

# A PERDA DE *CHANCE* REVISITADA

## (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)

*Pelo* Dr. Rui Cardona Ferreira(\*)

*SUMÁRIO:*

§ 1.º Enquadramento. § 2.º O equívoco da perda de *chance* como dano patrimonial autónomo, distinto do dano final. § 3.º Densidade da *chance* e causalidade. § 4.º Conclusão.

### § 1.º Enquadramento

**I.** O tema da perda de *chance*, em especial no domínio da responsabilidade civil do mandatário forense, tem sido abundantemente versado na recente jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (“STJ”).

Assim, no acórdão de 29.04.2010 (proc. n.º 2622/07.0TBPNF. P1.S1), o STJ concluiu que “(...) a mera perda de *chance* irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva”. No acórdão de 28.09.2010 (proc. n.º 171/02), todavia, foi reconhecido ao cliente lesado o direito a

---

(\*) Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Mestre em Direito. Advogado.

indemnização em resultado da não apresentação tempestiva de uma contestação. Menos de um mês depois, através do acórdão proferido em 26.10.2010 (proc. n.º 1410/04), o STJ veio reafirmar, em linha com a doutrina dominante e a jurisprudência anterior, o carácter excepcional da indemnização pela perda de *chance* e recusou a indemnização que, com esse fundamento, era pretendida noutro caso de responsabilidade civil profissional no exercício do mandato forense.

Através do aresto tirado em 10.03.2011 (proc. n.º 9195/03.0TVLSB.L1.S1), o mesmo STJ concluiu que *“a chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respetiva perda passível de indemnização, nomeadamente quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram”*. Já no acórdão de 29.05.2012 (proc. n.º 8972/06.5TBBERG.G1.S1), o STJ tomou posição no sentido de que *“a doutrina da 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”*, recusando a indemnização peticionada com esse fundamento. E também no acórdão de 18.10.2012 (proc. n.º 5817/09.8TVLSB.L1.S1) se concluiu que *“a doutrina da perda de chance não tem apoio expresso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória”*.

No acórdão proferido em 05.02.2013 (proc. n.º 488/09.4TBESP.P1.S1), o STJ entendeu, porém, que *“(...) o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano «avançado», constituído pela perda de chance, que é, ainda, um dano certo, embora distinto daquele, pois que a chance foi, irremediavelmente, afastada por causa do ato do lesante (...)”*. E, no aresto tirado em 14.03.2013 (proc. n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1), embora sem se comprometer decisivamente quanto ao respetivo enquadramento dogmático, o STJ acabou por erigir a perda de *chance* num dano patrimonial autonomamente indemnizável, afirmando que *“(...) é difícil sustentar a existência do nexo de causalidade adequada entre a omissão de apresentar prova e o dano final da perda da ação e da reconvenção; mas parece possível encontrar esse nexo quanto ao dano da perda de oportunidade de vencer, tendo em conta as regras sobre a oportunidade e a preclusão de requerer prova e sobre o ónus da prova (...)”*.

Finalmente, no acórdão de 30.05.2013 (proc. n.º 2531/05.7 TBBRG.G1.S1), e numa aparente inflexão, o STJ voltou a pronunciar-se no sentido de “(...) *não relevar a teoria em apreço, a da perda de chance, por esta, desde logo, não estar, in casu, suficientemente densificada, contrariando em absoluto, a ser agora seguida, as regras da causalidade adequada atrás enunciadas e a devida certeza dos danos. Caindo-se, se acolhida fosse, nas presentes circunstâncias, no puro arbítrio do Tribunal, desconhecendo-se de todo em todo se a aparentemente censurável conduta do réu, descuroando, em abstracto os interesses do ora autor, foi condição adequada ou até bem provável do dano arrogado*”.

**II.** Como resulta desta breve resenha — que não pretende, aliás, ser exaustiva —, a jurisprudência do STJ denota uma considerável flutuação, embora seja já facilmente detetável uma corrente favorável à ressarcibilidade, em determinadas circunstâncias, da perda de *chance*, no domínio da responsabilidade civil profissional dos advogados.

Tal orientação não pode considerar-se inteiramente surpreendente, sendo um dado histórico que a teoria da perda de *chance* surgiu em França, precisamente, a respeito deste grupo de casos. Na verdade, a origem desta figura remonta ao acórdão tirado pela *Cour de cassation* em 17 de julho de 1889, no qual foi concedido provimento a um pedido de indemnização pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e, por conseguinte, de obtenção de ganho de causa<sup>(1)</sup>. Trata-se aqui, fundamentalmente, da ideia segundo a qual a falta cometida pelo advogado que resulte na perda da *hipótese* ou *possibilidade* de conservação ou satisfação dos direitos do respetivo cliente constitui um dano indemnizável<sup>(2)</sup>.

---

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

(2) No Direito francês, o mesmo racional foi, depois, paulatinamente alargado aos mais diversos domínios de aplicação, tendo a jurisprudência francesa admitido que a indemnização pela perda de *chance* tenha lugar em contextos tão diversos como os jogos de azar ou competições desportivas, a progressão na carreira profissional, a rutura de negociações, o desenvolvimento de atividade científica ou comercial ou o acesso a determina-

Contudo, mesmo em França, as condições em que a perda de *chance* pode ser indemnizada, neste grupo de casos, constitui motivo de controvérsia: embora a jurisprudência dominante exija a demonstração de uma probabilidade de sucesso razoável na ação perdida (ou não proposta) — o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa respetiva —, sob pena de não se considerar verificada a *certeza* do dano, uma outra corrente jurisprudencial tem concedido a indemnização ao lesado independentemente desse circunstancialismo, invocando que nenhuma ação judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um fator de pressão sobre a contraparte<sup>(3)</sup>.

Também em Itália, onde foi recebida por via jurisprudencial, num processo iniciado no último quartel do século XX, através de dois arestos da secção laboral da *Corte di Cassazione* que versam sobre procedimentos destinados à admissão ou promoção de trabalhadores irregularmente levados a cabo ou interrompidos<sup>(4)</sup>, a teoria da perda de *chance* alargou, entretanto, a sua aplicação ao domínio da responsabilidade civil profissional dos advogados<sup>(5)</sup>.

---

das funções (cf. HENRI MAZEAUD/LÉON MAZEAUD/ANDRÉ TUNC, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, tomo I, 6.<sup>a</sup> ed., Paris, 1965, pp. 272 ss, BORIS STARCK, *Droit Civil — Obligations*, Paris, 1972, pp. 51-53, FRANÇOIS CHABAS, *Responsabilité Civile et Responsabilité Pénale*, Paris, 1975, pp. 29 ss, YVES CHARTIER, *La Réparation...*, cit., pp. 32-49, JEAN CARBONNIER, *Droit Civil — 4 — Les Obligations*, 18.<sup>a</sup> ed., Paris, 1994, p. 334 e pp. 342 ss, PHILIPPE LE TOURNEAU/LOÏC CADIEU, *Droit de la Responsabilité*, Paris, 1998, p. 214, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., pp. 91-96, MURIEL FABRE-MAGNAN, *Droit des Obligations — Responsabilité Civile et Quasi-Contrats*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, 2007, pp. 137 ss, ALEX WEILL/FRANÇOIS TERRÉ, *Droit Civil — Les Obligations*, 10.<sup>a</sup> ed., Paris, 2009, pp. 678 ss, e JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Les Obligations — 2 — Le Fait Juridique*, 13.<sup>a</sup> ed., Paris, 2009, pp. 156-159).

<sup>(3)</sup> Cf. GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAN, *Traité de Droit Civil...*, cit., pp. 99-100.

<sup>(4)</sup> Cf. Ac. de 19.11.1983, n.º 6906, publicado em *Giustizia Civile*, 1984, I, pp. 1841 ss, com anotação de CAPPAGLI (“Perdita di una *chance* e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione”), e Ac. de 19.12.1985, n.º 6506, publicado em *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, ano LXXXIV (1986), n.ºs 5-8, pp. 213-219, com anotação de ZENO-ZENCOVICH (“Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura”).

