

# REDUÇÃO DA PERDA DE CHANCE

Isabel Figueiredo

*Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau*

**Resumo:** Não há consenso sobre a indemnizabilidade da perda de chance. A principal objecção respeita ao potencial enriquecimento injustificado do lesado: Se este podia não ter ganho o concurso, então receber o prémio por inteiro é manifestamente excessivo. Defende-se aqui que reduzindo o âmbito pode tornar-se operacional um núcleo duro que clama indemnização. Esta não será no valor do dano final, mas equivalente a proporcionar apenas uma nova chance de participar e ganhar. Quanto mais séria a chance, menos sustentável é a não compensação.

O ressarcimento pressupõe: (1) um incumprimento obrigacional do lesante; (2) um dano final consumado (3) uma chance *real*: o cumprimento podia realmente ter evitado o efeito indesejado (4) a chance era suficientemente *séria*: o incumprimento aumentou substancialmente a probabilidade de se verificar o dano consumado.

Sendo impossível a restauração natural de uma nova chance, a avaliação do dano será no mínimo a remuneração que o inadimplente tenha recebido e no máximo o valor do dano final. O nível de contributo causal e o grau de culpa relevam para calibrar esta avaliação equitativa.

**Palavras-chave:** Dano; responsabilidade culposa; perda de chance; causalidade; indemnização.

## 1. O problema da chance como um dano

A chance perdida é conceptualmente de um *minus* em relação a um dano

final, na medida em que não se prescinde de uma efectiva perda final. PAULO MOTA PINTO apresenta uma noção lúcida de chance<sup>1</sup>, como sendo “justamente (inversamente do risco), a possibilidade ou oportunidade de obtenção de um benefício, em sentido lato, incluindo de evitar um prejuízo”<sup>2</sup>.

Pode ser útil a aproximação ao paradigma contratual, quando existe um dever jurídico concreto de proporcionar a chance, quando houve um indiscutível incumprimento e a chance é suficientemente séria, ou seja, que a chance preterida teria contribuído substancialmente para evitar a produção do dano final<sup>3</sup>.

O postulado clássico de CAETANO é que só a lesão a um direito já consolidado na esfera do lesado pode ser indemnizável, não bastando uma mera aspiração ou simples esperança de uma eventual obtenção de benefício. Mas a rigidez excessiva desta posição havia já sido questionada pela escolástica antiga, entendendo-se antes que a justiça comutativa clama uma compensação pela supressão de um benefício, desde que real e fundado. A premissa de CAETANO foi, não obstante, retomada pela doutrina alemã e inglesa do séc. XIX, em consonância com as escolas de pensamento predominantes na época<sup>4</sup>.

A chance perdida não exige que haja sido atingido um direito subjectivo. De resto, o nosso ordenamento tutela aquilianamente também meros interesses legalmente protegidos, pelo que pelo menos ao nível da letra da lei não é liminarmente afastada uma indemnizabilidade. No presente trabalho pensa-se sobretudo na chance patrimonial, mas não só.

## 2. Enquadramento histórico e comparado

A origem do conceito encontra-se no desenvolvimento encetado pela jurisprudência francesa de um caso de chance processual, em que foi indemnizada a impossibilidade de prossecução de um processo judicial<sup>5</sup>. Foi obstada a oportunidade de obter vencimento na lide, assim se consumando a lesão, sem apelo

1 Dispensa-se o itálico, porque o galicismo se tornou corrente. PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 174; JORGE GODINHO, *Direito do Jogo*, 2016, p. 151.

2 PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 176.

3 Só releva a situação indesejada que se concretizou numa efectiva diminuição patrimonial, também no âmbito contratual, não estando em causa o problema de sinalagma, mas de dano. Por todos, MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS, “Obrigação primária e obrigação de indemnizar”, 2011. Um conceito alargado de sinalagma é proposto por MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 2010, p. 355 e ss. E ainda MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS, “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”, 2008, p. 379 a p. 430.

4 GORDLEY, *Foundations of Private Law*, 2006, p. 268.

5 Acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de Julho de 1889.

nem agravo. A chance preterida decorria de um risco jurídico. A parte processual podia ou não ter ganho a causa, em maior ou menor medida, dependendo de inúmeras circunstâncias.

Outros núcleos paradigmáticos da perda de chance, além da responsabilidade do advogado<sup>6</sup>, são a preterição de participação em concurso<sup>7</sup>, a ruptura de negociações, a promoção na carreira<sup>8</sup> ou o tratamento médico de sucesso incerto<sup>9</sup>.

- 
- 6 LORENZ e MARKESINIS, “Solicitor’s liability towards third parties: back into the troubled waters of the contract/tort divide”, 1993, p. 558 a p. 566. E também o caso canadiano *Jacobsen Ford – Mercury Sales Ltd v. Sivertz* [1980] WWR 141.
- 7 No *common law* temos o concurso de selecção de actriz, *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786. De 6.000 concorrentes, Chaplin venceu no respectivo distrito, sendo, portanto, uma das 50 finalistas, entre as quais 12 vencedoras seriam escolhidas. Mas Hicks incumpriu ao não a notificar da entrevista, pelo que foram seleccionadas outras candidatas. O júri fixou uma indemnização de 100 libras esterlinas. Por todos, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual negativo e perda de chance*, 2011, e ESPERANÇA MEALHA, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos: notas ao artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro”, 2008, p. 99 a p. 120. Recorde-se o caso interessante que se passou na China, entre 1990 e 1998. Chen Xiaopi interceptou a notificação de admissão ao ensino superior de Qi Yù Líng (Qi Yuling, 齐玉苓) e fez-se passar por esta no curso e depois também no emprego que desde o início era garantido às candidatas que obtivessem aprovação no curso. O caso ficou conhecido como precursor na invocação directa da Constituição. Em inglês, MORRIS, “China’s Marbury: Qi Yuling v. Chen Xiaopi – The once and future trial of both education & Constitutionalization”, 2012. Do ponto de vista da probabilidade de conclusão do curso, os decisores terão assumido que, se Chen chumbou e conseguiu terminar o curso, então Qi também teria conseguido. O dolo e o enriquecimento sempre favorecem a imputação de danos. A responsabilidade do pai da estudante será mais adequada na China do que seria talvez na Europa, por aspectos culturais lapidarmente explicados por HAO JIANG, “Chinese tort law: Between tradition and transplants”, p. 386 e ss. e p. 394 e ss.
- 8 Em França decidiu-se indemnizar a *perte d’une chance d’évolution favorable de l’activité professionnelle* (Civ. 2, 9 de Julho de 1954) e também a chance de promoção perdida, num caso de lesão à integridade física (Civ. 2, 3 de Novembro de 1972, 667). Há ainda a decisão de 13 de Novembro de 1985 (Bull. 1985, II, n.º 172). Salvo melhor opinião, esta chance não devia ter sido indemnizada, por a promoção do lesado ser demasiado incerta. Em Itália considerou-se que a chance era uma nova forma de direito absoluto no caso *Baroncini v. Enel*, da *Corte di Cassazione* de 19 de Dezembro de 1985 (n.º 6506, FI 1986, I, com anotação de PRINCIGALLI). Neste caso, o concorrente apresentou-se a dois concursos, para duas colocações diferentes, sendo que preferia a segunda opção. A sua candidatura foi excluída ilicitamente neste processo, por ter sido já seleccionado no primeiro concurso. Em Portugal, há o Acórdão do STA de 24 de Outubro de 2006 (FERNANDA XAVIER) em que um afastamento compulsivo ilegal impediu a promoção do guarda fiscal a cabo. No Acórdão do STJ de 22 de Outubro de 2009 (JOÃO BERNARDO), uma professora perdeu a oportunidade de obter uma classificação “excelente” por dolo do Presidente do Conselho Directivo da escola, com quem se dava mal. Não recebeu a diferença de vencimento, mas foi-lhe arbitrada uma compensação de 10.000,00 Euros pela profunda angústia, ansiedade, desgosto, frustração e tristeza causados.
- 9 PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 174 e ss.; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A*



