abalo moral” dos pais que, de surpresa, e preparados para verem nascer um filho perfeito, são constrangidos, sem contar, com uma má-formação.

E esse dano moral já deve ser ressarcido.

Mas, se, como será mais corrente, não se puder incluir nas “circunstâncias conhecidas do caso” as ditas posturas dos progenitores quanto à prática ou “não/prática” do aborto, como decidir?

O mais curial será recorrer-se a uma perícia que informe o Tribunal do que *id quod plerumque accidit*.

Ou seja, o que é normal ocorrer, quando se informam os pais da possível ou real má deformação congénita do nascituro? Qual a percentagem dos que se decidem pelo aborto? Qual a percentagem dos que se decidem por deixar a criança nascer?

---

169. Pois que a “oportunidade de aborto” não era bem jurídico que os progenitores quisessem, no caso, minimamente usar.

Por mera facilidade de raciocínio – suponha-se que se apura que nesse tipo de casos os pais que se decidem pelo aborto são da ordem dos 60/70%.

Pois, então, o médico é responsável pela indenização, na proporção de 70% face ao dano final.

Ou, se a percentagem a assumir for de 80%, ou mais, – então o médico será responsável a 100% face ao dano final.

Também se pode pôr a questão de **se a própria criança** que nasceu com má-deformação congénita <sup>170</sup> – na hipótese de que, se os pais tivessem sido informados, teriam optado pelo aborto – pode peticionar uma indenização ao médico.

Entendo que sim, e quanto ao dano não-patrimonial, se o caso se puder enquadrar no artº. 496º do C. Civil. E, também, quanto ao dano patrimonial, se não tiver quem cuide dela, e a cargo dos quais possa viver.

E, para tanto, entendendo que o contrato de prestação de serviço médico, celebrado, por exemplo, entre os pais e o médico, no que se refere à assistência na gravidez, também pode ser encarado como contrato a favor de terceiro, o nascituro – e no sentido de garantir um seu nascimento, mas se sem deformação congénita (artºs. 443º e sgts do C.C.).

No entanto, a questão não é pacífica.

Assim, contra-argumenta-se que a criança nascida com anomalias não tem direito a ser indemnizada – porquanto as anomalias não são imputáveis, p. ex., a uma má prestação do serviço de ecografia, bem

---

170. Isto é, não imputável positivamente a uma *mala praxis* médica. Ou, por omissão, que poderia ter sido evitada por uma (boa) conduta segundo as *legis praxis ad hoc*.

como tais anomalias são anomalias congénitas<sup>171</sup> e, também, porque da conduta do médico não resultou – por sua causa – a lesão de qualquer direito ou bem juridicamente protegido, da esfera jurídica do nascituro.

E, neste sentido, entende que não há direito de indemnização da titularidade do menor **Humberto Saigi-Ullastre** – “Revista Espanhola de Medicina Legal”, p. 3/5 (2013). Sobre o direito dos pais à indemnização, vide **Eduardo Asensi Pallarés** – “La Evolución de la Doctrina de la Perdida de Oportunidad Em Responsabilidade Médica” – “Revista Cesco de Derecho de Consumo”, N° 8/2013, pág. 238.

No entanto, o direito que no caso é violado com a *mala praxis* do médico é a oportunidade dos pais de poderem ter decidido um aborto, e que, com tal conduta do médico, viram frustrada. E, nessa perspetiva, considerando-se o acordo celebrado entre o médico e os pais – como supra referido – como um contrato (também) a favor de terceiro (artºs. 443º e sgts. do C. Civil).

Por sua vez, a criança pode nascer com *má-formação, mas causada pela própria intervenção médica*, e não, assim, como um caso de má-formação congénita. Será o caso da “wrongful conception”.

Ora, no acordo de prestação de serviços médicos, na especialidade de acompanhamento da gestação e, *an*, do parto – naturalmente, e em termos correntes, à luz da avaliação interpretativa dos artºs. 236º e sgts do C. Civil – o médico obriga-se a “não-fazer” o que não deve ser feito, e a “fazer” o que deve, e como deve, ser feito, de modo adequado – *segundo as legis artis ad hoc* – e, nomeadamente, a que não resultem para a paciente malefícios ou agravamentos do estado de saúde, bem como, identicamente, a gestação e o parto em relação ao nascituro não lhe

---

171. E não ocasionadas positivamente por uma *mala praxis* ou evitáveis por uma prestação conforme às *legis artis ad hoc*.



tragam, de *per si*, malefícios ou agravamentos do estado de saúde, ou, até, não lhe tragam, como seria adequado, melhorias.

Ora, assim, nesse contexto de obrigações contratuais, se o médico, diligentemente, “não fez” o que devia ter sido feito, ou “fez”, mas não como devia ter sido feito – e daí resultam, adequadamente, as referidas lesões para a mãe ou para o nascituro –, então, o que se verificou foi a lesão duma oportunidade de “se obter um resultado favorável”.

Isto é, temos o preenchimento do caso-tipo do dano de perda de chance, numa das suas duas subespécies – conforme supra, Título II, se desenvolve.

Então, alegando e provando a mãe que o médico “não cumpriu”, “ou cumpriu defeituosamente”, as respetivas obrigações – segundo as *legis artis ad hoc* –, preenchido está o primeiro requisito exigível à conduta do agente para se (poder) originar a obrigação de indemnização (artº. 798º do C. Civil).

Todavia, haverá ainda que avaliar, em concreto, qual o “nexo de causalidade” existente entre essa (concreta) conduta do médico – e já assumida como ilícita e culposa – e a efetiva lesão “daquela” referida “oportunidade” da paciente. Avaliação esta que será um juízo *ex ante*, de prognose hipotética, com base em todas as circunstâncias, hoje, conhecidas e tendo em conta as então conhecidas pelas partes, ou cognoscíveis normalmente.

Juízo esse, de matéria de facto, que deverá ser objeto de perícia. Conforme supra, Capítulo III, se desenvolve.

E de cuja avaliação também fará parte determinar o “grau de probabilidade” da respetiva conexão.

E, por sua vez, a responsabilidade do médico será total (se o grau é superior a 80%), ou proporcional à percentagem da proporcionalidade, face ao valor, em si, do dano final que se calcule.

A responsabilidade indenizatória não será nenhuma se o grau de probabilidade causal apurado for abaixo dum “patamar ínfimo e irrelevante” (de probabilidade “reduzida”), que se pode fixar (esse patamar) nos 15/20%. Conforme supra se desenvolve (Títulos IV e V).

Realce-se que, se, em consequência relevante da “conduta ilícita” do médico (“dano de ilicitude”), resultar para as ditas vítimas (mãe e, ou nascituro) lesões físicas ou anímicas, a respetiva “repercussão negativa” e o seu “adequado grau” “deverão” ser objeto duma perícia específica, conforme prescreve o DL 352/2007, de 23 de outubro, e respetivos Anexos I e II da Tabela de Incapacidades quer, respetivamente, de acidentes do trabalho e doenças profissionais, quer de incapacidades permanentes em direito civil.

Perícia esta a prescrever oficiosamente pelo Tribunal, se não é requerida pelas partes – sob pena de vício de “insuficiência de decisão”, (do julgado), de lesão do direito constitucional do cidadão a que a sua causa seja julgada “mediante processo equitativo” e, também, por violação do “dever de aplicar a lei” (o. cit. Dec.-L. 352/2007).

Como tudo resulta dos artºs. 2º, 20º, nº 4, 202º a 204º da C.R., artº. 6º da C.E.D.H., artº. 4º da L.O.S.J., artº. 8º do C.C. e artºs. 5º, nº 3, 411º, 467º e 667º, nº 3, do C.Pr.C..

E se, no caso, está assumida uma *mala praxis* médica, então entramos no campo da responsabilidade civil extra contratual, ao abrigo do artº. 493º, nº 2, do C.C.. E, neste âmbito, as “causalidades” respetivas deverão ser avaliadas à luz da teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa.

Um último caso, em tema de nascimentos, é o do “nascimento não-desejado”.

Na verdade, nada impede que o casal, ou a mulher, não queira engravidar, mau grado as relações sexuais que tenham.

Assim, pode solicitar a prestação do serviço médico para tal evitar e consolidar essa “oportunidade” de escolha que faz parte do património deles, como bem juridicamente protegido.

Ora, se, nas respetivas prestações que preste, o médico, todavia, “faz” o que diligentemente não devia fazer, ou “não faz”, o que devia diligentemente fazer – e segundo as *legis artis ad hoc* –, então, a sua prestação contratual é “ilícita” e, se, entre ela e uma efetiva gravidez que veio a ocorrer existe um nexo de conexão relevante – como, antes, para os outros casos de nascimento com má-formação se referiu –, então verificou-se um “dano de ilicitude”, gerador de responsabilidade civil contratual, à luz do artº. 798º do C. Civil. E por cuja “repercussão negativa”, patrimonial ou não-patrimonial, na esfera jurídica da vítima (mãe, e, eventualmente o pai)<sup>172</sup>, será responsável (artºs. 563º e sgts.).

Todavia, no campo da obrigação de indemnizar, creio que só o “dano não-patrimonial” será relevante, e mitigado à “insatisfação” de a mãe e o pai terem tido a preocupação e o cuidado de não se gerar uma gravidez, e de, para tanto, terem, até, acudido à prestação dum serviço médico especializado – e, no final, tudo se ter gorado, sendo neste âmbito que se deverá avaliar o *quantum* de tal dano.

Isto é, não creio que se deva considerar como dano não patrimonial indemnizável a circunstância, “a se”, de a mãe e o pai terem gerado um filho e haver um ser humano que nasceu e que é filho deles, mas que eles “não-desejariam”.

E também não creio que seja “legítimo” que os pais pretendam uma indemnização pelo acréscimo de despesas ou diminuição de ingressos que o cuidar da vivência do menor lhes venha a trazer.

---

172. Se o contrato da prestação do serviço foi acordado com ambos. Ou se, no caso, possa assumir-se como celebrado por um, mas a favor também do outro, como contrato a favor de terceiro (artºs. 443º e sgts do C.C.).

Na verdade, ainda que, em princípio, tal direito se possa congelar, todavia, parece-me que o seu exercício efetivo, pelos pais, representaria, no caso, um “abuso de direito”, na medida em que tal exercício representaria exceder quer os limites impostos pelos bons costumes quer o fim social ou económico do direito à indemnização (artº. 334º do C. Civil).

Na verdade, seria chocante com tais princípios que os pais pretendessem que o sustento do crescimento do filho, cidadão perfeito e por eles gerado, ficasse a cargo do médico!

E, aliás, conceder indemnização em tal hipótese seria conduzir a uma indesejável “objetivação da responsabilidade profissional no âmbito da responsabilidade médica” – como, em geral, para tanto “alerta” **Eduardo Asensi Pallarés** “Revista Cesco, de Derecho de Consumo”, Espanha, nº 8/2013, pág. 239).

Por sua vez, quanto a tal filho que nasceu perfeito, nenhum direito ou bem jurídico da sua personalidade, e garantido pelo Direito, foi lesado com o seu nascimento e a sua vida, e na perspetiva da respetiva vivência desse cidadão.

Pelo que não lhe cabe qualquer direito de indemnização – por falta quer de “dano de ilicitude” quer de “dano patrimonial ou não-patrimonial”.



## **CAPÍTULO V**

### **- Concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual**

45

Pode haver, *a priori*, um concurso de responsabilidade civil contratual ou extracontratual. É um concurso real, ou aparente.

Ora, o concurso será meramente aparente – e, portanto, sem relevância – se, embora resulte da intervenção médica a lesão, p. ex., da integridade física do paciente, todavia, a obrigação assumida pelo médico ou instituição de medicina foi, conforme o acordado, mera “obrigação de meios”, e também não vem provada – ou provou-se o contrário – quanto a uma falta de consentimento ou da devida informação.

E apenas estará, pois, em causa o cumprimento da obrigação principal ou de demais deveres laterais e acessórios.

Nesta hipótese, pois, só o regime da responsabilidade contratual regula a relação existente entre o agente do serviço médico e a vítima – sendo o “concurso” meramente aparente.

**Conforme realça o citado acórdão da Relação de Coimbra de 13-10-2015:**

“Um dos exemplos clássicos do concurso aparente de responsabilidade é o do cirurgião que, no decurso de uma intervenção cirúrgica, por omissão dos deveres de cuidado, lesa a saúde ou a integridade física do paciente.

E estes casos, causados pelo mau cumprimento do contrato, assumem natureza contratual, apesar de esses mesmos danos serem suscetíveis de reparação em sede de responsabilidade extracontratual, por violação culposa de direitos absolutos.”

E continua tal acórdão:

Estamos aqui situados no âmbito da responsabilidade contratual [cf., por ex., Ac. STJ de 15/12/2011 (proc. nº 209/06.3TVPR1), em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)], conforme se observou na sentença, pelo que, em tese geral, cabe ao autor a alegação e prova dos seguintes elementos: (i) existência de vínculo contratual; (ii) o incumprimento ou cumprimento defeituoso do médico; (iii) a verificação dos danos; (iv) o nexo de causalidade entre a violação das *legis artis* e os danos.”