<sup>(5)</sup> Trata-se, porém, de um desenvolvimento relativamente recente. A orientação tradicional da jurisprudência italiana ia no sentido de tomar como objeto de indemnização apenas o dano final, ou seja, a perda da vantagem potencialmente adveniente para o lesado,

No entanto, ainda em Itália, os moldes em que a perda de *chance* pode constituir, no domínio em causa<sup>(6)</sup>, fundamento de indemnização, são, igualmente, objeto de acesa controvérsia, sendo a figura aí tomada nas seguintes diferentes aceções:

- a) enquanto dano distinto do dano final, mas dependente, na sua existência e montante, do grau de probabilidade de verificação deste último<sup>(7)</sup>;
- b) enquanto dano distinto do dano final, mas independente do grau de probabilidade de verificação deste, pelo menos no que respeita à sua existência — uma independência, portanto, *relativa*, na medida em que o *quantum* indemnizatório deva ser ainda decalcado do dano final<sup>(8)</sup>;

---

exigindo a verificação do nexa causal entre esse dano e o ilícito praticado. Sirva de exemplo o acórdão tirado pela *Corte di Cassazione* em 28.04.1994 (n.º 4044), onde pode ler-se que “(...) o cliente é obrigado a provar não só ter sofrido um dano, mas também que este foi causado pela insuficiente ou inadequada atividade do profissional (...)” e que, em particular, “(...) tratando-se da atividade de advogado, a afirmação da sua responsabilidade implica a indagação (...) sobre o seguro e claro fundamento da ação que deveria ter sido proposta e diligentemente acompanhada (...)”.

<sup>(6)</sup> Cf., *inter alia*, GENNARO GIANNINI/MARIO POGLIANI, *La Responsabilità da Illecito Civile — Assicuratore, Magistrato, Produttore, Professionista*, Milão, 1996, TOMMASO GUALANO, “Responsabilità dell’avvocato”, in *Il Danno Risarcibile*, coord. GIUSEPPE VETTORI, Pádua, 2004, pp. 349-362, MARIA FEOLA, “Nesso di causalità e perdita di «chances» nella responsabilità civile del professionista forense”, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, Março 2004, pp. 151-182, RICCARDO CONTE, “Profili di responsabilità civile dell’avvocato”, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Jan./Fev. 2004, pp. 144-165, ELISABETA CORAPI, “La responsabilità dell’avvocato”, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata — Casi Scelti in Tema di Responsabilità Civile* (coord. GUIDO ALPA/GIOVANNA CAPILLI/PIETRO MARIA PUTTI), 2004, pp. 13-22, GIUSEPPE CHINÈ/ANDREA ZOPPINI, *Manuale di Diritto Civile*, Roma, 2009, pp. 2002-2005 e 2019 ss, e MARIO BARCELONA, “Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile”, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, n.º 4, pp. 945-989.

<sup>(7)</sup> Cf. acórdão da *Corte di Cassazione* datado de 5.06.1996 (n.º 5.264), em que estava em causa o decurso de um prazo de caducidade para apresentação de reclamação em matéria tributária. Neste caso, a *Corte di Cassazione* não procedeu a uma avaliação quantitativa do grau de probabilidade, limitando-se a exigir “(...) um juízo prognóstico de razoável probabilidade (...)” quanto ao sucesso da reclamação a apresentar.

<sup>(8)</sup> Cf. acórdão de 13.12.2001 (n.º 15.759), em que a *Corte di Cassazione* aceitou a conceção da *chance* como um bem atual e concreto, constituindo “(...) 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

- c) finalmente, como mera *função* atenuante das exigências normalmente colocadas relativamente à aferição do nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano (final e único)<sup>(9)</sup>.

**III.** Entre nós, a generalidade da doutrina tem adotado uma posição de princípio desfavorável ao ressarcimento da perda de *chance*, em termos algo contrastantes com algumas das decisões do STJ acima referidas.

Assim, PAULO MOTA PINTO pronuncia-se no sentido de que “(...) não parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chances (...)”<sup>(10)</sup>, afirmando que o problema fundamental não é o enquadramento da perda de *chance* nos pressupostos da responsabilidade: “(...) a decisão substancial a tomar é sobre se o âmbito de proteção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão — que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo — bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar (como garante de não verificação do risco na percentagem aumentada)”<sup>(11)</sup>.

---

*integridade do património (...)*”. Levando às últimas consequências o pressuposto da autonomia da *chance*, e aduzindo que a propositura de uma ação ou o exercício de uma faculdade processual comporta sempre uma vantagem potencial para quem a pratica, o mesmo tribunal supremo entendeu ainda que a perda da *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 accertamento da perspectiva do an (...), mas apenas, eventualmente, da perspectiva do quantum (...)”. 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 acolhido no art. 1226.º do *Codice Civile*. Nesta última hipótese, encontramos-nos perante uma *plena* (ou quase *plena*) autonomia da perda de *chance*.

<sup>(9)</sup> Cf. acórdão de 6.02.1998 (n.º 1.286), em que a *Corte di Cassazione* admite a indemnizabilidade da perda de *chance*, mas situa-a no plano da causalidade e não de um dano autónomo, entendendo que a figura traduz “(...) a passagem da individualização do nexo de causalidade segundo o critério da certeza dos efeitos da conduta para o da probabilidade e idoneidade da conduta para produzi-los (...)”.

<sup>(10)</sup> In *Interesse Contratural Negativo e Interesse Contratural Positivo*, Coimbra, 2009, vol. II., p. 1106.

<sup>(11)</sup> *Ibidem*. A posição deste Autor aproxima-se daquilo que poderíamos qualificar como uma *conceção estritamente normativa* da perda de *chance*, que parece filiar-se na orien-

Em termos menos perentórios, todavia, CARNEIRO DA FRADA distingue as situações de responsabilidade contratual das de responsabilidade delitual<sup>(12)</sup>. Na primeira hipótese, “(...) a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “chance” a bem jurídico protegido pelo contrato)”<sup>(13)</sup>. Já na segunda hipótese, “(...) esse caminho é mais difícil de trilhar: a primeira alternativa do art. 483.º, n.º 1 não dá espaço e, fora desse contexto, tudo depende da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da «chance»”<sup>(14)</sup>.

JÚLIO VIEIRA GOMES, por seu turno, começou por assinalar não ser “(...) claro se o dano de perda de chance deve ser concebido como uma modalidade de dano emergente ou de lucro cessante” e que “(...) mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação”<sup>(15)</sup>, concluindo que “(...) a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória”<sup>(16)</sup>. Posteriormente, porém, o mesmo Autor veio aceitar que “(...) quando a chance ou oportunidade se tenha «densificado» e fosse mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se considere existir já um lucro cessante suficientemente «certo» para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade (...)”<sup>(17)</sup>.

Finalmente, em obra muito recente, assinala MENEZES CORDEIRO que “(...) não é possível condenar alguém a pagar — o que

---

tação de alguma doutrina alemã — cf. § 3.º, ponto IV *infra*, e a nossa dissertação *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, 2011, pp. 271 ss.

<sup>(12)</sup> Cf. *Direito Civil — Responsabilidade Civil — O Método do Caso*, Coimbra, 2006, p. 104.

<sup>(13)</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>(14)</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>(15)</sup> Cf. “Sobre o dano da perda de chance”, in *Direito e Justiça*, vol. XIX, 2005, tomo II (pp. 9-47), p. 25.

<sup>(16)</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>(17)</sup> Cf. “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance”, in *Cadernos de Direito Privado — II Seminário dos Cadernos de Direito Privado (“Responsabilidade Civil”)*, dezembro de 2012 (pp. 17-29), p. 29.

*tem, sempre, um sentido expropriativo ou confiscatório — se não se estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano” e que “(...) ao mandar indemnizar pela perda de chance, dispensando, com isso, a prova da causalidade, está-se a proceder a uma (re)distribuição do risco não prevista pela lei”<sup>(18)</sup>.*

**IV.** Em face desta diversidade de entendimentos e do aparente *voluntarismo* que perpassa alguma jurisprudência recente — impelida, compreensivelmente, pelo efeito salomónico da indemnização pela perda de *chance* —, justifica-se que revisitemos agora o tema<sup>(19)</sup>, na perspetiva do enquadramento dogmático, à luz do nosso sistema de responsabilidade civil, da perda de *chance* enquanto dano patrimonial autónomo.

Fazemo-lo, portanto, tendo em vista este grupo de casos (responsabilidade civil do mandatário forense), pelo que o percurso de análise aqui percorrido não poderá ser transposto, linearmente, para outros domínios e, em especial, para o plano da responsabilidade por ato médico, onde o principal dano a indemnizar reveste, tipicamente, natureza não patrimonial<sup>(20)</sup>.

## **§ 2.º O equívoco da perda de *chance* como dano patrimonial autónomo, distinto do dano final**

**I.** No ordenamento jurídico português, a identificação de um dano constitui pressuposto incontornável de toda a responsabilidade civil. Com efeito, conforme resulta das normas *fundadoras* da nossa lei civil — cf. arts. 483.º, n.º 1, 798.º, 227.º, n.º 1, e 562.º do Código Civil (“CC”) —, a obrigação de indemnizar pressupõe

---

<sup>(18)</sup> Cf. *Tratado de Direito Civil, II — Parte Geral — Negócio Jurídico*, 4.ª ed., Coimbra, 2014, p. 288.