Em França, se a chance for real e séria, pode ser concedida uma indemnização parcial do dano final, na medida da probabilidade da chance perdida, sobretudo no âmbito da responsabilidade profissional de médicos e advogados.

Também em Espanha a questão se coloca a propósito da responsabilidade de advogados<sup>10</sup>. A jurisprudência tem considerado a perda como um dano “moral”, a avaliar equitativamente, tendo em atenção o grau de probabilidade de não verificação do evento danoso.

No *common law* foi atribuída uma indemnização inferior ao dano final em 1958<sup>11</sup>, muito embora na Inglaterra só tenha sido abolida em 1969 a imunidade dos *barristers*<sup>12</sup>. Em vez de um enquadramento teórico minimamente robusto, surgiram vários argumentos, incluindo o *overkill* e o desconforto em ter de fazer um julgamento dentro do julgamento, em reabrir um caso transitado em julgado e arriscar uma contradição entre decisões<sup>13</sup>. Também em relação à responsabilidade médica, o enfoque foi no dever de informar prévia e devidamente de todos os riscos<sup>14</sup>. Há ainda o caso do advogado que foi demandado pelas filhas do *de cuius*: o pai arrependeu-se de tê-las deserdado e mandou alterar o testamento, mas o advogado atrasou-se e não cumpriu as instruções em tempo<sup>15</sup>. WRIGHT propõe que a exposição ao risco seja em si equiparada a uma lesão, autonomamente considerada<sup>16</sup>.

Num caso de deficiente consultadoria jurídica, prestada na aquisição de

---

*responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, 2008; CLÁUDIA MONGE, “Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados”, 2014; BRUNA DE SOUSA, *Da Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Médico*, 2022.

10 Decisões do *Tribunal Supremo* de 8 de Abril de 2003 (processo n.º RJ2956), de 29 de Maio de 2003 (processo n.º RJ3914) e de 20 de Maio de 1996 (processo n.º 3793).

11 Em *Kitchen v. Royal Air Force Association* [1958] foi concedida indemnização proporcional, por uma acção judicial não ter sido intentada. O *solicitor* não assegurou a emissão do *writ* em tempo, depois de um membro da Royal Air Force ter morrido electrocutado na sua cozinha.

12 *Rondel v. Worsley*, [1969] 1 AC 191.

13 HONDIUS questiona na responsabilidade profissional: “The suggestion sometimes overheard that the distinction has to do with the professional having an academic background or not, is of course wholly slanderous (well, is it?)”, in “Professional liability”, 2015, p. 227.

14 *Chester v. Afshar* [2004] UKHL 41.

15 *White v. Jones* [1995] 2 AC 207. Já antes havia sido decidido o caso dos advogados que não informaram que o testamento seria inválido, se a testemunha for parte interessada *Ross v. Caunters* [1980] Ch 297. A indemnização foi concedida, [1982] 3 All E.R. 201. Veja-se um caso semelhante na Alemanha, em que o BGH se pronunciou a favor da responsabilidade contratual a 6 de Julho de 1965, com anotação de LORENZ na *Juristenzeitung*, 1966, p. 141. Cfr. LORENZ, “Anwaltshaftung wegen Untätigkeit bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen”, 1995, p. 317 e ss.

16 WRIGHT, “Causation in Tort Law”, 1985, p. 1813 e ss.

uma sociedade com inesperadas dívidas ocultas, lê-se na decisão que “the plaintiff must prove as a matter of causation that he has a real or substantial chance as opposed to a speculative one”. Considerou-se ser matéria de Direito fixar “where causation ends and quantification of damage begins”<sup>17</sup>.

Na Alemanha intui-se por vezes algum desprezo pela figura, apesar da afinidade com a teoria de elevação do risco. JANSEN admite que a perda de chance pudesse ser uma solução possível para obviar a uma série de soluções iníquas. Contudo, por não haver preço da chance em si, uma vez que não existe um mercado de livre oferta e procura de chances, JANSEN reconhece a dificuldade na respectiva avaliação<sup>18</sup>. Também esta objecção é real e razoável, mas prova demais e é ultrapassável. No Direito, a existência de indemnização pode ter um efeito formativo no conceito de dano, influenciando-o e moldando-o, como na espiral hermenêutica<sup>19</sup>. O Direito conseguiu sobreviver a outros casos de maior dificuldade de avaliação, habituado a juízos de analogia, equidade<sup>20</sup> e balizas de discricionariedade fundamentada. Na perda de chance existe um horizonte rigoroso, o valor do dano final, ao contrário dos danos morais, onde se aceita maior arbitrariedade<sup>21</sup>.

