

Em busca da chance perdida

O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica^[1]

Vera Lúcia Raposo / 黎慧華

Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal

[1] O presente estudo corresponde, com ligeiras alterações, ao estudo publicado na Revista Jurídica do CRED-DM, da Fundação Rui Cunha, em Macau.

SUMÁRIO: 1. Perda de chance: breve definição 2. A perda de chance no campo médico 3. Perda de chance na jurisprudência portuguesa 4. Breve análise da actuação da perda de chance

Bibliografia

I. PERDA DE CHANCE: BREVE DEFINIÇÃO

A grande responsável pela teoria da perda de chance^[2] foi a Corte de Cassação francesa, ao condenar um funcionário judicial por impedir o prosseguimento de um processo judicial que poderia ter concluído com uma decisão favorável ao autor^[3]. Estava-se então no longínquo ano de

[2] Seguimos neste estudo muitas das considerações que fizemos em RAPOSO, *Do Ato Médico...*, pp. 145 ss.

[3] Sobre a génese desta teoria na Europa, FERREIRA, *Indemnização...*, pp. 12-13.

O *leading case* da jurisprudência britânica sobre perda de chance ocorreu em 1911, no caso *Chaplin v. Hicks* ([1911] 2 KB 786 Court of Appeal). O caso nasceu quando a candidata a um concurso de beleza perdeu a oportunidade de vencer o dito concurso porque não foi notificada para a entrevista, tendo o

Court of Appeal reconhecido o valor judicial desta perda.

Já nos EUA, o *leading case* foi *Hicks v. United States*, 368 F.2d 626, 632 (4th Cir. 1966), acerca da diminuição da possibilidade de sobrevivência de uma paciente devido a um erro de diagnóstico.

1889 e dificilmente se poderia antever como esta teoria se iria alastrar a tantos cenários^[4], desde o mandato judicial até à prestação de cuidados médicos, passando pelo mau aconselhamento por parte de certos profissionais (por exemplo, em questões financeiras ou jurídicas)^[5] competições desportivas^[6], concursos públicos^[7], jogos de fortuna e azar, perda de oportunidades comerciais ou de oportunidades profissionais^[8].

Basicamente, referimo-nos àqueles casos em que se conclui que alguém (o réu) priva outrem (o autor) de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo^[9]. Eis aqui os dois elementos básicos da perda de chance: uma perda actual e efectiva, por um lado, uma possibilidade favorável real e séria, por outro lado.

[4] Ver os exemplos de COSTA, *Dano...*, pp. 29 ss.

[5] Por exemplo, dois casos da jurisprudência neozelandesa, *Martelli McKeeg Wells & Cormack v Commbank International NV* (CA, 7 November 1996, CA75/96) e *Benton v Miller & Poulgrain* [2005] 1 NZLR 66, in BARKER, "Damages for Loss...". Em *Martelli* o réu, advogado, não informou o cliente de uma potencial ilegalidade na transacção que aquele se propunha fazer com um terceiro. Embora a questão da ilegalidade tenha ficado resolvida, o negócio sofreu um atrasado substancial por via do qual só muito tarde o autor tomou determinadas medidas, o que levou a que os lucros fossem bem menores do que o esperado. No caso tratava-se de saber se, caso a ilegalidade tivesse sido identificado mais oportunamente, teria o autor actuado de outra forma. O caso *Benton* diz respeito à falta de aconselhamento adequado por parte de um advogado no que respeita a questões ligadas ao património comum de um casal. Quando o casal se divorciou, o autor

(elemento masculino do casal) alegou que, caso tivesse sido devidamente informado pelo advogado, teria pedido à esposa para assinar um acordo, sendo que a ausência de informação o privara da chance de lhe apresentar a proposta de um tal acordo, porém, sem que se saiba com rigor se a esposa o teria ou não assinado.

[6] Veja-se um episódio ocorrido nos jogos olímpicos de 2004, em que na prova da maratona o atleta brasileiro Vanderlei Cordeiro de Lima estava à frente dos demais competidores quando, a cerca de 6km da maratona e a 28 segundos do atleta que o antecedia, foi agarrado por um homem. Vanderlei caiu e só passado algum tempo se libertou do atacante, porém, o máximo que conseguiu foi cortar a linha da meta em 3.º lugar. Não sendo seguro que este atleta iria ganhar a prova, certo é que este incidente lhe retirou a chance de o fazer (caso relatado em COSTA, *Dano...*, p. 30).

[7] Porém, recusando o dano da perda de chance em caso de concurso público,

STJ, decisão de 06.03.2007, processo n. 07A138 e STJ, decisão de 16.06.2009, processo n. 1623/03.TCLRS.St, em ambos por se entender que não existia nexo causal (teoria da causalidade adequada) entre os factos e o dano.

[8] A jurisprudência italiana é particularmente profícua a este respeito, por exemplo, a propósito de um grupo de candidatos a um emprego que perderam a oportunidade de contratação porque não foram convocados para os correspondentes testes psicotécnicos (Corte di Cassazione, decisão de 19/11/1983, processo n. 6906) ou relativamente a um potencial candidato a um emprego que se viu excluído do processo de promoção profissional por força de uma norma relativa a impedimentos, que veio mais tarde a ser considerada ilegal (Corte di Cassazione, decisão de 19.12.1985, processo n. 6506). Cfr. MEDINA ALCOZ, "Hacia una Nueva...", p. 39.

[9] Sobre a perda de chance em geral, GOMES, "Sobre o Dano...", pp. 9-57.