<sup>(19)</sup> Cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, ob. cit., *maxime* pp. 227 ss e 329 ss, e “A perda de *chance* — análise comparativa e perspetivas de ordenação sistémica”, in *O Direito*, 2012, tomo I (pp. 29-57).

<sup>(20)</sup> A este último domínio voltaremos, se houver oportunidade, noutra sede.



sempre a existência de um *dano* ou *prejuízo*. Tal exigência é um corolário da subordinação da função preventiva ou sancionatória da responsabilidade civil à sua função ressarcitória, segundo o entendimento normalmente adotado.

A lei não comporta, porém, uma noção ou definição legal de dano, sendo que a virtualidade explicativa das noções sintéticas de dano também não é grande. O conceito de prejuízo tende, por isso, a ser apresentado *compreensivamente*, quer na lei, quer na doutrina, com recurso a diferentes classificações ou categorias.

No grupo de casos aqui considerados, releva, antes de mais, a distinção entre o *dano emergente* e o *lucro cessante*, acolhida no art. 564.º, n.º 1, do CC. No entanto, e apesar das diferenças que podem resultar do funcionamento do sistema quanto à determinação e indemnização dos lucros cessantes<sup>(21)</sup>, tal dicotomia tem, fundamentalmente, o sentido de afirmar a ressarcibilidade de todos os danos juridicamente relevantes e de oferecer ao intérprete uma visão descritiva dos mesmos<sup>(22)</sup>.

Em segundo lugar, deve ter-se aqui em conta, também, a distinção entre os *danos presentes* e os *danos futuros*. Também esta dicotomia se encontra subjacente à regulação legal, determinando o art. 564.º, n.º 2, do CC, que o tribunal pode atender aos *danos futuros, desde que sejam previsíveis*, devendo remeter-se a fixação da respetiva indemnização para decisão ulterior, quando o seu montante não seja desde logo determinável.

Em terceiro lugar, importa ainda ter presente a distinção entre *danos patrimoniais* e *danos não patrimoniais*, consistindo os primeiros nos “(...) *prejuízos que, sendo suscetíveis de avaliação pecuniária, podem ser reparados ou indemnizados* (...)”, seja por via de indemnização específica, seja por via de indemnização por equivalente, e traduzindo os segundos os prejuízos insuscetíveis de avalia-

---

<sup>(21)</sup> Referimo-nos, em especial, a uma menor exigência na aferição do nexo de causalidade, tendo em conta a incontornável aleatoriedade da vida e a circunstância de os lucros cessantes se apresentarem frequentemente como danos futuros, e à utilidade de que, pelas mesmas razões, se reveste o recurso à equidade na determinação do *quantum* indemnizatório, neste tipo de danos (cf. art. 566.º, n.º 3, do CC).

<sup>(22)</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II — Direito das Obrigações*, tomo III, Coimbra, 2010, p. 527.

ção pecuniária, “(...) porque atingem bens (como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome) que não integram o património do lesado (...)”<sup>(23)</sup>. A admissibilidade do ressarcimento dos danos não patrimoniais encontra-se estabelecida, entre nós, com carácter geral, no art. 496.º, n.º 1, do CC, ao determinar que “(...) na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”<sup>(24)</sup>. O montante dessa indemnização é fixada, por sua vez, com recurso à equidade, nos termos dos arts. 496.º, n.º 3, e 494.º, do CC, tendo em atenção o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso<sup>(25)</sup>.

**II.** Apreciadas as principais categorias em que a noção de dano é normalmente desdobrada, torna-se evidente a dificuldade em proceder à qualificação jurídica da perda de *chance* e, em particular, à respetiva caracterização como dano emergente ou lucro cessante.

Na prática, esta distinção apresenta, aliás, dificuldades assinaláveis, as quais são adensadas pela circunstância de o art. 564.º, n.º 1, do CC não oferecer uma orientação clara a este respeito.

---

<sup>(23)</sup> Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 600-601.

<sup>(24)</sup> Dada a sua inserção sistemática, porém, é controversa a aplicação do preceito em causa à responsabilidade obrigacional — em sentido favorável, *vide* INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, 1997, pp. 385-386, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, 2009, p. 603, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2013, p. 304; em sentido contrário, *vide* ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., p. 605.

<sup>(25)</sup> A indemnização por danos não patrimoniais é normalmente entendida como expressão da função também punitiva ou sancionatória da responsabilidade civil — *vide*, neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., p. 608, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., p. 305, que refere estar em causa uma “(...) pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagrává-la do comportamento do lesante”. Como salienta, por sua vez, MENEZES CORDEIRO, qualquer indemnização, e não apenas a que tenha por objeto danos não patrimoniais, comporta uma dimensão punitiva, sendo que “a indemnização por dano moral é ditada, em primeira linha, pela extensão deste; só acessoriamente pode ser chamada a intervir a culpa ou perigosidade do agente, como deveria suceder se de pena se tratasse” (cf. *Tratado de Direito Civil Português...*, ob. cit., p. 515).

Ponto assente deve ser, em qualquer caso, a rejeição de um critério puramente económico, dado que, como assinala PAULO MOTA PINTO, conduziria a “(...) *um alargamento da noção de dano emergente de forma a incluir todas as utilidades futuras e simples expectativas de aquisição, para além de não parecer suficientemente seguro (...)*”<sup>(26)</sup>.

Assim, a qualificação de um dano como emergente, segundo o entendimento habitualmente adotado entre nós, depende de saber se são atingidos *bens* ou *direitos* “(...) *já existentes na titularidade do lesado à data da lesão*”<sup>(27)</sup>. Trata-se, portanto, de apurar em que medida a *chance* integra *qua tale* o património jurídico do lesado.

Ora, um dos requisitos normalmente exigidos para a determinação das relações ou situações jurídicas que integram o património de um certo sujeito é a sua suscetibilidade de avaliação pecuniária. Tal suscetibilidade resulta, segundo a orientação dominante, ou do “(...) *valor de troca do direito, por este ser alienável mediante uma contraprestação (...)*”, ou do respetivo “(...) *valor de uso, traduzido em o direito, não sendo embora permutável, proporcionar o gozo de um bem, material ou ideal, que só se obtém mediante uma despesa*”<sup>(28)</sup>.

Sucede, porém, que tais critérios não se conciliam facilmente com a qualificação da perda de *chance* como dano patrimonial autónomo, nomeadamente em situações como aquela aqui em apreço. Estando, obviamente, excluída a hipótese de atribuir um *valor de uso* à perda de *chance* de ganho numa ação judicial, também não parece que deva reconhecer-se-lhe um *valor de troca*, sus-

---

<sup>(26)</sup> Cf. *Interesse Contratual...*, ob. cit., p. 1089.

<sup>(27)</sup> Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., p. 599. Também assim, mais recentemente, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, ob. cit., pp. 1089-1090.

<sup>(28)</sup> Cf. CARLOS DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil...*, 4.<sup>a</sup> ed. (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO), Coimbra, 2005, p. 345. A admissibilidade do valor de uso como critério para a integração de uma dada situação jurídica no património constitui uma evolução face ao entendimento expresso pelos autores mais antigos, segundo o qual “(...) *só entram no conceito de património aqueles direitos que, sendo de natureza patrimonial, isto é, avaliáveis em dinheiro, sejam também transmissíveis*” — cf. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1995 (reimp.), p. 79.

cetível de ser determinado segundo as regras a que obedece o normal funcionamento de um mercado.

**III.** Acrescem ainda duas considerações que concorrem no sentido de uma posição negativa quanto à configuração da perda de *chance* como dano emergente, patrimonial e autónomo, considerações estas que decorrem de uma visão operativa do sistema da responsabilidade civil.

Por um lado, deve assinalar-se que o círculo do dano patrimonial indemnizável é traçado pela comparação ou confronto entre a situação existente e a situação atual hipotética (cf. arts. 562.º e 566.º, n.º 2, do CC), sendo que, pela sua própria idiosincrasia, a expectativa ou a *chance* não se encontrarão refletidas na situação atual hipotética: como estádio de um processo em desenvolvimento, estas estão *condenadas* a consolidar-se e a transmutar-se no direito – ou, mais amplamente, na situação jurídica definitiva — ou, em alternativa, a desfazerem-se ou perderem-se irremediavelmente<sup>(29)</sup>.

