

A PERDA DE CHANCE NO DIREITO PORTUGUÊS

MARIA MALTA FERNANDES



NOVA CAUSA
EDIÇÕES JURÍDICAS

Título

A Perda de Chance no Direito Português

Autora

Maria Malta Fernandes

Editor

NovaCausa

Edições Jurídicas

NOVACAUSA

EDIÇÕES JURÍDICAS

Braga, Portugal

www.novacausa.net

ISBN

978-989-9026-40-7

Depósito Legal

496 955/22

Design

Vitor Duarte

vitorduartedesign.blogspot.com

Impressão e Acabamento

Manuel Barbosa & Filhos, Lda

© 2022, março

NovaCausa, Edições Jurídicas

1214471

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

Índice

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

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

3.1 – A PERDA DE CHANCE NO ÂMBITO DO CONTEXTO EM QUE O DANO OCORREU	163
3.1.1 – <i>Casos de oportunidade de vitória em jogos de sorte ou azar</i>	163
3.1.2 – <i>Casos de oportunidade de vitória em competições desportivas</i>	163
3.1.3 – <i>Casos de oportunidade de vitória em processos judiciais, procedimentos administrativos e concursos privados</i>	165
3.1.4 – <i>Casos de oportunidade de cura e casos de oportunidade de sobrevivência</i>	167
3.1.5 – <i>Casos de oportunidade comercial</i>	169
3.2 – A PERDA DE CHANCE CONSOANTE A NATUREZA DO DANO FINAL	171
3.2.1 – <i>A oportunidade económica e a oportunidade pessoal</i>	171
3.2.2 – <i>A oportunidade de captação de lucro e a oportunidade de evitar um dano</i>	172
3.2.3 – <i>A oportunidade direta e a oportunidade consequencial (indireta)</i>	174
3.2.4 – <i>Momento temporal</i>	175
CAPÍTULO TERCEIRO – O ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DA PERDA DE CHANCE	177
1 – PERSPETIVA GERAL	179
2 – CARACTERIZAÇÃO DA CHANCE	184
2.1 – A NEUTRALIDADE E A ALEATORIEDADE	184
2.2 – A AUTONOMIA E A ATUALIDADE	185
2.3 – A SERIEDADE	187
2.4 – A REALIDADE	190
3 – AS TEORIAS DA PERDA DE CHANCE	192
3.1 – A TEORIA DA CAUSALIDADE PARCIAL – A TEORIA FALSA	196

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

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

**CAPÍTULO QUINTO – PONTO DE CHEGADA:
ANÁLISE CRÍTICA À APLICAÇÃO DA TEORIA
DA PERDA DE CHANCE NO DIREITO CIVIL**

PORTUGUÊS: PROPOSTAS	315
1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS	317
2 – SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À PERDA DE <i>CHANCE</i>	318
2.1 – O PRINCÍPIO DO « <i>TUDO OU NADA</i> »	318
2.2 – TÉCNICAS DE FACILITAÇÃO PROBATÓRIA	321
2.3 – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	325
3 – A PERDA DE <i>CHANCE</i> À LUZ DO DIREITO CIVIL PORTUGUÊS	331
4 – POSIÇÃO ADOTADA	342
4.1 – DE IURE CONSTITUTO	343
4.2 – DE IURE CONSTITUENDO	352
CONCLUSÕES	357
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	371
JURISPRUDÊNCIA	385