Se, porventura, em certos casos, ocorrer um “concurso real” de responsabilidade civil contratual e extracontratual, neste particular, há duas teorias: a “teoria da opção” e a “teoria da consunção”.

Segundo a teoria da opção, o lesado pode escolher uma das duas responsabilidades (cf., por ex., **Vaz Serra**, RLJ, ano 102, pág. 313; **Pinto Monteiro**, “Cláusula Penal e Indemnização”, pág. 714; **Mota Pinto**, “Cessão da Posição Contratual”, pág. 411).

Sendo que para a teoria da consunção o regime da responsabilidade contratual consome o da extracontratual (cf., por ex., **Almeida Costa**, “Obrigações”, 4ª ed., pág. 356).

Assim, se na intervenção médica se lesa um direito do paciente (p. ex., a sua integridade física), para efeitos da responsabilidade civil indemnizatória, há que avaliar e assumir:

**Primeiro**, se tal lesão foi causada, como *conditio sine qua non*, pela conduta médica, e, mais ainda, se existe um “nexo de causalidade” de grau relevante<sup>173</sup>.

**Segundo**, se a conduta do médico (que, assim, “causou” tal lesão) foi ilícita e culposa.

Sendo certo que, se no caso a responsabilidade civil for contratual, – então, a conduta só será ilícita se se avaliar e assumir que foi violadora das *legis artis* ou das regras da experiência devidas, segundo as “obrigações e deveres” contratuais que ao médico competia acatar.

E certo também que, se existiu consentimento, então atuou-se no exercício dum direito, e no cumprimento dum dever e, portanto, não haverá ilicitude. Salvo que se prove que, sendo a intervenção uma *mala praxis*, então se “resolveu” o consentimento, e o caso cai na alçada da responsabilidade civil extracontratual, e, nomeadamente, do artº. 493º, nº 2, como no anterior Capítulo II se desenvolve.

**Terceiro**, e uma vez assumido o “dano da ilicitude”, há que avaliar e assumir se tal “conduta ilícita” e “culposa” foi “causa probabilista” duma “repercussão negativa” na esfera jurídica (patrimonial ou não patrimonial da vítima) e em que extensão: isto é, se foi sua *conditio sine qua non* e, mais ainda, num “grau de probabilidade” acima dum patamar mínimo “ínfimo e irrelevante”<sup>174</sup>.

E, salvo que não tenha havido consentimento, ou este se considere “resolvido”, por uma *mala praxis* da intervenção e se o caso está abrangido pelo artº. 493º, nº 2, do C.C.. Porque, neste caso, bastará a “causalidade adequada, na formulação negativa”.

---

173. Vide, supra, Título IV, Capítulo II.

174. Da ordem dos 15%/20%. Vide, supra, Título V, Capítulo I, II e III.

Se no patamar superior ultrapassa os 80%, então a responsabilidade indemnizatória também já resultava da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva.



Isto é, que a intervenção tenha sido *conditio sine qua non* e não “indiferente” da lesão. E o agente responderá a 100% pelo valor do dano final.

**E, em quarto lugar,** atribuindo-se esse “grau de probabilidade”, assumido proporcionalmente, ao valor total monetário da repercussão negativa, para cômputo do *quantum* final indemnizatório<sup>175</sup>.

Assim, se o grau de causalidade referido é de “certeza” ou de “muito alta probabilidade” (causalidade adequada positiva), então, o agente terá que indemnizar no quantitativo monetário <sup>176</sup> correspondente aos 100% em que se avalie, *a se*, esse impacto negativo.

Já se o grau de causalidade é duma “causalidade probabilística”, então, o agente só terá que indemnizar proporcionalmente em relação ao valor, *a se*, do dano.

Vamos supor que o dano patrimonial, em si, é avaliado em 100.000,00 euros, calculado com base na idade da vítima, sua atividade profissional e a resultante incapacidade para o trabalho, e que o dano moral correspondente se avalia em 30 000,00 euros.

Então, no caso de “causalidade adequada positiva”, o agente responde a 100% pelas ditas quantias indemnizatórias de 100.000,00 e 30.000,00 euros.

Mas se só existe um nexo de “causalidade probabilística”, aí, há que atender ao grau de probabilidade.

E, assim, se, p. ex., esse grau de probabilidade se avalia em 50%, o agente só terá que indemnizar em 50.000,00 e 15.000,00 euros, respetivamente, pelo dano patrimonial e pelo dano moral.

---

175. Segundo a teoria adotada. Vide, *supra*, Título IV, Capítulo I.

176. Se a reconstituição natural não é possível, ou até onde não resulte (art.ºs. 566º do CC).

Se, no caso, a “causalidade adequada”, na sua formulação negativa, é a apropriada, então o agente responde por 100% do valor do dano final.

Por sua vez, se o nexo de causalidade que se exige para efeitos da determinação do “se” (*an*) e do quanto (*quantum*) do objeto da indemnização é entre a “conduta ilícita” (obrigação de meios) e um “impacto negativo” havido na esfera jurídica da vítima, então, na normalidade dos casos – nomeadamente, de prestação de cuidados médicos –, determinar se certa conduta ilícita foi causa (“certa”, “altamente provável” ou “provável”, e em que grau) dum impacto negativo a considerar, também será questão que exige, para a sua avaliação, conhecimentos especializados das *leges artis* ou regras de experiência.

Isto é, também aqui se impondo uma perícia, ainda que oficiosamente a ordenar (arts. 411º e 467º do C.Pr.C.). E, sob pena do vício da “insuficiência das decisões” e da violação do direito constitucional do cidadão a que a sua causa seja julgada “mediante processo equitativo” (artºs. 20º, nº 4, da C.R. e 6º da C.E.D.H.). Vide, *supra*, Capítulo III deste Título VIII.

E, igualmente, é postulada uma perícia para determinar o grau e valor da lesão da integridade física ou psíquica, como determina o D.L. 352/2007, de 23 de outubro, e Anexos I e II, de Tabelas de Incapacidades.

Suponha-se que, por deficiente controlo ecográfico do prestador do serviço médico, durante a gravidez, não se detetou que a criança iria nascer, como veio a ocorrer, com anomalias físicas ou psíquicas graves.

Não há dúvida que, se não se usaram as *leges praxis ad hoc* adequadas, que existirá, então, um “dano de ilicitude” culposo por parte do médico, na medida em que tal conduta do médico lesou a oportunidade que aos pais caberia de provocarem um aborto, se coexistiam os pressupostos legais, se tivessem sido “devidamente informados”, por uma ecografia correta, dessas possíveis anomalias do nascituro.

E essa oportunidade – provocarem o aborto – era um bem jurídico, da esfera dos pais, e que está legalmente protegida.

Assim, existirá obrigação de indemnizar se entre a dita conduta ilícita e culposa (erro da ecografia), por não terem sido observadas as devidas *leges artis ad hoc* e a referida “perda de oportunidade de abortar” –, existir um nexo de “causalidade probabilista”, no caso, superior a um patamar “ínfimo e irrelevante” (de 15 – 20%) (vide, supra, Secção II do Capítulo IV deste Título VIII).

Ora, caso a caso, essa “probabilidade causal” pode ser nula ou “ínfima e irrelevante”. Suponha-se, por exemplo, que os pais são profundamente católicos, e praticantes, e que são contra o aborto. Então, não existirá conexão causal entre a referida conduta e o bem jurídico lesado – e, não havendo (tal) “dano de ilicitude”, também não surge a obrigação de indemnizar.

Já se a dita “probabilidade” de os pais terem optado pelo aborto se puder assumir, no caso, p. ex., que seria dos 30%, então, já haverá “causalidade” suficiente, de conexão entre a conduta ilícita e culposa do médico (não atuação conforme as *leges artis ad hoc* e segundo as exigências dum bom pai de família) e a lesão do dito “bem jurídico protegido” dos progenitores (poderem optar por um aborto), daí surgindo a obrigação de indemnizar (artº. 798º do C. Civil).

E, devendo o seu “*quantum*” refletir, proporcionalmente, o dito valor de 30% de “causalidade probabilista”, na correlação do cômputo do valor da “repercussão negativa”, em si, na esfera jurídica dos pais.

E quer quanto ao dano não patrimonial quer quanto ao dano patrimonial. Consiste este, p. ex., nas despesas acrescidas que os progenitores poderão ter com a guarda do filho, derivadas das respectivas anomalias.

E, assim, por exemplo, se o dito dano moral do pai se computar, em si, em 30 000,00 euros, o valor do *quantum* indemnizatório, quanto a este dano, deverá fixar-se em 9000,00 euros.

Tudo como, supra, se desenvolveu, na Secção II do Capítulo IV deste Título VIII.

Suponha-se, também, *o caso de nascimento dum filho, perfeito, mas não desejado* e o que ocorreu por uma *deficiente prestação médica, de medidas anti-concetivas* (vasectomia, ligadura de trompas, etc).

Também aqui podemos encontrar uma conexão entre uma conduta não conforme às *leges artis ad hoc* – e que um bom pai de família deveria ter evitado – e a “causalidade probabilista” de lesarem a “oportunidade” dos progenitores de não quererem ter filhos.

Isto é, podemos assumir a existência dum “dano de ilicitude” e de (eventual) obrigação de indemnizar. Como, supra, na Secção II do Capítulo IV deste Título VIII, se desenvolve.

Por sua vez, se o regime aplicável ao caso for o da responsabilidade civil extracontratual, poderá ser chamado à colação o artº. 493º, nº 2, do C. Civil, ao determinar que “quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”. Estabelecendo, assim, uma presunção de ilicitude.

Mas este preceito só se aplica se estivermos no âmbito da responsabilidade civil extracontratual. O que só ocorrerá se se prova que o médico atuou sem consentimento. Ou que este se “resolveu” pela *mala praxis* do médico. E alegada e provada pela vítima – como, supra, no Capítulo II se desenvolveu.

E desde que a intervenção obedeça à perigosidade referida no preceito em causa.

E, assim, pode ocorrer que a específica intervenção médica, no caso, preencha os referidos requisitos de “uma atividade perigosa”, exemplificando **Antunes Varela e Pires de Lima** com “tratamentos médicos com raios-x, ondas curtas, etc” (C. Civil Anotado, artº. 493º, nº 3, edição de 1967).

E realçando tais autores que “é matéria, pois, a apreciar, em cada caso, segundo as circunstâncias” (vide Prof. Vaz Serra, “Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou atividades”, nº 3).

Também, se a responsabilidade civil, no caso, for, por hipótese, regida pela responsabilidade contratual, há que ter *em conta o artº. 800º do C.C.*, segundo o qual “o devedor é responsável perante o credor pelos atos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento de obrigações, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor”, sendo indiferente se entre o devedor e esses intervenientes há uma relação de dependência, ou a relação é de independência.

E na responsabilidade contratual existe também a presunção de culpa, do artº. 799º, nº 1, do C. Civil.

Mas que pressupõe que o devedor “faltou ao cumprimento” ou “cumpriu defeituosamente”, como, supra, no Título V, Capítulo IX, se desenvolve.

Há também que realçar que pode ser chamada à colação a responsabilidade pelo risco, dos artºs. 499º e sgts. do C. Civil.

E, assim, eventualmente, o *artº. 500º do C. Civil*, a título de “responsabilidade pelo risco”, ao determinar a responsabilidade do “comitente”, independentemente da culpa, pelos danos que o comissário causar.

Norma jurídica que é extensiva ao Estado e a “outras pessoas coletivas” pelos danos causados pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividade de gestão privada”.

E tal se verificará se o acordo de prestação de cuidados médicos tiver sido, por exemplo, outorgado diretamente com a entidade hospitalar, caso, então, em que o médico será “comitido” dessa entidade, ou seu “órgão, agente ou representante”.

E em que o contrato celebrado entre o médico e a respetiva entidade, em si, também terá a natureza de “contrato a favor de terceiro”, que será, no caso, o paciente que acorra a tais serviços da entidade hospitalar (artº. 443º do C. Civil).

Também são diferentes *os prazos de prescrição* do direito à indemnização, que é de 3 anos na responsabilidade extracontratual (artº. 498º do C. Civil) e é de 20 anos na responsabilidade contratual (artº. 309º).

*Se ocorrer “concurso aparente” da responsabilidade civil* contratual e extracontratual, conforme supra referido, o paciente só pode invocar o regime jurídico da responsabilidade civil contratual.

No entanto, como supra referido, se o paciente alega e prova uma *mala praxis* dos cuidados de saúde prestados, então “resolve-se” o consentimento prestado, e a situação ingressa no domínio da responsabilidade civil extracontratual. Como supra se desenvolve, no Capítulo II.

Se ocorrer um “concurso real”, aqui as opiniões dividem-se.

Segundo uns, o regime da responsabilidade civil contratual consome o da extracontratual – é a “teoria da consunção” (vide Almeida Costa, “Obrigações”, 4ª ed., pág. 356).