Por outro lado, através da análise das espécies jurisprudenciais que apreciam casos de perda de *chance*, não se vislumbra, normalmente, qualquer indício quanto à fixação de um valor patrimonial autónomo de perda de *chance*, sendo este, via de regra, decalcado dos lucros cessantes (ou do prejuízo que poderia ter sido evitado)<sup>(30)</sup>. Pode, pois, afirmar-se que este dado corrobora, empiricamente, a convicção de que não está em causa um valor patri-

---

(29) Não ignoramos, com isto, as limitações de que padece, hoje reconhecida-mente, a *teoria da diferença* (cf., em especial, PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual...*, cit., pp. 553 ss., *maxime* pp. 803 ss; afirmando, igualmente, a prevalência de uma noção concreta de dano, vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, ob. cit., pp. 527-529). No entanto, a circunstância de o mecanismo previsto no art. 566.º, n.º 2, do CC, não *detetar* qualquer dano indemnizável parece-nos constituir a mera corroboração, *dinâmica* ou *diacrónica*, da irrelevância patrimonial da *chance* enquanto bem autónomo.

(30) Ilustra bem este dado a própria explanação constante do acórdão do STJ de 05.02.2013, acima referido: “(...) a reparação da perda de uma chance deve ser medida, em 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 nexa causal entre o facto e o dano final, devendo, assim, corresponder ao valor da chance perdida. Para tanto, importa proceder a

monial próprio, mas simplesmente uma *fração* ou *antecipação* de lucros cessantes relativamente incertos.

**IV.** Em face do que antecede, reiteramos, pois, a convicção, já anteriormente expressa noutra local<sup>(31)</sup>, de que não existem razões, em face do nosso ordenamento jurídico, para sustentar uma posição favorável quanto à admissibilidade da configuração da perda de *chance* como dano patrimonial, emergente e autônomo.

Com isto, posicionamo-nos ao lado de HELMUT KOZIOL, que refuta a viabilidade de qualificação da perda de *chance*, em geral, como um dano patrimonial autônomo, no quadro do sistema alemão da responsabilidade civil<sup>(32)</sup>. Segundo refere este Autor, a ideia de autonomia patrimonial da *chance* é contrariada, em princípio, pela consagração, no Direito alemão, de um conceito subjetivo de dano — a apurar com recurso ao *método da diferença* (“*Differenzmethode*”) —, a que se soma a impossibilidade, em muitos casos, de atribuir àquela um “*valor próprio, autônomo e avaliável*”<sup>(33)</sup>.

Também com KOZIOL, o que nos parece estar em causa é, afinal, um problema de incerteza quanto ao desenlace da sequência

---

*uma tarefa de dupla avaliação, isto é, em primeiro lugar, realizar a avaliação do dano final, para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, em regra, traduzido num valor percentual. Uma vez obtidos tais valores, aplica-se o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado de tal operação o valor da indemnização a atribuir pela perda da chance”.*

<sup>(31)</sup> Cf. *Indemnização...*, ob. cit., pp. 264 ss.

<sup>(32)</sup> Cf. “Schadenersatz für den Verlust einer Chance?”, in *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen, 2001 (pp. 233-250), pp. 239 ss.

<sup>(33)</sup> *Loc. cit.*, pp. 240-242. Esta constatação traduz o confronto entre a *unidade funcional* da perda de *chance*, por um lado, e a diversidade das situações em que ela opera, por outro. KOZIOL dá a este respeito, aliás, um exemplo muito ilustrativo: “*Um agricultor encomenda uma substância para a proteção das suas plantas que, se tivesse sido aplicada na altura certa, possivelmente teria permitido salvar os seus campos infestados por parasitas. O fornecedor atrasa-se, pelo que o tratamento contra os parasitas inicia-se demasiado tarde; já não é possível verificar se as plantas poderiam ter sido salvas em caso de fornecimento atempado. Aqui não se trata da perda de uma chance que represente um valor patrimonial autônomo, mas sim de um efeito negativo sobre o património*” — *loc. cit.*, p. 241.

causal hipotética (que teria acontecido, se a *chance* não tivesse sido destruída)<sup>(34)</sup>, o que, obviamente, nos remete para o complexo (e inesgotável) tema da causalidade.

### § 3.º Densidade da *chance* e causalidade

I. Entre nós, a matéria da causalidade não tem constituído, ao longo do tempo, objeto de particular atenção ou reflexão.

Historicamente, caberá talvez salientar, em primeiro lugar, a doutrina de GOMES DA SILVA, que propôs uma fórmula nestes termos “(...) *um facto diz-se causa dum dano, para efeitos da responsabilidade civil, quando o produz pela forma que a lei tinha em vista ao considerar os factos da mesma espécie fontes de responsabilidade civil. Tudo está em interpretar a lei, determinando qual a razão de ser da responsabilidade, e em averiguar depois se o processo pelo qual um facto produziu certo dano corresponde ao fundamento da mesma responsabilidade*”<sup>(35)</sup>.

Todavia, apesar da notável argúcia daquele Professor de Lisboa, ao acentuar *precocemente* — em particular, antes do surgimento e da divulgação, entre nós, da teoria germânica do escopo de proteção da norma — a necessidade de um critério normativo de causalidade<sup>(36)</sup>, o seu pensamento não é inequívoco, nem facilmente concretizável. Não deve surpreender, por isso, que, aquando da elaboração do atual CC, o legislador se tenha socorrido de outras fontes doutrinárias, entendendo a generalidade dos autores que o respetivo art. 563.º consagra a chamada teoria da *causalidade adequada*.

---

<sup>(34)</sup> *Loc. cit.*, p. 243.

<sup>(35)</sup> In *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. I, Lisboa, 1944, p. 149.

<sup>(36)</sup> Mais claramente ainda, noutra passagem, explicava GOMES DA SILVA: “(...) *só consideramos existente o nexó de causalidade quando, num caso concreto, o dano foi produzido por todos os fatores de que, em abstrato, a lei deduz a responsabilidade, e produzido pelo processo que a lei tem em vista*” — *ibidem*, pp. 150-151.

Tal entendimento reclama, contudo, uma explicação adicional, dado que, na sua formulação literal, aquele preceito se limita a estatuir que “*a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*”. Ao menos *prima facie*, portanto, dir-se-ia que o nosso CC teria consagrado antes a conhecida teoria da *conditio sine qua non*, ainda que balizada ou mitigada pela introdução do advérbio *provavelmente*<sup>(37)</sup>.

Torna-se necessário, na verdade, recorrer ao elemento histórico da interpretação jurídica para alcançar a justificação do entendimento expresso pela doutrina. Deve reter-se, pois, que o antecedente legislativo é, neste particular, o art. 707.º do Código de Seabra, segundo o qual “*só podem ser tomados em conta de perdas e danos, as perdas e danos, que necessariamente resultam da falta de cumprimento do contrato*”<sup>(38)</sup>. Como assinala, porém, ANTUNES VARELA, o artigo em causa, se interpretado literalmente, “*(...) limitaria a indemnização àqueles danos que constituíssem uma consequência fatal, necessária, inevitável, do não cumprimento da obrigação — critério que reduziria injustamente a reparação a cargo do inadimplente a um número reduzidíssimo de prejuízos*”<sup>(39)</sup>.

Terá sido por oposição ao advérbio *necessariamente* que veio a ser adotada, sob a influência manifesta do pensamento de PEREIRA COELHO, a fórmula que ficou a constar do art. 563.º, embora tendo em vista a consagração da teoria da causalidade adequada. Com efeito, salientando a importância da finalidade de reconstituição da situação atual hipotética, este último Autor

---

<sup>(37)</sup> Assinalando este aspeto, vide PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1999 (reimp.), pp. 408-409, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., pp. 898-898, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, ob. cit., p. 315.

<sup>(38)</sup> Este preceito segue, como é patente, a tradição napoleónica de tratar a causalidade a respeito da responsabilidade contratual, tendo o advérbio *necessariamente* o sentido de restringir o alcance excessivo da teoria da *conditio sine qua non*, da mesma forma que o art. 1151.º do *Code Civile* qualifica a relação de causalidade juridicamente relevante como *imediata e direta*.

<sup>(39)</sup> In *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., p. 899, nota 2.

afirmava, já em 1950, que é nela que reside a chave da questão do nexo de causalidade na responsabilidade civil, ficando o lesado “(...) obrigado a reparar aqueles prejuízos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse o facto”<sup>(40)</sup>. Ora, segundo acrescenta ainda PEREIRA COELHO, “(...) isto conduz-nos em linha reta à doutrina chamada da causalidade adequada (...)”<sup>(41)</sup>.

