

O DANO DA PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Pelo Dr. Nuno Tomás Cardoso⁽¹⁾

SUMÁRIO:

Introdução. **I. O Contrato de Mandato Forense.** 1. Da qualificação legal do contrato. 2. A Prestação do mandatário judicial. **II. O Modelo normativo de responsabilidade civil do advogado.** 1. Responsabilidade Civil Extracontratual. 2. Responsabilidade Civil Contratual. 3. Responsabilidade Civil Mista. **III. Evolução Histórica. O Surgimento do Dano da Perda de Chance.** 1. Direito francês. 2. Direito Espanho. 3. Direito alemão. 4. Direito Italiano. 5. Direito britânico. **IV. O Dano da Perda de Chance Em Portugal. Correntes Doutriniais.** 1. Não Admissibilidade. 2. Admissibilidade Condicionada. 3. Admissibilidade. **V. Evolução Jurisprudencial do dano da perda de chance.** 1. As Primeiras Decisões. 2. A Perda de Chance Processual. 3. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2022. **VI. Os Pressupostos da Perda de Chance.** 1. A Autonomia. 2. A Atualidade ou Consistência. 3. A Aleatoriedade. 4. A Seriedade. 5. Ónus da Prova. 6. O Cálculo da Indemnização. **VII. Considerações finais. Conclusões.**

Introdução

O reconhecimento da perda de oportunidade como dano indemnizável tem suscitado divergências na doutrina e jurisprudência no âmbito dos vários grupos de casos em que é aplicado.

(1) Juiz de Direito. O presente artigo corresponde, com as devidas adaptações, ao relatório apresentado no âmbito da disciplina de Direito Civil I no âmbito do Mestrado Científico em Direito e Ciência jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientado pelos Ex.^{mos} Senhores Professores Doutor Menezes Leitão e Rui Ataíde.

O objetivo deste trabalho é analisar brevemente o percurso desta problemática no âmbito do grupo de casos da responsabilidade civil do advogado, começando por identificar o contrato ao abrigo do qual o advogado desenvolve a sua atividade e a natureza da sua prestação e ainda o modelo jurídico-normativo de responsabilidade.

Em seguida, analisar-se-á o dano específico da perda de chance processual, começando pelo seu surgimento e desenvolvimento numa perspectiva de direito comparado europeu, para depois analisar as várias correntes existentes a nível nacional.

Seguidamente, analisar-se-á a evolução do dano da perda de chance na jurisprudência do nosso Supremo Tribunal de Justiça, e proceder-se-á a uma recensão suas características deste tipo de dano, concluindo-se com uma proposta de noção deste tipo de dano.

I. O contrato de mandato forense

1. Da qualificação legal do contrato

A figura contratual ao abrigo do qual o advogado desenvolve maioritariamente a sua atividade, é na maioria dos casos, o contrato de mandato, salvo aqueles em que intervém num âmbito de um contrato de trabalho.

O contrato de mandato encontra-se previsto no art. 1157.º do Código Civil, o qual define este tipo de contrato como “(...) o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra.”, sendo usual, no caso da atividade dos advogados, designar o contrato de mandato como mandato forense ou judicial.

No dizer da doutrina mais recente, segundo Rui Ataíde⁽²⁾, “o mandato judicial é o subtipo do contrato de mandato que confere legitimidade aos advogados para assegurarem a representação do seu mandante (dito também “constituente”) em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz”, praticando os atos próprios da profissão de advogado, previstos nos n.ºs 5 e 6 do art. 1.º da Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto⁽³⁾.

(2) ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Direito dos Contratos*, Gestlegal, 2022, p. 139.

(3) Artigo 1.º

Atos próprios dos advogados e dos solicitadores (...)

5 — *Sem prejuízo do disposto nas leis de processo, são actos próprios dos advogados e dos solicitadores:*

O contrato de mandato surge assim englobado pelo contrato de mandato judicial ou forense, que na definição legal do art. 67.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro⁽⁴⁾, que aprovou o Estatuto da Ordem dos Advogados, doravante EOA, assume um carácter mais amplo do que na lei dos atos próprios da profissão de advogado.

O contrato de mandato forense surge no âmbito do patrocínio judiciário como um instrumento legal de carácter obrigatório em todas as causas de tribunais com alçada, em que seja admissível recurso ordinário, bem como nas causas em que seja sempre admissível recurso e nos recursos interpostos nos tribunais superiores (art. 40.º CPC), e constitui-se através de procuração ou declaração verbal no processo (art. 43.º CPC).

Uma vez que apenas os licenciados em direito com inscrição na Ordem dos Advogados, poderão praticar os atos próprios dos advogados (art. 1.º, n.º 1 da Lei n.º 49/2004), o contrato de mandato forense é necessariamente um contrato de mandato com representação, em que o mandatário forense pratica atos em nome e por conta do seu mandante ou constituinte.

Devido à sua finalidade específica, o contrato de mandato forense assume diferenças perante o contrato de mandato civil, em particular no

a) *O exercício do mandato forense;*

b) *A consulta jurídica*

6 — *São ainda actos próprios dos advogados e dos solicitadores os seguintes:*

a) *A elaboração de contratos e a prática dos actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos, designadamente os praticados junto de conservatórias e cartórios notariais;*

b) *A negociação tendente à cobrança de créditos;*

c) *O exercício do mandato no âmbito de reclamação ou impugnação de actos administrativos ou tributários.*

7 — *Consideram-se actos próprios dos advogados e dos solicitadores os actos que, nos termos dos números anteriores, forem exercidos no interesse de terceiros e no âmbito de actividade profissional, sem prejuízo das competências próprias atribuídas às demais profissões ou actividades cujo acesso ou exercício é regulado por lei.*

(4) Redacção anterior à alteração da Lei n.º 6/2024, de 19 de Janeiro

Artigo 67.º

Mandato forense

1 — *Sem prejuízo do disposto na Lei n.º 49/2004, de 24 de agosto, considera-se mandato forense:*

a) *O mandato judicial para ser exercido em qualquer tribunal, incluindo os tribunais ou comissões arbitrais e os julgados de paz;*

b) *O exercício do mandato com representação, com poderes para negociar a constituição, alteração ou extinção de relações jurídicas;*

c) *O exercício de qualquer mandato com representação em procedimentos administrativos, incluindo tributários, perante quaisquer pessoas coletivas públicas ou respetivos órgãos ou serviços, ainda que se suscitem ou discutam apenas questões de facto.*

2 — *O mandato forense não pode ser objeto, por qualquer forma, de medida ou acordo que impeça ou limite a escolha pessoal e livre do mandatário pelo mandante.*

âmbito das obrigações do mandatário previstas no Código Civil, devido à interseção das normas previstas no estatuto da Ordem dos Advogados, as quais, novamente, no dizer de Rui Ataíde⁽⁵⁾, assumem a natureza de “*um denso conjunto de vinculações publicistas que protegem valores supra partes*”.

Assim, enquanto no mandato civil, o mandatário deve cumprir o mandato segundo as instruções do mandante [art. 1161.º, alínea *a*) do CPC], no mandato forense o advogado deve agir sempre com independência (art. 89.º EOA), se necessário recusando as instruções ilegítimas do mandante, no sentido de promover a chicana processual ou a contenda temerária com a contraparte, tendo o advogado o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente, mas sempre em cumprimento das normas legais e deontológicas (art. 97.º, n.º 2 EOA) atento os deveres do advogado para com a comunidade, o que torna o exercício desta profissão de inequívoco interesse público.

A interseção das normas previstas no EOA impondo deveres para com o advogado, que conformam a sua prestação, mereceu o comentário de Menezes Cordeiro⁽⁶⁾ no sentido de que os deveres específicos que se encontram previstos no Estatuto destes profissionais apesar de serem iguais aos que já resultam da boa-fé, devem ser utilizados “*para densificar o conteúdo geral do mandato civil*”, assim se considerando esses deveres como obrigações que constituem parte integrante do contrato que seja celebrado entre o mandatário forense e o seu constituinte para defesa dos seus interesses, devendo também se aplicar aos casos mais residuais, em que o mandato forense é prestado no quadro de um contrato de trabalho subordinado, ou ainda na defesa oficiosa.

2. A prestação do mandatário judicial

A atividade do mandatário judicial tem por objeto o patrocínio dos interesses do mandante, através da prática dos atos que se mostrem adequados, de acordo com as leis da arte, à defesa e patrocínio dos interesses do cliente.

(5) ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, obra citada, p. 140.

(6) CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil, XII, Contratos em Especial* (2.ª parte), Almedina, 2020, p. 713.

Procurando classificar a natureza da prestação do advogado, cumpre em primeiro lugar recorrer à classificação geral das prestações no âmbito do direito das obrigações, a qual teve origem em René Demogue⁽⁷⁾, que subdividiu as mesmas em obrigações de meios ou de resultado.

Assim, e no dizer de Almeida Costa⁽⁸⁾, as obrigações de meios são aquelas “*em que o devedor apenas se compromete a desenvolver prudentemente e diligentemente certa atividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza*”.

Deste modo, serão obrigações de meios todas as obrigações de facto positivo, em particular as que se relacionem com atividades profissionais ou artísticas, como seja o caso da “*obrigação do advogado pelo que toca ao êxito da causa que patrocina*”.

Pelo contrário, obrigações de resultado seriam aquelas em que o devedor “*está vinculado a conseguir um certo efeito útil*”, um determinado resultado.

Esta classificação das obrigações, apesar de útil no sentido da distinção das diferentes prestações, mereceu a crítica de Gomes da Silva⁽⁹⁾, o qual considerou a mesma como algo inconclusiva, pois mesmo no caso das obrigações de meios é possível afirmar que “*têm sempre em vista um fim*” específico que justificou a celebração do contrato, o qual deve ser considerado um elemento estrutural da obrigação e por outro lado, no caso das obrigações de resultado, é também possível afirmar que “*o próprio comportamento exigido ao devedor não abranja todo o esforço necessário para atingir o fim*”, o que levaria desde logo a um incumprimento da obrigação desde o início, caso não seja possível atingir o resultado só com a prestação do obrigado, pelo que a melhor classificação das obrigações ou das natureza das suas prestação, deveria atender ao fim da obrigação.

A crítica mostra-se certa, embora no dizer de Menezes Leitão⁽¹⁰⁾, haja que reconhecer algum interesse prático a esta classificação clássica de obrigação de meios e obrigação de resultado, pois a mesma permite distinguir a forma como é estabelecido o ónus da prova do incumprimento da obrigação, ou no dizer de Rui Ataíde⁽¹¹⁾, a forma como é estabelecido o

(7) RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Tome V, parte I, Libraire Arthur Rousseau, Paris, 1925, p. 536.

(8) COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, 2022, p. 1039.

(9) SILVA, GOMES DA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, AAFDL, 2020, pp. 206 e 233-247.

(10) MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16.ª ed., reimpressão, 2022, p. 137.

(11) ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Gestlegal, 2022, p. 103.

regime da exoneração do respetivo incumprimento, pois enquanto nas obrigações cujo objeto da prestação é um resultado, bastará demonstrar a não verificação do mesmo para existir desde logo um incumprimento assacado ao devedor, enquanto nas prestações de meios, não basta demonstrar a não verificação do resultado, havendo ainda que demonstrar que diligência empregue pelo devedor no cumprimento da obrigação, não foi a devida, designadamente, por não ter empregue corretamente as leis da arte previstas para o tipo de contrato em causa.

Efetuada o apontamento sobre esta modalidade de classificação das obrigações, cumpre salientar que a prestação do mandatário forense tem sido caracterizada como uma obrigação de meios, por contraposição às obrigações de resultado, acentuando o estatuto da Ordem dos Advogados esta natureza da obrigação de meios, consagrando um dever de competência e disponibilidade permanente do mandatário para acompanhar o patrocínio com todos os seus conhecimentos (art. 98.º, n.º 2 EOA).

A jurisprudência tem também classificado a prestação a cargo do advogado como obrigação de meios, precisamente devido à previsão legal expressa do dever de competência e diligência, porquanto apenas os licenciados em direito poderão ser advogados, logo, apenas estes, com a sua especial qualificação, poderão praticar os atos inerentes a este tipo de mandato, desde a consulta jurídica, ao patrocínio forense, neste sentido, o Ac. STJ 04.02.2012⁽¹²⁾ onde se decidiu que “*No mandato forense, a prestação do mandatário insere-se nas denominadas obrigações de meios, em que o devedor apenas se obriga a praticar ou desenvolver determinada atuação, comportamento ou diligência com vista à produção do resultado pretendido pelo credor, atuação ou comportamento que, por vezes, relativamente a certas classes profissionais, se encontra regulamentado por estatutos próprios ou específicos*”.

O cumprimento defeituoso ou o incumprimento da obrigação no âmbito do contrato de mandato forense, à semelhança dos demais contratos, poderá ser assim gerador de responsabilidade civil, cumprindo analisar o modelo normativo de responsabilidade civil.

(12) STJ 04-02-2012 (Alves Velho) Proc. n.º 289/10.7. <www.dgsi.pt>.

II. O modelo normativo de responsabilidade civil do advogado

O modelo normativo de responsabilidade civil dos advogados em Portugal suscitou pequenas divergências sobre a sua natureza, que aqui referimos por apontamento histórico, tendo existido três posições publicadas a este respeito: os que consideram que a responsabilidade civil do advogado será sempre extracontratual, os que consideraram que será sempre contratual e os que consideram que poder ser mista, contratual ou extracontratual, elencando-se as mesmas num breve apontamento.

1. Responsabilidade civil extracontratual

Numa posição que classificamos como minoritária, representada por António Arnaut⁽¹³⁾, a responsabilidade civil do advogado assumirá sempre natureza extracontratual porquanto o eminente interesse público da advocacia e a regulação do seu estatuto em lei, determina que “*a responsabilidade civil decorrente do seu exercício só pode resultar da infração de deveres deontológicos estabelecidos*”, não podendo resultar da violação das obrigações previstas para o mandato civil, previstas no art. 1161.º do Cód.Civil, pois a fonte dos deveres jurídicos do advogado para com o cliente, são as normas deontológicas previstas atualmente nos arts. 99.º e 100.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, que aprovou o Estatuto da Ordem dos Advogados.

Esta interpretação mereceu a crítica de que nem todas as normas existentes no Estatuto da Ordem são normas de proteção de interesses alheios, protegendo também interesses subjetivos das partes contratantes, pelo que não se poderá considerar a responsabilidade dos advogados como unicamente extracontratual, porquanto um facto danoso lesará vários tipos distintos de interesses.