Segundo outros, o lesado pode escolher entre os dois regimes – é a “teoria da operação” (vide Vaz Serra, R. L. J., Ano 102, p. 313; Pinto Monteiro, “Clausula Penal e Indemnização”, pág. 714; Mota Pinto, “Cessão da Posição Contratual”, p. 411).

Creio que a “teoria da opção” é de aceitar, desde logo, segundo o princípio da adoção do “regime mais favorável” do lesado.

E, depois, porque não se veem argumentos relevantes para afastar esse regime e “retirar” ao lesado vantagens que a “unidade do sistema jurídico” lhe proporcione.

## *CAPÍTULO VI*

### *- Prestação de serviços de saúde por entidades públicas*

#### 46

Por sua vez, no domínio da prestação de serviços de saúde por uma entidade pública, p. ex., um hospital público, o regime jurídico aplicável é o da responsabilidade civil.

E, por via de regra, da responsabilidade civil contratual <sup>177</sup>.

Assim decidiu o **acórdão do TCA-Norte de 30-11-2012** (proc. n° 145/04.BEBRG),

“No presente litígio, em que se discute a responsabilidade por danos alegadamente causados por atos médicos praticados num hospital público, deve ter-se por referência a disciplina jurídica da responsabilidade contratual, mais concretamente da prestação de serviços, pois estamos perante uma situação de facto equivalente à de um contrato de prestação de serviços – artº. 1154º do Código Civil – e, por isso, a justificar a mesma proteção legal (vd. **Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro**, “A responsabilidade médica em Portugal”, no BMJ, 332, p. 50, onde se

---

177. Vide Capítulo V, antecedente.



referem as figuras das “relações contratuais de facto” e do “contrato de adesão” neste domínio), designadamente, no que diz respeito às regras de repartição do ónus da prova, as quais, no domínio da responsabilidade contratual, são mais favoráveis ao credor (lesado), existindo neste domínio presunções de culpa que a lei não estabelece no domínio da responsabilidade extracontratual (vd. artº. 799º, nº 1, do Cód. Civil; Figueiredo Dias e Jorge Sinde Monteiro, ob. cit., p. 38 e sgts.)...

Aliás, não estamos, no caso concreto, em bom rigor, perante responsabilidade emergente de atos de gestão pública, uma vez que na prestação de assistência hospitalar, designadamente, no acompanhamento e assistência a um parto, não existem prerrogativas de autoridade ou uma regulamentação de natureza pública que permita distinguir, como ato de gestão pública, a assistência prestada por um hospital público e a assistência prestada, como ato de gestão privada, por um hospital particular...

De todo o modo, como se disse, estamos perante uma situação contratual de facto e iremos tomar, por isso, como quadro jurídico de referência para o caso concreto, a responsabilidade contratual (e a obrigação de indemnizar dela decorrente), prevista nos artigos 798º e seguintes (e artigos 562º e seguintes) do Código Civil.

## *CAPÍTULO VII*

### *- Responsabilidade penal*

#### *no ato médico*

47

No campo criminal, tem, desde logo, relevância o princípio da “tipicidade legal” da conduta, para poder ser avaliado como incriminável certo comportamento concreto do agente (artº. 1º do C. Penal).

E ainda que o tipo legal de crime compreenda um certo resultado (artº. 10º do C. Penal).

Por exemplo, resultar da conduta do agente a “morte de outra pessoa” (artº. 131º do C. Penal) ou uma “ofensa ao corpo ou à saúde de outra pessoa” (artº. 143º do C. Penal).

E certo, também, que “só é punível o facto praticado com dolo, ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência” (artº. 13º do C. Penal).

O que ocorre, por exemplo, quanto ao homicídio (artº. 137º), às ofensas à integridade física ou saúde (artº. 148º) e às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artº. 156º).

O artº. 14º do C. Penal determina que:

1- Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com intenção de o realizar.

2- Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta.

3- Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente atuar conformando-se com aquela realização.

Há que atender também às causas de *“exclusão da ilicitude” criminal* (artº. 31º do C. Penal).

E há que realçar que, na “tipicidade legal da conduta criminosa, a conexão entre a conduta do agente e a lesão do bem juridicamente protegido (vida, saúde, integridade física) é *“causalidade adequada, na sua formulação positiva”*.

Como assim se expressa o legislador no artº. 10º, nº 1, do C. Penal, ao exigir uma ação ou uma omissão de ação “adequadas” a produzir ou a evitar certo resultado, quando este esteja compreendido no tipo legal de crime.

Isto é, o facto será causa adequada da lesão do bem sempre que a lesão constitua uma consequência normal ou típica daquela, ou seja, sempre que, verificado o facto (a conduta do agente), se possa prever a lesão (do bem jurídico) como uma consequência natural ou como um efeito provável dessa verificação. Assim, **Galvão Teles** (do “Dir. das Obrigações”, 2ª ed., I, 1965, pág. 229).

Ou, como escreve **Tircier** (1971, p. 200), quando o ato praticado pelo agente for de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, “d’après le cours ordinaire des choses et l’expérience courrant de la vie”.

Isto é, a conduta (ilícita e culposa) será causa da lesão do bem (juridicamente protegido) se a ocorrência da lesão, face a tal conduta, era “certa ou segura”, segundo as *leges artis ad hoc* ou, corresponde a um “normal ocorrer”, segundo as regras da experiência ou *id quod plerumque accidit*.

Assim, só se tal “causalidade” for de assumir, segundo as *leges artis ad hoc*, ou *id quod plerumque, accidit*, é que haverá conduta incriminatória.

E, normalmente, essa avaliação pressupõe uma *prova pericial*.

Que, se não existe, conduzirá à violação do “princípio da suficiência substantiva” da decisão jurisdicional, em vista do “caráter meramente instrumental do processo civil face ao direito substantivo”. E como meio de satisfação do “direito constitucional do cidadão” a um julgamento num “processo equitativo”. Como tudo resulta, nomeadamente, dos art.ºs. 411º e 467º, nº 1, do C. Proc. Civil e art.º. 20º, nº 4, da C.R..

Assim, a causalidade na responsabilidade penal é avaliada segundo a referida teoria da “causalidade adequada”, na sua formulação positiva<sup>178</sup>.

Como escreve **Eduardo Correia**, “para que uma ação se possa dizer causa de um resultado é pois mister que em abstrato seja adequada a produzi-lo.

É preciso que seja uma “consequência normal típica daquela” (“Direito Criminal”, Almedina, 1963, I, p. 257, com a colaboração de Figueiredo Dias).

E, segundo tal autor, fazendo-se o respetivo juízo “segundo as regras da experiência normais e as circunstâncias concretas *em geral*

---

178. Sobre a “teoria da causalidade adequada”, (nesta) sua formulação positiva, vide, supra, Título IV, Capítulo II.

conhecidas”, ainda que “não se deve abstrair, para a sua determinação, daquelas regras ou das circunstâncias que o agente efetivamente conhecia” (o. cit., pág. 258).

E continua o mesmo autor (o. cit., pág. 268):

“De acordo com esta ideia, pois, se deverá negar um nexo de causalidade adequada v. g. no caso da mãe que manda o filho à escola sabendo que ele terá de passar num lugar onde a circulação é intensa e pode provocar acidentes, quando o filho venha efetivamente a ser atropelado por um automóvel; como deverá negar-se aquele nexo no caso do automobilista que, respeitando escrupulosamente o Código da Estrada e as regras normais da experiência, provoca a morte dum peão ou de outro automobilista, que circulam imprudentemente ou em infração ao Código da Estrada. Em qualquer dos casos, se o acidente era na verdade possível, não o era em todo o caso de forma típica, normal – e não era, portanto, o resultado uma consequência adequada da conduta. Se a lei autoriza condutas perigosas (conduzir um automóvel, andar de avião, etc.) é unicamente porque, uma vez observadas certas regras, os acidentes são normalmente evitados, embora eles por vezes se produzam”.

E, em nota, realça ainda Eduardo Correia: “De todo o modo, se a ideia de causalidade adequada não for suficiente em todos os casos para afastar a ilicitude de certas ações, poder-se-á excecionalmente fazer apelo à teoria das causas de justificação, em especial, ao estado de necessidade e ao conflito de deveres”.

E, por sua vez, “causalidade e culpa são, de toda a evidência, coisas diferentes” (o. cit., pág. 298).

Identicamente, **Paulo Pinto de Albuquerque** escreve que “a **teoria da adequação** está expressamente consagrada no art.º 10º, n.º 1, do C. Penal (“a ação adequada a produzi-lo”)... O aplicador deve proceder a este juízo de acordo com o conhecimento resultante da experiência co-

mun e os conhecimentos especiais do agente” (“Comentário ao Cód. Penal”, 2008, anotação 26 ao artº. 10º).

E, em sentido similar, escrevendo **Leal Henriques e Simas Santos**, em anot. ao artº. 10º do C. Penal, que “nem todas as condições são relevantes, só o sendo aquelas que, segundo as máximas da experiência e a normalidade do acontecer – e, portanto, segundo o que é em geral previsível –, são idóneas para produzir o resultado” (“Anot. ao Código Penal”, 1986, vol. I, anot. ao artº. 10º).

Ou, como se expressa **Tereza Beleza**, “para efeitos de Direito Penal, só se pode dizer que o evento é consequência de uma certa atividade quando essa consequência é típica, é normal, é previsível segundo as regras gerais da vida” (“Direito Penal”, 2º vol., pág. 143).

Isto é, “resumidamente, a produção dos resultados indesejáveis (morte, agravamento da doença ou das lesões) só relevará como ofensa corporal típica quando representa a consequência adequada da violação das *leges artis*” (**Costa Andrade**, in “Comentário Coninbricense ao Código Penal”, anot. 8, ao artº. 156º).

E, em sentido idêntico, em Itália, decidiu o acórdão da **Corte di Cassazione** de 28-09-2000 que a assunção da lesão, como ofensa corporal criminalizadora, pressupõe um “juízo sobre o nexo de condicionamento de *alta probabilidade* lógica ou de elevada *credibilidade racional*... que se avizinha ao máximo da certeza”.

Assim, a questão da “*causalidade*” é um “*elemento da tipicidade*” (Eduardo Correia, o. cit., p. 298).

E “objeto da criminalização”, na norma penal, “é uma conduta concreta e histórica do agente” (Cavaleiro Ferreira).

E daí que “a liberdade do juiz”, não prescinde da verdade histórica da situação (Figueiredo Dias) –, pelo que não pode haver decisões sincopadas e à feição subjetiva de quem julgue.

Como realça o referido Eduardo Correia, “como se sabe, porém, um crime não se define tão-só pelos valores jurídicos ou pelos valores que ofendem. É mister que estes sejam devidamente tipificados, numa rigorosa descrição do seus elementos constitutivos”.

Ou seja, crime só pode ser consubstanciado por uma “conduta concreta” e “histórica” do arguido, avaliada em todas as suas diversificações relevantes perante a lei, e que, além de “ilícita” (numa sua “avaliação” de enquadramento na ordem jurídica), é especificamente descrita como crime, na lei penal, pela gravidade da sua ilicitude.

Na verdade, há uma dicotomia nas “normas incriminadoras”, que na sua “estrutura compreendem dois preceitos: o preceito primeiro, que define o crime, e o preceito secundário ou sanção, que comina a pena” (**Cavaleiro Ferreira**, “Lições de Direito Penal”, I, 1987, p. 12).

Mas, se na “tipologia legal do crime”, como requisito geral, se encontra a “causalidade” entre a conduta do agente e a lesão do bem (juridicamente protegido), numa conceção de “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, então, na decisão de assunção de certa conduta como crime, terá que se encontrar, em avaliação autónoma, o referido juízo de existência, no caso, da referida causalidade adequada e, também, devidamente fundamentado.

Sob pena de a decisão em causa padecer do vício de “insuficiência substantiva”, a consubstanciar “violação da lei” e lesando o direito constitucional do cidadão a que a sua causa seja decidida “mediante processo equitativo” (artº. 20º, nº 4, da C.R.).

Assim, p. ex., o agente de uma intervenção médica não pode ser criminalmente responsável pela morte do paciente (artº. 131º do C. Penal), ou por ofensa à sua integridade física ou saúde (artº. 143º do C. Penal) se entre a conduta do agente e esse resultado não existir um “nexo de causalidade” relevante, de acordo com o referido conceito normativo da causalidade adequada, na sua formulação positiva.

Assim, p. ex., se os peritos determinam que o nexo de probabilidade entre a conduta e um dos referidos resultados será da ordem dos 40% ou 60%, não existirá, no caso, o preenchimento do elemento típico dos referidos crimes – o da respetiva e exigível “causalidade adequada”.

E sem o preenchimento desse requisito não ocorrerá crime, no caso concreto e em avaliação.

O mesmo se dizendo relativamente aos demais crimes tipificados no Código Penal, como o de “intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos” em que, violando-se as *leges artis*, se crie, “desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde” (artº. 150º).

Pois, também aqui, tem que haver a referida conexão de “causalidade adequada”, na sua formulação positiva, entre, por um lado, a concreta conduta do agente, como violadora das *leges artis*, e a “criação” (“desse modo”) de um perigo: quer para a “vida” quer de grave ofensa para o corpo ou para a saúde” do paciente.