**II.** A teoria da causalidade adequada baseia-se na ideia de que apenas devem ser imputados à pessoa obrigada à indemnização os danos mais distantes, resultantes da ocorrência causadora da responsabilidade, quando os mesmos, no momento do acontecimento do incidente, não pareçam ser completamente improváveis do ponto de vista de um observador experiente. O objetivo desta teoria é excluir a imputação de danos que tenham ocorrido devido a um encadeado de circunstâncias (“*Verkettung von Umständen*”) completamente invulgar e, que, do ponto de vista de um observador hipotético, não seriam, de forma alguma, de esperar. Tais consequências extraordinárias não devem ser imputadas à pessoa obrigada à indemnização, mas têm de ser suportadas pelo lesado como danos *acidentais* (“*Zufallsschäden*”)<sup>(42)</sup>.

Na formação do juízo exigido, relativamente à probabilidade da ocorrência de um tal dano, o perito ou o juiz têm de se colocar na situação existente aquando da ocorrência do incidente causador da responsabilidade e têm de levar em conta, não apenas as circunstâncias que eram do conhecimento da pessoa obrigada à indemnização, mas também todas aquelas que poderiam ser conhe-

---

<sup>(40)</sup> In *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil* (suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*), Coimbra, 1950, p. 54. Cf. também p. 178, onde PEREIRA COELHO conclui: “dizendo, porém, o legislador, pelo menos, que os prejuízos causados são aqueles “que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”, nós cremos que esta fórmula — deixando nas mãos do julgador a necessária margem de livre apreciação — seria todavia uma luz a aclarar o caminho do intérprete”.

<sup>(41)</sup> *Ibidem*.

<sup>(42)</sup> Cf. KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I — Allgemeiner Teil*, 14.<sup>a</sup> ed., Munique, 1987, p. 436.



cidas na altura por um observador experiente, ou com a existência das quais este deveria contar, segundo a experiência de vida comum<sup>(43)</sup>.

Como tal, na aplicação da teoria da causalidade adequada é, obviamente, decisiva a medida em que se atribui ao *observador imaginário* o conhecimento de circunstâncias que não poderiam ser do conhecimento da pessoa obrigada à indemnização. É que, quanto maior for a medida do conhecimento atribuído ao *observador imaginário*, mais se estende o âmbito das consequências tidas como *adequadas*<sup>(44)</sup>.

Em suma, para imputação do dano e à luz desta teoria, é suficiente, em princípio, que a respetiva concretização não se encontre fora de toda a probabilidade, mesmo que a sucessão dos acontecimentos que o provocaram seja inusual<sup>(45)</sup>. Pode, por isso, afirmar-se que, pelo menos do domínio da responsabilidade subjetiva, a teoria da causalidade adequada tende a assentar numa formulação *negativa*, tal como a própria teoria da *conditio sine qua non*.

**III.** Segundo uma orientação doutrinária mais recente, a teoria da causalidade adequada nem sempre serve satisfatoriamente o propósito de delimitar a responsabilidade em caso de

---

<sup>(43)</sup> Por isso, referem BROX/WALKER que a teoria da adequação não constitui uma teoria da *causalidade*, mas da *imputação* de consequências danosas com base numa análise valorativa e na avaliação da probabilidade (cf. *Allgemeines Schuldrecht*, 32.<sup>a</sup> ed., Munique, 2007, p. 328).

<sup>(44)</sup> Aludindo a este aspeto, vide BROX/WALKER, *Allgemeines...*, ob. cit., p. 328.

<sup>(45)</sup> Como assinalam LANGE/SCHIEMANN, a exclusão da responsabilidade por danos produzidos de forma anómala ou totalmente improvável não opera quando o autor da lesão tenha atuado dolosamente: "*Quem pretende ferir uma pessoa com uma arma e acertar, é responsável pelas consequências resultantes, mesmo que a probabilidade de ferir a outra pessoa seja aproximadamente nula, considerando o local do atirador. Isso não se justifica apenas com base no bom senso e convicção comum, mas resulta também da justificação que se encontra subjacente à teoria da causalidade adequada. Em geral, a pessoa obrigada à indemnização deveria ser desobrigada da responsabilidade por uma consequência cuja ocorrência seja extremamente improvável, porque não se trata de um acontecimento previsível e influenciável. Se a pessoa obrigada à indemnização pretende a concretização desse incidente improvável, este argumento é im procedente*" (in *Schadenersatz*, 3.<sup>a</sup> ed., Tübingen, 2003, p. 96).

danos consecutivos ou subsequentes, na medida em que se baseia, pelo menos aparentemente, num critério quantitativo, *probabilístico* ou *estatístico*, alheio a considerações valorativas.

Entre os critérios de imputação, alternativos ou complementares à teoria da causalidade adequada, merece destaque a teoria, amplamente divulgada na doutrina e na jurisprudência, do escopo de proteção da norma (*“Schutzzwecklehre”*). Esta teoria pretende diferenciar as consequências imputáveis das não imputáveis, não através de um critério de adequação, mas sim através de uma justificação alicerçada no escopo de proteção da norma suscetível de fundar a responsabilidade (*“haftungsbegründende Norm”*), ou, em caso da indemnização por responsabilidade contratual, no escopo de proteção dos deveres contratuais violados.

A possibilidade de substituição global da teoria da adequação pela teoria do escopo de proteção da norma é questionável, sendo que a generalidade dos autores reserva a esta última uma função corretiva ou de delimitação das consequências cuja imputação resultaria da mera aplicação da primeira teoria. Neste sentido, refere LARENZ que *“os apoiantes dessa doutrina atribuem-lhe, muitas vezes, demasiada importância”*, embora reconheça que *“o escopo de proteção da norma suscetível de fundar a responsabilidade [“haftungsbegründende Norm”] ou a violação de um dever de proteção [“Schutzpflicht”] é de importância essencial para a justificação da responsabilidade pela lesão e para a imputação das consequências, especialmente no âmbito da responsabilidade pelo risco [“Gefährdungshaftung”](<sup>46</sup>)*.

Todavia, no domínio da responsabilidade contratual, porque *“(...) o círculo dos interesses protegidos por um contrato é, hoje em dia, muito amplo (...)”*, sucede que, *“(...) quando uma parte contratante deve ser responsabilizada perante a outra devido a uma falta de diligência no cumprimento das suas obrigações, ou devido à violação de um dever de proteção [“Schutzpflicht”], frequentemente não se consegue deduzir, desse dever de cuidado ou de proteção [“Sorgfalts — oder Schutzpflicht”], a medida em*

---

(<sup>46</sup>) LARENZ, *Lehrbuch...*, ob. cit., p. 441.

*que a obrigação de indemnização inclui também danos mais distantes*”(47).

Já no domínio da responsabilidade delitual, esta teoria encontraria, segundo LARENZ, aplicação sobretudo na hipótese contemplada no § 823 II BGB, mas, mesmo aí, a delimitação dos danos subsequentes deveria fazer-se segundo a teoria da adequação, quando o âmbito de proteção instituído pela lei não seja suficientemente claro(48). E, no que se refere ao § 823 I BGB, importaria ter presente que a lei pretendeu atribuir aos bens e direitos subjetivos aí contemplados a mais ampla proteção possível, pelo que nem sequer “(...) *se discute que, em caso de ofensa contra a integridade física ou a saúde, também têm de ser indemnizados os danos patrimoniais provocados segundo um nexo causal adequado. O mesmo se aplica quando um dano patrimonial resulta num dano à integridade física, por exemplo, no caso em que alguém parte por imprudência os óculos de uma outra pessoa, que em seguida, e devido à capacidade de visão diminuída, sofre como peão um acidente de viação*”(49).

Em síntese, segundo LARENZ — cujo pensamento parece ser seguido pela maioria dos autores portugueses(50) —, a doutrina do

---

(47) *Ibidem*, p. 442. Como assinalam, todavia, LANGUE/SCHIEMANN, a teoria do escopo de proteção da norma pode ser de grande utilidade nalguns *subdomínios* da responsabilidade contratual, nomeadamente na responsabilidade civil profissional. Assim, por exemplo, “(...) *se um consultor fiscal for consultado para o preenchimento de uma certa declaração de impostos, um erro cometido por ele poderá repetir-se nas declarações seguintes preenchidas apenas pelo cliente. Contudo, não se pode supor que alguém queira assumir a responsabilidade por uma área de risco cuja extensão é imprevisível*” — in *Schadensersatz*, ob. cit., p. 108. Noutro exemplo, referido por BROX/WALKER, o assessor financeiro que violou deveres de informação ou aconselhamento e que, com isso, gerou prejuízos ao cliente não pode ser responsabilizado pelos danos à saúde deste último decorrentes do incómodo associado a tais prejuízos (*Allgemeines...*, ob. cit., p. 329).