(13) ARNAUT, ANTÓNIO, *Iniciação à Advocacia*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1996, pp. 115-119.

2. Responsabilidade civil contratual

Para outra posição que também podemos considerar minoritária, Abel Laureano⁽¹⁴⁾ e Guedes da Costa⁽¹⁵⁾, sustentam que a responsabilidade civil será sempre contratual, pois mesmo nos casos de nomeação oficiosa, no âmbito do sistema de acesso ao direito, “*não pode deixar de se exigir o mesmo conjunto de obrigações do patrono ou do defensor para com o patrocinado oficiosamente, pois a prestação de serviços pelo advogado está enformada pelas mesmas regras num e noutro caso*”, pelo que integrando tais normas o contrato, a responsabilidade civil teria sempre natureza contratual.

A referida interpretação foi também perfilhada por Furtado Sousa⁽¹⁶⁾, o qual sustenta por sua vez que os deveres impostos pelas normas deontológicas constituem uma série de deveres acessórios, que pela sua natureza imperativa, devem considerar-se inseridas na prestação principal, isto é, no contrato, conformando o dever de prestar e como tal integrando o contrato, mesmo nos casos de patrocínio oficioso, sendo qualquer incumprimento sempre um incumprimento contratual, não existindo espaço para a responsabilidade civil extracontratual.

Esta interpretação tem merecido a crítica inversa da teoria anterior, na medida que nem todas as normas existentes no Estatuto da Ordem envolvem a violação de direitos subjetivos, protegendo também interesses alheios aos das partes contratantes, designadamente, interesses públicos, pelo que não se poderá considerar a responsabilidade dos advogados como unicamente contratual, pois trata-se de uma profissão de eminente interesse público.

3. Responsabilidade civil mista

Para outra posição, que poderemos considerar maioritária, onde se incluem Moitinho de Almeida, Lebre de Freitas e Rui Ataíde, a responsabilidade civil do advogado será de natureza mista, ou seja, poderá assumir

⁽¹⁴⁾ LAUREANO, ABEL, *O Cliente e a independência do advogado*, Quid Juris, 2000, p. 61.

⁽¹⁵⁾ DA COSTA, ORLANDO GUEDES, *Direito Profissional do Advogado — Noções Elementares*, 7.ª ed., Almedina, 2010, p. 401.

⁽¹⁶⁾ FURTADO SOUSA, VÍTOR MANUEL, *A responsabilidade civil dos advogados pela violação de normas deontológicas*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Dissertação de Mestrado em Direito — Ciências Jurídicas-Privatísticas, Porto, julho 2014, pp. 43-44, ss.

a natureza contratual ou extracontratual consoante a fonte da obrigação da qual promane o dever de agir do advogado no caso concreto.

Deste modo, para Moitinho de Almeida⁽¹⁷⁾, a responsabilidade civil do advogado será mista, porquanto “*se o advogado não cumpre ou cumpre defeituosamente as obrigações que lhe advêm do exercício do contrato de mandato (ou inominado) que firmou com o constituinte, tacitamente ou mediante procuração, incorre em responsabilidade contratual para com ele; se o advogado praticou facto lesivo dos interesses do seu constituinte, já a sua responsabilidade civil para com o mesmo constituinte é extracontratual ou aquiliana*” pelo que na maior parte dos casos, segundo o mesmo autor, o lesado poderá invocar uma ou outra forma de responsabilidade, salvo nos casos das nomeações oficiosas no âmbito do sistema de acesso ao direito, na medida em que nesses casos, “*porque não há qualquer contrato, a responsabilidade civil do advogado é sempre e apenas a extracontratual*”, por emerge de um vínculo legal.

No mesmo sentido, Lebre de Freitas⁽¹⁸⁾, para quem “*são contratuais os deveres para com o cliente — e é contratual a responsabilidade decorrente da sua violação — que impendem sobre o advogado mandatado para a parte para o exercício do patrocínio ou para uma atividade extra-judicial, desde a consulta à elaboração de um contrato (...) Mas são extracontratuais os deveres do advogado oficioso (...). Delitual é também a responsabilidade decorrente da violação de deveres do profissional liberal para com a comunidade, os colegas e a respetiva Ordem ou associação profissional*”.

Mais recentemente, Rui Ataíde⁽¹⁹⁾, veio considerar que “*a responsabilidade do advogado pelos danos causados ao seu cliente por actos praticados no exercício da respetiva profissão é de natureza obrigacional e de índole subjetiva, salvo quando se verificam em relação à sua pessoa os pressupostos da responsabilidade civil objetiva do devedor por actos dos auxiliares, estabelecida no art. 800.º*”, mais afirmando o mesmo autor que “*a responsabilidade civil do advogado perante terceiros (v.g., outros advogados, a contraparte, o Tribunal ou a Ordem dos Advogados), a qual, como exorbita dos quadros do mandato forense, é, necessariamente, de cariz extra-obrigacional*”.

(17) DE ALMEIDA, MOITINHO, *Responsabilidade civil dos advogados*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1998, p. 11.

(18) LEBRE DE FREITAS, JOSÉ, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra Editora, 2002, p. 824.

(19) ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Direito dos Contratos*, Gestlegal, p. 144.

A jurisprudência tendo vindo a aderir à posição que sustenta que a responsabilidade civil do advogado tem natureza mista, neste sentido, o Ac. STJ de 02.05.2019⁽²⁰⁾, decidiu que a definição da natureza da responsabilidade civil é uma questão de qualificação jurídica, pelo que “*A responsabilidade civil do advogado pela violação das normas deontológicas impostas pelo EOA, no âmbito da relação advogado-cliente, tem natureza contratual na medida em que tais normas constitutivas consubstanciam uma série de deveres acessórios que conformam e integram-se na prestação principal emergente do contrato de mandato forense*”, pelo que a responsabilidade civil do advogado é sempre contratual, mas “*se o ilícito consistir em conduta violadora de outros deveres — ou normais legais — não integradas especificamente no contrato de mandato forense, a responsabilidade civil do advogado para com o cliente pode ter natureza extra-contratual*”, designadamente, quando são lesados direitos de terceiros.

4. Os pressupostos da responsabilidade civil

Nos diversos ordenamentos jurídicos, a definição dos pressupostos da responsabilidade civil tem assumido contornos variáveis, tendo na doutrina nacional, no dizer de Menezes Cordeiro⁽²¹⁾, cada autor adotado o seu próprio sistema.

A definição variada dos pressupostos da responsabilidade civil na doutrina nacional, mereceu também o comentário de Pessoa Jorge⁽²²⁾, que efetuou uma recensão sobre as classificações dos pressupostos efetuada por Gomes da Silva, Manuel de Andrade, Galvão Telles, Vaz Serra, Pires de Lima e Antunes Varela, elencando pelo menos seis classificações, onde assinalou uma “*certa tendência para considerar pressupostos da responsabilidade civil o ato ilícito, o prejuízo, o nexo de causalidade e o nexo de imputação*”.

No dizer de Menezes Cordeiro⁽²³⁾, a generalidade da nossa doutrina assenta hoje “*na pentapartição, facto, ilicitude, culpa, dano e causalidade*” a qual é também utilizada pela jurisprudência.

⁽²⁰⁾ STJ 02-05-2019 (Rosa Tching) Proc. n.º 14647/14.4. <www.dgsi.pt>.

⁽²¹⁾ CORDEIRO, MENEZES, *Tratado de Direito Civil, VIII — Direito das obrigações, Gestão de negócios, Enriquecimento sem causa, Responsabilidade civil*, Almedina, 2020, reimpressão, p. 429, ss.

⁽²²⁾ JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, 1999, p. 52.

⁽²³⁾ CORDEIRO, MENEZES, obra citada, p. 433.

A responsabilidade civil pode ser classificada como delitual ou extracontratual (art. 483.º do Cód.Civil) e como obrigacional ou contratual (art. 798.º do Cód.Civil), tendo o nosso legislador, nas palavras de Menezes Leitão⁽²⁴⁾, tratado separadamente estas duas categorias de responsabilidade civil, “*ainda que tenha sujeitado a obrigação de indemnização delas resultante a um regime unitário*” previsto no art. 562.º do Cód.Civil.

Os pressupostos da responsabilidade civil delitual serão assim: o facto voluntário do agente, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Os pressupostos da responsabilidade civil obrigacional serão os mesmos, porquanto como bem salienta Menezes Leitão⁽²⁵⁾, da letra do art. 798.º do Cód.Civil “*resulta uma clara equiparação dos pressupostos da responsabilidade obrigacional aos pressupostos da responsabilidade civil delitual*”, sendo que no caso vertente, a problemática da perda de chance situa-se no âmbito do pressuposto do dano, pelo que iremos começar por analisar o modo do seu surgimento.

III. Evolução Histórica. O surgimento do dano da perda de chance

1. Direito Francês

A primeira vez que se admitiu o direito à indemnização do dano da perda de chance teve lugar em acórdão de 17 de julho de 1889, prolatado pela Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation⁽²⁶⁾ da República Francesa, no âmbito do qual se terá atribuído uma indemnização ao cliente de um *huissier de justice*, que praticou um ato que veio a ser declarado nulo, e o mesmo convicto na validade daquele ato, não recorreu, o que prejudicou a possibilidade de vir a poder obter ganho de causa, tendo sido condenado a indemnizar o requerente, não pelo ganho de causa que não chegou a alcançar, mas pela possibilidade de por vir a ganhar a causa.

⁽²⁴⁾ MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, *Direito das Obrigações*, 16.ª ed., 2022, Almedina, p. 278.

⁽²⁵⁾ MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, obra citada, p. 348.

⁽²⁶⁾ <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6144811b/f61.item.r=1889>>.

Porém, consultado o acórdão original no “*Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation en matière civile*” e lido o texto do mesmo, não se encontra no texto desse acórdão qualquer utilização da expressão “*perte de chance*”, mas apenas a alusão a «*préjudice éventuel*», o que no direito francês tem o significado de um prejuízo hipotético, razão pela qual alguns autores na doutrina francesa como François Chabas⁽²⁷⁾, sustentam que verdadeiramente, o emprego do conceito do dano da perda de chance com o sentido que hoje o conhecemos, apenas veio a suceder mais tarde com o acórdão de 26 de maio de 1932, da mesma *Chambre des Requêtes*.

Porém, tal interpretação veio a merecer a crítica recente de outros autores como Laura Vitale⁽²⁸⁾, que considerou redutor procurar surpreender uma exata expressão como a perda de chance, na aceção em que hoje é utilizada em acórdãos do século XIX, sendo que por esse critério, também já anteriormente, no acórdão de 25.06.1875 da *Cour d’Appel de Grenoble*, se tinha empregado a expressão “*chance de succès*”, ainda que sem o exato sentido do dano da perda de chance moderna, pelo que historicamente deve continuar a afirmar-se o acórdão de *Cass.Rqte* 17.07.1889 como o acórdão originário do conceito do dano de perda de chance.

Após a primeira aplicação do dano da perda de chance no domínio da responsabilidade civil dos advogados, a figura passou a ser aplicada a diversos domínios do comércio jurídico, designadamente o direito do trabalho, com a perda de chance de progressão profissional, tendo depois passado para o campo da medicina, através da decisão da *Cour d’Appel de Grenoble*, de 24.10.1962⁽²⁹⁾ onde surgiu a noção de perda de chance de cura ou sobrevivência “*perte d’une chance de guérison ou de survie*”, agora aplicada à responsabilidade civil médica.

A figura consolidou-se na ordem jurídica francesa, e segundo Mafalda Miranda Barbosa⁽³⁰⁾, o projeto de reforma da responsabilidade civil francês⁽³¹⁾, já prevê inclusivamente o acolhimento expresso desta

(27) CHABAS, F., *Gazette du Palais*, 24 août 2000, n.º 237, *Cent ans de responsabilité civile*, pp. 2-84.

(28) VITALE, LAURA, *La perte de chances en droit privé*, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 602, LGDJ Extenso, p. 17.

(29) VINEY, GENEVIÈVE/JOURDAIN, PATRICE, *Les conditions de la responsabilité*, sous-collection *Traité de Droit Civil*, 4.ème ed., LGDJ Extenso, 2013, p. 229, ss.

(30) BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Revista de Direito e Ciência Política*, n.º 11 (2018), Universidade Lusófona do Porto, *A Reforma Francesa da Responsabilidade civil — Breves Considerações em Sede Extracontratual*, pp. 2-29, p. 25.

(31) <https://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf>.

figura no futuro art. 1238.º do Code Civile⁽³²⁾, que transcrevemos abaixo para conhecimento.

A circunstância da origem jurisprudencial desta figura se situar em França teve consequências etimológicas na escolha da denominação portuguesa para definir este dano, tendo a expressão perda de chance derivado da expressão “*perte de chance*”, que em francês quer significa possibilidade ou sorte, conceito na língua portuguesa, em nosso modesto entender, seria mais bem definido como oportunidade, devendo este tipo de dano denominar-se dano da perda de oportunidade, neste sentido, Menezes Leitão⁽³³⁾.

2. Direito Espanhol

No direito espanhol, Eduardo Pallarés⁽³⁴⁾ e Iñigo Clares considerarem que existem referências ao dano da perda de chance desde meados dos anos cinquenta no âmbito da responsabilidade civil do advogado, embora o conceito surja empregue nas decisões jurisprudenciais de uma forma que se confunda com o dano final, porém, a primeira aplicação conceito de “*dano de la perdida de oportunidad*” como hoje é conhecido no direito espanhol é referenciada como tendo ocorrido, no âmbito da responsabilidade civil médica, com o Ac. Supremo Tribunal de 10.10.1998⁽³⁵⁾, o chamado “*caso Frigo*”.

No caso tratado no âmbito deste aresto, um trabalhador da empresa espanhola de refrigeração Frigo, sofreu uma amputação parcial dos dedos da mão, e a enfermeira da empresa onde trabalhava, colocou o dedo numa caixa com gelo, o qual viria a derreter e a ser substituído por gelo seco, o que levou a que o dedo chegasse ao hospital num estado de extrema congelação, impedindo a sua reimplantação.

(32) Article 1238

Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

(33) MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, *Direito das Obrigações*, 16.ª ed., Almedina, p. 338.

(34) ASENSI PALLARÉS, E; CID-LUNA CLARES, I., *La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm 8, 2013, pp. 228-239.

(35) Sentença do Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, Sala Primera, recurso 1496/1994, ponente Gullón Ballesteros, disponível em <<https://vlex.es/vid/imposibilidad-introducir-cuestiones-nuevas-17745614>>.