Não bastando, pois, para essa conexão causal, “probabilidades” de, p. ex., 40%, 60% ou 70%.

Assim, o **Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04-04-2016** realça que nos crimes negligentes há que estabelecer uma dupla relação causal, que a doutrina tem vindo a apelidar de doutrina do duplo grau.

No fundo, a comprovação da negligência tem de fazer-se tanto no tipo de ilícito como no tipo de culpa. Trata-se de uma análise em dois graus. Assim, num primeiro momento, há que fixar uma relação entre a conduta do agente e o resultado concreto verificado. Num segundo momento, deverá estabelecer-se uma relação entre o dever objetivo de cuidado que recai sobre o agente e o resultado concreto...



Neste sentido, refere **Teresa Beleza**, in “Direito Penal”, vol. II, pág. 575, que o resultado tem de ser não só imputável à pessoa, mas de derivar justamente da violação do dever de cuidado, que é outro elemento essencial do crime negligente.

Como se escreveu na sentença recorrida, não se comprova que a conduta (omissiva) dos arguidos tenha sido causa do resultado dores/lesões/incapacidade para a ofendida, ou sequer se apurou que a conduta dos arguidos tinha alta probabilidade de o evitar, ou seja, que era altamente provável, com um grau de quase certeza, que uma conduta diversa da adotada pelos agentes teria evitado determinado resultado ...” (**João Lee Ferreira**, Proc. 1032/08.6.TAUCT.G1).

No artº. 156º, o Cód. Penal também criminaliza “instruções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”, “sem consentimento, devidamente esclarecido, do paciente (artº. 157º).

Salvo os casos de estado de necessidade ou de consentimento presumido que o citado artº. 156º refere.

Também a (mera) causa virtual é, negativamente, irrelevante, ou seja, não aniquila nem afeta a causa real, a responsabilidade respetiva do agente.

Sobre a figura da causa virtual, pode consultar-se a obra clássica do **Prof. Pereira Coelho**, “O problema da relevância da Causa Virtual na Responsabilidade Civil”, 1955.

Para o **Prof. Antunes Varela**, in “Das Obrigações em Geral” (Almedina, 1970, pág. 430), “como a própria expressão logo indica, a causa *virtual* é o facto (real ou hipotético) que tenderia a produzir certo dano, se este não fosse causado por outro facto (causa real)”.

Ora, defende tal autor, como princípio, a irrelevância negativa da causa virtual, ou seja, esta não exclui a responsabilidade do autor da causa real do dano.

E, segundo tal autor, quanto aos casos especialmente regulados nos artigos 491º, 492º e 493º, 1, do Código Civil, “trata-se, como veremos, de normas excepcionais, que, em princípio, não comportam aplicação analógica”.

No mesmo sentido é o ensinamento de **Mário Júlio de Almeida e Costa** (in “Direito das Obrigações”, Almedina, 1991, 5ª ed.).

Pois “a causa virtual não possui a relevância negativa de excluí-la, pois em nada afeta o nexo causal entre o facto operante e o dano: sem o facto operante o lesado teria um dano idêntico, mas não aquele preciso dano.

Daí que exista, em princípio, a obrigação de indemnizar”. (o. cit., p. 636).

E, por sua vez, tal autor também considera que são excepcionais os casos em que a lei considera a relevância da causa negativa para isentar ou atenuar a responsabilidade da causa real (artº. 491º, 492º, nº 1, 493º, nº 1, 616º, nº 2, 807º, nº 2, e 1136º, nº 2, do C. Civil).

Realce-se que casos há em que, mais do que um balanço entre “uma causa real” e “uma causa hipotética”, o que se verifica é propriamente uma concorrência de causas, com “efeito parcial” atribuível a cada uma.

A este respeito, elucida-nos o Prof. Mário Júlio de Almeida Costa, o seguinte exemplo, da nota 1, pág. 636:

“Explique-se em que consiste a responsabilidade pelo «efeito parcial», retomando o exemplo do cavalo de B envenenado por A e que, entretanto, C abate a tiro. A morte do cavalo foi produzida pelo tiro de C, mas não se pode dizer que este tenha causado juridicamente qualquer dano a B, pois o cavalo envenenado, porque morreria logo de seguida, já nada representava no seu património. Portanto, o dano correspondente ao valor do cavalo operou-se, efetivamente, em consequência do facto de A e não do facto de C. Daí que a responsabilidade de A não

resulte de se atribuir relevância positiva à causa virtual, mas tão-só de ele dever ser responsabilizado pela diminuição do valor do bem – na hipótese, equivalendo praticamente à sua completa destruição...”.

Ou seja, A “causou realmente” esse estado moribundo e irreversível do animal – e, assim, deve ser responsabilizado pelo dano consequente, que, na hipótese, equivale praticamente ao valor do bem. E, assim, por essa causa real é responsabilizado.

Mas, também, é verdade que C causou realmente a morte do animal – só que, em termos de cálculo do dano consequente, o respetivo valor, na hipótese, equivale praticamente a zero. Pois que não tem praticamente valor – na equação do animal como vivo – o animal em causa que, realmente, está moribundo, por horas.

Se nesta hipótese, em termos de equação do dano consequente, A praticamente causou o dano total e C, em termos práticos, não causou dano relevante, já outras hipóteses se poderão conceber em que uma repartição dos valores do dano, resultantes de “causas parciais”, deva fazer-se em grau mais relevante.

Como bem sintetiza **Mário Júlio de Almeida Costa** (o. cit., pág. 636), “o autor da causa virtual apenas estará obrigado a reparar o «efeito parcial» porventura produzido de que o seu facto foi, na verdade, causa real ou operante...”

Reconduzido o problema a uma questão de causalidade, há que apurar se a causa real pode considerar-se efetivamente causa do dano, sendo certo que ele sempre se produziria em resultado da causa virtual.

E a resposta é a de que a referida causalidade existe. A causa virtual não possui a relevância negativa de excluí-la, pois em nada afeta o nexo causal entre o facto operante e o dano: sem o facto operante, o lesado teria um dano idêntico, mas não aquele preciso dano. Daí que existe, em princípio, a obrigação de indemnizar”.

E idêntica irrelevância negativa da causa virtual é assumida pela doutrina penal.

Assim, Cavaleiro Ferreira, 1992, 157, Germano Marques da Silva, 1998, 66, Figueiredo Dias, 2007, 342, e P. Pinto de Albuquerque (“Comenta no Cód. Penal”, anot. 36, ao artº. 10).

*À luz do artº. 31º do C. Penal, há que ter em conta que há “causas” que excluem a ilicitude e a culpa.*

Como, em geral, ser a “ilicitude excluída pela ordem jurídica” considerada no seu conjunto, ou, nomeadamente, ser o facto praticado em legítima defesa, no exercício de um direito, no cumprimento de um dever ou com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado.

Quanto à ultima causa excludente, definindo o artº. 38º do C. Penal que “o consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido e pode ser livremente revogado até à execução do facto”, sendo que quem o presta deve “possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

Pelo artº. 39º do C. Penal, ao consentimento efetivo é equiparado o “*consentimento presumido*” e definindo que há tal consentimento “quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”.

Assim, no caso de **intervenção médica**, o médico pode invocar o consentimento presumido para salvar a vida do doente inconsciente, salvo se houver razões sérias para crer que o doente não quererá ser tratado. Também só havendo razões sérias para crer que o doente não quererá ser tratado, o médico pode invocar o consentimento presumido para interromper ou omitir o tratamento (Figueiredo Dias, 2007; 493, mas contra Costa Andrade, 2004 b; 147).

Para avaliar se há, ou não, o consentimento presumido, opera-se um juízo *ex ante*, de prognose póstuma, de acordo com o juízo do homem médio colocado na posição do agente e munido dos especiais conhecimentos do agente.

Por exemplo, se o agente sabe que o portador do bem jurídico protegido não consentiria no facto, não pode invocar o consentimento presumido, mesmo que o homem médio colocado naquela circunstância julgasse o contrário (Figueiredo Dias, 2007: 492, e Taipa de Carvalho, 2004: 288; contra, Costa Andrade, 2004 b: 144).

Esta disposição vale também para o **acordo presumido** (Costa Andrade, 2004 b: 131, e Figueiredo Dias, 2007: 491).

Os art.ºs. 156º e 157º do C. Penal estabeleceram também os requisitos do devido consentimento que deve existir para “intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”.

Vide, *supra*, Capítulo IV, Secção I.

## *CAPÍTULO VIII*

### *- Prescrição do crédito indenizatório por incumprimento ou cumprimento defeituoso do ato médico*

#### **48**

Relativamente à prescrição do crédito indenizatório, regulado este essencialmente nos art.ºs. 562º a 572º do C.C., discute-se se o seu prazo é o prazo ordinário de 20 anos (art.º. 309º do C.C.) se a ilicitude cometida no ato médico consubstancia responsabilidade civil contratual, ou se mesmo a essa responsabilidade contratual se aplica o prazo especial de três anos, fixado no art.º. 498º do C.C., que, obviamente, se aplica ao caso de responsabilidade civil extracontratual.

A questão já vem tratada supra, no Capítulo XIV do Título VII (Responsabilidade civil, no caso específico do mandato forense), para onde se remete.



TÍTULO IX  
REPERCUSSÕES, NO ÂMBITO DO  
PROCESSO CIVIL, DA AUTONOMIZAÇÃO  
DO DANO DE “PERDA DE CHANCE”





## CAPÍTULO I

### - *Caso julgado do dano de “perda de chance”*

#### 49

A constatação da autonomia do dano de “perda de chance” pode refletir-se, também, no processo civil.

Assim, p. ex., se A. peticionou como indenização, por certa “perda de chance”, um montante concreto, por o fazer corresponder com um “dano final” aniquilado, a absolvição do Réu, com base em que não se provou tal “concreto dano final” alegado, todavia, não será decisão inibitória de o A. propor nova ação em que peça como valor indenizatório um quantitativo que “fundamente” quer, p. ex., num ganho “normal”, segundo as regras da experiência, quer num ganho de “probabilidade”, acima dos 10/15%, segundo as referidas regras da experiência, ou *leges artis ad hoc*, quer num ganho de valor “equitativo”.

E poderá propor nova ação, porquanto não se verificará, então, identidade entre causas e pedidos, como pressupõe a exceção de caso julgado (artº. 581º do C. Pr. C.).

Pois que, assim, trata-se realmente de causas de pedir diferentes e não de um “minus” ou duma fração do dano.

Pois que, na primeira ação, a causa de pedir era a ocorrência dum certo “dano final”, ao passo que na nova ação a causa de pedir é a “repercussão negativa” do “dano da ilicitude” na esfera jurídica do lesado, e com base (causa) nas “*leges artis*” ou nas “regras da experiência” ou em certo grau de “causalidade probabilística”.

E, também, não se dar como provado “certo dano final” não é prova do contrário. E muito menos que quaisquer outros danos são necessariamente afastados e não seriam de verificação “provável”.

Se peticionou uma indemnização com base no dano de “perda de chance” e com referência ao seu cômputo indemnizatório, como prejuízo segundo as regras da experiência e tal pedido foi julgado improcedente, por, segundo tais regras, não ter sido possível determinar o seu “montante”, também não estará, então, impedido de, em nova ação, peticionar uma indemnização com computo baseado “segundo juízos de equidade”.

Pois que, então, também não haverá caso julgado, porquanto as causas de pedir e os pedidos não são idênticos (cit. artº. 581º do C. Pr.C.).

Vide, *infra*, capítulo III, o aí cit. Ac. R. G., de 27-10-2004.

## *CAPÍTULO II*

- *Questão de direito*

- *Questões de facto*

### 50

Também a questão de, em cada caso concreto, se avaliar e se decidir se, face a certa “repercussão negativa” dum “dano de ilicitude”, tendo que assumi-la como “dano de perda de chance”, é uma **questão de direito**<sup>179</sup>.

Como, igualmente, será questão de direito avaliar da ilicitude da conduta e da causalidade, e respetivos regimes legais, entre a conduta do agente e o dano da vítima. Ou o modo de determinação do respetivo *quantum* indemnizatório, à luz dos art.ºs. 562º e sgts. do Código Civil. Ou “como decidir”, na hipótese de tal *quantum* não ter sido possível determiná-lo com precisão, e tendo em conta, nomeadamente, os referidos preceitos do Código Civil e a norma do art.º. 609º, nº 2, do Código de processo civil.

Ora, como “questão de direito”, são temas do conhecimento oficioso do Tribunal. E que estão presentes nos autos desde o seu início.

---

179. Vide, *supra*, Título V, Capítulo I.

E, que, como tal, podem ser invocados pelas partes, mesmo em via de “recurso”, sem que se possa contra-argumentar que serão “questões novas”, não cognoscíveis nessa fase processual.

Pois uma questão de direito, equacionável num processo, nunca é questão-nova – e muito menos para não poder levantar-se, autonomamente, como objeto dum recurso jurisdicional, e preencher os requisitos dos artºs. 639º, nº 2, e 644º, nº 2, d), do C. Pr. C..