MASCH entende que no âmbito contratual se deve distinguir nos contratos de empreitada e naqueles de prestação de serviços, sempre que o respectivo objecto seja constituído pela preservação de uma chance<sup>22</sup>. O Autor dá um certo enfoque ao incumprimento obrigacional, na origem da chance. Este parece ser frequentemente descuidado, mesmo quando o lesado é o credor e pagou pela chance. Em matéria de responsabilidade médica, os tribunais na Alemanha têm resolvido o problema ao nível da prova e da distribuição do respectivo ónus, mantendo a

---

17 STUART-SMITH na decisão do *Court of Appeal* no processo *Allied Maples Group Ltd v. Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602, [1995] 4 All ER 907.

18 JANSEN, “The idea of a lost chance”, 1999, p. 279 e p. 289.

19 ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 401 e ss.

20 CARNEIRO DA FRADA, *Forjar o Direito*, 2015, p. 653 e ss.

21 “It is widely agreed that the actual amount of money to be awarded for non-economic losses in case of physical injury will be arbitrary (...) Perhaps one could think about how much money it would take to buy pleasure or happiness in an amount to offset the loss the victim suffered (...) there is merit in treating like cases alike. This concept is called ‘horizontal equity’. So too it would seem only fair that those with more serious injuries should receive more money than those with less serious injuries. This concept is called ‘vertical equity’”, SUGARMAN, in “Tort damages for non-economic losses: Personal injury”, 2015, p. 330 e p. 332. Em termos comparativos, o Autor aponta Portugal e Dinamarca como sendo “the low payers”, *idem*, p. 338. Este aspecto tem vindo a ser criticado há muito tempo por MENEZES CORDEIRO.

22 MASCH, *Chance und Schaden*, 2004, p. 242 e ss.

tortuosa opção entre “tudo ou nada” do dano final<sup>23</sup>.

Na Áustria, KOZIOL entende que a solução passa antes por uma co-responsabilidade ou autoria alternativa. E releva, para avaliar o dano positivo, o valor real da probabilidade<sup>24</sup>. Em Itália a recepção da figura deu-se por via jurisprudencial, com críticas<sup>25</sup>. No Direito europeu foi positivado o dever de indemnizar concorrentes preteridos nos processos de contratação pública<sup>26</sup>.

Os Princípios Unidroit sobre os Contratos Internacionais prevêem no artigo 7.4.3 n.º 2 uma indemnização proporcional à probabilidade da realização da expectativa gorada. O n.º 1 do mesmo preceito pressupõe a determinabilidade de um razoável grau de certeza do prejuízo. E dispõe o n.º 3 que a indemnização será fixada discricionariamente pelo tribunal na eventualidade de não ser possível uma determinação do prejuízo, com suficiente certeza. Uma semelhante redacção é proposta pelo grupo de Tilburg<sup>27</sup>.

### 3. Direito de Portugal

Vejamos como é visto o problema no Direito da responsabilidade civil português, primeiro na doutrina e subseqüentemente na jurisprudência.

- 
- 23 BGH NJW, p. 630 e ss; BGH MDR 1987, p. 225 e ss, BGH, GesR 2011, p. 98 e ss. Sem prejuízo de poderes inquisitórios do tribunal para repor alguma igualdade processual das partes, BGH VersR 2004, p. 1177; OLG Oldenburg, NJW 1997, p. 535; BGH VersR 2008, p. 1265 e ss; OLG Stuttgart, VersR 1991, p. 229. Cfr. WALDKIRCH, *Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht*, 2018.
- 24 Não é claro, porém, se para o Autor o momento actual é aquele em que se verificou a perda da chance ou aquele posterior, em que se liquida o valor a indemnizar. “Bei der Berechnung des positiven Schadens ist der gegenwärtige Wert der Chance zu berechnen, der sich maßgeblich nach der Wahrscheinlichkeit der Erzielung des Gewinnes richtet”, KOZIOL, in “Schadensersatz für den Verlust einer Chance?”, 2001, p. 240.
- 25 Sentenças da *Corte di Cassazione* de 19 de Novembro de 1983, de 19 de Dezembro de 1985, de 5 de Junho de 1996 e de 13 de Dezembro de 2001.
- 26 Em especial, no artigo 2.º n.º 1 alínea d) da Directiva n.º 92/13/CEE do Conselho de 25 de Fevereiro de 1992. O Tribunal de Justiça parece ter admitido a indemnização de oportunidade de negócio perdida, ao reduzir a indemnização por lucros cessantes a 10% das aquisições canceladas. Estas operações sofreram um aumento extraordinário muito suspeito, mal se tornou evidente a cobrança indevida de direitos niveladores, por *faute du service* na aplicação errónea de um Regulamento. O Tribunal considerou especulativos os pedidos de indemnização, nos processos apensos n.º 5/66, 7/66, 13/66, 14/66, 15/66, 16/66, 17/66, 18/66, 19/66, 20/66, 21/66, 22/66, 23/66, 24/66, *Kampffmeyer e outros v. Comissão*.
- 27 Artigo 3:106 dos *Principles of European Tort Law*. Segundo um dos Autores, a redacção inspirou-se na ideia de indemnização proporcional para a perda de chance, o que não se considerou ser a solução ideal, mas a melhor para alguns casos. SPIER, “Causation”, 2005, p. 57.

MENEZES CORDEIRO<sup>28</sup> e PAULO MOTA PINTO<sup>29</sup> entendem não valer a figura. SINDE MONTEIRO não considera haver motivos suficientes para descartar a figura<sup>30</sup>, pelo contrário<sup>31</sup>. SIDÓNIO PEREIRA RITO já dava o exemplo de interesse legítimo o caso de concurso para a função pública<sup>32</sup>. JÚLIO GOMES entendia não valer a regra da respectiva ressarcibilidade, porque não se esclarecia se constitui dano emergente ou lucro cessante, nem encobre questões distintas: o nível do dano e o nível da causalidade<sup>33</sup>. O Autor considerava não relevar a perda de chance, na medida em que se trata de causalidade probabilística e por isso representa uma ruptura com a concepção clássica de causalidade consagrada no artigo 563.º do Código Civil português, equivalente ao artigo 557.º do Código Civil de Macau. O Autor veio posteriormente manifestar dúvidas, se em caso de densificação da probabilidade não seria preferível uma revisão normativa que permitisse um recurso à equidade<sup>34</sup>. CARNEIRO DA FRADA admite-a na responsabilidade obrigacional, mas já não na delitual, se não se verificar “a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da ‘chance’”<sup>35</sup>.