O Supremo atribuiu uma indemnização pela perda de oportunidade de reimplantação do dedo, pois devido ao reduzido tempo entre o acidente e a assistência médica, a implantação teria sido possível.

Alguma doutrina jurídica espanhola discorda da classificação deste acórdão como o primeiro aresto que abordou o dano da perda de chance, porquanto apesar de abordar o conceito, aplica-o de forma igual ao dano final, sustentando esta opinião, Luíz Medina Alcoz⁽³⁶⁾, que considera que lido o acórdão, verifica-se que a amputação foi considerada como um dano emergente já verificado à data da lesão e que o lesado estava a padecer do sofrimento dessa lesão, pelo que o Supremo ao atribuir-lhe uma indemnização, indemnizou-o apenas pela perda do dedo e não pelo dano da oportunidade de reimplantação, pois caso se tratasse da aplicação do conceito da perda de chance, teria de ponderar as oportunidades de sucesso, e em lado algum da sentença isso é analisado.

No dizer de Luís Medina Alcoz⁽³⁷⁾, a perda de chance no direito espanhol como dano autónomo e distinto do dano final faz a sua apenas aparição mais tarde, também no âmbito da responsabilidade civil médica, referenciando o mesmo como tendo sido aplicado pela primeira vez, numa sentença da Audiência Nacional de 2002, onde se atribuiu uma indemnização pela perda da possibilidade de cura ou sobrevivência, tendo posteriormente, a admissibilidade da indemnização deste tipo de dano sido afirmado posteriormente em outras decisões.

3. Direito Alemão

No direito alemão, o dano da perda de oportunidade surgiu pela mão da doutrina, com Oehlert⁽³⁸⁾, pela primeira vez em 1908, no âmbito da responsabilidade civil do advogado, onde se considerou que a perda de oportunidade de se ganhar um processo judicial constitui um dano sofrido pelo

⁽³⁶⁾ ALCOZ, LUIS MEDINA, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Civitas Editiones, SL, 2007, p. 205.

⁽³⁷⁾ ALCOZ, LUIS MEDINA, *Revista de Responsabilidade y Seguro, Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidade Civil e Seguro*, n.º 30, Segundo Trimestre, 2000, *Hacia una nueva teoría de la causalidade en la responsabilidade civil contratual (y extracontratual): La doctrina de la pérdida de oportunidad*, pp. 31-74 (41).

⁽³⁸⁾ OEHLERT, *Zur Frage der Beweislaster bei Entschädigungsklagen wegen Versäumung eines Rechtsmittels*, *Seudert's Blätter* 73 (1908), pp. 740-743 *apud* GERALD MÄSCH, *Chance und Schadenn Jus Privatum* 92, Mohr Siebeck, p. 149.

cliente, ainda que de valor económico distinto do direito final a reconhecer, devendo presumir-se a possibilidade de ganho da ação.

Porém, esta tese foi desde logo rejeitada por Josef Eugen⁽³⁹⁾, que considerou não existir base legal para este tipo de dano, que seria uma espécie de dano presumido que não se encontra previsto na lei, que apenas prevê danos emergentes e lucros cessantes.

Na atualidade, a maioria da doutrina e jurisprudência não admite o dano da perda de chance, neste sentido, Helmut Koziol⁽⁴⁰⁾, sustenta que o dano da perda de oportunidade de ganho de um processo nunca pode ser considerado um dano, pois o Código Civil Alemão — (Bürgerliches Gesetzbuch — BGB) configura o dano em sentido subjetivo reportado a um prejuízo sofrido por um lesado e não objetivo como uma chance em geral, pelo que a perda de oportunidade, não poderia ser considerada como um dano autónomo desligado do dano final.

A jurisprudência alemã sustenta a não admissibilidade deste tipo de dano, com base numa interpretação, que poderemos chamar de restritiva da segunda parte do art. 252.º do BGB⁽⁴¹⁾, que prevê os lucros cessantes “*Entgangener Gewinn*” enquanto dano patrimonial, e que limita a reparação dos lucros cessantes àquilo que seria possível esperar de acordo com o normal curso dos acontecimentos, em particular de acordo com os preparativos e precauções tomadas, o que tem sido denominado de princípio do tudo ou nada (*Alles-oder-Nichts-Prinzip*).

A este propósito é citada a decisão do Oberlandsgericht (OLG) Frankfurt (Tribunal Superior Regional), que reconheceu uma indemnização pela perda de oportunidade a um arquiteto que viu o seu projeto ser excluído de um concurso municipal por ter apresentado um projeto fora de prazo, mas que posteriormente foi considerado como tempestivo tendo ocorrido uma conduta ilícita da administração, pelo que caso o seu projeto tivesse sido admitido, poderia ter tido oportunidade de ter ganho o concurso.

(39) EUGEN, JOSEF, *Zur Frage der Beweislust bei Entschädigungsklagen gegen Rechtsanwälte wegen Versäumung eines Rechtsmittels*, Seuddert's Blatter 75 (1910), pp. 20-26, *apud* Geral Mäsch, obra citada, p. 149.

(40) KOZIOL, HELMUT, *Schadenersatz für den Verlust einer chance?*, in GERHARD HOHLOCH/RAINER FRANK/PETER SCHLECHTRIEM, org. Festschrift für Hans Stoll zum 75 Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, pp. 233-250 (241).

(41) § 252 Lucros cessantes

O dano a indemnizar inclui também os lucros cessantes. O lucro cessante é considerado como o lucro que se poderia esperar com probabilidade segundo o curso normal dos acontecimentos ou segundo as circunstâncias particulares, nomeadamente em função das disposições e precauções adotadas.

Porém, a referida sentença acabou por ser revogada pelo Bundesgerichtshof (BGH) (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha) no Ac.23.09.1982⁽⁴²⁾, por considerar que não existiria qualquer certeza de que caso o seu projeto tivesse sido admitido a concurso, teria sido o ganhador do concurso, pelo que não existindo um nexo causal entre a exclusão e o prejuízo final do sucesso concursal, pelo que não se poderá reconhecer a indemnização por um dano intermédio, como é o caso do dano da perda de chance.

Na atualidade, apenas dois autores se manifestam favoráveis a esta teoria, mas apenas em situações determinadas. Assim, o primeiro Gerald Mäsch⁽⁴³⁾, considera que a figura do dano da perda de chance “*tem o seu lugar naquelas situações em que a cadeia de causas que conduzem desde o erro ao possível dano final, não podem ser esclarecidas com suficiente certeza*”, pelo que deve considerar-se admissível a figura no âmbito da responsabilidade civil contratual, devido ao dever contratual específico existente a cargo de médicos e advogados de nos termos dos seus estatutos profissionais atuarem sempre em benefício da saúde ou interesses atendíveis do cliente nos termos da lei da arte, pelo que a violação desse dever poderá acarretar um dever de indemnizar pela frustração do uso de um meio possível, o que constitui um dano autónomo do dano final suscetível de ser indemnizado, mas todavia a possibilidade de indemnização de tal dano já não terá fundamento nos casos de responsabilidade extracontratual, pois a chance nesses casos não está especificamente prevista na lei.

O segundo autor, Holger Fleischer⁽⁴⁴⁾, também se manifesta favorável à admissibilidade da existência do dano da perda de chance quando ocorra a infração de um dever, cuja definição inclua a proteção da chance no fim da norma, mas apenas e desde que o ato omitido pudesse influenciar, em termos de nexo de causalidade, a possibilidade de ganho da causa, pois não pode admitir-se o mesmo em abstrato, pois por exemplo, no caso da responsabilidade civil do advogado, nem todas as causas podem ser ganhas, pelo que nunca se poderá prescindir do nexo de causalidade na avaliação deste tipo de dano, sob pena de se abrir portas à possibilidade de sobrecompensação, por danos que não integram um nexo causal entre o facto e o dano.

⁽⁴²⁾ BGW, NJW, 1983, 442, disponível em <<https://research.wolterskluwer-online.de/document/0e3feec3-594d-4f51-baba-0f98937ca7b4>>. Decisão comentada em GERALD MÄSCH, obra citada, p. 146.

⁽⁴³⁾ MÄSCH, GERALD, *Chance und Schaden*, Jus Privatum 92, Mohr Siebeck, p. 235.

⁽⁴⁴⁾ FLEISCHER, HOLGER, “Schadensersatz Für Verlorene Chancen Im Vertrags-Und Deliktsrecht.” *JuristenZeitung*, Vol. 54, n.º 15/16, 1999, pp. 766-75. JSTOR.

4. Direito Italiano

No direito italiano segundo Carla Miceli⁽⁴⁵⁾, a figura surgiu pela primeira vez pela mão de Piero Calamandrei⁽⁴⁶⁾, no comentário ao acórdão da Corte de *Cassazione del Regno 10 febbraio 1931*, onde a propósito de um advogado que deixou expirar um prazo de recurso, o tribunal decidiu que atento o caráter de incerteza que se caracteriza o desenrolar de um processo judicial, sujeito à valoração da prova, conduta da contraparte e interpretações perfilhadas pelo juiz, não seria indemnizável o “*danno di succumbenza*”, tendo Calamandrei sustentado que nestes casos deveria construir-se um mecanismo de ressarcimento parcial do dano que fosse ligado à possibilidade estatística de obter ganho de causa, e que foi prejudicado por uma omissão culposa do advogado.

A opinião deu origem a um debate sobre a possibilidade de admissão da figura, que mais tarde surgiu sustentada por outros autores, como Adriano de Cupis⁽⁴⁷⁾, que rejeitou a perda de chance como uma possibilidade de lucro cessante, por lhe faltar a certeza, mas a propósito da análise da hipótese de responsabilidade civil de um advogado pela não instauração de um recurso no prazo legal, classificou a perda de chance como um dano atual e emergente, de frustração da *possibilità di vittoria*, o qual deveria ser ressarcido pela via da equidade, numa posição que começou a ser seguida pela jurisprudência.

A primeira sentença mencionada como tendo abordado o dano da perda de chance, novamente da exata expressão do conceito, foi o acórdão de 19.11.1983 da Sezione Lavoro da Corti di Cassazione⁽⁴⁸⁾, onde se decidiu ser indemnizável o dano da perda de oportunidade de um trabalhador, num concurso com várias provas sequenciais e eliminatórias, em que o trabalhador foi indevidamente impedido de continuar a participar, apesar de ter passado a prova, embora sustentando a sentença que o direito à indemnizar surgia com base na ofensa à boa-fé na execução dos contratos.

Todavia, segundo Anna Aprile/Ambra Fabris/Danielle Rodriguez⁽⁴⁹⁾, a primeira decisão jurisprudencial onde se aplicou o conceito do dano da

(45) MICELI, CARLA MARIA, *Il Danno della perdita di chance*, Università di Catania, 2013, p. 56.

(46) CALAMANDREI, PIERO, *Rivista di diritto processuale civile*, 1931, 4, II, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, p. 260.

(47) DE CUPIS, ADRIANO, *Il danno*, Teoria Generale della Responsabilità Civile, Vol. Primo, Milano, 1979, pp. 300-301.

(48) APRILE, ANNA/FABRIS, AMBRA/RODRIGUEZ, DANIELLE, *Danno della perdita di chance nella responsabilità medica*, Padova University Press, 2014, p. 47.

(49) APRILE, ANNA/FABRIS, AMBRA/RODRIGUEZ, DANIELLE, obra citada, p. 49.

perda de oportunidade, tenha sido o acórdão de 19.12.1985 da mesma secção da Corti di Cassazione, onde num procedimento concursal com prova escrita e oral, o candidato foi impedido de prosseguir, o que lhe impediu a possibilidade de conseguir um resultado útil numa percentagem de 50%, o que foi reconhecido como um dano emergente imediato no seu património.

5. Direito Britânico

No direito britânico a figura do dano da perda de oportunidade surgiu pela primeira vez pela mão da jurisprudência, no caso *Chaplin vs Hicks*⁽⁵⁰⁾, em 1911, onde num concurso de beleza as candidatas foram admitidas a participar enviando fotografias suas, que depois eram publicadas no jornal e submetidas ao voto dos leitores, sendo selecionadas as 50 melhores candidatas para uma entrevista, porém, o organizador do concurso apenas entrevistou 12, não sendo uma das candidatas selecionadas entrevistada, a qual acabou por não ganhar o concurso, motivo pelo qual instaurou uma ação por incumprimento contratual, tendo o tribunal atribuído uma indemnização de 25% da percentagem do prémio final, por considerar que todas as participantes selecionadas, teriam uma chance de 1 em 4 de ganhar o concurso.

A segunda vez em que este tipo de dano foi abordado ocorreu em 1958, no caso *Hilda Kitchen vs Royal Air Force Association*⁽⁵¹⁾, onde na sequência da morte do marido, que faleceu eletrocutado, a Autora contratou um advogado para demandar a associação da força aérea com vista à obtenção de um fundo de auxílio, tendo o advogado apresentado a petição fora do prazo previsto para o reconhecimento do direito. O tribunal reconheceu que apesar de ação nunca ter sido proposta, face aquele que era o direito que assistia à Autora, caso o julgamento tivesse sido realizado, seria altamente provável a obtenção do fundo de auxílio pretendido, face aquelas que eram as condições previstas para a sua obtenção, pelo que a falha do advogado foi causal da perda de oportunidade de ganho do processo, pelo que se atribuiu uma indemnização de dois terços do valor da indemnização final peticionada, por se tratar de uma perda de ganho com uma possibilidade de pelo menos 50%, sendo o primeiro conhecido caso de “*lost litigation*” no direito britânico.

⁽⁵⁰⁾ *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786.

⁽⁵¹⁾ *Kitchen v Royal Air Force Association* [1958] EWCA Civ J0401-3.

As tentativas de estender o dano da perda de chance à responsabilidade civil médica não tiveram idêntico sucesso, por exemplo, no caso *Hotson vs East Berkshire Area Health Authority (1987)*^(52/53), o tribunal rejeitou o dano da perda de cura num caso em que o demandado tinha caído de uma árvore e partido o osso femoral esquerdo, tendo sido levado ao hospital que demorou quatro horas a efetuar o diagnóstico correto, ocorrendo uma necrose dos tecidos, provando-se que mesmo que o diagnóstico correto tivesse sido logo efetuado, sempre existiram de 75% de hipóteses da necrose se desenvolver, pelo que não se justificaria atribuir uma indemnização por uma possibilidade de cura de só 25%.