Pois do que se tratará, na avaliação da então decisão recorrida e objeto do recurso, é, genericamente, duma Questão de Direito, em que “jus novit cúria”, “oficiosamente” (artº. 5º, nº 3, do C. Pr. C., artº. 8º do C.C., artº. 2º, 20º, 4, 202º e 203º da CR) e que “existe”, nos autos, desde que o processo é introduzido.

E que, pois, nunca será “questão nova”, quando se venha a conhecer!

Já que, quando a questão é da “qualificação e relevância jurídica” duma situação real, alegada nos autos, e, máxime, se é objeto expresso nas alegações do recurso, tal questão, estando, pois, em causa, relevante “matéria de direito”, não é questão nova (artº. 2º, 20º, nº 4, 202º a 204º da C.R.).

Como é jurisprudência dominante do Supremo Tribunal de Justiça (Acs. S.T.J., de 17-12 2014, 18-09-2014 e de 08-01-2015 –, este, in C.J. – STJ – nº 262, Ano XXIII, T. I, 2015, p. 54).

**Questão de facto** será já a questão de avaliar e decidir se, de acordo com as “*leges artis*” e as regras da experiência, por exemplo, certa prestação real de serviço médico foi *conditio sine qua non*, e não indiferente, duma ocorrida lesão fáctica dum direito do paciente (p. ex., a sua integridade física).

Ou avaliar e decidir, e segundo as *leges artis* ou as regras da experiência, se a conduta ocasionou uma certa “repercussão negativa”, e real, na

esfera jurídica do paciente, em que extensão e qual o grau de conexão naturalista entre a conduta e essa repercussão.

Por exemplo, se existe uma conexão naturalista “certa”, “altamente provável”, “provável”, “mediana” ou “infíma (e irrelevante)”.

E esses juízos de facto (sobre as ocorrências reais e suas conexões à luz de *leges artis* ou regras da experiência), se exigem “conhecimentos especiais”, não podem deixar de ser objeto de perícias.

Sob pena de “insuficiência substantiva da decisão jurisdicional” e de violação do direito do cidadão a um “processo equitativo” (artºs. 2º, 20º, nº 4, da C.R. e artºs. 411º e 467º, nº 1, do C. Pr. Civil). Conforme supra, Título VIII, Capítulo III, se desenvolve.

Realce-se que, quanto a uma “perícia” sobre lesões físicas e (suas) incapacidades determinantes existem os Anexos I e II do D.L. 352/2007, de 23 de outubro, e a necessidade de recorrer a médicos especializados.



### ***CAPÍTULO III***

#### ***- Sentido normativo do artº. 609º, nº 2, do C. Pr. Civil.***

#### **51**

Quanto ao **sentido normativo do artº. 609º, nº 2**, do Código de Processo Civil, deparam-se duas correntes de interpretação.

Uma, minoritária, exige como pressuposto da “condenação no que vier a ser liquidado”, que resulte dos autos em que a falha, no processo, de “elementos para fixar o objeto ou a quantidade não é devida, subjetivamente, a culpa da parte”.

Outra, maioritária, prescinde dessa avaliação, e basta-se com a asunção por parte do julgador de que, objetivamente, não existem nos autos elementos para fixar o objeto ou a quantidade da devida indemnização. Mas que “podem” vir a obter-se na fase executiva.

**E é esta última jurisprudência dominante.**

Assim o **Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 27-10-2004** (Proc. 1741/04.1, dgsi.pt):

“Quando o tribunal verificar a existência de um dano, não dispuser de dados que possibilitem a sua quantificação, mas, face às circuns-



tâncias concretas do caso, seja de admitir a possibilidade de se vir a conseguir a determinação do seu valor, deve o tribunal relegar para execução de sentença a fixação do seu montante.

Trata-se de situação em que, estando provada a verificação do dano, apenas não existem elementos de facto para operar a sua quantificação, quer por estes factos ainda não serem conhecidos ou estarem em evolução no momento em que é instaurada ou no da decisão (neste sentido, vide, entre muitos outros, os Acs. do STJ, de 17-01-1995, de 26-09-1995, de 10-07-1997, *in*, respetivamente, BMJ, nº 433º, pág. 404, BMJ, nº 449º, pág. 293, BMJ, nº 469º, pág. 524; Ac. do STJ, de 13-01-2000, de 24-02-2000 e de 27-06-200, *in*, respetivamente, “Sumários”, 37º, pág. 34, “Sumários” 38º, pág. 45, e “Sumários”, nº 42º, pág. 25) quer por na ação declarativa não se ter logrado fazer a prova do quantitativo desses mesmos danos, pois que, tal como já se deixou supra dito, a lei, perante esta última situação, consente que seja colmatada essa deficiência probatória, abrindo nova possibilidade de *a parte melhor alegar e oferecer novas provas em sede de execução de sentença*.

O recurso, em primeira linha, ao mecanismo previsto no citado artº. 661º, nº 2, do C.P.Civil <sup>180</sup> não exclui a possibilidade de aplicação posterior do disposto no citado artº. 566º, nº 3, do C. Civil, não consubstanciando tal aplicação qualquer ofensa de caso julgado.

Assim, se em sede de liquidação em execução de sentença se vier a constatar a impossibilidade de fixação do valor exato dos danos a indemnizar, por falta de prova do seu quantitativo, tal impossibilidade não pode significar a eliminação do direito à indemnização, cabendo, então, ao tribunal fixar tal indemnização com recurso à equidade, nos termos do disposto no artº. 566º, nº 3, do C. Civil”.

Segundo o **Ac. S.T.J. de 07-10-1999 (BMJ-490, 212)** – formulando um pedido de indemnização líquido e certo quanto a danos provenientes

---

180. Atual artº. 609º, nº 2.

de incapacidade para o trabalho –, é possível remeter para liquidação em execução de sentença a determinação do *quantum* indenizatório se o lesado, na ação declarativa, provar a existência da incapacidade, mas não provar o respectivo grau.

A condenação no que se liquidar em execução de sentença tanto pode ser decretada no caso de ter sido formulado pedido genérico como no caso de, tendo logo sido formulado pedido específico, se não terem obtido dados suficientes para se fixar com precisão e segurança a quantidade da condenação **(Ac. RC de 7-4-1992; BMJ, 416º, 718)**.

Provado que do incumprimento do contrato resultaram para o autor lucros cessantes – abrangendo estes os ganhos que se frustraram – sem se ter averiguado o montante exato desse prejuízo, deve o réu ser condenado no que se liquidar em execução de sentença **(Ac. RP de 22-2-1993: BMJ, 424º, 736)**.

Em sede de responsabilidade civil, provada a existência de danos, a inexistência de elementos para fixar o respectivo valor (*quantum*) – que pode, até, decorrer da falta de desempenho pelo lesado do ônus da prova do valor oportunamente alegado, uma vez que a lei (artº. 661º, nº 2, do CPC) não distingue – é sanável através do diferimento da respectiva avaliação para um momento processual posterior à sentença.

**(Ac. Rel. Ev. de 01-06-2000, BMJ, 498º, 291)**.

Concluindo-se pela existência de um prejuízo real e efetivo, resultante do rompimento unilateral de um contrato-promessa de compra e venda, sem que, contudo, se saiba a medida exata desse dano, é de relegar para execução de sentença, nos termos do artº. 661º, nº 2, do CPC, essa quantificação **(Ac. STJ de 28-11-2002, Rev. nº 3455/02.7ª. Sumários, 11/2002)**.

“Em ação declarativa, sendo provado o dano mas não se determinando o seu exato valor, impõe-se ao tribunal: ou julgar segundo a

equidade (se entender que mesmo na execução para liquidação o autor não será capaz de efetuar tal liquidação), ou remeter para a liquidação em execução de sentença (caso entenda que o autor na execução será capaz de quantificar os prejuízos). O que o tribunal nunca pode é, com esse fundamento, julgar a ação improcedente **(Ac. RP de 17-05-2004: CJ, 2004, 3º - 180, e JTRP00036873.dgsi.Net).**”

“No caso de se apurar a existência de danos, mas não haver lugar à reconstituição natural – por esta não ser possível, não reparar integralmente os danos ou ser excessivamente onerosa para o devedor –, e não haver elementos para fixar o objeto ou a quantidade, deve o tribunal condenar no que vier a ser liquidado em execução (artº. 661º, nº 2, do C. P. C.) **(Ac. RC. De 8-6-2004: Proc. 1050/04.dgsi.Net).**”

Atualmente, com a reforma processual de 95/96, a lei adjetiva está em consonância com a lei substantiva, podendo o lesado optar por formular pedido genérico, no condicionalismo dos artºs. 595º do C.C. e 471º, nº 1, al. a), 2ª parte, do CPC. – O art. 661º, nº 2, do CPC, norma dirigida ao Juiz e não às partes, impõe àquele o comando de condenar no que se liquidar em execução de sentença se não houver elementos para fixar o objeto ou a quantidade quer no caso de o A. formular pedido genérico quer no caso de ter especificado o dano e não provar a especificação. – O mencionado artigo não pode ser interpretado restritivamente, devendo, antes, ser interpretado com o escopo de possibilitar a indenização ao lesado em sede executiva, se não logrou provar o objeto ou a quantidade, atribuindo-lhe a indenização correspondente aos danos exatos, se se apurarem, ou, pelo menos, uma indenização por equidade **(Ac. STJ de 4-11-2004. Proc. 04B2877.dgsi.Net).**

A aplicabilidade do nº 2 do artº. 661º do CPC, enquanto permite ao tribunal condenar no que se liquidar em execução de sentença, não depende de ter sido formulado, na parte respetiva, um pedido genérico, mas apenas da falta de elementos para fixar o objeto ou a

quantidade do pedido, ainda que líquido. – Sabendo-se que há danos, mas que não puderam ser quantificados com rigor, por insuficiência da prova produzida na ação declarativa, é possível relegar a sua liquidação para execução de sentença (**Ac. STJ de 11-1-2005: Proc. 04A4007.dgsi.Net**).

A possibilidade de se condenar em prestação ilíquida tanto existe no caso dos danos futuros **como em relação os danos passados** que não estejam apurados na sua vertente quantitativa (**Ac. STJ de 17-03-2005: Proc. 04B4150-dgsi.Net**) (Bettencourt de Faria, Moitinho de Almeida e Noronha do Nascimento).

Deve-se condenar no que se liquidar em execução de sentença quando, formulado pedido específico, não for possível determinar a quantidade da condenação (**Ac. STJ de 11-5-2005: Proc. 05B1234.dgsi.Net**) (Lavra Leonardo).

“Verificando-se a existência de danos, mas não podendo dar-se como demonstrado o objeto ou a quantidade da condenação, por tão-pouco ser possível a sua fixação em termos de equidade – artº. 506º, nº 3, do C. Civil –, justifica-se, mesmo quando deduzido pedido líquido, que seja relegada para execução de sentença a liquidação do montante desses danos” (**Ac. RP. de 30-06-2005: JTRP00038249.dgsi.Net**).

**Assim, Ac. STJ de 6-7-1978** (BMJ, nº 279, outubro de 1978, págs 196 e sgts), subscrito por Dias Garcia, João Moura e Rodrigues Boston.

Neste caso, a R., Empresa Portuguesa de Transportes Marítimos, obrigara-se para com a A. a transportar 1620 sacos de feijão do Porto de Lobito para Lisboa. O dito feijão era destinado à revenda.

Parte do feijão deteriorou-se, por não cumprimento por parte da Ré das condições do seu acomodamento.

A A. peticionou indemnização de lucros cessantes – ou seja, do valor que receberia pela revenda de tal feijão que não recebeu (em

condições). A A. provou que não pôde revender o feijão e receber os lucros – mas não logrou a prova dos respetivos quantitativos.

Em face do que o Tribunal *a quo* condenou no que se liquidar em execução de sentença.

E o dito Ac. S.T.J., no recurso de tal sentença, escreveu que:

“É manifesto que o acórdão não violou o artº. 661º, nº 2, do Código de Processo Civil.

Ficou provado que a autora teve prejuízos de montante não determinado.

Entende a recorrente que, como tais prejuízos já existiam à data da propositura da ação, não tendo sido feita a prova do seu montante, a consequência teria de ser a improcedência dessa parte do pedido.

Nunca se interpretou assim a atual norma que se diz violada.

O artigo 661º, nº 2, é também aplicável ao caso de se ter logo formulado pedido específico, mas não se chegar a coligir dados suficientes para se fixar a quantidade da condenação (“Código de Processo Civil Anotado, **Prof. Alberto dos Reis**, vol. 5. pág. 71, e **Conselheiro Jacinto Bastos**, “Notas ao Código de Processo Civil”, vol. 3, págs. 232 e 233).

A dúvida nem sequer é legítima. A interpretação decorre claramente dos termos da lei, ao dizer: «Se não houver elementos para fixar o objeto ou a quantidade, o Tribunal condenará no que se liquidar em execução de sentença, sem prejuízo da condenação imediata na parte que já seja líquida» (a parte final ajusta-se precisamente ao que veio a estatuir-se no artigo 565º do Código Civil).”