(48) *Ibidem*, p. 443.

(49) *Ibidem*, p. 444.

(50) De acordo com a posição de ANTUNES VARELA, esta teoria apresenta utilidade apenas marginal ou ancilar, “(...) *na resolução das dívidas suscitadas quanto à existência, em algumas espécies, quer da ilicitude, quer do nexo de causalidade*”, sendo inviável a substituição global da teoria da *causalidade adequada* por esta doutrina (cf. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., p. 902). ALMEIDA COSTA repudia, igualmente, a determinação do âmbito dos danos indemnizáveis com recurso à teoria do *âmbito de proteção da norma*, embora distinguindo a responsabilidade *objetiva* da responsabilidade *subjetiva*: no pri-

escopo de proteção da norma é capaz de resolver, de forma satisfatória, o problema da delimitação dos danos imputáveis à pessoa obrigada à indemnização apenas nalguns casos e não em todos<sup>(51)</sup>.

IV. Nem a teoria da causalidade adequada, nem a teoria do escopo de proteção da norma, permitem, porém, enquadrar dogmaticamente o dano de perda de *chance*, pois o funcionamento de ambas as teorias radica na prévia verificação de uma *conditio sine qua non*, a qual, por definição, se encontra ausente das situações de responsabilidade civil em apreço.

É certo que alguma doutrina tem procurado fundar o direito a indemnização pela perda de *chance* no próprio âmbito de proteção normativa dos bens jurídicos lesados ou dos deveres violados. Neste sentido, refere NILS JANSEN que a perda de *chance* “(...) efe-

meiro caso, a teoria em apreço teria *particular relevo* na determinação do nexa entre a conduta e a *lesão*, ainda que os *danos* a indemnizar já devessem ser delimitados com o subsequente recurso (corretivo) à teoria da *causalidade adequada*; no segundo caso, não se justificaria, simplesmente, o recurso à teoria do *âmbito de proteção da norma*, funcionando “(...) em pleno os pressupostos clássicos da responsabilidade civil” (cf. *Direito das Obrigações*, cit., pp. 764-765 e nota 2). Mais recentemente, PAULO MOTA PINTO tomou posição no sentido de que “(...) é justificada a rejeição de uma total substituição (ou alegada “superação”) da doutrina da causalidade adequada pela consideração do “escopo da norma” de responsabilidade (...)” — cf. *Interesse Contratual Negativo...*, ob. cit., p. 943. E também MENEZES CORDEIRO sustenta, hoje, que a causalidade, enquanto pressuposto da responsabilidade civil, se desenvolve em quatro tempos, constituindo a delimitação operada pelos valores tutelados através da norma violada o último momento lógico do juízo de imputação (cf. *Tratado de Direito Civil Português...*, cit., pp. 549-550). Já LUÍS MENEZES LEITÃO entende ser esta a “(...) melhor forma de determinação do nexa de causalidade” (cf. *Direito das Obrigações*, vol. I, ob. cit., p. 315), embora considere, por outro lado, que o art. 563.º do CC exprime “(...) a consagração da teoria da causalidade adequada” (*ibidem*).

<sup>(51)</sup> Em sentido tendencialmente coincidente, LANGUE/SCHIEMANN assinalam que “(...) a doutrina do escopo de proteção não é capaz de substituir completamente a teoria da causalidade adequada, a não ser que se pretenda amplificar muito a sua área de aplicação”, nomeadamente através da incorporação de elementos estruturais, entre os quais “(...) o princípio da compensação [“Ausgleichsprinzip”], as considerações relativas a uma distribuição justa de risco e, além disso, o sentido e o efeito do Direito da responsabilidade [“Haftungsrecht”]”, conduzindo a um âmbito de aplicação alargado mas que “(...) contém o risco de justificações fictícias [“Scheinbegründungen”] e o risco de uma determinação irracional do escopo de proteção (...)” — in *Schadensersatz*, ob. cit., p. 127. Também BROX/WALKER sustentam que “(...) o âmbito da tutela da norma deve ser observado a par da causalidade adequada em qualquer pretensão de indemnização” (*Allgemeines...*, ob. cit., p. 329).

tivamente transforma problemas de prova da causalidade numa questão de avaliação do dano”<sup>(52)</sup>, mas salienta que “(...) o elemento essencial desta ideia é normativo: “(...) ela refere-se a direitos (normas) e não a aspetos causais (factos)”<sup>(53)</sup>. Por outras palavras, trata-se aqui de convolar a própria chance num direito, tese que tem a vantagem, segundo o Autor, de “(...) lidar com o nosso problema dentro dos parâmetros dos antigos conceitos da *conditio sine qua non* (“*but-for causation*”), lesão (“*harm*”) e prejuízos”<sup>(54)</sup>, evitando uma mudança radical, designadamente do critério a adotar quanto à causalidade jurídica.

Esta tese opera, portanto, uma verdadeira refundação da perda de chance, cuja indemnizabilidade deixa de estribar-se num suposto valor patrimonial ou de troca: “*não há mercado para as oportunidades de renegociar contratos, não há mercado para as chances de obter um emprego, e a chance de vencer um concurso de beleza obviamente não pode ser vendida*”<sup>(55)</sup>. Todo o fundamento da perda

---

<sup>(52)</sup> Cf. “*The idea of a lost chance*”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1999, vol. 19 (pp. 271-296), p. 282. Do mesmo Autor, cf. *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, Tübingen, 2003, *maxime* pp. 129 ss, 495 ss e 524-528.

<sup>(53)</sup> *Ibidem*, p. 283. Esta asserção encontra-se em linha com aquilo que, noutro local, o Autor refere sobre a necessidade de uma valoração aberta quanto ao conteúdo de atribuição e à plenitude da proteção normativa, assinalando a vocação expansiva dos bens jurídicos elencados no § 823 I BGB (cf. *Die Struktur des Haftungsrechts*, ob. cit., pp. 496-497 e p. 501).

<sup>(54)</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>(55)</sup> *Ibidem*, p. 289. No último exemplo, JANSEN refere-se ao *leading case* *Chaplin v Hicks*, que historicamente marca o início do percurso da perda de chance no Direito inglês. Neste caso, o réu, responsável pela gestão de um teatro, havia promovido, através de um jornal, um concurso cujo prémio era a atribuição de “*theatrical engagements*” às doze vencedoras. Na primeira fase do concurso, deveriam ser escolhidas cinquenta concorrentes pelos leitores do jornal com base nas fotografias publicadas. Na segunda fase, o réu deveria entrevistar essas cinquenta concorrentes e proceder à seleção das doze vencedoras. Seis mil mulheres concorreram ao concurso e a autora foi escolhida pelos leitores como uma das cinquenta possíveis vencedoras, mas não foi informada da entrevista oportunamente e as doze vencedoras foram escolhidas sem que lhe tenha sido concedida a oportunidade de participar na fase final do concurso. Não obstante a impossibilidade de demonstrar que o prémio teria sido alcançado não fora a infração cometida (entendida, no caso, como incumprimento contratual), foi-lhe atribuída uma indemnização de £ 100, pela perda de chance de vitória nessa competição — cf. ANDREW BURROWS, *A Casebook on Contract*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford e Portland, Oregon, 2009, pp. 346-350.

de *chance* passa a residir no próprio Direito: “(...) a proteção das chances é importante para a proteção dos direitos finalisticamente colocados em perigo, pois em casos em que só resta uma chance, não há mais nada a perder senão a própria chance. Esta é a razão pela qual as pessoas encaram como muito importante que o Direito proteja estas chances. O Direito Privado não pode ficar aquém dessa proteção. Se a responsabilidade civil não protege vítimas contra a perda de chances, fica aquém das exigências constitucionais”<sup>(56)</sup>.