A dualidade da admissibilidade da indemnização da perda de chance nestes dois grupos de casos, segundo Helen Reece⁽⁵⁴⁾, tem levado a que jurisprudência anglo saxónica, continue ainda a discutir os pressupostos em que tal tipo de dano deve ser indemnizado.

Porém, no grupo de casos da responsabilidade civil do advogado, a admissibilidade da indemnização por este tipo de dano encontra-se consolidado, considerando-se inclusivamente que abrange as fases judiciais e não judiciais, assim, no caso *Allied Maples Group Ltd vs Simmons & Simmons (1995)*⁽⁵⁵⁾, o tribunal atribuiu uma indemnização por um conselho errado no âmbito de uma transação extrajudicial, o qual caso tivesse sido corretamente prestado, teria permitido uma possibilidade de negociação distinta, considerando o tribunal que não seria necessário demonstrar que o acordo final teria sido mais favorável, mas apenas de que existiria essa possibilidade real, atribuindo a indemnização, sendo o primeiro caso de *lost transaction*.

Recentemente, a jurisprudência tem continuado a sustentar a possibilidade de indemnização do dano da perda de chance no grupo de casos da *loss of chance by lost litigation*, sustentado a aplicação de uma margem de 50% como critério para considerar que ação tem probabilidades de êxito, neste sentido, todos os acórdãos de tribunais superiores posteriores, como o *Gregg v Scott [2005] 2 AC 176* e o *Perry v Raleys Solicitors [2019] UKSC 5* vieram reafirmar estes critérios de ponderação da seriedade da verificação da chance⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ *Hotson v Berkshire Area Health Authority [1987] AC 750*.

⁽⁵³⁾ REECE, HELEN, *Losses of Chances in the Law*, The Modern Law Review Limited 1996 (MLR 592. March), Blackwell Publishers, pp. 188-206, p. 189.

⁽⁵⁴⁾ REECE, HELEN, obra citada, p. 189.

⁽⁵⁵⁾ *Allied Maples Group v Simmons & Simmons [1995] 4 All ER 907*.

⁽⁵⁶⁾ Por todos, vide <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0092.html>>.

IV. O dano da perda de chance em Portugal. Correntes doutrinárias

Em Portugal existem várias correntes doutrinárias publicadas sobre a admissibilidade e não admissibilidade da possibilidade de indemnização do dano da perda de chance, tendo-se verificado no início a predominância das correntes no sentido da não admissão, para agora ser maioritária a corrente da admissão, pelo que passamos de seguida a elencar as mesmas.

1. Não admissibilidade

A primeira corrente sustenta a não admissibilidade deste tipo de dano, assim, a primeira posição neste sentido, foi sustentada em 2007 por Paulo Mota Pinto⁽⁵⁷⁾, o qual sustenta que não existe base legal para o dano da perda de chance pois o mesmo nunca dispensa a verificação de um dano final ou a frustração de um fim, pelo que com a admissibilidade de indemnização deste tipo de dano, na prática está a impor-se uma indemnização pela elevação de um risco, que segundo o curso normal das coisas se desconhecia ser iria ou não produzi determinado resultado, pelo deverá sempre recusar-se a indemnização deste tipo de dano sob pena de *“transformação do lesante em garante da mera probabilidade de sucesso do lesado, concedendo, pois, a este mais do que a chance realmente representava, e, portanto, do que exige a justiça corretiva”*⁽⁵⁸⁾.

Deste modo, e seguindo o perto o referido autor *“no plano de jure condendo não parece que existe já entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chance (...) Antes parece mais fácil percorrer o caminho da inversão do ónus, ou da facilitação da prova, da causalidade, e do dano com posterior redução da indemnização, designadamente por aplicação do art. 494.º do Código Civil, do que fundamentar a aceitação da “perda de chance” como tipo autónomo de dano, por criação autónoma do direito para a qual faltam apoios”*.

Mais recentemente, o mesmo autor, mesmo já confrontado com a evolução da jurisprudência em sentido favorável, continuou a sustentar a não admissibilidade deste tipo de dano, sustentando que parece *“claro que*

⁽⁵⁷⁾ PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. II, Geslegal, 2023, p. 1103, ss., nota 3103.

⁽⁵⁸⁾ PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual (...)*, obra citada, nota 3103, p. 1106.

o legislador do Código Civil não fornece qualquer apoio nesse sentido, e, pelo contrário, parte da prova da existência de um dano certo (só admitindo a fixação pela equidade do seu valor exato)”⁽⁵⁹⁾.

Uma outra posição no sentido da recusa de admissibilidade da indemnização do dano da perda de oportunidade, é defendida por Menezes Cordeiro⁽⁶⁰⁾, o qual considera que não é possível “(...) *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 (...)*. Deste modo, ao indemnizar-se 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.*”, como que transformando-se o lesante no garante da obtenção do resultado aleatório por parte do lesado, o que não se afigura admissível na lei portuguesa.

A resposta ao problema analisado pela teoria da perda de chance, segundo Menezes Cordeiro, deve colocar-se no âmbito da análise do fim do contrato, pois é possível afirmar que em todos os casos de perda de chance processual, existe uma hipótese mais ou menos ponderosa de conseguir uma vitória, sendo “*justamente essa hipótese que leva o constituinte a contratar um advogado. Este, ao suprimi-la com o não-cumprimento do contrato, incorre em responsabilidade, não oferece dúvidas a causalidade: basta calcular o dano. Se as chances forem muito reduzidas, não cabe indemnização*”.

Nesta perspetiva, o referido autor admite excecionalmente uma indemnização pela perda de chance, mas apenas nos casos em que a proteção dessa mesma chance possa estar abrangida nos fins do contrato, como é o caso do contrato de mandato forense, avançando com os seguintes pressupostos para a admissibilidade desse dano:

- a) Estar-se perante um erro profissional claro do mandatário forense e não, apenas a adoção de uma tática, ainda que controversa, sendo particularmente graves são as perdas de prazos: nenhuma estratégia o pode justificar;
- b) O erro deve ser aproveitado pela contraparte;
- c) O processo prejudicado deve ser razoável e ter uma probabilidade de êxito não inferior a 50%, devendo a indemnização ser calculada pela equidade (art. 566.º, n.º 3 Cód.Civil).

⁽⁵⁹⁾ PINTO, PAULO MOTA, *Perda de chance processual*, Direito Civil Estudos, Gestlegal, 2018, p. 783.

⁽⁶⁰⁾ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil, XII, Contratos em Especial* (2.ª parte), Almedina, 2020, pp. 718 e 719.

Estes pressupostos não são coincidentes com os pressupostos estabelecidos pela doutrina que admite a indemnização pelo dano da perda de chance, e também não reconhece a autonomia do dano intermédio, motivo pelo qual esta posição doutrinal não pode ser inserida na corrente de admissibilidade condicionada, mas sim na corrente da não admissão.

2. Admissibilidade condicionada

A segunda corrente, apesar de não admitir em geral o ressarcimento da indemnização do dano da perda de chance, considera que o mesmo pode ser indemnizado em grupos de casos específicos.

Situa-se nesta corrente, a posição de Carneiro da Frada⁽⁶¹⁾, o qual afirma que o dano da perda de chance consiste num dano intermédio distinto do dano final, sendo nessa medida um dano autónomo, pois consiste numa vantagem que integra o património do lesado enquanto bem juridicamente suscetível de avaliação económica própria. Esta vantagem possível, é como que uma antecipação do “*prejuízo relevante em relação ao dano (apenas hipotético, vg. Ausência de cura, perda de concurso, do malograr das negociações por outros motivos), para cuja ocorrência se não pode asseverar um nexó de causalidade causal suficiente*”.

Porém, segundo o mesmo autor, se “*no plano contratual a perda de oportunidade pode desencadear responsabilidade de acordo com a vontade das partes (que erigiram essa “chance” a bem jurídico protegido pelo contrato)*”, já porém, “*no campo delitual esse caminho é bem 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”*”. A posição deste autor, apesar de distinta da de Menezes Cordeiro que não admite a autonomia do dano da perda de chance, tem consequências práticas semelhantes, ao apenas admitir este tipo de dano apenas no âmbito da responsabilidade civil contratual.

Também podemos considerar nesta segunda corrente, a posição de Rui Cardona Ferreira⁽⁶²⁾, que começa por rejeitar a admissibilidade em

(61) FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *Direito Civil — Responsabilidade Civil — O Método do Caso*, Almedina, 2010, p. 104.

(62) FERREIRA, RUI CARDONA, *A perda de Chance Revisitada (A propósito da responsabilidade do mandatário forense)*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 73, n.º 4, Out./Dez. 2013, Lisboa, pp. 1313 e 1323.

geral da possibilidade de indemnização deste tipo de dano, afirmando 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 autónomo*”, considerando, à semelhança de Menezes Cordeiro que nos encontraremos perante um problema de causalidade, quando afirma que “(...) *o que nos parece estar em causa é, afinal, um problema de incerteza quanto ao desenlace da sequência causal hipotética (que teria acontecido, se a chance não tivesse sido destruída) o que, obviamente, nos remete para o complexo (e inesgotável) tema da causalidade*”.

Porém, o mesmo autor admite “(...) *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*.”, com vista a auxiliar o estabelecimento do nexo de causalidade, em termos semelhantes aos da teoria da conexão do risco, tendo em conclusão⁽⁶³⁾ de obra mais recente, e em desenvolvimento deste raciocínio admitido a indemnização do dano da perda de chance, mas reportado apenas ao dano da perda de cura ou sobrevivência.

Situamos também no âmbito desta segunda corrente a posição de Júlio Vieira Gomes⁽⁶⁴⁾, o qual sustenta que a indemnização do dano 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*”, sendo que no seu entender, “*a mera perda de chance não terá virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória*”, em particular quando seja invocada para introduzir uma noção de causalidade probabilística, ou facilitar o ónus da prova a cargo do lesado.

No dizer deste autor, a autonomização dogmática do dano da perda de chance não se afigura adequado para resolver o problema, sendo mais adequado o caminho da inversão do ónus da prova, no caso das atividades em que é difícil de estabelecer um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Contudo, o mesmo autor permite a existência de “*um espaço ou dimensão residual*” para a admissibilidade de indemnização pelo dano da perda de chance, nos casos em que a chance já se densificou o suficiente

(63) FERREIRA, RUI CARDONA, Revista de Direito Civil, Ano II (2017), n.º 1, *A perda de chance na responsabilidade civil por ato médico*, 131-155, p. 155.

(64) GOMES, JÚLIO VIEIRA, *Sobre o dano da perda de chance*, Direito e Justiça, Vol. XIX, Tomo II, 2005, 9-47, pp. 25 e 38.

para se poder referir a uma “*quase propriedade*”, na esfera jurídica do lesado ou um quase bem jurídico de tal forma que se possa considerar existir um lucro cessante suficientemente certo, para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade, o que considera preferível à quantificação com base em probabilidades, negando em qualquer caso autonomia a este tipo de dano.

3. Admissibilidade

A primeira posição no sentido da admissibilidade deste tipo de dano surgiu pela primeira vez pela mão de Jaime Cardoso de Gouveia⁽⁶⁵⁾, em 1932, na sua obra sobre responsabilidade civil contratual, expendendo que “*Os casos que maior dificuldade oferecem são aqueles em que a lesão consistiu em se haver feito perder ao ofendido a sorte ou álea que este tinha de obter certo ganho ou de evitar determinado prejuízo*”, assim, “*a primeira vista parece que o prejuízo é hipotético e de modo nenhum certo, que não dá, por isso, base para a responsabilidade civil. Por outro lado, afigura-se que houve um prejuízo certo: a perda da sorte, da chance. Em verdade, a perda da sorte resulta certa, mas o que é mister é determinar o valor que tem esta álea*”, a qual caso tivesse valor, seria nessa medida, indemnizável.

A segunda posição surgiu em 1989, pela mão de Jorge Sinde Monteiro⁽⁶⁶⁾, o qual na sua tese de doutoramento admitiu a indemnização do dano da perda de chance desde que sejam respeitados os pressupostos ou requisitos estabelecidos pela doutrina francesa para que uma chance fosse considerada consistente, os “*garde-fous*”, sustentando que a indemnização deste tipo de dano não se pautará pelo “*(...) princípio da indemnização integral, (...) os juízes devem ter em conta tanto a existência como o grau de álea que afecta a realização da chance perdue*”, devendo antes ser fixando uma indemnização que tenha em conta um valor intermédio.

A terceira posição aparece em 2004, pela mão de João Álvaro Dias⁽⁶⁷⁾, o qual entende que “*a perda de chance é um dano tão digno de indemniza-*

⁽⁶⁵⁾ CARDOSO DE GOUVEIA, JAIME AUGUSTO, *Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa, 1932, Seara Nova, edição de Autor, p. 95.

⁽⁶⁶⁾ SINDE MONTEIRO, JORGE FERREIRA, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 97.

⁽⁶⁷⁾ DIAS, JOÃO ANTÓNIO ÁLVARO, *Dano Corporal — Quadro Epistemológico e Aspetos Ressarcitórios*, Almedina, 2004, p. 252.

ção como qualquer outro”, sendo a chance num bem juridicamente avaliável, cuja perda produz um dano atual e ressarcível, embora não se possa prescindir dos demais requisitos da responsabilidade civil para a sua indemnização, designadamente, a certeza do dano e o nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano.

A quarta posição surge pela mão de Rute Teixeira Pedro⁽⁶⁸⁾, em 2005 no âmbito da responsabilidade civil médica, onde pela primeira vez são referenciados de forma esquematizada os pressupostos da figura do dano da perda de chance e admitida a sua autonomia enquanto dano, embora concluindo a referida autora que “(...) a transposição para o ordenamento português do dano da perda de chance como um dano tradutor de uma lesão à «integridade do património» merecerá fortes objeções, já que, entre nós, não há uma norma tuteladora do património em geral”, porém, face à relevância da figura “tal não constituirá, automática e necessariamente, um obstáculo intransponível ao reconhecimento da relevância ressarcitória à perda de chance” na medida em que exista “(...) a violação de uma norma legal ou de um vínculo obrigacional pré-constituído, que conceda proteção (directa) àqueles interesses” existe em vários estatutos profissionais.

No dizer da referida autora, a possibilidade de indemnização do dano da perda de chance permite indemnizar processos causais visando a obtenção de um “efeito final benéfico, mas de consecução incerta”, pelo que a referida figura deverá ser admitida, embora não se deva prescindir da verificação dos demais requisitos da responsabilidade civil, e de um conjunto de pressupostos específicos que “impedirão um excessivo alargamento da tutela reparatória que esta figura proporciona”, que a mesma analisa de forma inovadora na sua obra.