E em termos similares decidiu o **Ac. STJ de 27-1-93** (C. Jur., Ano I, T. I, 1993, págs. 89/91). No caso, em 1ª instância, a Ré foi condenada a pagar à A. a quantia a liquidar em execução de sentença, resultante de prémios de seguros cobrados e não entregues. E a A. alegara na P.I.

que tal montante era de 3.515.798,00 (escudos). – Todavia, tal matéria controvertida, que foi levada ao questionário, a A. não logrou fazer a prova dos quesitos quantitativos líquidos em dívida.

Daí a condenação do que vier a ser liquidado em execução de sentença.

Ora, o Acórdão em causa decidiu a improcedência do recurso instaurado pela Ré, porquanto “o fundamento do recurso com base em o autor não ter conseguido provar todos os elementos necessários para se proceder à liquidação na presente ação” não é razão para não se dever condenar no que se liquidar em execução de sentença.

**E o Ac. STJ de 14-03-1996** (Torres Veiga, Nascimento Gomes e Moreira Camilo – in C. Jur. Ano XXI, 1996, T II, págs. 81 e sgts.).

Neste caso, a Ré, empresa de transportes, assumira o transporte de certas “amostras”, de Portugal para Nova Iorque, onde tais amostras seriam expostas numa feira comercial, a ter lugar. Todavia, as amostras não chegaram ao destino dentro do prazo acordado, o que frustrou que as amostras estivessem na feira, o que, por sua vez, como alegou a A., frustrou que a A. tivesse firmado contratos de venda, com ganhos (lucros cessantes), com visitantes da Feira.

Todavia, a A. não logrou provar a quantidade de contentores de tal mercadoria que teria vendido e, daí, não se poder concretizar o *quantum* do lucro cessante.

Ora, a tal respeito decidiu o acórdão citado, que “ficou provado ter existido a “frustração de um ganho... O que não se provou foi unicamente o quantum ... do prejuízo dos lucros cessantes”. E mais se diz, em tal acórdão: “Não se pode, certamente, afirmar perentoriamente que “numa exposição de mercadorias estejam *ipso facto* garantidas encomendas”.

Mas pode-se afirmar com segurança e presumir através da experiência comum que uma exposição de produtos para venda no mercado

é uma das vias mais eficazes para penetração num mercado, que normalmente se traduz em vendas, as quais poderão ser mais ou menos significativas. E é seguro que, se a exposição se não puder concretizar, essa penetração e venda frustraram-se, necessariamente.

Caímos na previsão do nº 2 do artº. 661º do CPC, pelo que, não havendo elementos para fixar a quantidade, o tribunal condenará no que se liquidar em execução de sentença”.

E, também, de modo similar, decide o **Ac. T. R. Porto de 30-06-2005** (Amaral Ferreira, in dgsi.pt), num caso em que os A.A. pedem a condenação dos réus à indemnização em quantia certa dos danos causados num prédio deles, por virtude duma surribo que os Réus efetuaram num prédio vizinho.

Todavia, face à falta de prova pelos A.A. do quantitativo exato do valor dos danos, a sentença condenou os Réus na quantia a liquidar em execução de sentença.

E o acórdão em citação corrobora tal decisão e realça que tal é a jurisprudência dominante (citando vários acórdãos e o Prof. Vaz Serra). E continua:

“Assim, no citado aresto do STJ de 29/01/98, onde é referenciada abundante jurisprudência e doutrina, escreve-se, a propósito da razão de ser do artº. 661º, nº 2, que “... a mais elementar razão da sã justiça, de equidade, veda a solução de se absolver o réu apesar de demonstrada a realidade da sua obrigação; mas também se revela inadmissível, intolerável, que o juiz profira decisão à toa”.

E continua o dito Ac. T. R. Porto:

“No **Ac. deste Tribunal de 8/11/2001**, afirma-se que nada na lei permite, ou pelo menos obriga, a fazer a restrição pretendida pela corrente minoritária, por forma a considerar-se que ali se visa a falta de factos a provar e não o fracasso da prova sobre ele. O que aí se diz é

que, “se não houver elementos para fixar o objeto ou a quantidade, o tribunal condenará no que se liquidar em execução de sentença”.

E continua o dito Ac. R. Porto (30-06-2005):

“Aderindo-se ao defendido pela jurisprudência dominante, por ter apoio na letra da lei e mais se adequar à realização da justiça material, verificando-se a existência de danos, mas não podendo dar-se como demonstrado o objeto ou a quantidade da condenação, por tão-pouco ser possível a sua fixação em termos de equidade – artº. 566º, nº 3, do CC –, justifica-se, mesmo quando deduzido pedido líquido, que seja relegada para execução de sentença a liquidação do montante desses danos.”

E, por sua vez, é similar o **Ac. STJ de 4-11-2004** (Custódio Montes, Neves Ribeiro e Araújo Barros, dgsi.pt), em que se decide:

“Atualmente, com a reforma processual de 95/96, a lei adjetiva está em consonância com a lei substantiva, podendo o lesado optar por formular pedido genérico ou específico, no condicionalismo dos artºs. 595º do CC e 471º, 1, a, 2ª parte, do CPC.

O artº. 661º, 2, do CPC, norma dirigida ao juiz e não às partes, impõe àquele o comando de condenar no que se liquidar em execução de sentença se não houver elementos para fixar o objeto ou a quantidade quer no caso de o A. formular pedido genérico quer no caso de ter especificado o dano e não provar a especificação.

O mencionado artº. não pode ser interpretado restritivamente, devendo, antes, ser interpretado com o escopo de possibilitar a indemnização ao lesado em sede executiva, se não logrou provar o objeto ou a quantidade, atribuindo-lhe a indemnização correspondente aos danos exatos, se se apurarem, ou, pelo menos, uma indemnização por equidade.”

E mais se afirma no Acórdão em citação:



“Pendemos, pois, para seguir o entendimento de que o artº. 661º, 2, do CPC impõe ao juiz o comando de condenar no que se liquidar em execução de sentença se não houver elementos para fixar o objeto ou a quantidade quer no caso de o A. formular pedido genérico quer no caso de ter especificado o valor do dano mas não provar a especificação.

No caso dos autos, a tese oposta brigaria flagrantemente com a mais elementar justiça...

É claro que, não tendo o tribunal *a quo* concluído por qualquer valor do dano, não podia condenar a R. em qualquer montante arbitrário, impondo-se, antes, a fixação equitativa de uma indemnização feita segundo o prudente arbítrio do julgador.

E se não foi possível apurar o valor exato dos danos ou em termos de equidade, na ação declarativa, impõe-se que a tal se proceda na ação executiva, no comando do artº. 661º, 2, do CPC, que, desta forma, se não pode interpretar restritivamente.

Concluímos, pois, que o normativo em causa não pode ser interpretado restritivamente, devendo, antes, ser interpretado com o escopo de possibilitar a indemnização ao lesado em sede executiva, se na ação declarativa se não logrou provar o objeto ou a quantidade.

E isto será sempre assim quer o lesado tenha formulado pedido genérico quer tenha feito a especificação dos danos mas não tenha conseguido provar essa especificação, sendo possível, na ação executiva, reunir elementos para permitir essa prova ou, pelo menos, para permitir apurar a indemnização segundo a equidade em face do prudente arbítrio do juiz.”

E, identicamente, o Ac. S.T.J., de 2-2-2006: “Provando-se que os horários normalmente praticados pelo trabalhador excediam o período normal de trabalho, embora sem que tivesse sido quantificado o

número de horas prestadas a mais, há lugar a uma condenação ilíquida, remetendo essa quantificação para execução de sentença por aplicação do disposto no artº. 661º, nº 2, do CPC (Ad, 536º/537º-1428).

E o mesmo tendo decidido o **Ac. S.T.J. de 18-02-2011** quanto a tal questão, em que (apenas) não se logrou provar o dia e hora exatas do trabalho (CJ/STJ, 2011, 1º, 257).

E, identicamente, o **Ac. S.T.J. de 21-09-2006**, em que num caso em que se conhecia a faturação global de “rolhas”, e seu preço, e em que algumas tinham defeito, mas sem se apurar o montante (Proc. 06B2601.dgsi.Net).

E, no mesmo teor, o **Ac. S.T.J. de 9-5-2009**, em que se realça que “mesmo que se possa afirmar que está a conceder uma nova oportunidade ao autor de deduzido pedido líquido de provar o quantitativo dos danos, não se vislumbra porque se não deve condenar no que se vier a liquidar (Pr. 2684/04.1TBTVD.S1.dgsi.Net).

Ou como se decidiu no **Ac. S.T.J. de 25-03-2010** – quanto ao preço de uma empreitada: I – O “*quantum*” pode ser apurado imediata e diretamente (havendo tabelamento do preço ou acordo expresso das partes), procedendo-se logo à condenação líquida. II – Não estando precisamente determinado o montante, mas verificando-se que o mesmo é possível em ulterior fase executiva, há que proferir condenação ilíquida, nos termos do nº 2 do artº. 661º do CPC (CJ-STJ2010, 1º, 162).

E também o **Ac. S.T.J. de 23-03-2010**, onde se decidiu que deve ser relegada para ulterior liquidação a fixação do *quantum* dos prejuízos quando, tendo sido formulado um pedido específico, a falta se reporta à quantificação do dano (Proc. 203/2001,S1.dgsi.Net).

E, igualmente, o **Ac. T.R.Porto de 19-12-2012**, em que se decidiu que “a aplicação do artº. 661º, nº 2, do CPC tanto se aplica no caso de o

autor ter formulado um pedido genérico, não o tendo logrado concretizar, como no caso de ter formulado um pedido concreto, não tendo feito prova da concretização. Assim, no caso de o autor ter deduzido um pedido concreto mas não tenha em julgamento logrado provar a extensão do prejuízo, poderá fazê-lo em liquidação em execução de sentença (Proc. 1662/06.0TBVFR.P1.dgsi.Net).

E o **Ac. R.L. de 18-10-2012**, decidindo que: “A norma inserta no artº. 661º, nº 2, do CPC tanto se aplica aos casos de dedução de pedido específico como aos de formação de pedido genérico, podendo o Tribunal proferir condenação quando verificar a existência de um crédito, embora não possua elementos factuais para determinar o seu montante exato, quer o autor tenha pedido uma quantia certa ou deduzido um pedido genérico. Esta interpretação, além de se apresentar como a mais razoável e a que melhor serve os desígnios de justiça material, é a que mostra enraizada na prática judiciária”.

**Em suma**, como sintetiza o **Ac. R.L. de 02-02-2011**, constatando-se que a Ré incumpriu uma certa obrigação contratual, a mera ausência de elementos suficientes para determinar o **montante do dano** justifica que se profira uma condenação ilíquida, com a consequente remissão do apuramento da responsabilidade para execução de sentença – artº. 661º, nº 2, do CPC (Proc. 682/08.5TTLSB.L1-4.dgsi.Net).

E, também, no **Ac. do TC de 8-10-96** (DR, II Série, de 12-12-96, pág. 17190) (citado no Ac. do STJ, em exposição) bem se realça que “o que acontece é que se remete para decisão posterior a pronúncia sobre questão de facto, que se considera não poder ser ainda decidida, e que fica provisoriamente em aberto”, não chegando a existir caso julgado sobre a questão.

**E também é manifesto que o sentido normativo que é atribuído aos artºs. 609, nº 2, do C. Pr. C. e 566º, nº 3, e 569º do C. Civil, pela (referida e quase) unânime Doutrina e Jurisprudência, é aquela que corresponde aos cânones de interpretação das leis, definidas pelo artº. 9º do C. Civil e pela Ciência Jurídica.**

Desde logo, é a que corresponde ao teor literal dos ditos preceitos (cit. Ac. R. Porto, de 30-06-2005).

E como realça o cit. Ac. STJ de 6-7-1978: “a dúvida nem sequer é legítima. A interpretação decorre claramente dos termos da lei, “uma vez que a lei (artº. 661º, nº 2, do C.P.C.) não distingue” (cit. Ac. R. Ev., de 1-6-2000).

Por sua vez, é a que melhor responde ao sentido de Justiça material e da equidade, que “veda a solução de se absolver o réu apesar de demonstrada a realidade da sua obrigação, mas também se revela inadmissível, intolerável, que o Juiz profira decisão à toa” (cits. Acs. do S.T.J. de 29-01-98 e cit. Ac. T. R. Porto, de 30-06-2005).

E “a tese oposta brigaria flagrantemente com a mais elementar justiça” (cit. Ac. S.T.J. – de 4-11-2004).

E também há que ter em conta “um legislador razoável, quer na escolha da substância legal quer na sua formulação técnica” (**Manuel de Andrade**, “Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis” – 3ª ed., 1978, p. 103).

E também a tese em que a lei adjetiva está em melhor consonância com a lei substantiva (no condicionalismo dos artºs. 595º do CC e 471º, 1, a), 2º, do C.P.C.<sup>181</sup>, cit. in Ac. STJ, de 4-11-2004).

Ou, como realça o cit. **Alberto dos Reis** (C. Pr. Civil, anot. artº. 661º, p. 72, vol. V), tal é a “única solução jurídica”<sup>182</sup>.