- 
- 28 MENEZES CORDEIRO relembra que condenar alguém a pagar tem sempre um sentido expropriativo ou confiscatório, *Tratado de Direito Civil, – Parte Geral, Negócio Jurídico*, vol. II 2014, p. 288. Considera não poder prescindir-se do nexo de causalidade, nem que alguém fique numa posição mais favorável do que estaria com a supressão de todo o risco.
- 29 PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, 2008, p. 1103 e p. 1103 a p. 1107, n. 3103. Crítica “o efeito de transformar o lesante em *garante da probabilidade de sucesso* de cada titular da chance, quando esta, por definição, não oferecia nada garantido”, *idem*, p. 1106. O Autor reconhece, no entanto, às soluções gradualistas “a vantagem de evitar uma passagem brusca da ausência do dever de indemnizar à afirmação da responsabilidade total”. Mas conclui que, dada a incerteza, podem conduzir a um enriquecimento do lesado, PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 181.
- 30 SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, p. 297 e p. 300. Também admitem a perda de chance JAIME DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, 1932, p. 93; ÁLVARO DIAS, *Dano corporal*, 2001, p. 250 e ss.
- 31 Considera não haver dúvidas sobre a ressarcibilidade da *chance perdue*, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, p. 615. “Se esta possibilidade existia realmente e era séria, então a *chance* parece entrar no domínio do dano ressarcível”, SINDE MONTEIRO, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, 1991, p. 146.
- 32 SIDÓNIO PEREIRA RITO, *Elementos da responsabilidade civil delitual*, 1946, p. 18.
- 33 JÚLIO GOMES, “Sobre o dano de perda de chance”, 2005, p. 25.
- 34 JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura do dano de perda de oportunidade ou perda de *chance*”, 2012, p. 29.
- 35 CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – o Método do Caso*, 2006, p. 104.

RUI CARDONA FERREIRA<sup>36</sup> defende uma possível autonomia da perda de chance em danos não patrimoniais, nomeadamente por acto médico. Quando se trate de danos patrimoniais, porém, reconduz a questão a um problema de causalidade, de acordo com a teoria da conexão de risco de ROXIN, não se opondo a isso o disposto no artigo 557.º do Código Civil de Macau. ALEXANDRA LEITÃO perspectiva não se tratar de um problema de causalidade, mas antes de determinação do montante da indemnização<sup>37</sup>. PEDRO MÚRIAS e LURDES PEREIRA recusam autonomia da figura, por se resolver melhor as questões levantadas ao abrigo do disposto no artigo 566.º n.º 3 do Código Civil português<sup>38</sup>. NUNO TRIGO DOS REIS considera tratar-se de um problema de grau de prova vigente, uma matéria de Direito substantivo, e de saber qual a parte onerada com o risco processual de incerteza sobre os factos<sup>39</sup>. NUNO SANTOS ROCHA advoga a implementação da figura como dano autónomo na responsabilidade delitual, contratual e pré-contratual<sup>40</sup>. Defende que a análise dos casos de perda de chance deve deixar de centrar-se na causalidade, mas passar antes por um alargamento do conceito de dano, tendo em conta os limites do que humanamente se julga poder saber acerca dos processos causais<sup>41</sup>. RICARDO PEDRO aceita uma indemnização meramente parcial, a pagar pelo Estado, nos casos difíceis de mau funcionamento da administração da justiça<sup>42</sup>. PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA propõe uma dupla avaliação para determinação da indemnização: o dano final e a probabilidade de este ter sido evitado<sup>43</sup>. Também ANA AMORIM parece

---

36 Em relação a uma preterição ilícita de concorrente em concurso público, entende RUI CARDONA FERREIRA que o dever de indemnizar decorre de um eventual dever de contratar violado: “Em conclusão, cremos que a *autonomia* e a *especificidade* do dano de perda de *chance* não podem deixar de se afigurar bastante duvidosas. Na verdade, a questão do seu enquadramento dogmático nem está encerrada nem é simples, não constituindo a perda de *chance* um problema de *regime*, mas de sistema, ainda que não indiferente aos dados de direito positivo”, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual negativo e perda de chance*, 2011, p. 142.

37 ALEXANDRA LEITÃO, *A protecção judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, 2002, p. 426.

38 MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS, “Obrigação primária e obrigação de indemnizar”, 2011.

39 NUNO TRIGO DOS REIS, “Anotação ao Artigo 3.º”, 2018, p. 350.

40 SANTOS ROCHA, *A Perda de Chance como uma nova espécie de dano*, 2015 (reimpressão), p. 63 e ss. e p. 101 e s.

41 *Ibidem*.

42 RICARDO PEDRO refere “sujeitando-se ao cálculo de probabilidade como parâmetro de valoração”, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça*, 2016, p. 381.

43 PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, *Causalidade, Dano e Prova*, 2016, p. 139 e ss., p. 144 e ss.



admitir a figura<sup>44</sup>.

A jurisprudência encontra-se dividida, talvez denotando recentemente uma maior receptividade à perda de chance<sup>45</sup>.