E, ainda na doutrina alemã, tendo fundamentalmente em vista os casos de responsabilidade civil profissional de prestadores de serviços (em especial, médicos e advogados), GERALD MÄSCH sustenta que a indemnização pela perda de *chance* retira o seu fundamento de um dever contratual, ainda que implícito, de preservação ou garantia da *chance*, cuja violação gera o dever de indemnizar por um dano autónomo, distinto do dano final<sup>(57)</sup>. De acordo com o entendimento de MÄSCH, não se tornaria necessário operar qualquer alteração ou desvio ao critério de causalidade e às normais exigências de prova, que não se refeririam ao dano final, mas a um dano autónomo de perda de *chance*, cuja ressarcibilidade seria reclamada pela violação de deveres específicos entre sujeitos determinados<sup>(58)</sup>. Desta perspetiva, tal ressarcibilidade encontra-se limitada às *conformações casuísticas* em que o devedor se ache obrigado a preservar e promover ativamente a realização da *chance*, não sendo de admitir no domínio da responsabilidade civil delitual, diversamente do que propõe JANSEN<sup>(59)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> *Ibidem*, p. 292. Quais sejam, precisamente, as *exigências constitucionais* em causa é coisa que já não resulta, com clareza, do pensamento NILS JANSEN. Criticando, aliás, este argumento, refere HELMUT KOZIOL: “antes de se invocar o Direito constitucional para uma reformulação fundamental do Direito privado, no sector da responsabilidade civil, dever-se-ia considerar que existem boas razões para a proteção, no quadro da responsabilidade civil, de bens jurídicos fundamentais, mas não de chances, por um lado, e que provavelmente podem ser encontradas soluções ao nível do Direito privado que se encontrem em conformidade com o sistema [“systemkonforme”], por outro lado — cf. “Schadenersatz...”, *ob. cit.*, p. 246.

<sup>(57)</sup> Cf. *Chance und Schaden*, Tübingen, 2004, pp. 240-248.

<sup>(58)</sup> *Ob. cit.*, pp. 267-268.

<sup>(59)</sup> *Ob. cit.*, pp. 273-274. De assinalar que a posição de MÄSCH — semelhante à adotada, entre nós, por CARNEIRO DA FRADA (cf. *Direito Civil...*, *ob. cit.*, pp. 104-105) — coin-

Quanto a nós, porém, as teses de JANSEN e MÄSCH têm o efeito de deslocar inteiramente o problema para o plano da ilicitude, na qual a própria exigência do dano acaba por diluir-se: dir-se-ia que a verificação do ilícito contém já em si o dano a indenizar. De outra perspectiva, mas não menos verdadeira, pode dizer-se que esta tese acaba por prescindir do próprio dano, quando entendido como alteração (concretizada ou previsível) na esfera patrimonial do lesado. Julgamos, por isso, que este modo de ver apenas poderá encontrar aplicação nos domínios da responsabilidade civil por danos não patrimoniais e, em especial, no domínio da responsabilidade civil por ato médico.

V. Imprestável, para o efeito de enquadrar dogmaticamente a perda de *chance*, no quadro do nosso sistema jurídico, parece-nos ser também o recurso à ideia de *causalidade alternativa*, proposto por KOZIOL.

Com efeito, como já se referiu acima, KOZIOL veio refutar a viabilidade de qualificação da figura, em geral, como um dano patrimonial autónomo, no quadro do sistema alemão da responsabilidade civil, afirmando que a ideia de autonomia patrimonial da *chance* é contrariada, em princípio, pela consagração de um conceito subjetivo de dano — a apurar com recurso ao *método da diferença* (“*Differenzmethode*”) — e pela impossibilidade, em muitos casos, de atribuir àquela um “valor próprio, autónomo e avaliável”<sup>(60)</sup>. Procurando reordenar a perda de *chance* de modo con-

---

cide, neste ponto, com o entendimento tradicional sobre a indenizabilidade da perda de *chance* no Direito inglês, entretanto já aí superado: embora originariamente associada a casos de responsabilidade civil contratual (cf. nota 55 *supra*), não parece que a indemnização pela perda de *chance* se encontre hoje confinada a esse domínio, não residindo o seu fundamento na distinção entre *contract* e *tort*, ainda que a jurisprudência mantenha uma persistente reserva à sua extensão aos casos de *physical injury* — cf. M.A. JONES, “Causation in tort: general principles”, in *Clerk & Lindsell on Torts*, 9.<sup>a</sup> ed., Londres, 2006, p. 85, TONY WEIR, *An Introduction to Tort Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2006, p. 80, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 7.<sup>a</sup> ed. (por W.V.H. ROGERS), Londres, 2006, p. 289, SIMON DEAKIN/ANGUS JOHNSTON/BASIL MARKESINIS, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 7.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2012, pp. 238 ss, e MARK LUNNEY/KEN OLIPHANT, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford, 2013, pp. 216 ss.

<sup>(60)</sup> Cf. nota 33 *supra*.

*forme ao sistema*, KOZIOL acaba por reconhecer que, nos casos tipicamente enquadrados com recurso à perda de *chance*, justifica-se a atribuição ao lesado de uma indemnização parcial, designadamente em vista da função *preventiva* da responsabilidade: “(...) *em casos de conduta claramente ilícita e culposa, não há razões para conceder uma isenção de responsabilidade ao lesante, devido à impossibilidade de esclarecer a sequência causal*”<sup>(61)</sup>.

No essencial, KOZIOL propõe o recurso às regras da *autoria alternativa* (“*alternative Täterschaft*”) ou à ideia de *co-responsabilidade* (“*Mitverantwortung*”) que lhe subjaz para assegurar ao lesado uma indemnização parcial, nos casos em que se verifique uma concorrência de causas a respeito do dano final (e único) a indemnizar: este seria suportado, pelo lesante, na medida em que tenha sido provocado pela sua conduta ilícita e, pelo próprio lesado, na parte *remanescente*, na medida em que decorra de uma causa concorrente inserida na respetiva esfera de risco<sup>(62)</sup>. Segundo explica o Autor, este modo de ver radica na conceção segundo a qual, existindo vários *possíveis* agentes que tenham atuado de forma ilícita e culposa, e não sendo viável identificar o autor do dano, devem responder todos solidariamente, sem prejuízo de direito de regresso. Para tal, exige-se apenas a demonstração de que a conduta de cada um dos agentes, isoladamente da conduta dos demais, pudesse ser considerada causa do dano, tendo em conta o perigo concretamente criado e o grau de probabilidade de concretização do dano efetivamente ocorrido.

KOZIOL propugna, pois, um alargamento desta mesma orientação às situações em que estejam em causa não condutas alternativas ilícitas de diversos agentes, mas uma confluência entre uma conduta ilícita, por um lado, e fatores que integram já a esfera de risco do lesado, por outro. Segundo o Autor, justifica-se, também nesses casos, uma responsabilidade parcial (“*Teilhaftung*”), dado que a própria responsabilidade solidária dos agentes que tenham actuado ilicitamente, em termos *alternativos*, se funda numa “*cau-*

---

<sup>(61)</sup> *Loc. cit.*, p. 247.

<sup>(62)</sup> *Loc. cit.*, p. 247.



*salidade meramente potencial*” e estes acabam por responder *parcialmente*, tendo em conta o respetivo direito de regresso<sup>(63)</sup>.

Apesar de constituir um interessante ensaio reconstrutivo da perda de *chance*, esta tese parece, todavia, encontrar-se estreitamente ligada ou dependente da existência de uma norma similar, no sistema concretamente considerado, à constante do § 830.º I do BGB. Na verdade, é esta norma, que não tem paralelo no Direito português, que permite expressamente *responsabilizar* o *co-autor* ou *participante*, ainda que não tenha sido possível comprovar o nexo causal entre a respectiva conduta e o dano ocorrido, estabelecendo-se, efectivamente, uma relação de causalidade meramente *potencial* ou *alternativa*. A teoria ensaiada por KOZIOL não é, portanto, transponível para o nosso ordenamento jurídico.

**VI.** Decorre do exposto, da nossa perspetiva, que a indemnização pela perda de *chance* só pode ser construída, em termos dogmaticamente satisfatórios e quando esteja em causa um dano patrimonial, através da admissibilidade de uma modelação do critério de causalidade com base na ideia de *criação* ou *elevação* ilícita de um risco de materialização do dano final (o único, quanto a nós, a indemnizar, ainda que apenas parcialmente).

Curiosamente, e apesar de trabalhada, sobretudo, pela doutrina penalista, a ideia de erigir o risco em critério de causalidade, ou imputação, aflora, com clareza, nos próprios elementos históricos que precederam a aprovação do CC. Com efeito, no art. 850.º do Anteprojecto do CC, na sua versão extensa, VAZ SERRA propôs um preceito com seis números, sob a epígrafe “*nexo causal*”, do qual vale a pena reproduzir aqui os n.ºs 1 a 3, conforme segue:

- “1. *Não existe o dever de indemnização quando o facto, segundo a sua natureza geral e as regras da vida corrente, era indiferente para que surgissem danos da espécie dos produzidos, de sorte que, apenas por circunstâncias extraordinárias, se tornou tal facto uma condição dos mesmos danos.*

---

(63) *Loc. cit.*, pp. 248-249.