---

181. Hoje, o artº. 471 tem expressão no artº. 556º, nº 1, do NCPrc.

182. Na verdade, escreve tal autor: “o tribunal encontra-se perante esta situação: verificou que o Réu deixou de cumprir determinada obrigação ou praticou certo facto ilícito; quer dizer, reconhece que tem de o condenar; mas o processo não lhe fornece elementos para determinar o objeto ou a quantidade da condenação. Em face destes factos, nem seria admissível que a sentença absolvesse o réu, nem seria tolerável que o condenasse à toa, naquilo que ao Juiz apetece. A única solução jurídica é a que o texto consagra: proferir condenação ilíquida. O juiz condenará o réu no que se liquidar em execução de sentença”.

Isto é, como realça o Ac. S.T.J. de 8-11-2001: “nada na lei permite, ou pelo menos obriga, a fazer a restrição... por forma a considerar-se que ali não (se visa) o fracasso da prova...”.

E, assim, não só contribuindo para a realização da justiça material e da equidade, como aproveitando e não desbaratando todo o trabalho já despendido pelo Tribunal <sup>183</sup> – e que pode ser aproveitado e recuperado na fase do incidente já previsto da liquidação prévia da execução da sentença que para aí relega essa parte de (mera) fixação do *quantum* do prejuízo.

**Na verdade, como realça o cit. Galvão Teles** – se “provado” está “que existem prejuízos... demonstrada está a existência do crédito à indemnização”: o que se passa, então, é que “tal crédito apresenta-se como ilíquido”. Então, só há que condenar o Réu, numa condenação ilíquida: em que a sua liquidação se relega para execução de sentença (artº. 661º do anterior C.Pr.C. e 568º do C.C.).

**Ou, como refere o cit. A. dos Reis**, em face de se lograr a prova de factos alegados (para se determinar o *quantum* indemnizatório), “nem seria admissível que a sentença absolvesse o réu, nem seria tolerável que o condenasse à toa, naquilo que ao juiz apetecesse. A única solução jurídica é a que o texto consagra: proferir condenação ilíquida”.

Na verdade, na ciência hermenêutica da interpretação da lei há que, desde logo, ter em conta **“a letra da lei” e a presunção de que o “legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”** (artº. 9º do C. Civil).

E “tendo sobretudo em conta a **unidade do sistema jurídico**” e a presunção de “que o legislador consagrou as soluções mais acertadas” (nºs 1 e 3 do cit. artº. 9º).

---

183. No exercício da Justiça, como bem precioso, caro e escasso.

**E, quanto à unidade do sistema jurídico há que relembrar as sábias reflexões de Batista Machado**, de que nos devemos basear “no postulado da coerência intrínseca do ordenamento, designadamente, no facto de que as normas contidas numa codificação obedecem por princípio a um pensamento unitário” (“Introd. ao Direito”, 2002, p. 183).

**E, no mesmo sentido, o Ac. STJ (Pleno) de 26-11-97, Ac. D.S.T.Ad. 37, nº 440, p. 1121).**

**Ora, “essa unidade” a, “sobretudo”, respeitar seria “descoordenada” e “pouco coerente”, se, por um lado, se permitisse ao autor formular um “pedido genérico”, mesmo face a danos já causados e suscetíveis de prova, e assim vier a “beneficiar” duma condenação no que se liquidar em execução de sentença (e mesmo que não tivesse logrado fazer prova do *quantum*),<sup>184</sup> e, todavia, se não permitisse a outro autor beneficiar da condenação no que se liquidar em execução de sentença... porque não logrou provar o “quantum”!**

Obviamente que, além de, então, “descoordenada” e “pouco coerente” com a “unidade do sistema jurídico”, sobretudo a preservar, mais ocorrerá “tratamento desigual” para situações “substantivas” e “materialmente idênticas”, o que até contende com o valor constitucional do respeito da “igualdade” (artº. 13º da C.R.).

**Por sua vez, uma eventual restrição** do sentido normativo do artº. 609º, nº 2, **também afetará o direito do cidadão à “tutela jurisdicional efetiva”, no seu acesso ao direito, e num “processo equitativo”, que lhe garante o artº. 20º da C.R..** Frisando-se que este preceito fala em “decisão equitativa” – ou seja, uma justiça material, e não formal; isto é, “tutela jurisdicional efetiva”, e não truncada.

E, em que as considerações “formais” ou de “processo” se sobreponham às considerações de justiça material e efetiva.

---

184. Como permite o artº. 569º do CC

Aliás, perante restrições interpretativas do sentido normativo do preceito em causa – então, o que poderá a vir a ocorrer é que o cidadão, numa postura de “jurisprudência-de-cautelas”, acabe, por norma, por formular pedidos genéricos e, assim, estará sempre precavido e sairá vencedor: quer venha a provar o “*quantum*” da indemnização perante o incumprimento ilícito e danoso do réu, quer o não venha a provar: e, assim, colocando o Tribunal sempre perante o pedido de uma condenação no que se vier a liquidar, perante tal pedido genérico. E, assim, sempre dessa condenação beneficiando, ainda que não venha a lograr fazer a prova específica do “*quantum*”.

Por sua vez – e como já referido –, a interpretação restritiva do referido artº. 609º, nº 2, também vem a redundar num desperdício do trabalho desenvolvido pelos Tribunais – e com a agravante de ser serviço escasso e (para o Estado) caro.

Pois que, se está assumido que o Réu cometeu conduta ilícita e danosa, e tem obrigação de indemnizar, e só não se logrou provar o seu “*quantum*”, e, por tal, se absolve o réu, então, a função de todo o trabalho já havido se perdeu, nessa missão de dar “tutela jurisdicional efetiva ao cidadão”!!

Quando, do “mal o menos”, para se não desperdiçar tal “tempo e dinheiro”, e deitar tudo pela janela fora, basta condenar no que se liquidar em execução de sentença, e aproveitar-se esse incidente, previsto e disciplinado, da liquidação prévia na fase executiva, se o processo indicia probabilidade séria de se obter prova na execução, ou, no limite, se não se obtém, de se condenar “segundo a equidade”.

**Em síntese**, se o processo não fornecer elementos probatórios suficientes para se poder assumir que do já apurado “dano da ilicitude” resultou para a vítima um “*quantum*” de “repercussão negativa”, na sua esfera jurídica (patrimonial ou extrapatrimonial), o Tribunal “condena no que vier a ser liquidado”, desde que resulte dos autos

uma probabilidade de os respetivos elementos probatórios poderem ser obtidos na execução.

E, naturalmente, salvo que resulte provado dos autos que do respetivo “dano de ilicitude”, todavia, nenhuma “repercussão negativa” resultou. Pois, por vezes, pode ocorrer que haja “violação ilícita e culposa” do direito de outrem, mas, no entanto, sem causar dano.

E sendo indiferente se a respetiva deficiência probatória pode ser imputada à parte, ou não (artº. 609º, nº 2, do C. Pr. C.).

E se porventura a referida probabilidade de prova futura na execução não ressalta dos autos, então deve o tribunal “julgar equitativamente dentro dos limites que tiver por provados” (artº. 566º, nº 3, do C. Civil).

O que não poderá é o Tribunal proferir uma decisão de *non liquet*, isto é, de “absolvição”, com o fundamento de que “não houve elementos para fixar o objeto” (ou seja, se existiu ou não “repercussão negativa) ou a (sua) “quantidade” (o seu *quantum*) (artº. 609º, nº 2, do C. Pr. Civil), isto é, com o fundamento de que “não pode ser averiguado o valor exato dos danos” (artº. 566º, nº 3, do C. Civil). E se, no caso, é admissível a probabilidade de, posteriormente, em fase executiva, os elementos probatórios surgirem.

Aliás, neste tema, há que realçar que a decisão de que certo facto não se provou não consubstancia decisão de que se provou o contrário <sup>185</sup>.

Nem exclui que se possam provar outros factos relevantes, e que, a serem assumidos, consubstanciem o pressuposto do direito do autor.

Assim, suponha-se a hipótese julgada no antes citado Ac. do S.T.J., de 6-7-1978, em que uma empresa de transportes marítimos

---

185. Segundo **Antunes Varela**, “o significado essencial do ónus da prova não está tanto a quem incumbe fazer a prova de facto, como em determinar o sentido em que deve o tribunal decidir no caso de não se fazer essa prova” (Cód. Civil Anot., 1967, artº. 342º do C. Civil).



se obrigara para com a autora a transportar 1620 sacos de feijão do Lobito para Lisboa, e o dito feijão era destinado pelo A. a revenda, com fins lucrativos, e no comércio regular que de tais produtos exercia.

Todavia, provou-se nos autos que, por conduta ilícita e culposa da Ré transportadora, por deficiência de acomodamento, tal feijão se deteriorou e se tornou impróprio para consumo.

E suponha-se que a A. alegava um prejuízo de x, causado pelo dito “dano de ilicitude”, porquanto já tinha “revendido” tal produto a um terceiro C, por um preço y, acima do custo, que lhe traria a dita vantagem do valor de x, que foi aniquilada. Mas suponha-se, também, que, todavia, a A. não logrou provar que essa concreta revenda efetivamente se tinha realizado, ou realizado pelo preço que alegou.

Pois bem, nem por isso a sentença pode consistir numa absolvição da Ré, se, dos autos, como parece patente, resulta que – sendo a A. comerciante de tais tipos de produtos que compra para revenda, com intuítos lucrativos – naturalmente os iria revender, com margem de lucro, e, se não por aquela concreta revenda ou concreto preço que alegou, todavia, por outras vendas concretas, ou outros preços, ou até por aquele, a outros compradores ou até aquele que indicou e numa outra revenda.

Assim, pois, nesse tipo de causa deveria o tribunal “condenar no que vier a ser liquidado” (artº. 609º, nº 2, do C. Pr. Civil).

E, sempre, a final, se “não puder ser averiguado o valor exato”, julgando o tribunal “equitativamente dentro dos limites que tiver por provados” (artº. 566º, nº 3, do C. Civil).

## BIBLIOGRAFIA

- Alcoz, Luís Medina – “Hacia una nueva teoria general de la causalidade em la responsabilidade civil contratual (y extra contratual): La doctrina de la perdida de oportunidades” – in *Rev. de Respons. Civil e Seguro*, nº 30, 2º Trimestre de 2009
- Arnault, António – *Iniciação à Advocacia* – Coimbra Edit., 5ª ed.
- Beraud, C - *Le principe de la réparation de la perte d'une chance*, 2007
- Branca, Massimo – *Diritto Civile, Vol V*, 2004, Milão
- Cordeiro, Menezes – *Trat. de Dir. Civil, I*.
- Carnelutti, FRancesco – *Il Danno e Il Reatto*, 2004
- Costa, Almeida – *Direito das Obrigações*, 11ª ed., 2008
- Costa, Patrícia Cordeiro – *Causalidade, Dano e Prova / A Incerteza na Responsabilidade Civil*
- Chartier, Ives (citado em Rui Cardona Ferreira)
- Dias, Álvaro – *Dano Corporal*, Coimbra, 2001
- Die Z – Picazo – *El Ercándalo del Dano Moral*
- Ferreira, Durval – *Negócio Jurídico Condicional*, Almedina, 1998
- Ferreira, Rui Cardona – *Indemnização do interesse contratual positivo e Perda de Chance*, Coimbra – Editora, 2011
- Ferreira, Vasquez, “La pérdida de una chance como dano indemnizable em la mala praxis médica”, *Derecho Médico*, Ed. B. de F. Montevideo, Buenos Aires, 2001
- Frada, Carneiro da – *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, 2006

- Galgano, Francesco – *Diritto Privato*, 10ª ed., 1999.
- Yerga, Álvaro Luna, *Perdida de oportunidad em la responsabilidade civil médico-sanitária*, Fac. Direito Univ. Pompeu Falosa, Rev. In Dret, Nova Iorque, 2005
- Llanos, Leonor Suárez – *La teoria de la perdida de oportunidad*, Editorial Académica Espanhola, 2014
- Leitão, Alexandra – *A Proteção Judicial de Terceiros nos Contratos de Administração Pública*, Coimbra, 2002
- Leitão, Luís Menezes – *Dir. das Obrigações*
- López, Francisco J. Martinez, *La Perdida de Oportunidad – Aspectos Médicos*, coordinados, Ministério de Sanidad e Consumo, Madrid, 2006
- Maria, Feola – *Rev. Critica Diritto Privado*, março 2004
- Monge, Cláudia – *Respons. Contratual de um Estabelecimento integrado no S. N. Saúde*.
- Monteiro, Sinda – *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989
- Nils Jansen , *The idea of a lost Chance*
- Pedro, Rute Teixeira, *Responsabilidade Civil do Médico. Reflexões sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutela do doente lesado* – Coimbra Editora – 2008
- Planiol et Ripert – *Traité Pratique de Droit Civil* – Français – vol. VI, 1952
- Represas, Trigo – *Reparacion de los danos por mala praxis médica* – Ed. Hemmurabi
- Rocha, Nuno Santos – *A Perda de Chance* – Almedina, Reimpressão, 2015
- Santos, Hugo Luz dos – *in Scientia Jurídica*, nº 337, T. LXIV, 2015.
- Sousa, Marcelo Rebelo e André Salgado de Matos, *Responsabilidade Civil Administrativa* – Dir. Adm. III, 2008
- Umberto Saigi – Ullastre, “Cuantificación de la pérdida de oportunidad em responsabilidad professional médica” – Rev. Espanhola de Medicina Legal, 2013
- King, Joseph H – *Reduction of Likehood, Law Review* – Univ. de Memphis, 1998.