44 ANA AMORIM, *A responsabilidade do médico enquanto perito*, 2019, p. 140 e s.

45 A decisão do STJ de 11 de Janeiro de 2017 (ALEXANDRE REIS) manteve, e bem, a condenação da advogada por extemporaneidade da interposição do recurso penal, apesar de considerar que por regra a perda de chance não é indemnizável. E ainda o Acórdão do STJ de 10 de Março de 2011 (TÁVORA VICTOR) decidiu também num caso de responsabilidade do advogado: “A chance, quando credível, é portadora de um valor de *per se*” e fixou um valor equitativo, além dos danos não patrimoniais. Também no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28 de Maio de 2013 (FERNANDO SAMÕES) considerou-se haver dano por não ter sido submetida petição corrigida “quando a probabilidade de ganho for elevada”. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Maio de 2008 (GRANJA DA FONSECA) decidiu-se pela indemnização de 2.000 Euros, cerca de metade do valor da acção e das respectivas custas, pela chance perdida de não ser condenado, por causa da ausência da advogada, constituinte e testemunhas em audiência, que deixou o recurso deserto. No Acórdão do STJ de 19 de Dezembro de 2018 (FONSECA RAMOS) admite-se haver direito à indemnização por perda de chance processual, mas considerou-se não ter sido a possibilidade de ganho suficientemente séria no caso, por insolvência da Ré. Também acolheram a figura os Acórdãos do STJ de 28 de Setembro de 2010 (MOREIRA ALVES), de 5 de Fevereiro de 2013 (HÉLDER ROQUE), de 14 de Março de 2013 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), de 28 de Abril de 2014 (ARMINDO MONTEIRO), de 9 de Dezembro de 2014 (SEBASTIÃO PÓVOAS), de 2 de Novembro de 2017 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), e de 5 de Julho de 2018 (MARIA DA GRAÇA TRIGO). O Acórdão de 26 de Outubro de 2010 (AZEVEDO RAMOS) entendeu ser uma forma excepcional de dano. No Acórdão do STJ de 1 de Julho de 2014 (FONSECA RAMOS) admite-se a figura, mas recusa-se a indemnização por a chance de condenação não ter sido suficientemente séria, no recurso não interposto. Também o já referido Acórdão do STA de 24 de Outubro de 2006 (FERNANDA XAVIER) concedeu indemnização pela chance perdida de progressão na carreira na Guarda Fiscal. E em sentido de não admitir a perda de chance, porém, decidiu o mesmo STJ nos Acórdãos de 29 de Abril de 2010 (SEBASTIÃO PÓVOAS), de 29 de Maio de 2012 (JOÃO CAMILO) e de 18 de Outubro de 2012 (SERRA BAPTISTA). O Acórdão do STA de 29 de Novembro de 2005 (ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA) recorreu à equidade, ao abrigo do disposto no artigo 566.º n.º 3 do Código Civil de 1966, para liquidar o dano real, mas de difícil quantificação, decorrente da não execução de sentença de anulação de um acto de adjudicação em contratação pública, por causa legítima. Afastou os gastos com a participação. Sobre os poderes para reapreciar o “julgamento dentro do julgamento”, em sede de recurso, debruçou-se o Acórdão do STJ de 30 de Novembro de 2017 (TOMÉ GOMES), e o Acórdão do STJ de 30 de Maio de 2019 (TOMÉ GOMES) mandou baixar o processo. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Maio de 2019 (CRISTINA NEVES) considera que “a participação de um facto não verídico à Central de Responsabilidades de Crédito junto do Banco de Portugal constitui sempre uma ofensa ao crédito e bom nome”, mas que o dano é uma chance perdida, diferente do dano final, que cumpre quantificar. Decidiu-se que a indemnização deve corresponder à chance, e não ao dano final incerto, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Junho de 2015 (MARIA ADELAIDE DOMINGOS), porque a avaliação deve ser apurada “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, traduzindo num valor percentual”. Na visão aqui defendida, a intensidade do dever de indemnizar depende da intensidade do dever incumprido, que era de proporcionar a chance preterida. A indemnização

Há evidentes hesitações quanto ao enquadramento teórico. Binómios de uma só opção, de tudo ou nada, parecem mais simples, mas podem afinal criar embaraços muito maiores ao decisor. O polícia que permite o roubo não deve ser tratado como o ladrão que rouba, mas também não como o polícia bom, aquele que evita o roubo. Ter de optar entre os dois extremos obriga ao erro.

#### 4. Argumentos e soluções

É frequente pensar-se sobretudo no dano final, no produto do roubo, em vez de dar protagonismo à chance em si, um interlúdio mental invisível, não tangível. O Direito conhece outros casos de causalidade complexa, meramente contributiva, e os tribunais resolvem a repartição de culpas com recurso à equidade.

Uma objecção pertinente levantada por PAULO MOTA PINTO é o facto de a incerteza da chance, por definição, implicar um potencial enriquecimento injustificado do lesado, porque nunca se saberá qual teria sido o resultado final do percurso causal<sup>46</sup>. A lotaria podia não ter sido ganha, caso em que se perderia todo o dinheiro gasto na aposta. A indemnização ideal será sempre uma nova cautela e nunca o incerto prémio final. O jogador só decide incorrer na despesa para participar no jogo porque existe essa incerteza temporária. O bem jurídico comprado é a esperança temporária, mas fundada, de poder vir a ganhar. Há um direito a que exista a chance, durante o prazo combinado. Se a chance não existir, há incumprimento. Se a rifa comprada nunca esteve na tómbola, no mínimo há direito ao reembolso, porque nesse caso não comprou coisa nenhuma, foi enganado. Tal como, reversamente, o contrato de seguro é contratado para a eventualidade de um sinistro que pode nunca vir a ocorrer<sup>47</sup>. Nem por isso o pagamento do prémio foi em troco de nada. Não é o resultado final que determina o interesse jurídico e a consistência da contraprestação, mas a incerteza intermédia quanto ao resultado final.

A objecção ainda assim é central e substancial. A solução mais adequada passa por reduzir o dano: considerar a chance em si em vez do dano final. E também por elevar a bitola de exigência de seriedade da chance e de grau de probabilidade de contributo causal, em consonância com o juízo de analogia

---

varia não apenas pela intensidade do dever incumprido, mas do próprio dano causado. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Abril de 2016 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS) foi recusada a mera perda de chance.

46 PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 181, p. 185 e p. 191.

47 MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 2010, p. 355 e ss., *idem*, “O risco e as suas vicissitudes”, 2013, p. 275 e ss.

poliar para com situações semelhantes<sup>48</sup>. O agente só deve poder ser eximido da responsabilidade pela eliminação da chance se houver uma quase certeza de que a lesão ocorreria, mesmo sem uma qualquer actuação ilícita da sua parte<sup>49</sup>. Assim, para a responsabilidade do advogado faz-se um “processo dentro do processo” para saber qual teria sido a decisão mais provável, se a defesa tivesse sido apresentada em tempo. Quanto mais séria a chance, mais pálido é o receio justificado de estar a enriquecer o lesado. Para a responsabilidade médica, se se concluir que, com oxigénio, o paciente teria sobrevivido, então temos uma clara analogia com a lesão directa ao direito à vida, *tout court*. A chance estará então perto do dano final. Os tribunais ingleses têm exigido pelo menos 50% de chance de cura em casos de responsabilidade médica<sup>50</sup>. Em Macau temos o caso infeliz em que a entubação por erro foi feita para o esfago em vez da traqueia da menina. O hospital demorou uma hora e meia a percebê-lo, com efeitos mortais. Aos pais foi arbitrada uma indemnização de 100.000,00 patacas<sup>51</sup>. Nesta matéria é incontornável o trabalho de RUTE TEIXEIRA PEDRO “*A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*”.