Em 2010 Patrícia Cordeiro da Costa⁽⁶⁹⁾, veio reforçar os argumentos desta corrente considerando que o conceito de dano se caracteriza pela sua plasticidade, sendo uma construção que está em constante evolução, assim, “A chance ou oportunidade perdida merece a tutela do direito porque, à data da lesão, integra o património jurídico do lesado (património económico e património moral), sendo suscetível de avaliação económica e jurídica. Assim, a perda de chance é ressarcível por consubstanciar a

(68) PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutelado Doente Lesado*, Centro de Direito Biomédico, n.º 15, Coimbra Editora, 2008, pp. 214, 459-461.

(69) CORDEIRO DA COSTA, PATRÍCIA, *Causalidade, Dano e Prova, A incerteza na responsabilidade civil*, Almedina, 2020, reimpressão, p. 139.

lesão da integridade daquele património — património entendido como uma soma de todos os valores juridicamente protegidos”.

Por sua vez, também o nexo causal entre o facto e o dano é estabelecido, pois “o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano avançado constituído pela perda de chance” assim se superando as críticas da primeira corrente que afirmam que este tipo de dano vem apenas tentar resolver problemas decorrentes da falta de nexo de causalidade.

Em 2011 Nuno Santos Rocha⁽⁷⁰⁾, veio sustentar que “a figura da “perda de chance” terá de ser considerada uma nova espécie de dano reparável, desde que seja obviamente preenchidos todos os pressupostos necessários ao nascimento da obrigação de indemnizar”, o que não provocaria qualquer “mácula no conceito tradicional de causalidade dado que a vítima sempre teria que provar que a conduta do lesante terá sido condição necessária para a sua perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de ter conseguido evitar um prejuízo”. A perda de chance deve assim ser considerada como uma nova espécie de dano, constituindo uma probabilidade economicamente valorável, pelo que “quando a chance se apresente como séria e real, será portadora de um valor per se, e poderá ser considerada como um bem jurídico autónomo pertencente ao património do lesado”.

Contudo, reconhece o mesmo autor, que para que possamos admitir à luz do ordenamento português, a ressarcibilidade do dano da perda de chance, devemos conseguir consubstanciar as chances como bens jurídicos tuteláveis, seja no plano contratual, o que sucederá, sempre que as partes escolham essa chance como um fim do contrato, como seja o caso do mandato forense, e no plano delitual, como que haveria uma extensão da tutela conferida ao bem jurídico final, e a chance seria um embrião dessa tutela.

Em 2014 Vera Lúcia Raposo⁽⁷¹⁾, também considerou que o dano da perda de chance ou oportunidade perdida constitui um verdadeiro dano autónomo, distinto dos demais, que se deve considerar como dano atual e não futuro, para evitar a classificação de oportunidades hipotéticas ou eventuais como chances, e que não se sabe se podem ou não vir a ser perdidas, sendo ainda indemnizável numa percentagem de indemnização correspondente ao dano final. Mais sustenta a referida autora, que “a perda de

(70) ROCHA, NUNO SANTOS, *A «Perda de Chance» Como uma Nova Espécie de Dano*, Almedina, 2011, reimpressão, p. 91, ss.

(71) RAPOSO, VERA LÚCIA, *Em Busca da Chance Perdida, o Dano da Perda de Chance, Em Especial na Responsabilidade Médica*, Revista do Ministério Público, n.º 138, Ano 35, abril-junho 2014, pp. 11, 16, 21.

chance não deve ser entendida como uma aceitação da causalidade probabilísticas. O nexos causal, mantém o mesmo grau de certeza requerido pelo entendimento clássico da teoria da causalidade adequada na sua versão de conditio sine qua non, pois a probabilidade não diz respeito à existência do nexos causal, mas sim à probabilidade de obter a vantagem perdida ou de evitar o prejuízo ocorrido”.

Em 2017, Mafalda Miranda Barbosa⁽⁷²⁾, embora admitindo que a solução do tudo ou nada da doutrina alemã lhe pareça mais preferível do que a teoria da perda de chance, afirmou que *“Simplesmente, em vez de negarmos o ressarcimento dessas hipóteses — por não verificação do requisito — ou de nos quedarmos na busca de uma probabilidade superior a 50%, sem a qual a causalidade não se verificaria, olhamos para a elevação do risco entendido sob o prisma da assunção de uma esfera de responsabilidade e respondemos ao problema da prova da relação dita causal em sentido diverso do tradicionalmente cogitado.”*, pelo que se bem compreendemos a posição da referida autora, a mesma admite a ressarcibilidade da indemnização deste tipo de dano.

Em 2018, Luís Menezes Leitão⁽⁷³⁾, naquela que até ao momento foi a posição dogmaticamente mais bem elaborada sobre a admissibilidade do dano da perda de chance, rebateu os argumentos da primeira corrente e defendeu que a perda de oportunidade deveria ser admitida como um dano emergente, porquanto *“(...) a oportunidade corresponde a um benefício já adquirido pelo lesado, de que este vem a ser privado, benefício esse que se deve calcular com base nas probabilidades de realização da oportunidade”*.

A probabilidade de verificação da oportunidade deve ter um requisito de seriedade, pelo que *“deverá assim exigir-se que essa oportunidade tenha uma probabilidade de verificação superior a 50%, não se admitindo que oportunidades com uma percentagem de sucesso inferior sejam indemnizáveis”*, sob pena de ser de verificação ser meramente hipotética ou incerta.

Quanto ao cálculo da indemnização, esta deverá ser *“fixada com base na determinação das possibilidades que a oportunidade tinha de se verificar, nunca devendo ser concedida mesmo perante fortíssimas probabilidades, mais do que uma indemnização parcial”*, pois o valor da oportu-

(72) BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípiã, 2017, p. 335, 2.º parágrafo da nota 720.

(73) MENEZES LEITÃO, LUÍS, *A perda de oportunidade como dano no direito português. Responsabilidade civil cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*, Vol. II, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, abril 2018, pp. 150 e 151.

tunidade não é idêntico ao valor do dano final, que corresponderia ao valor do sucesso da mesma, pelo que “oportunidades com uma percentagem de sucesso inferior não são indemnizáveis”(74) devendo sempre ser graduada pelo juiz, segundo critérios de equidade, nos termos do art. 566.º, 3 do Cód.Civil.

Por sua vez, em 2018 Henrique Antunes(75), veio considerar que o dano da perda de oportunidade será indemnizável desde que quanto a ele se verifiquem os requisitos da responsabilidade civil, pois se o dano tivesse sido evitado pelo comportamento exigível ao lesante em grau de probabilidade equivalente ao que a aplicação do art. 563.º reconhece, é um prejuízo indemnizável nos termos gerais e se o tiver sido “(...) num patamar inferior a tal nível probabilístico, haverá uma violação ao direito de livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1 CRP e art. 70.º, n.º 1 do Cód.Civil), o que constitui um facto ilícito que causa um dano não patrimonial, relevante e autónomo, sempre que, em razão da oportunidade perdida, a privação mereça a tutela do direito. Recebe o lesado, uma compensação definida pela equidade”.

Mais recentemente, em 2022 também Rui Ataíde(76), veio pronunciar-se no sentido da admissibilidade de ressarcimento do dano da perda de chance, sustentando que “a perda de chance é um prejuízo reparável segundo os processos gerais de imputação”, não implicando a sua admissão qualquer dispensa da prova da causalidade, pois “entre a atuação do profissional e a supressão da chance, existe uma relação de indiscutível certeza causal”, o que satisfaz a existência de imputação de acordo com a teoria da causalidade adequada e que é distinta da relação causal que seria efetuada com o dano final.

Mais afirmou ainda o referido autor, de forma inovadora, que o dano da perda de chance tanto pode ser patrimonial, como não patrimonial, tudo “dependendo da natureza do dano final”, sendo a maior dificuldade deste tipo de dano a sua quantificação, a qual deverá obedecer a critérios de equidade, dado corresponder a prejuízos de carácter indeterminado, pelo que deverá ser arbitrada pelo juiz no seu prudente arbítrio.

(74) LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16.ª ed., Almedina, 2022, p. 740.

(75) ANTUNES, HENRIQUE SOUSA, *Comentário do Código Civil, Direito das Obrigações*, Universidade Católica, 2018, comentário ao art. 563.º, p. 559.

(76) ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Gestlegal, 2022, p. 408.

V. Evolução jurisprudencial do dano da perda de chance

1. As primeiras decisões

O primeiro acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que apreciou o dano da perda de chance, veio referenciado por Menezes Leitão⁽⁷⁷⁾ como sendo o Ac. STJ de 09.02.2006⁽⁷⁸⁾, onde no âmbito de um ação de incumprimento de um contrato-promessa, se apreciou se a diferença entre o preço (superior) previsto no contrato-promessa e o preço (inferior) pelo qual o terreno acabou por ser vendido a terceiro devido ao incumprimento, poderia ser considerado como uma chance de lucro cessante indemnizável, tendo a decisão sustentado que *“Uma vez que o ordenamento jurídico português não reconhece as indemnizações punitivas, não se vê que o dano “perda de chance” seja sequer indemnizável à luz da ordem jurídica vigente”*, para depois se afirmar que com o incumprimento do contrato *“(…) a Autora não conseguiu alcançar o lucro que legitimamente esperava, nada garantindo que a oportunidade comercial que se abriu com a celebração do contrato-promessa viesse a repetir-se”*, pelo que *“a perda da oportunidade de venda do imóvel nas condições estipuladas no contrato promessa traduz-se num prejuízo cujo ressarcimento se impõe”*, embora tal indemnização não possa coincidir com a diferença entre os preços de aquisição previstos, havendo que ser encontrado através do recurso à equidade.

O segundo aresto foi o Ac. STJ de 22.10.2009⁽⁷⁹⁾, onde no âmbito de um concurso público de professores, um dos professores viu a sua candidatura não ser considerada, no âmbito de uma omissão ilícita provocada por um professor membro do júri com quem mantinha um mau relacionamento, tendo o tribunal considerado que não seria de admitir a indemnização pela perda de oportunidade, por esta figura não relevar entre nós, por contrariar o princípio da certeza dos danos e da causalidade adequada, por o dano da perda de oportunidade de ganho do concurso ser imprevisível.

(77) MENEZES LEITÃO, LUÍS, *A perda de oportunidade* (...), obra citada, p. 148.

(78) STJ 09-02-2016 (Moitinho de Almeida) Proc. n.º 06B016. <www.dgsi.pt>.

(79) STJ 22-10-2009 (João Bernardo) Proc. n.º 409/09.4. <www.dgsi.pt>.

2. A perda de chance processual

No que diz respeito à perda de chance processual, a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça pesquisável no motor de busca oficial (<www.dgsi.pt>) apenas começa a assinalar resultados objetivamente pesquisáveis sobre o descritor «perda de chance processual» a partir do ano de 2009, com cerca de 31 resultados assinaláveis, embora tenha sido possível encontrarmos jurisprudência deste Tribunal Superior mencionando o dano da perda de chance noutros grupos de casos, com data anterior mas que não surgem na consulta do descritor, como por exemplo as que citámos acima.

O reconhecimento da admissibilidade da indemnização pelo dano da perda de chance processual foi no início hesitante, demonstrando a influência das posições de não admissibilidade.

O primeiro aresto pesquisado foi o Ac. STJ de 29.04.2010⁽⁸⁰⁾, onde num caso em que o advogado deixou um recurso ficar deserto por falta de entrega das alegações, o Supremo rejeitou a admissibilidade de atribuir uma indemnização pelo dano da perda de chance processual, por se considerar não demonstrada a causalidade entre a falta de apresentação das alegações e a perda de oportunidade de ganho do recurso, considerando que o sucesso de um recurso é sempre aleatório por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores chamados a apreciar a causa, optando antes pela atribuição de uma indemnização por danos não patrimoniais graves, face à tristeza do mandante com o sucedido, na medida em que a situação podia configurar-se como sendo um incómodo de gravidade superior ao incómodo irrelevante.

Porém, no mesmo ano, surgiu o Ac. STJ de 28.09.2010⁽⁸¹⁾, onde num caso numa impugnação judicial de despedimento pelo trabalhador, o advogado da entidade patronal apresentou a contestação fora de prazo, a qual foi desentranhada e a entidade patronal condenada a pagar uma indemnização ao trabalhador. O Supremo considerou que o advogado com a sua conduta “(...) retirou ao seu cliente a possibilidade de se defender naquela ação, de ver apreciados os seus argumentos, as suas razões e as provas que os suportariam”, sendo que a defesa é um bem jurídico compreendido nos fins do contrato, pelo que “nenhuma dúvida existirá quanto ao nexo de causalidade adequada existente entre a conduta omissiva e o

⁽⁸⁰⁾ STJ 29-04-2010 (Sebastião Póvoas) Proc. n.º 2622/07.0. <www.dgsi.pt>.

⁽⁸¹⁾ STJ 28-09-2010 (Moreira Alves) Proc. n.º 171/2002. <www.dgsi.pt>.

dano ou prejuízo sofrido pela A. em consequência da dita omissão”, devendo ser reconhecida a atribuição de uma indemnização pelo dano da perda de chance processual, que se arbitra no valor de 50% do dano final, tendo em conta as iguais oportunidades de perda ou ganho para casa parte.

No mesmo mês e no mesmo ano, surge o Ac. STJ de 26.10.2010⁽⁸²⁾, onde um advogado deixou caducar o direito à impugnação do despedimento coletivo por não ter proposto a ação no prazo de 90 dias, tendo o Supremo considerado que apesar de o trabalhador ter perdido a oportunidade de reclamar uma indemnização, não se pode considerar que a perda de chance seja um dano patrimonial indemnizável, pois não está verificado o nexo de causalidade adequada entre a omissão do Réu e o dano invocado da possibilidade de poder obter uma indemnização, rejeitando a atribuição de qualquer indemnização.

No ano seguinte, foi tirado o Ac. STJ 10.03.2011⁽⁸³⁾, onde um advogado não pagou atempadamente a taxa de justiça devida para apresentação de embargos de execução, motivo pelo qual os mesmos foram rejeitados perdendo o lesado o direito de apresentar oposição à execução, o que motivou uma ação contra o advogado. O Supremo considerou que *“a perda de chance só poderá ser valorada em termos de uma “possibilidade real” de êxito que se frustrou”* e que *“a chance quando credível é portadora de um valor de per si, sendo a respetiva perda passível de indemnização”*, não pelo valor do direito que se pretendia fazer valor, mas por uma quantia a arbitrar de acordo com a equidade no caso concreto.