# ÍNDICE SISTEMÁTICO

## TÍTULO I

|                                                                                                            |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| - Dano de “Perda de Chance” .....                                                                          | 13 |
| Ascensão crescente e ubiquidade .....                                                                      | 13 |
| Capítulo I                                                                                                 |    |
| - Génese jurisprudencial e doutrinal .....                                                                 | 15 |
| Secção I                                                                                                   |    |
| - Génese .....                                                                                             | 15 |
| Secção II                                                                                                  |    |
| - Ascensão em França, Itália e Estados Unidos da América .....                                             | 19 |
| Secção III                                                                                                 |    |
| - Jurisprudência portuguesa .....                                                                          | 31 |
| Secção IV                                                                                                  |    |
| Balanço da jurisprudência civil/administrativa e Relação/Supremo                                           | 48 |
| Secção V                                                                                                   |    |
| - Doutrina portuguesa .....                                                                                | 52 |
| Secção VI                                                                                                  |    |
| - As teorias do dano de “perda de chance”<br>e da “causalidade adequada”, na sua formulação negativa ..... | 70 |
| Capítulo II                                                                                                |    |
| - Assunção implícita do dano de “perda de chance” .....                                                    | 75 |
| Capítulo III                                                                                               |    |
| - Doutrina discordante da autonomização do dano de “perda de chance”                                       | 83 |
| - Fundamentos da categoria jurídica do dano “perda de chance” .....                                        | 83 |
| - A sua “causalidade probabilista” .....                                                                   | 83 |

## **TÍTULO II**

- Duas subespécies de dano de perda de chance ..... 107

## **TÍTULO III**

- A capacidade expansiva (horizontal e vertical)  
do dano de “perda de chance” ..... 115
- A sua ubiquidade ..... 115

## **TÍTULO IV**

- Dois tipos de dano..... 123

### **Capítulo I**

- “Dano da Ilícitude” ..... 125
- “Dano da Repercussão Negativa”, na esfera jurídica do lesado ..... 125
- Dano patrimonial ou não patrimonial..... 125

### **Capítulo II**

#### **Secção I**

- Relevância da distinção, no direito positivo  
português: nomeadamente, no “nexo de causalidade” exigido..... 133
- “Causalidade adequada, positiva”. ..... 133
- “Causalidade adequada, na sua formulação negativa”. ..... 133
- “Causalidade probabilista” ..... 133

#### **Secção II**

- Irrelevância de “causa virtual” ..... 151
- “Concurso real” de causas ..... 151

### **Capítulo II**

- Irrelevância da figura de “dano final”. ..... 155

## **TÍTULO V**

- Cálculo do Valor (monetário) do “Dano da repercussão negativa”..... 161

### **Capítulo I**

- Questão de direito/Questão de facto..... 165

### **Capítulo II**

- Grau de probabilidade exigível da (sua) ocorrência:  
“causalidade probabilista” ..... 171

### **Capítulo III**

- Causalidade probabilística ..... 173
- Grau de probabilidade abaixo dos 80% e superior a 15%-20%..... 173

## Capítulo IV

- Grau supletivo de probabilidade de 50%..... 181

## Capítulo V

- Repercussão proporcional do “grau de probabilidade”, no cômputo final do valor monetário a indenizar (artº. 566º, nº 3, do C.C.). ..... 185

## Capítulo VI

### Secção I

- Na dúvida quanto a um “montante certo”, atribuição “equitativa” dum montante (artº. 566º, nº 3, do C.C.)..... 191
- Ou condenação “no que vier a ser liquidado” (artº. 609º, 1, do C.Pr.C.) ..... 191

### Secção II

- Caso específico do “dolo” do agente, extensivo à lesão duma “oportunidade” já consolidada..... 193

## Capítulo VII

- Cálculo do dano não-patrimonial..... 197

## Capítulo VIII

- Operação de avaliação da existência de “causalidade” e do seu “grau” 203
- Irrelevância da “causa virtual” ..... 203
- Concorrência de causas ..... 203

## Capítulo IX

- Ónus da prova:
- da causalidade..... 213
- da culpa ..... 213

## TÍTULO VI

- Densificação normativa do dano de “perda de chance” ..... 223

## TÍTULO VII

- Responsabilidade civil, no caso específico do mandato-forense ..... 251

### Capítulo I

- Contrato de prestação de serviço..... 253
- Conteúdo normativo ..... 253
- Direitos e deveres ..... 253

### Capítulo II

- Obrigação de meios..... 257

|                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Capítulo III                                                                                                                  |     |
| - Falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso das (respectivas) obrigações, como “pressuposto” do dever de indemnizar..... | 259 |
| Capítulo IV                                                                                                                   |     |
| - Exemplos de “dano de ilicitude” .....                                                                                       | 263 |
| Capítulo V                                                                                                                    |     |
| - “Dano da repercussão negativa” da conduta ilícita, na esfera jurídica da parte.....                                         | 265 |
| - Nexo de causalidade exigido.....                                                                                            | 265 |
| Capítulo VI                                                                                                                   |     |
| - Repercussão proporcional do “grau de causalidade”, no valor do dano final a Indemnizar.....                                 | 269 |
| - Grau supletivo de “probabilidade de 50%”.....                                                                               | 269 |
| Capítulo VII                                                                                                                  |     |
| - Avaliação do valor monetário da obrigação de indemnizar .....                                                               | 273 |
| - Juízo equitativo, na hipótese do artº. 566º, nº 3, do C.C. ....                                                             | 273 |
| - Condenação “no que vier a ser liquidado” ao abrigo do artº. 609º, nº 2, do C.Pr.C.....                                      | 273 |
| Capítulo VIII                                                                                                                 |     |
| - Relevância da “plena autonomia técnica”, “isenta, independente e responsável” do mandato forense.....                       | 277 |
| - E “como profissão judiciária” .....                                                                                         | 277 |
| Capítulo IX                                                                                                                   |     |
| - Dever de “informar” a parte.....                                                                                            | 279 |
| Capítulo X                                                                                                                    |     |
| - Âmbito normativo da “autonomia técnica” do advogado.....                                                                    | 283 |
| - Grau de ilicitude exigível .....                                                                                            | 283 |
| - Decisão “manifestamente inconstitucional ou ilegal” .....                                                                   | 283 |
| Capítulo XI                                                                                                                   |     |
| - Informação atempada do advogado ao seu mandante da “não prática” dum ato.....                                               | 287 |
| Capítulo XII                                                                                                                  |     |
| - Doutrina e Jurisprudência sobre o exercício do mandato forense .....                                                        | 289 |
| Capítulo XIII                                                                                                                 |     |
| - Doutrina e Jurisprudência deontológica quanto ao exercício do mandato forense.....                                          | 293 |

## Capítulo XIV

- Prescrição do crédito indemnizatório, por incumprimento  
ou cumprimento defeituoso do mandato ..... 299

## TÍTULO VIII

- Responsabilidade civil no caso específico da prestação  
de cuidados de saúde ..... 309

### Capítulo I

- Responsabilidade civil contratual na normalidade  
das situações (dado haver consentimento na intervenção) ..... 311
- Inexistência de presunção de culpa (salvo que se prove  
“falta” ou “defeito” de cumprimento) ..... 311
- O artº. 493º, nº 2, do C. Civil..... 311

### Capítulo II

- “Obrigação de meios”, nos casos normais..... 329
- “Deveres acessórios ou laterais” ..... 329
- Responsabilidade contratual:  
“risco” de lesão física, a cargo do paciente..... 329
- Responsabilidade civil extracontratual se não há consentimento  
do paciente, ou se está viciado por falta ou deficiência do “dever de  
informação”: Presunção de ilicitude de culpa (artº. 493º, nº 2, do C.C.)... 329
- Responsabilidade civil extracontratual, “se” está provada *mala  
praxis*, “resolutiva” do consentimento dado ..... 329
- Ónus da prova da *mala praxis* (resolutiva) a cargo do paciente..... 329

### Secção I

- Súmula ..... 348

### Secção II

- Síntese ..... 361

### Capítulo III

- Necessidade de “Prova Pericial” ..... 367
- Necessidade de “causalidade” legalmente exigível, entre a  
prestação do serviço e a “lesão do direito” e, entre esta  
e a “repercussão negativa”, na esfera jurídica do paciente..... 367

### Capítulo IV

#### Secção I

- Obtenção prévia de consentimento ..... 373
- “Dever de prestação de informações”..... 373
- Responsabilidade civil extracontratual ..... 373



|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Secção II                                                                                                 |     |
| - Nascimentos, com má formação ou indesejados.....                                                        | 377 |
| Capítulo V                                                                                                |     |
| - Concurso de responsabilidade civil contratual e extracontratual.....                                    | 389 |
| Capítulo VI                                                                                               |     |
| - Prestação de serviços de saúde por Entidades Públicas .....                                             | 399 |
| Capítulo VII                                                                                              |     |
| - Responsabilidade penal no ato médico .....                                                              | 401 |
| Capítulo VIII                                                                                             |     |
| - Prescrição do crédito indemnizatório por incumprimento<br>ou cumprimento defeituoso do ato médico ..... | 413 |
| <b>TÍTULO IX</b>                                                                                          |     |
| - Repercussões, no âmbito do processo civil, da autonomização<br>do dano de “perda de chance” .....       | 415 |
| Capítulo I                                                                                                |     |
| - Caso julgado do dano de “perda de chance” .....                                                         | 417 |
| Capítulo II                                                                                               |     |
| - Questão de direito .....                                                                                | 419 |
| - Questão de facto .....                                                                                  | 419 |
| Capítulo III                                                                                              |     |
| - Sentido normativo do artº. 609º, nº 2, do C. Pr. Civil .....                                            | 423 |

### ***Do autor***

1968 *Do Mandato Civil e Comercial*. Edição do Autor

1985 *Cisão de Sociedades*, Edição do Autor

1998 *Erro Negocial e Alteração de Circunstâncias*, 2ª ed. – Almedina

1998 *Negócio Jurídico Condicional* – Almedina

2006 *Águas Subterrâneas e de Nascentes* – Almedina

2008 *Posse e Usucapião* – 3ª ed. – Almedina

2009 *Duração dos Arrendamentos Urbanos no NRAU* – Petrony

2014 *Abuso de Confiança, Peculato, Infidelidade e Furto* – Nova Causa

## **REGISTE-SE E RECEBA INFORMAÇÕES SOBRE OS NOSSOS LANÇAMENTOS, NOVIDADES E PROMOÇÕES**

Caro leitor,

Para estar a par do lançamento de novas edições da Vida Económica, queira registar-se na nossa livraria *on line*, em <http://livraria.vidaeconomica.pt>. É fácil e rápido.

Além do catálogo completo *on line* dos nossos livros, publicações e serviços, a livraria *on line* tem um sistema simples e eficaz de pesquisa (por título, autor, assunto).

Se pretende apresentar qualquer sugestão, pedido de informação ou manifestar o seu interesse e preferência por determinados temas, envie um *e-mail* para [infolivro@vidaeconomica.pt](mailto:infolivro@vidaeconomica.pt).

Se é autor e pretende apresentar qualquer iniciativa editorial à nossa editora, envie a sua proposta para: [editora@vidaeconomica.pt](mailto:editora@vidaeconomica.pt)

**[http:// livraria.vidaeconomica.pt](http://livraria.vidaeconomica.pt)**

É fácil, rápido e seguro. Registe-se agora.

**VidaEconómica**  
GRUPO EDITORIAL

Rua Gonçalo Cristóvão, 14 - 2º • 4000-263 PORTO  
Tel. 223 399 400 • Fax 222 058 098  
e-mail: [geve@vidaeconomica.pt](mailto:geve@vidaeconomica.pt) • Internet: [www.vidaeconomica.pt](http://www.vidaeconomica.pt)  
<http://livraria.vidaeconomica.pt>

# DANO DA PERDA DE CHANCE

Nos casos tipo, da colação do “dano de perda de oportunidade”, se é certo que, muitas vezes, não se pode assumir “com certeza” que a oportunidade se teria verificado, se não fosse a conduta ilícita do agente, também não é menos verdade que também nesses casos não se pode assumir “com certeza” o contrário, ou seja que tal oportunidade não viria a ocorrer.

Mas uma coisa é “certa”, é que a oportunidade se perdeu.

E, assim, é perfeitamente assumível esse dano (de perda de oportunidade), como autónomo, ocasionado e imputável à conduta ilícita do agente.

Outra questão será já avaliar se desse “dano de ilicitude”, resultou, ou não, uma “repercussão negativa”, na esfera jurídica da vítima e o seu quantum a indemnizar pelo agente.