É impossível negar que a chance seja muito diferente do paradigma clássico de um bem corpóreo transaccionável num mercado e essa nebulosidade condiciona a percepção possível de dano. No entanto, é de enfatizar o incumprimento que está na origem da perda de chance, sobretudo quando haja remuneração directa pelo serviço imaterial que devia ter sido prestado. Nesse caso, a chance teve preço.

Talvez seja excessivo temer a perda de chance, “de contornos indeterminados e flexíveis, e que apresenta – sempre justificada por argumentos de índole pragmática e funcional – esta inevitável capacidade de abalar as fundações da responsabilidade civil (o dano e o nexo de causalidade) como um sismo, de magnitude elevada”<sup>52</sup>. Não é forçoso que se trate de um muro de contenção de desabamentos catastróficos. Remete-se aqui para as críticas ao *floodgate argument*<sup>53</sup>. Há alguma complexidade acrescida, quando comparado com o

48 Tem sido esta a posição dominante na jurisprudência, pelo menos para as chances processuais, possivelmente por se tratar de matéria melhor dominada pelos juizes. V. g. Acórdão do STJ de 29 de Abril de 2010 (SEBASTIÃO PÓVAS).

49 WRIGHT, “The grounds and Extent of Legal Responsibility”, 2003, p. 1435.

50 A bitola do precedente *Hotson v. East Berkshire Health Authority* [1987] AC 750 foi confirmada em *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2: o falso diagnóstico, de que um tumor maligno fosse benigno, reduziu a probabilidade de sucesso dos tratamentos disponíveis de 42% para 25%. A chance perdida não foi por isso considerada suficientemente séria, para efeitos de indemnização.

51 TSI processo n.º 178/2019, sentença de 6 de Junho de 2019.

52 VERA EIRÓ, “A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas”, 2012, p. 55.

53 ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 346 e ss.

protótipo de delito clássico, mas não são obstáculos inultrapassáveis.

A chance relevante será aquela que é indiscutivelmente *certa* e em que se verificou uma lesão final *certa*. Sem prejuízo de a chance em si mesma ter representado apenas uma mera possibilidade *incerta* de contributo causal para o referido resultado final, sendo que este se verificou, de facto e sem dúvidas.

Há quatro momentos a distinguir. (1) Verificou-se o indiscutível *incumprimento* obrigacional do dever jurídico de alguém proporcionar a chance. (2) Consumou-se o *dano final*. (3) A chance tem de ter sido *real*, havia de facto uma hipótese de conseguir o resultado desejado. Houve um contributo causal plausível, suficientemente relevante, não demasiado insignificante. Considera-se que a chance não será real se houver outras causas alternativas que sempre teriam conduzido ao mesmo dano final. É a relevância positiva da causa virtual. (4) E a chance tem de ser suficientemente *séria*: apesar da incerteza do contributo causal, exige-se que o cumprimento desse dever tivesse diminuído substancialmente a probabilidade de se poder vir a verificar o dano que, de facto, se tornou realidade.

A maior crítica analítica é que a dependência do grau de probabilidade implica uma relativização da respectiva autonomia. Ou seja, depende de o dano final ter mesmo de se verificar<sup>54</sup>. Naturalmente, se afinal a vida até correr bem e o incumprimento por acaso não tiver consequências nefastas, este fica reduzido a uma causa virtual irrelevante, sem interesse jurídico. Nessa medida há uma perda lógica de autonomia conceptual. O dano de chance depende absolutamente de o dano final se verificar, apesar de não se confundir com ele. Não é então um problema de probabilidade *tout court*, mas de concretização da probabilidade. A seu modo, assemelha-se a uma reversão da ideia da causalidade virtual, em que por uma qualquer surpresa improvável, afinal não se verifica o dano. Com efeito, as dificuldades do tratamento analítico da causalidade virtual são também conhecidos, mas nem por isso são consideradas inultrapassáveis<sup>55</sup>. Também o Direito Penal pune a tentativa falhada – mas não só. O mesmo deve valer para a perda de chance. O raciocínio lógico linear deve ceder perante imperativos de prudência e justiça. É censurável a supressão da chance; esta não é “perdida” por motivo fortuito, mas por verdadeiro incumprimento obrigacional, imputável a quem viola a lei ou o contrato. Pode ser excessivo imputar o dano final por inteiro.

Não há uma diferença relevante entre ganhar um resultado desejado, – como a cura médica, a lotaria ou o vencimento da acção judicial –, ou não perder,

54 VINEY, JOURDAIN, CARVAL e GHESTIN, *Traité de Droit Civil: Les conditions de la responsabilité*, 2013, p. 103. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual negativo e perda de chance*, 2011, p. 119.

55 Impõe-se respectivamente a sua relevância, por causa da função compensatória, e a sua irrelevância, por prevenção geral.

mantendo a saúde ou não sendo condenado. A teoria da diferença de MOMMSEN parece estar consagrada também no artigo 558.º n.º 1 do Código Civil de Macau.

Não tem de haver sempre um só “culpado”. É preciso considerar todos os quatro fundamentos de imputação de danos, em relação a todos os intervenientes: culpa, incumprimento, risco e benefício<sup>56</sup>. E pode não haver um ladrão, pode tratar-se de um risco geral da vida, como um problema de saúde. Há pelo menos quatro pilares possíveis para alocar as perdas e o número de intervenientes a quem podem ser imputados os danos é potencialmente infinito. Cada um pode ter um papel distinto ao nível da contribuição naturalística ou um aproveitamento diferente da situação de perigo, o que deve ser visto à luz da fórmula de HAND e WILBURG, em tratamento igual de todas as partes em causa<sup>57</sup>.