Em sentido oposto, no ano seguinte, surgiu o Ac. STJ de 29.05.2012⁽⁸⁴⁾, onde um advogado deixou ficar deserto um recurso por falta de apresentação de alegações e não deduziu atempadamente oposição a uma injunção num outro processo, tendo o Supremo rejeitado a atribuição de uma indemnização por considerar que o dano de ganhar ou perder a ação era um dano futuro que não se mostra previsível, sendo de verificação incerta, eventual ou hipotética, e a nossa lei civil *“(…) exige a certeza dos danos indemnizáveis e a existência do nexo de causalidade entre eles e a conduta do lesante”*, sendo a tese de difícil admissibilidade no nosso direito, pelo que rejeitou a atribuição de uma indemnização.

A partir de 2012, a corrente minoritária da jurisprudência que considerava admissível a indemnização do dano da perda de chance processual começou a trabalhar um conceito que denominou de densificação da

⁽⁸²⁾ STJ 26-10-2010 (Azevedo Ramos) Proc. n.º 1410/04.0. <www.dgsi.pt>.

⁽⁸³⁾ STJ 10-03-2011 (Távora Victor) Proc. n.º 9195/03.0. <www.dgsi.pt>.

⁽⁸⁴⁾ STJ 29.05.2012 (João Camilo) Proc. n.º 8972/06.5. <www.dgsi.pt>.

chance, e que visava apurar a consistência jurídica da pretensão perdida, com vista a ultrapassar o obstáculo da falta de certeza, com vista a poder considerar admissível a atribuição de uma indemnização pelo dano da perda de chance.

É exemplo desta jurisprudência o Ac. STJ de 18.10.2012⁽⁸⁵⁾, onde num caso em que um advogado não apresentou uma contestação dentro do prazo, o cliente foi condenado a pagar uma indemnização e a restituir um imóvel que tinha ingressado na sua propriedade por via de um contrato anulado, tendo o Supremo considerado que se desconhecia, porque não foi alegado, se a posição do cliente tinha alguma possibilidade de vencimento, pelo que a chance de ganho de causa invocada, não se mostra suficientemente densificada, não podendo a perda de chance alegada ser considerada como juridicamente relevante sob pena de se cair no arbítrio do julgador, motivo pelo qual rejeitou a atribuição de indemnização pelo dano da perda de chance.

O Ac. STJ de 05.02.2013⁽⁸⁶⁾, analisou profundamente, pela primeira vez, o dano da perda de chance, distinguindo-o entre a mera perda de oportunidade genérica ou imperfeita e a perda de oportunidade qualificada ou acima do limiar da certeza da causalidade, que deve ser considerada como uma chance séria, a qual constitui um dano certo e presente pois trata-se de uma possibilidade atual e não de um resultado futuro, cabendo também, nos casos de perda de chance processual, efetuar um “*juízo dentro do juízo*” ou “*trial within the trial*” para verificar se praticado o ato (omitido), seria possível, em termos de verosimilhança, um desfecho diferente.

Só caso tal juízo conduza a um resultado positivo é que poderá ser indemnizado o valor da oportunidade perdida que deve, todavia, ser entendida como uma espécie de dano avançado e não como um dano igual ao do benefício esperado ou resultado final, devendo nessa medida o dano da perda de chance ser considerado como um dano autónomo e indemnizável.

Para encontrar o montante da indemnização, haverá que efetuar uma tarefa de dupla avaliação, avaliando primeiro o resultado final, e em seguida fixar-se o grau de probabilidades de obtenção da vantagem ou evitar o prejuízo, sendo a percentagem aí encontrada, o valor da indemnização a atribuir pela perda da chance, por referência ao resultado final.

No caso deste acórdão, o advogado não apresentou o requerimento de meios de prova dentro do prazo legal e mudou de domicílio profissional sem comunicar ao processo, o que levou a 1.^a instância a considerar apenas

(85) STJ 18-10-2012 (Serra Batista) Proc. n.º 5817/09.8. <www.dgsi.pt>.

(86) STJ 05.02.2013 (Hélder Roque) Proc. n.º 488/09.4. <www.dgsi.pt>.

os meios de prova produzidos pela Autora, o que levou à condenação da Ré. O Supremo considerou que apesar da omissão da Ré, não seria possível concluir que esta caso tivesse sido apresentado o rol de testemunhas iria obter ganho de causa, existindo uma probabilidade de 50% para cada uma das partes, pelo que a indemnização nunca poderia abranger a totalidade da quantia peticionada, fixando uma indemnização correspondente a metade do valor em que a Ré foi condenada.

A partir de 2013 e após o influente acórdão anterior, podemos afirmar que ocorreu uma inversão de jurisprudência e a admissibilidade da indemnização do dano da perda de chance passou a ser a corrente predominante na jurisprudência do Supremo, que admitiu o mesmo como um dano autónomo e indemnizável, ainda que sujeito a determinados critérios, como o da densificação da chance, que exige uma probabilidade de verificação de 50%.

Assim, já no âmbito desta corrente, o Ac. STJ de 30.05.2013⁽⁸⁷⁾, onde um advogado no âmbito de um recurso interposto não apresentou as respetivas alegações levando a que o mesmo fosse julgado deserto, tendo o Supremo considerado que não foi feita prova da possibilidade de ganho, pois é da experiência comum que muitos dos recursos não tem probabilidade de ganho, pelo que a referida perda de chance não se encontrava suficientemente densificada para permitir fundar o direito a uma indemnização.

O critério do julgamento dentro do julgamento, começou também a ser mais frequentemente utilizado, neste sentido, o Ac. STJ de 09.07.2015⁽⁸⁸⁾, onde um advogado não apresentou tempestivamente o rol de testemunhas numa oposição à execução para entrega de coisa certa. O Supremo considerou que a não apresentação do rol de testemunhas e a não produção de prova no âmbito do incidente não era relevante para alterar o direito dos executados que já estava definido na ação principal, pois face à falta de pagamento de rendas provada na ação principal, o arrendatário sempre teria de entregar a casa ao exequente, pelo que não existiria um mínimo de probabilidade de êxito da causa, pelo que efetuando o “*julgamento dentro do julgamento*”, a probabilidade da solução defendida na ação não era viável, tendo por esse motivo a indemnização sido rejeitada.

Sob a égide do mesmo relator, dois anos mais tarde, surgiu o Ac. STJ de 30.11.2017⁽⁸⁹⁾, onde um advogado no âmbito de um processo de expropriação, não interpôs recurso da sentença final que atribuiu uma indemnização ao expropriado, mas com base num índice de construção inferior ao

(87) STJ 30-05-2013 (Serra Batista) Proc. n.º 2531/05.7. <www.dgsi.pt>.

(88) STJ 09-07-2015 (Tomé Gomes) Proc. n.º 5105/12.2. <www.dgsi.pt>.

(89) STJ 30-11-2017 (Tomé Gomes) Proc. n.º 12198/14.6. <www.dgsi.pt>.

que era defendido pelo expropriado, que pretendia uma indemnização superior pela expropriação de uma parcela de terreno.

A Relação tinha considerado que face à área do terreno da parcela que não foi considerada pela sentença de 1.ª instância, deveria considerar-se que o terreno teria um índice de construção superior e que como tal, seria elevado o grau de probabilidade de o expropriado receber uma indemnização superior, pelo que a omissão processual do advogado prejudicou a chance de o expropriado obter uma indemnização superior, fixando uma indemnização adicional coincidente com o valor da área de terreno omitida na sentença de 1.ª instância.

O Supremo considerou que “(...) *será de aceitar que uma vantagem perdida por decorrência de um evento lesivo, desde que consistente e séria, ou seja com elevado índice de probabilidade, possa ser qualificada como um dano autónomo, não obstante a impossibilidade absoluta do resultado tido em vista. (...) Em suma, afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e portanto qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado. (...) Para tanto, importa fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”, não propriamente no sentido da solução jurídica que pudesse ser adotada pelo tribunal da presente ação sobre a matéria da causa em que ocorreu a falta, mas sim pelo que possa ser considerado como altamente provável que tribunal da ação em que a defesa ficou prejudicada viesse a decidir. (...) O ónus da prova de tal probabilidade impende sobre o lesado, como facto constitutivo que é da obrigação de indemnizar”.*

Após esta consideração, o Supremo decidiu que qualquer pretensão construtiva estaria sempre limitada pelo índice do plano diretor municipal em 0,2 pelo que não se poderia atribuir à parcela uma área de construção superior e logo não ficou suficientemente demonstrado a probabilidade de sucesso do recurso deixado de interpor, rejeitando a atribuição de indemnização e alertando o aresto para que apreciação da possibilidade de sucesso da perda de chance processual, é “*uma questão de facto que extravasa os fundamentos do recurso de revista, embora se admita que possa envolver erros de direito sobre a apreciação da prova ou em sede do quadro normativo aplicável, estes sim passíveis de serem sindicáveis em sede de revista*”.

Um ano depois, o Ac. STJ de 17.05.2018⁽⁹⁰⁾, num caso em o advogado não apresentou uma petição inicial de reclamação de créditos hipote-

(90) STJ 17-05-2018 (Maria da Graça Trigo) Proc. n.º 236/14.7. <www.dgsi.pt>.

cários no tribunal correto, nem fez acompanhar a mesma de documentos, o que motivou uma rejeição da petição inicial da qual não reclamou, nem corrigiu com a propositura no tribunal correto, o Supremo seguindo expressamente a orientação estabelecida no anterior acórdão por nós mencionado, considerou no âmbito do dano da perda de chance processual, “*desde que se prove, desse modo indiciário, a consistência de tal vantagem ou prejuízo, ainda que de feição hipotética mas não puramente abstrata, terá de se reconhecer que ela constitui uma posição favorável na esfera jurídica do lesado, cuja perda definitiva se traduz num dano certo contemporâneo do próprio evento lesivo*”. Deste modo, o Supremo considerou que poderia afirmar-se com toda a certeza, que caso não se tivesse dado da omissão de apresentação da petição inicial da reclamação de créditos, o credor hipotecário veria os seus créditos graduados com primazia perante os outros credores, o que lhe permitiria receber, pelo menos em parte, o seu crédito pelo produto da venda do imóvel, pelo que com a perda dessa possibilidade sofreu um dano de perda de chance processual, o qual deve ser apurado em sede de liquidação de sentença.

No mesmo ano, o Ac. STJ de 05.07.2018⁽⁹¹⁾, também tirado pela mesma relatora do aresto anterior, num caso de impugnação de deliberações sociais pelos sócios de uma sociedade, em que um advogado não recorreu de uma sentença desfavorável à sociedade, o Supremo considerou que não se pode acompanhar o raciocínio da Relação de considerar à partida que todas os recursos têm um ganho de causa provável de 50% e atribuir uma indemnização nessa proporção por referência ao resultado final, havendo que analisar da probabilidade, consistente e séria, de no caso concreto, o direito prejudicado poder ou não vir a realizar-se, para só depois, vir a fixar o quantitativo da indemnização, cujo *quantum* deve ser fixado equitativamente, considerando que naquele caso concreto, a probabilidade de ganho de causa tinha a consistência suficiente para se considerar como uma posição favorável na esfera da lesada, devendo por isso a perda de chance invocada ser ressarcível, atribuindo uma indemnização fixada de acordo com a equidade.

No mesmo sentido, o Ac. STJ 14.03.2019⁽⁹²⁾ onde um advogado deduziu articulado de contestação com reconvenção, mas não apresentou o rol de testemunhas e deu duas faltas à audiência de julgamento sem nunca informar o cliente, que acabou por ser condenado a final. O Supremo con-

(91) STJ 05-07-2018 (Maria da Graça Trigo) Proc. n.º 2011/15.2. <www.dgsi.pt>.

(92) STJ 14-03-2019 (Helder Almeida) Proc. n.º 2743/13.0. <www.dgsi.pt>.

siderou que efetuando um “*juízo dentro do juízo*” e analisada a prova que não foi possível fazer valer naquela ação, cuja apreciação não se mostrou possível de conhecer em sede de recurso de revista e também não foi conhecida na Relação, a mesma não se mostra revestida da necessária plausibilidade ou verosimilhança que permitisse considerar a chance de ganho de causa como credível, permitindo evitar a condenação e a obtenção de uma indemnização, admitindo contudo a fixação de uma indemnização por danos não patrimoniais, atento o estado de perturbação do lesado provocado pelo incumprimento contratual do contrato de mandato forense.

Em sentido semelhante, o Ac. STJ de 30.05.2019⁽⁹³⁾, onde um advogado não apresentou contestação numa ação levando a que a matéria de facto alegada pelo Autor fosse provada e o cliente condenado, ficando demonstrado o nexo de causalidade entre aquela conduta omissiva e a condenação. O Supremo considerou que o incumprimento do advogado privou o cliente do exercício do direito de defesa, que constitui um bem jurídico tutelado pelo contrato de mandato forense, e logo da chance de evitar um prejuízo com a condenação na presente ação, pese embora o advogado não estivesse obrigado a evitar a perda da ação uma vez que se trata de uma obrigação de meios e não de resultado. Deste modo tendo em causa a situação dos autos, é de considerar uma probabilidade de chance processual de 50% pelo que o dano da perda de chance deverá ser considerado com a consistência necessária, para que a sua perda seja indemnizada, devendo a indemnização ser fixada de acordo com a equidade.

Curiosamente, no mesmo dia, mas em processo distinto, o Ac. STJ 30.05.2019⁽⁹⁴⁾, onde um advogado não apresentou a ação judicial de impugnação do despedimento em prazo, tendo posteriormente sido apresentada contestação com dedução da exceção de caducidade do direito, a qual foi julgada procedente, e que levou à absolvição da entidade empregadora do pedido. O Supremo considerou que apesar de o “*juízo dentro do juízo*” ser uma matéria de facto que pertence às instâncias, poderá apreciar-se um eventual erro de direito na apreciação das referidas provas, como parece ter sucedido no caso concreto, onde foram desvalorizados os argumentos do trabalhador, pelo que caso a referida ação não tivesse sido instaurada fora do prazo, haveria toda a probabilidade de se obter ganho de causa, o que determinaria uma indemnização pelo dano

⁽⁹³⁾ STJ 30-05-2019 (Rosa Tching) Proc. n.º 6720/14.5. <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁴⁾ STJ 30-05-2019 (Tomé Gomes) Proc. n.º 22174/15.6. <www.dgsi.pt>.

da perda de chance processual, razão pela qual se ordenou a descida do acórdão à Relação, para reponderar da probabilidade de sucesso e da indemnização por perda de chance processual.