2. *Não é necessário que o facto, tido como causa jurídica do dano, dê só por si lugar a este, bastando que seja condição do mesmo dano e satisfaça o requisito do parágrafo antecedente.*
3. *O facto é indiferente para a produção do dano, quando, pela sua natureza geral, isto é, sem as qualidades desprovidas de importância jurídica e tida em conta a idoneidade das outras qualidades para a produção de um resultado como o que se verificou, segundo a experiência da vida, o perigo de que o dano se produza não é aumentado por esse facto, o qual também não altera os perigos actuais. Não se têm em consideração os aumentos ou alterações tão pequenos que ninguém, em geral, conta com eles”*<sup>(64)</sup>.

Deve, aliás, assinalar-se que o recurso à teoria da *conexão do risco*<sup>(65)</sup> e à teoria da causalidade adequada, na sua formulação negativa, conduzem, na generalidade dos casos, a resultados idênticos, embora aquela primeira teoria tenha a vantagem de se ter desprendido do lastro histórico — com fundamento normativo não evidente — da *conditio sine qua non*<sup>(66)</sup>. E, na verdade, a opção do legislador por um determinado modelo de causalidade — entre nós, pela teoria da causalidade adequada —, além de dever ser sempre situada historicamente de modo a não impedir o progresso jus-científico<sup>(67)</sup>, não pode, simplesmente, ter o efeito de *isentar* de responsabilidade certas áreas do ordenamento jurídico e da vida em sociedade.

---

<sup>(64)</sup> In “Direito das Obrigações — Anteprojeto (parte extensa)”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 100, pp. 342-343.

<sup>(65)</sup> Sobre a origem e os contornos da teoria da *conexão do risco*, oriunda do Direito penal, pode ver-se, em termos relativamente sumários, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, ob. cit., pp. 318 ss.

<sup>(66)</sup> Cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, ob. cit., pp. 292 ss.

<sup>(67)</sup> Assinalando que, em matéria de causalidade, “(...) não existem, no estado atual da Ciência do Direito, fórmulas universais válidas” e que “(...) estamos, por exceção, numa área de elaboração jurídico-científica”, vide MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, ob. cit., pp. 548-549.

As finalidades preventiva e punitiva prosseguidas, ainda que acessoriamente, pela responsabilidade civil não se compaginam com a preservação de *zonas francas* em que a situação jurídica violada raramente tenha correspondência numa indemnização. Há, aqui, uma exigência de congruência normativa que também não pode ser ignorada, dado que todo o Direito, para se *atualizar*, para se fazer *vida real, vida concreta*, reclama que a respetiva inobservância seja adequadamente sancionada.

VII. Não significa isto, porém, que propugnemos uma resarcibilidade generalizada da perda de *chance* ou a simples substituição da teoria da causalidade adequada por uma outra noção geral de causalidade, o que redundaria, obviamente, na mera substituição de um modelo monolítico de responsabilidade civil por outro modelo, também monolítico, e com conseqüências potencialmente desastrosas quanto à segurança jurídica e à própria distribuição dos riscos inerentes à vida em sociedade. O que nos parece é que, a essa visão do sistema, tem de opor-se a ideia de *mobilidade dos pressupostos*, ou da respetiva *geometria variável*, a ajustar segundo grupos de casos, à luz das suas especificidades típicas, do respetivo enquadramento normativo e dos valores jurídicos coenvolvidos<sup>(68)</sup>.

E, desta perspetiva, importa reconhecer que a responsabilidade civil profissional do mandatário forense, com base na teoria da perda de *chance*, tem a seu favor não só um inegável lastro histórico e os dados do direito comparado<sup>(69)</sup>, mas também a circunstância de estar em causa a violação de deveres específicos — voluntária e contratualmente assumidos<sup>(70)</sup> — tendentes ao exercí-

---

<sup>(68)</sup> É este mesmo critério, aliás, que nos tem levado a sustentar, em determinadas condições, o direito a indemnização pela perda de *chance* no domínio da contratação pública (cf. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização...*, ob. cit., pp. 341-344).

<sup>(69)</sup> Cf. § 1.º, ponto II, *supra*.

<sup>(70)</sup> Da nossa perspetiva, a natureza contratual da responsabilidade não constitui alicerce para a construção de um dano patrimonial autónomo (cf. ponto IV deste § 3.º e nota 59 *supra*), mas pode favorecer a *mobilidade* dos pressupostos da responsabilidade no sentido da mitigação das exigências em matéria de causalidade, pelo menos quando o contrato, tal como sucede no mandato forense, se encontre funcionalizado à própria obtenção da vantagem que se frustrou (ou, de outra perspetiva, ao evitamento do dano final que acabou por se materializar).

cio do direito fundamental à tutela jurisdicional (cf. art. 20.º da Constituição). Daí que, a nosso ver, tal violação não deva passar permanentemente incólume em face da incerteza relativa ao desfecho da lide originária, incerteza essa colocada pela configuração *típica* deste grupo de casos, o que justifica, normativa e axiologicamente, o abaixamento da *fasquia* da causalidade — ou seja, a diminuição da exigência relativamente ao *quantum* de probabilidade de não ocorrência do dano não fora a prática do ilícito — para limiares inferiores aos que subjazem à teoria da causalidade adequada e, segundo o entendimento tradicional, ao art. 563.º do CC.

Esta adaptação ou modelação da causalidade deve, todavia, ser rodeada dos necessários cuidados: ela não pode prescindir da imposição ao lesado do ónus de provar, além do ilícito, a verificação do dano final (o único a indemnizar) e uma *considerável* probabilidade de obtenção de ganho de causa na ação originária que se frustrou, não fora a falta cometida pelo mandatário forense. O que seja, exatamente, essa *considerável* probabilidade é algo que, necessariamente, dependerá da prudência dos julgadores, parecendo-nos acertado, como orientação geral, o limiar dos 50%.

Na verdade, abaixo do referido limiar — cuja demonstração não se há de bastar com uma presunção abstrata de ganho de causa (ou de *possibilidade* de ganho de causa), mas pode envolver, em maior ou menor medida, uma apreciação *incidental* do mérito da pretensão originária ou a produção de prova que deveria ter sido feita na ação frustrada —, o cliente lesado acabaria por ser ressarcido, pelo seu mandatário forense e ainda que parcialmente, pela frustração de pretensões cujo êxito, relativamente à *verdadeira* contraparte, não se acharia minimamente assegurado<sup>(71)</sup>.

---

<sup>(71)</sup> Como assinala MENEZES CORDEIRO, “(...) não é compaginável, a pretexto da perda de chance, chegar-se a uma situação que suprima o risco, de tal modo que o lesado fique numa posição mais favorável do que sucederia se a norma jurídica tem sido observada” (cf. *Tratado de Direito Civil*, ob. cit., p. 288). É de saudar, portanto, a posição adotada pelo STJ quando recusou, no recente aresto de 30.05.2013, acima mencionado, a indemnização fundada na teoria da perda de *chance*, na medida em que esta redundaria “(...) se acolhida fosse, nas presentes circunstâncias, no puro arbítrio do Tribunal, desconhecendo-se de todo em todo se a aparentemente censurável conduta do réu, descurando, em abstrato os interesses do ora autor, foi condição adequada ou até bem provável do dano

## § 4.º Conclusão

Em jeito de síntese, podemos subscrever a afirmação de JÚLIO VIEIRA GOMES segundo a qual “(...) a doutrina da perda de chance não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, mas constitui antes uma rutura, mais ou menos «camuflada», com a conceção clássica da causalidade”<sup>(72)</sup>.

Simplemente, em nosso entender, tal rutura não se acha absolutamente vedada pelo art.563.º do CC, devendo deixar de ser *camuflada* e passar a ser *assumida*<sup>(73)</sup>, não em termos ilimitados ou de aplicação geral, mas em pressupostos e com limites bem definidos. Só assim se promoverá a segurança jurídica e se poderá contribuir para a compreensão (e a necessária *estabilização*) da florescente jurisprudência em tema de perda de *chance*.

---

*arrogado. Não se sabendo, desde logo por falta de alegação do autor a propósito, e como já dito, se havia alguma hipótese de, com a alegação do réu, a tese do mesmo lograr vencimento (...)*”.

<sup>(72)</sup> Cf. “Sobre o dano da perda de *chance*”, ob. cit., p. 38.

<sup>(73)</sup> Neste mesmo sentido, aliás, parece apontar a posição recentemente adotada por JÚLIO VIEIRA GOMES, ao referir que “(...) a letra do nosso preceito [o art. 563.º do CC] seria ainda compatível com um sistema em que o lesado apenas teria que demonstrar que a não ocorrência do dano seria mais provável do que a sua ocorrência (bastando 51% de probabilidades) sem a conduta do agente (...)” — cf. “Ainda sobre...”, ob. cit., p. 28.