Os problemas da concausalidade não se colocam em exclusivo na perda de chance e nem por isso se impede noutras áreas uma decisão proporcional, apesar de depender de critérios igualmente fluídos e falíveis na divisão da causalidade ou da imputação<sup>58</sup>. O problema não é apenas de tendências naturais do decisor para certo viés, mas também no que KAHNEMAN denomina de ruído perturbador da decisão. O Autor sugere formas de higiene do processo decisório para reduzir tal ruído e consequentemente também os níveis evitáveis de discricionariedade do julgador<sup>59</sup>.

A maior diferença em relação à concausalidade será que aqui se pretende dividir a responsabilidade com absolutamente ninguém – porque falta um critério de imputação nítido a um terceiro, culpa ou risco. O problema é que esse “ninguém” na realidade é o lesado. Dir-se-ia que não teve “culpa”, mas existe o fundamento de imputação do risco do lesado, *res perit domino suo*, que não deve ser escamoteado. Não se vê razão para não partilhar a responsabilidade na medida da respectiva culpa, do contributo causal e do respectivo risco. O incumpridor

56 ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 271 e ss.

57 *Ibidem*, p. 259 e ss.

58 Problemas análogos surgem na concausalidade, quando várias causas são imputáveis a diferentes responsáveis, que concorrem para a produção do mesmo resultado. Incluem-se aqui os casos de culpa ou risco do lesado. Mesmo tratando-se de responsabilidade pelo risco, veja-se o exemplo de DARI-MATIACCI e PARISI de uma colisão rodoviária, em que ambos os condutores conduzem com exímia prudência, e irrepreensível diligência e máxima atenção, mas um deles ia a uma velocidade de apenas 5 km/h superior à do outro, in “Liability rules: An economic taxonomy”, p. 132 e ss. O exemplo é dado para explicar a chamada causalidade comparada. É adequado que o condutor mais veloz suporte proporção maior do que o outro condutor, em igualdade de circunstâncias, ainda que seja mesmo muito pequena e extremamente difícil determinar o quantitativo em concreto. LESHEM e MILLER, “All-or-nothing versus proportionate damages”, 2009, p. 345 e ss.

59 KAHNEMANN, SIBONY e SUNSTEIN, *Noise – A Flaw in Human Judgement*, 2021.

certamente não deve ser isentado da responsabilidade pela chance que devia ter proporcionado, mas também não deve ser desproporcionalmente sobrecarregado com níveis de risco que simplesmente não lhe são exigíveis ou imputáveis. Quem tem riqueza, saúde ou outros bens, todos os dias corre o risco de perdê-los, por inúmeros motivos. E pode não haver fundamento suficiente para imputar a perda a outrem.

No Código Seabra ficou consagrada a expressão “necessariamente” no artigo 707.º, mas VAZ SERRA no Código Civil de 1966 optou por seguir a posição de ENNECCERUS e LEHMANN<sup>60</sup>, que preconizavam uma formulação negativa da causalidade adequada, segundo a qual se admite responsabilizar alguém que seja autor de uma causa que não se mostre “de todo indiferente à produção do dano” (*gleichgültig*)<sup>61</sup>.

Várias hipóteses de solução podem ser aventadas. Desde logo indemnizar só uma percentagem, em atenção à probabilidade de sucesso da chance em questão. Contra essa solução, EHLGEN defende que uma solução de “tudo ou nada” é, afinal, mais justa e adequada<sup>62</sup>. O que faz recordar o desabafo conformista de VON CAEMMERER sobre o dano físico (*Sachschaden*): em média poderá fazer sentido e ser praticável. Surgem ainda outras soluções gradualistas<sup>63</sup>, muitas das quais talvez façam mais sentido quando haja um dever de proporcionar a chance.

Pode-se além disso sancionar o incumprimento disciplinarmente, o que oferece pouca consolação ao lesado<sup>64</sup>. Esta solução afigura-se mais exequível nos casos de responsabilidade médica, dos advogados, dos revisores de contas, dos arquitectos, dos engenheiros, entre outros, mesmo quando estejam em causa contratos privados. No entanto, não têm de ser formas alternativas de

60 ENNECCERUS e LEHMANN, *Schuldrecht*, 1954, p. 631.

61 Veja-se também a causalidade “probabilista”, acima duma probabilidade reduzida ou muito reduzida, e a este propósito a decisão do Acórdão do STJ de 16 de Fevereiro de 2016 (GABRIEL CATARINO).

62 Pelo menos no que respeita à responsabilidade médica. EHLGEN, *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*, 2013. Recorde-se que para os actos médicos se tem instituído na Alemanha a solução de inversão do ónus da prova, se for provada a negligência médica. Assim a chance de cura perdida traduz-se num risco para o médico de não conseguir provar a irrelevância causal do tratamento preterido.

63 A expressão entre aspas é de PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, 2008, p. 1105 e s. Critica que as vantagens de tais soluções são pagas com “um *excesso de responsabilização*, insegurança e, sobretudo, com o efeito de transformar o lesante em *garante da probabilidade de sucesso* de cada titular da chance, quando esta, por definição, não oferecia nada de garantido”. E *idem*, “Perda de chance processual”, 2016, p. 180.

64 Para os trabalhadores que exercem funções públicas em Portugal, a matéria foi regulada pela Lei n.º 35/2014 de 20 de Junho (LTFP) que revogou a Lei n.º 58/2008 de 9 de Setembro.

responsabilidade, devem poder ser cumuladas.

Para a supervisão pública, o problema é enquadrado por MARIA DA GLÓRIA GARCIA e MARTA PORTOCARRERO com considerações pertinentes: “O princípio [da precaução] terá, no âmbito da atividade administrativa, uma grande valia em sede de medidas de polícia, em particular na vigilância contínua de atividades autorizadas. Em sede de responsabilidade administrativa, uma aplicação acrítica deste princípio conduziria na responsabilidade com culpa toda a ação danosa que, perante um risco duvidoso (não provado cientificamente) de ocorrência de um dano, tivesse sido realizada. Toda e qualquer ação que, nesse caso, deveria ter sido substituída por uma abstenção perante a possibilidade, ainda que virtual, de existência de um risco de dano. Uma tal posição de princípio conduziria à estagnação total do desenvolvimento social na falta de prova de inexistência de risco. Daí a necessidade de conjugação do princípio da precaução com o princípio da proporcionalidade na apreciação do grau de suspeita de risco associado à atividade no momento da sua prática, a fim de avaliar o que seria *exigível* ao agente fazer para evitar o dano e, na medida em que não o tiver feito, responder com base na culpa”<sup>65</sup>. Reconhecem-se aqui considerações presentes também no sistema móvel de HAND e WILBURG.