No mesmo ano, o Ac. STJ de 10.09.2019⁽⁹⁵⁾, onde um advogado em representação de um trabalhador instaurou uma ação declarativa de condenação contra uma entidade patronal, mas omitiu o pedido de pagamento das remunerações intercalares e não interpôs recurso da decisão desfavorável dentro do prazo legal, o Supremo considerou que a Relação ao condenar o causídico a suportar o um valor como uma indemnização pela perda de chance equivalente ao valor dessas remunerações, sem antes efetuar um julgamento dentro do julgamento e analisar se a possibilidade de obtenção dessas remunerações era consistente e séria, cometeu um erro de julgamento, pois o ressarcimento por perda de chance, encarado como uma nova e autónoma espécie de dano, não visa indemnizar a perda do resultado querido, antes e apenas a oportunidade perdida enquanto um direito em si mesmo violado com uma conduta ilícita.

Deste modo, não ficou demonstrada que apesar do erro técnico, a perda da probabilidade de obtenção desses valores fosse devida ao advogado, pois ainda que tal pedido tivesse sido efetuado, o mesmo não seria procedente, absolvendo o advogado e a seguradora do pedido.

A partir de 2019 a jurisprudência do Supremo passou a considerar-se como praticamente unânime, sendo o conceito aplicável de forma uniforme em vários arestos, como o Ac. STJ de 23.04.2020⁽⁹⁶⁾, onde se refere que *“De acordo com a jurisprudência consolidada deste STJ, afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e portanto qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado; e, no que à perda de chance processual respeita, importa saber se o hipotético sucesso do desfecho processual (...) assume um padrão de consistência e de seriedade que (...) se revela suficientemente provável para o reconhecimento do dano”*.

O mesmo veio mencionado no Ac. STJ de 21.01.2021⁽⁹⁷⁾, onde se refere que: *“Para fazer operar a responsabilidade civil contratual por perda de chance processual, impõe-se, perante cada hipótese concreta, num primeiro momento, averiguar, da existência, ou não, de uma probabi-*

⁽⁹⁵⁾ STJ 10-09-2019 (Graça Amaral) Proc. n.º 1052/16.7T8. <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁶⁾ STJ 23-04-2020 (Maria da Graça Trigo) Proc. n.º 34545/15.3. <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁷⁾ STJ 21-01-2021 (Ilídio Sacarrão Martins) Proc. n.º 1314/17.6. <www.dgsi.pt>.

lidade, consistente e séria (ou seja, com elevado índice de probabilidade), de obtenção de uma vantagem ou benefício (o sucesso da acção ou do recurso) não fora a chance perdida, importando, para tanto, fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”, atentando no que poderia ser considerado como altamente provável pelo tribunal da causa”.

3. O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 2/2022

Após esta data, a única flutuação da jurisprudência do Supremo sobreveio apenas surge mencionada no âmbito dos acórdãos que levaram à emissão do Ac. (AUJ) STJ n.º 2/2022⁽⁹⁸⁾ de 26.01.2022 no âmbito do qual se confrontaram duas supostas correntes jurisprudenciais distintas visando apurar a questão de saber se *“numa acção de responsabilidade civil por perda de chance processual é ou não suficiente fazer prova da violação (que se presume culposa) dos deveres contratuais a que o mandatário forense está adstrito para que o autor tenha direito a ser indemnizar pelo dano da perda de chance”*.

A primeira corrente, mencionada no acórdão fundamento, o Ac. STJ de 05.02.2013⁽⁹⁹⁾, sustentou que para a verificação do dano da perda de chance processual é suficiente fazer prova da violação dos deveres contratuais, para que a indemnização por este tipo de dano seja admitida, cabendo à contraparte, a prova da inexistência de qualquer probabilidade de sucesso da acção.

A segunda corrente, mencionada no acórdão recorrido, o Ac. STJ de 23.04.2020⁽¹⁰⁰⁾, que por sua vez evoca a fundamentação de outro aresto, o Ac. STJ de 30.11.2017⁽¹⁰¹⁾, no qual se sustentou que para além da violação, presumivelmente culposa, dos deveres contratuais a que o mandatário forense está adstrito, é também necessária a prova de uma probabilidade consistente e séria do sucesso da acção patrocinada pelo mesmo mandatário, cabendo essa prova ao autor que invoca o direito à indemnização.

O acórdão uniformizador formou jurisprudência pela segunda corrente, sustentando que *“(...) o argumento da intrínseca incerteza relativa do desfecho dum processo judicial, não pode passar sempre incólume,*

⁽⁹⁸⁾ STJ 26-01-2022 (António Barateiro Martins) Proc. n.º 34545/15.3. <www.dgsi.pt>.

⁽⁹⁹⁾ STJ 05-02-2103 (Hélder Roque) Proc. n.º 488/09.4. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁰⁾ STJ 23-04-2020 (Maria da Graça Trigo) Proc. n.º 34545/15.3. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰¹⁾ STJ 30-11-2017 (Tomé Gomes) Proc. n.º 12198/14.6. <www.dgsi.pt>.

mas a sua responsabilização tem que respeitar, sem voluntarismos, a segurança jurídica e ser rodeada dos necessários cuidados, não podendo prescindir, como se referiu, da imposição ao lesado do ónus de provar — seja fácil ou difícil — a verificação do dano (a consistência e seriedade da concreta chance processual comprometida), a suficiente probabilidade (no referido limiar mínimo) de obtenção de ganho de causa no processo em que foi cometida a falta pelo mandatário forense”.

Foi deste modo fixada jurisprudência no sentido de que para haver dano da perda de chance suscetível de indemnização, não basta a prova da conduta ilícita do advogado, pois a verificação do ilícito não contém já em si o dano a indemnizar, carecendo também de se provar também a existência de um dano à probabilidade de sucesso da ação, sendo que este dano, *“O dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade”.*

Procurando apreciar o AUJ, cumpre salientar que analisado o acórdão fundamento de 05.02.2013 (Hélder Roque), verifica-se que o mesmo considerou as probabilidades de êxito da ação no seu raciocínio conceptual, o que consiste precisamente no pressuposto da aferição da seriedade do dano, referindo *“(…) atendendo a que não se pode estabelecer o grau de probabilidade da amplitude do êxito da ação, sem afastar, inclusive, a sua improcedência, com base na equidade, que é agora o critério de referência do estabelecimento da indemnização por equivalente a ter em conta, fixa-se o mesmo em 50%, para cada uma das partes”*, pelo que, a nosso ver, mostra-se injusta a crítica que ao mesmo foi apontada no acórdão uniformizador.

Logo, seremos forçados a concordar com o voto de vencido da Conselheira Maria Clara Sottomayor, que aqui se assinala pela pertinência, quando afirma que *“(…) quer o acórdão fundamento, quer o acórdão recorrido, exigem a seriedade do dano da perda de chance e um grau de probabilidade elevada de sucesso no “julgamento do julgamento” para estarmos perante um dano de perda de chance indemnizável”*, pelo que a presente fixação não incide verdadeiramente sobre uma contradição jurisprudencial, sendo de certo modo, dispensável, uma que vez que o Supremo Tribunal de Justiça, já efetuou por mérito próprio uma evolução considerável na sua jurisprudência, desde que começou a analisar a figura do dano jurídico da perda de chance.

O caráter indemnizável do dano da perda de chance deve considerar-se assim como consolidado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça.

VI. Os pressupostos da perda de chance

Como acima se mencionou, a propósito da evolução da jurisprudência, a indemnização do dano da perda de chance não dispensa a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, que carecem de se mostrar preenchidos no caso concreto (art. 483.º Cód.Civil), porém, este tipo de dano apresenta também características próprias para a sua verificação, que a doutrina francesa estabeleceu como os seus “*garde-fous*”, e que poderemos considerar como pressupostos ou características, devendo a chance, para ser indemnizável ser: autónoma, aleatória e séria, compreendendo-se neste último requisito a sua consistência.

1. A autonomia

O dano da perda de chance deve ser considerado como um dano intermédio e autónomo, consistindo numa possibilidade de vantagem que integra o património do lesado enquanto bem suscetível de avaliação económica própria, distinto e autónomo do dano do resultado final a que se dirige ou propicia, detendo um valor económico próprio, neste sentido, o Ac. STJ de 10.03.2011⁽¹⁰²⁾ “*a chance, quando credível, é portadora de um valor de per se, sendo a respetiva perda passível de indemnização*”.

Porém, para Maria Malta Fernandes⁽¹⁰³⁾, em certos grupos de casos a quantificação deste dano apenas pode ser aplicado através de um juízo de prognose póstuma, assumindo o dano da perda de chance nesses casos, no dizer da referida autora, um caráter de autonomia meramente relativa, no sentido de que “*só conhecendo o valor do dano final se torna possível, (...) saber qual o valor a atribuir à chance em si e conseqüentemente, aferir qual a indemnização a prestar ao lesado*”.

Atento a autonomia do dano da perda de chance, o seu valor de indemnização nunca poderá ser idêntico ao do dano da perda do resultado final, o que levanta problemas de cálculo da indemnização.

⁽¹⁰²⁾ STJ 10-03-2011 (Távora Victor) Proc. n.º 9195/03.0. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰³⁾ FERNANDES, MARIA MALTA, *A Perda de Chance no Direito Português*, Nova Causa, 2022, p. 223.

2. A atualidade ou consistência

O dano da perda de chance deve ser considerado como um dano emergente, presente e atual, no sentido de que já existe no património do lesado no momento em que o ato ilícito é praticado.

A perda de chance é assim a perda de uma possibilidade atual e não futura, neste sentido, o Ac. STJ de 05.02.2013⁽¹⁰⁴⁾, onde se expendeu que: *“a «chance» ou oportunidade perdida merece a tutela do direito porque, à data da violação ilícita, integra o património jurídico do lesado, o seu património económico e moral, sendo ressarcível por consubstanciar um dano certo onde acaba por emergir a perda de uma possibilidade atual e não de um resultado futuro”*.

No mesmo sentido, o Ac. STJ de 30.11.2017⁽¹⁰⁵⁾, *“em suma, afigura-se razoável aceitar que a perda de chance se pode traduzir num dano autónomo existente à data da lesão e, portanto, qualificável como dano emergente, desde que ofereça consistência e seriedade, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado”*.

O caráter da atualidade ou consistência do dano, permite também distinguir o mesmo dos lucros cessantes, que são as expetativas de ganho já sedimentadas no património à data de lesão, bem como dos danos futuros, que serão aqueles que já se provou que irão ocorrer no futuro, apenas faltando a sua quantificação.

Segundo Rui Ataíde⁽¹⁰⁶⁾, cumpre também salientar que, o dano da perda de chance, enquanto dano emergente, *“tanto pode constituir um dano patrimonial como não patrimonial, tudo dependendo da natureza do dano final”*, ou seja, a perda de uma chance de ganhar um processo poderá implicar um dano patrimonial, caso com o mesmo se fosse obter o direito a um bem patrimonial, como uma indemnização ou pagamento de uma renda, ou um dano não patrimonial, caso com a falta de recurso de uma decisão penal, o arguido veja prejudicado o seu direito ao bom nome e reputação.

⁽¹⁰⁴⁾ STJ 05-02-2013 (Hélder Roque) Proc. n.º 488/09.4. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁵⁾ STJ 30-11-2017 (Tomé Gomes) Proc. n.º 12198/14.6. <www.dgsi.pt>.

⁽¹⁰⁶⁾ ATAÍDE, RUI PAULO MASCARENHAS, *Direito das Obrigações*, Vol. I., Gestlegal, p. 409.

3. A aleatoriedade

Ao dano da perda de chance pressupõe uma álea ou uma incerteza no sentido de que a probabilidade da verificação do resultado final ainda não se apresenta como certa à data do dano, mas aparece como altamente potencial, no âmbito de um processo causal em curso, pois se o resultado for certo, já não estaremos perante o dano intermédio da chance, mas sim perante o dano certo do resultado final.

Com efeito, se for possível estabelecer um nexo causal direto entre a lesão e o resultado final, o lesado terá direito à indemnização, não pelo dano da perda de chance, mas pelo dano da frustração do resultado final.

François Chabas⁽¹⁰⁷⁾, distingue claramente, a propósito da álea do dano da perda de chance, que a mesma não se confunde com o mero risco de aumento ou incremento da possibilidade de um determinado resultado se verificar ou não.

No dizer de Rute Teixeira Pedro⁽¹⁰⁸⁾, “*a chance constitui, assim, apenas um elemento intermédio de uma sucessão de eventos que se dirigem (ou não: não se saberá) a um (outro) resultado final.*”, sobre o qual não é certa a sua ocorrência, abandonando todavia a referida autora, a característica da neutralidade da chance sustentada em obra anterior⁽¹⁰⁹⁾, onde defendida que álea não deveria poder indicar se se ia verificar-se num sentido, ou no outro. Ainda segundo a mesma autora, esta (álea) incerteza tem de ser exógena, do próprio processo causal e não depender da vontade das partes, sob pena de se estender indevidamente o dano da perda de chance a situações de risco que as partes poderiam ter evitado, por exemplo: os efeitos secundários de uma intervenção cirúrgica.

⁽¹⁰⁷⁾ CHABAS, FRANÇOIS, *La perte d'une chance en droit Français*, Colloque Développements récents du droit de la responsabilité civil, publications du centre d'études européennes, Genève, 1991, p. 131, ss.

⁽¹⁰⁸⁾ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2018, Reflexões sobre a noção de perda de chance à luz da jurisprudência, pp.185-198 (199).

⁽¹⁰⁹⁾ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, *A Responsabilidade Civil do Médico, Reflexões Sobre a Noção de Perda de Chance e a Tutelado Doente Lesado*, Centro de Direito Biomédico, n.º 15, Coimbra Editora, 2008, p. 209.

4. A seriedade

A seriedade da chance visa satisfazer o requisito da certeza do dano, no âmbito do qual se considera que só quando exista uma probabilidade séria de obtenção da vantagem ou de evitar o prejuízo, é que nos encontraremos perante uma chance merecedora de tutela jurídica.

A chance não pode ser assim uma probabilidade meramente subjetiva, sob pena de ser uma mera expectativa, devendo a sua concretização poder demonstrada objetivamente, nisto consistindo a sua característica de seriedade ou realidade, no sentido de que efetivamente existe.