Como vimos, o Direito não tem de seguir padrões estritamente lógico-matemáticos quando estes conduzem a soluções que sacrificam o tratamento igual que é devido. Será melhor ancorar a solução na certeza do direito à chance em si mesma, como objecto de um dever incumprido. Não é por acaso que a questão surge quando há um incumprimento obrigacional de um advogado, médico, fiscal ou júri de um concurso. No caso dos médicos, dos advogados e das entidades de fiscalização, está em causa o incumprimento de obrigações de meios cujo objecto principal e escopo é justamente proporcionar a chance em questão. O lesado tinha um direito *certo* ao comportamento alheio. A analogia ao incumprimento contratual clama a intervenção do Direito, mesmo que não se esteja na presença de uma obrigação em sentido clássico. Não há razão para ignorar o dever primário de prestar da parte de um profissional contratado, das entidades adjudicantes, das seguradoras ou das concessionárias de jogo. E também dos fiscais. Na falta de previsão contratual expressa do dever, a conclusão pelo respectivo incumprimento pode passar pela interpretação de uma norma de protecção concreta e específica, deveres de tráfego ou a ponderação dos elementos da fórmula de WILBURG e de HAND. A medida da indemnização depende da intensidade dos elementos

65 MARIA DA GLÓRIA GARCIA e MARTA PORTOCARRERO, Anotação ao Artigo 11.º - Responsabilidade pelo risco, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, 2013, p. 317. Sobre o princípio da precaução, veja-se o artigo 191.º n.º 2 do TFUE; ANA GOUVEIA MARTINS, *O princípio da precaução no Direito do Ambiente*, 2002, e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O lugar do direito na protecção do Ambiente*, 2007, p. 440 e ss.

pressupostos pela responsabilidade.

Quando a chance não está irremediavelmente perdida, ou seja, se for possível a restauração natural, é difícil duvidar que esta seja devida. Será o caso de anulação de um concurso, para admitir o concorrente indevidamente preterido, do tratamento médico atrasado ou da nova acção judicial, sempre que ainda sejam possíveis. O incumpridor não está obrigado ao sucesso final, mas deve proporcionar a chance, ainda que tarde. Admitir a restauração natural nestes casos torna conceptualmente mais difícil negar que exista um verdadeiro dano de perda de chance, diferente do dano final<sup>66</sup>.

A perda de chance poderá porventura também dar um enquadramento melhor à indemnização pelo dano contratual negativo. E também aos casos de erro ou dolo. Nestes casos, há uma maior analogia com a chance perdida do que o incumprimento de providenciar um resultado, indemniza-se a chance e não o dano final.

Causa menos estranheza admitir a autonomia ontológica da chance se tivermos presente o Direito Penal. É punida a tentativa, conforme acima referido, mas não só. No Direito Criminal releva ainda o mero perigo como desvalor autónomo digno de punição<sup>67</sup>. A seu modo, trata-se do reverso da chance, podia ser descrito como chance de lesão. Temos o aumento da probabilidade de verificação de um benefício ou de um malefício, respectivamente. A noção de perigo concreto pode assim contribuir para descobrir a chance juridicamente relevante. Nestes, o perigo é o evento ou o resultado da acção<sup>68</sup>.

## 5. Conclusão

O facto de não haver sempre um mercado em que o bem seja transaccionado não impede o reconhecimento de um bem jurídico enquanto tal. A chance em si mesma pode de resto ser objecto de sinalagmas nos contratos aleatórios e nas

---

66 Recorde-se o caso em que, na sequência de prestação de informação errada, o tribunal decidiu que os funcionários lesados passavam a ter um novo prazo para optar pelos termos da pensão, nos processos n.º 19/69, n.º 20/60 e n.º 30/69, a 1.º secção do Tribunal de Justiça a 28 de Maio de 1970, *Denise Richez-Parise e outros contra Comissão das Comunidades Europeias* [1970] ECR 325.

67 Por todos, FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, 1992, e RUI PEREIRA e RUI CARLOS, *O dolo de perigo*, 1995. Também admite a autonomia ontológica da chance, MARGARIDA LIMA REGO, “Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais”, 2013, p. 139 e ss.

68 “Não existindo a situação de perigo no caso concreto, não há crime”, CAVALheiro DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, tomo I (1992), 2010, p. 145.



obrigações de meios. A perda de chance releva quando o devedor, nesses casos, incumpra a obrigação, mesmo sabendo exactamente qual o contributo causal da conduta preterida para o resultado tido em vista e a respectiva importância. Não é justo nem adequado que, depois de verificado o dano final, o inadimplente não seja chamado a ressarcir nem uma proporção da perda previsível, aquela que veio a verificar-se, avaliada autonomamente<sup>69</sup>. O grau de culpa do incumpridor, apreciado também de acordo com a fórmula de HAND<sup>70</sup>, releva para uma reacção proporcional wilburguiana do Direito ao ilícito. No incumprimento contratual a solução não é muito diferente.

A base legal para a fixação equitativa da indemnização pode ser encontrada por analogia com o regime da responsabilidade obrigacional, mas também no artigo 560.º n.º 3, no artigo 487.º e até no artigo 557.º do Código Civil de Macau.

Sempre que não seja possível proporcionar uma nova chance, o montante da indemnização deve ser balizado pelo dano final, como máximo. Uma proporção deve ser fixada em função do grau de probabilidade ao contributo causal da chance para o dano final. E deve então ser alocado o dano na medida das respectivas “culpas”, ou seja, tendo em conta não só a remuneração do lesante, mas também o risco do lesado. O limite mínimo será a despesa frustrada que o lesado teve só para que a chance existisse. Se houver algum proveito retirado pelo inadimplente do incumprimento, este será somado ao limite mínimo do ressarcimento. Não parece que seja de temer a arbitrariedade nem a implosão do sistema, se o juízo de analogia estiver suficientemente fundamentado e se mantiver dentro destes parâmetros objectivos.

---

69 Sobre a avaliação da perda de oportunidade, MÄSCH, *Chance und Schaden*, 2004, p. 320 e ss.

70 POSNER, *Tort Law – Cases and Economic Analysis*, 1982, p. 1 a p. 9.