O lesado deverá assim demonstrar que o resultado que esperava vir a obter ou a evitar, tinha uma probabilidade forte de acontecer, sendo que para apurar a força dessa verificação, a doutrina tem vindo a estabelecer regras, assim, para Menezes Leitão⁽¹¹⁰⁾, inspirado na regra anglo-saxónica, *more probable than not*, deve ser estabelecido um patamar mínimo de probabilidades de 50% para a verificação da chance, enquanto, para outros como Luís Medina Alcoz⁽¹¹¹⁾, deve ser estabelecido um patamar de cerca de 80% de possibilidades.

Porém, deve reconhecer-se a objeção de Durval Ferreira⁽¹¹²⁾, ao estabelecimento de um patamar de probabilidade tão elevado, na medida em que caso seja estabelecida uma probabilidade superior a 80% “*não assumirá relevância a sua inclusão na categoria jurídica autónoma do “dano de perda de chance”, pois a sua ressarcibilidade “já resultará da aplicação da teria tradicional da “causalidade adequada na sua formulação positiva”*”.

Também para Rui Ataíde⁽¹¹³⁾, o critério a seguir para estabelecer a seriedade da chance deverá passar pelo estabelecimento de uma percentagem mínima de sucesso, quando afirma que “*a perda de oportunidade de ganho da lide deve ser real e séria e não apenas meramente abstrata*”, sugerindo também um critério de “*probabilidade de êxito superior a 50%*”.

Por sua vez, Rute Teixeira Pedro⁽¹¹⁴⁾ sustenta que apurar a seriedade da chance através da fixação quantitativa de uma percentagem não será sempre o método adequada, sustentando uma fixação em função do grupo de casos em causa, pois no caso de perda de hipóteses de cura, devem tam-

(110) MENEZES LEITÃO, LUIS, *A perda de oportunidade como dano no direito português*, ..., p. 151.

(111) ALCOZ, LUIS MEDINA, obra citada, p. 48.

(112) FERREIRA, DURVAL, *Dano da perda de chance*, 3.ª ed., Vida Económica, p. 177.

(113) ATAÍDE, RUI PAULO MASCARENHAS, *Direito dos Contratos*, Gestlegal, 2022, p. 149.

(114) PEDRO, RUTE TEIXEIRA, obra citada, p. 202.

bém considerar-se relevantes as chances de menor probabilidade, contanto que não sejam escassas ou insignificantes, pois está em causa a saúde e a vida humana, nisto podendo consistir uma nova característica de pessoalidade da chance, a qual poderia variar consoante o lesado e o grupo de casos.

No grupo de casos da perda de chance processual e para aferição do nexu causal, é também exigido uma operação prévia de “*juízo dentro do julgamento*”, para verificar em que medida o ato omitido interferiu na produção do resultado final, o qual se mostra necessário para estabelecer o nexu causal entre o ato omitido e a probabilidade perdida, aferindo-se em seguida da seriedade da verificação da mesma, critério que tem sido seguido por toda a jurisprudência, que internacional, quer nacional, neste sentido, o Ac. STJ de 09.07.2015⁽¹¹⁵⁾, “*haverá, pois, que fazer o chamado julgamento dentro do julgamento, não no sentido da solução jurídica que pudesse ser adotada pelo tribunal da presente ação sobre a matéria da causa que ocorreu a falta, mas sim pelo que possa ser considerado como altamente provável que o tribunal da ação em que a defesa ficou prejudicada viesse a decidir*”.

O mesmo aresto citado qualifica este juízo da “causa dentro da causa” bem como da aferição das probabilidades como uma operação de facto, pelo que se nos afigura que não será um facto conclusivo, dar como provado que o ato concretamente omitido foi causa adequada da afetação das probabilidades de êxito da ação.

Deste modo, uma vez apurado que o ato omitido foi adequado a determinar a perda da probabilidade favorável, haverá então que verificar se essa probabilidade, seria passível de se verificar em mais de 50% ou não.

O Ac. (AUJ) STJ n.º 2/2022 de 26.01.2022, veio por sua vez reiterar a essencialidade do requisito da seriedade para o conceito da perda de chance, estabelecendo a necessidade de prova do mesmo, como elemento de facto considerando que “*O dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, tem de ser consistente e sério, cabendo ao lesado o ónus da prova de tal consistência e seriedade*”.

(115) STJ 09-07-2015 (Tomé Gomes) Proc. n.º 5105/12.2. <www.dgsi.pt>.

5. Ónus da prova

O ónus da prova deve entender-se que compete ao lesado, nos termos da regra geral do art. 342.º do Cód.Civil, pelo que sobre ele recairá o ónus dos requisitos de consistência e seriedade, cuja perda consubstanciará o dano a ressarcir, neste sentido, também o Ac. (AUJ) STJ 2/2022, supracitado.

6. O cálculo da indemnização

Para maioria da doutrina e jurisprudência, a indemnização do dano da perda de chance deve ser calculada com base na equidade, nos termos do art. 566.º, n.º 3 do Cód.Civil, intervindo a seriedade da chance apenas na admissibilidade do direito à indemnização, o que tem a vantagem de se adaptar aos vários tipos de chance processual, neste sentido, o recente Ac. STJ de 09.03.2022⁽¹¹⁶⁾ onde se decidiu que: “(...) o *quantum indemnizatório* não será determinado de acordo com critérios matemáticos, mas segundo a equidade, uma vez que a teoria da diferença não é adaptável ao dano “avançado” da perda de chance”.

Contudo, para Rute Teixeira Pedro⁽¹¹⁷⁾, haveria que efetuar uma operação aritmética em três etapas: primeiro apurar-se-ia o estado em que o lesado se encontra por ter visto frustrado o seu direito, isto é o dano final e qual o valor reparatório adequado a indemnizar esse dano; segundo apreciar-se-ia a consistência e a seriedade da chance perdida, em termos de valor de percentagem; e em último lugar, subtrair-se-ia o valor da percentagem da seriedade da chance ao valor da reparação do dano final, assim se chegando proporcionalmente ao valor de reparação do dano da perda de chance, sendo que apenas nos casos em que não seja possível através desta operação chegar a um montante certo, é que o dano da perda de chance poderá ser fixado de acordo com o recurso à equidade.

Neste sentido, o Ac. STJ de 05.02.2013⁽¹¹⁸⁾ onde se expendeu que “Para encontrar o montante da indemnização, haverá que efetuar uma tarefa de dupla avaliação, avaliando primeiro o resultado final, e em seguida fixar-se o grau de probabilidades de obtenção da vantagem ou

⁽¹¹⁶⁾ STJ 09-03-2022 (Maria Clara Sottomayor) Proc. n.º 21963/15.6. <www.dgsi.pt>.

⁽¹¹⁷⁾ PEDRO, RUTE TEIXEIRA, obra citada, p. 209.

⁽¹¹⁸⁾ STJ 05.02.2013 (Hélder Roque) Proc. n.º 488/09.4. <www.dgsi.pt>.

evitar o prejuízo, sendo a percentagem aí encontrada, o valor da indemnização a atribuir pela perda da chance, por referência ao resultado final.”.

No mesmo sentido, mas mais recentemente, o Ac. STJ de 05.05.2020⁽¹¹⁹⁾, onde se decidiu no sumário que *“Para o cálculo do dano da perda de chance, deve fazer-se uma dupla avaliação: em primeiro lugar, a avaliação do dano do dano final para, em seguida, ser fixado o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou de evitamento do prejuízo, após o que, obtidos tais valores, se deverá aplicar o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, sendo que o resultado de tal operação constituirá a indemnização a atribuir pela perda de chance. Só não sendo possível fixar a probabilidade da chance, o tribunal julgará com recurso à equidade em conformidade com o disposto no art. 566.º, n.º 3 do CC”.*

VII. Considerações finais

A noção de dano, segundo Menezes Leitão⁽¹²⁰⁾ pode numa primeira abordagem naturalística, corresponder à *“supressão de uma vantagem que o sujeito beneficiava”*, porém, tal noção não é suficiente para definir o dano em termos jurídicos, pois haverá vantagens existentes que não são tuteladas pelo direito, pelo que *“o conceito de dano terá por isso que ser definido num sentido simultaneamente fáctico e normativo”* devendo o dano antes ser definido como *“a frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica.”*, o que permitirá responder aos problemas da natureza jurídica do dano, onde segundo Menezes Cordeiro⁽¹²¹⁾, é adotada uma noção concreta de dano.

A definição do conceito dano tem também sido efetuada através do recurso a vários sistemas de definições, entre os quais avulta a emergente do direito romano, entre dano emergente e lucro cessante, o primeiro *damnum emergens*, no dizer de Almeida Costa⁽¹²²⁾ compreendendo *“a perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado”*, e

⁽¹¹⁹⁾ STJ 05-05-2020 (António Magalhães) Proc. n.º 27354/15.1. <www.dgsi.pt>.

⁽¹²⁰⁾ MENEZES LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 16.ª ed., Almedina, p. 327.

⁽¹²¹⁾ MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Tratado de Direito Civil*, VIII, Almedina, reimpressão 2010, p. 529.

⁽¹²²⁾ ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO DE, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, p. 596.

o segundo *lucrum cessans*, “*refere-se aos benefícios que ele deixou de obter em consequência da lesão, ou seja, ao acréscimo patrimonial demonstrado*”.

O dano pode também definir-se entre dano presente, o qual já se verificou ao momento da conduta que produziu a lesão e o dano futuro, que segundo um juízo de prognose, poderá previsivelmente, com segurança, vir a ocorrer em momento posterior em consequência da lesão, embora no dizer de Maria de Lurdes Pereira⁽¹²³⁾, tal juízo de previsibilidade não seja exigível “*quanto à extensão e quantificação do dano*”, o que permite relegar a sua quantificação para momento posterior.

Por sua vez, Pessoa Jorge⁽¹²⁴⁾, que propõe ainda como requisitos do dano a “*alienidade, certeza, mínimo de gravidade e a qualidade que consiste em ser causados pelo ato ilícito*”, e sustenta que só o prejuízo com caráter certo poderá ser reparado, sendo que se tal conceito não oferece dúvidas quanto aos danos emergentes, quanto aos lucros cessantes, no dizer do referido autor, este requisito deverá ser interpretado como a frustração de ganhos que “*na evolução normal (e, portanto, provável) dos acontecimentos*” seriam obtidos, o que é semelhante à formulação do BGB.

Neste conspecto, somos a favor da admissibilidade da possibilidade de indemnização do dano da perda de chance, o qual não consideramos como um dano futuro ou lucro cessante, mas sim como um verdadeiro dano emergente e atual, o qual já existe de forma consistente no património do lesado à data da lesão, na medida em que só esta classificação permite refletir a perda concreta, de um bem jurídico tutelado pelo direito, o que é condicente com a natureza concreta do dano.

O dano pode consistir na perda de uma probabilidade favorável, aqui se compreendendo os casos de perda de cura, que não deixa de ser uma probabilidade favorável para a saúde do lesado.

A perda da probabilidade poder conduzir à verificação de danos patrimoniais ou não patrimoniais consoante seja a natureza da probabilidade perdida, designadamente, de índole patrimonial como o seja o caso de uma perda de chance processual, ou de índole não patrimonial como seja o caso da perda de hipóteses de cura.

O dano da perda de chance também não é hipotético ou eventual pois apesar de apenas poder ocorrer no âmbito de um processo causal em curso,

(123) PEREIRA, MARIA DE LURDES, *Direito da Responsabilidade Civil, A obrigação de indemnizar*, AAFDL, 2021, p. 130.

(124) PESSOA JORGE, FERNANDO, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almeida, 1999, p. 385.

cujos resultados ainda não estão verificados à data em que ocorre a lesão, nisto consistindo o seu carácter aleatório, não prescinde da existência de nexos causal, embora este nexo causal não seja estabelecido entre a conduta do agente e o resultado final, mas sim entre a conduta do agente e a chance perdida, pelo que a admissibilidade do mesmo não constitui nenhum desvio ao nexo causal, o que permite definir o dano da perda de chance como um dano intermédio, que tem uma natureza autónoma do dano final.

Deste modo, nos casos de perda de chance processual no âmbito da responsabilidade civil do advogado, para se apurar esse nexo causal, deve previamente efetuar-se um “*juízo dentro do juízo*”, com vista a verificar se o ato omitido foi causa adequada do desaparecimento da probabilidade favorável, mas já não da perda do resultado final, com o qual não existe nexo causal.

Caso exista nexo causal entre o ato omitido e a perda do resultado final, o dano a indemnizar não já será o dano da perda da chance, mas o mesmo dano final, que corresponde à perda do resultado final.

Por sua vez, as dificuldades da falta de certeza deste tipo de dano podem ser ultrapassadas com um critério de verificação da probabilidade perdida, que acreditamos não dever ser fixada em valor inferior a 50%, a qual corresponde ao requisito da seriedade da chance expressa adotada pela jurisprudência nacional.

A indemnização do dano da perda de chance deve ser calculada com base na equidade, devendo rejeitar-se o método da dupla avaliação, porquanto o mesmo conduz a que a perda de chance seja avaliada por referência ao dano final, como se de uma percentagem deste se tratasse, o que nega a característica da autonomia do dano da perda de chance, presente desde o início.

O dano da perda de chance, poderá assim ser definido como: *A lesão da probabilidade atual e séria da verificação no âmbito de um processo causal aleatório, de um evento favorável ao património ou saúde do lesado.*

O dano da perda de chance deve assim considerar-se consolidado na ordem jurídica, devendo merecer, juntamente com outros, a atenção do intérprete, sempre que confrontado com a necessidade de apurar as consequências de um evento lesivo.

Conclusões

O dano da perda de chance fez um longo caminho desde a sua criação inicial por via da prática jurisprudencial na área da responsabilidade civil do advogado, ultrapassando os obstáculos na sua conceção colocados nos vários ordenamentos jurídicos, sendo hoje poucos aqueles que não o admitem em várias áreas do direito, com particular destaque para o direito alemão, mas ainda assim, mesmo nesse caso com a consciência de que o mesmo resolve um problema premente de tutela de bens jurídicos, que de outro modo só com mecanismos de inversão do ónus da prova poderiam ser resolvidos, os quais não têm suporte legal, apenas podendo ser concebidos no plano do direito a constituir.

Na sua noção atual, o dano da perda de chance ou oportunidade deve considerar-se admissível como um dano emergente, intermédio e autónomo do dano final, o qual existe sempre que se verifique a lesão de uma probabilidade atual e séria de verificação de uma eventual favorável ao património e saúde do lesado, que já existe no património do lesado à data da lesão.

A seriedade da verificação da chance aferir-se-á sempre que a verificação da sua probabilidade seja superior em mais de 50%, sendo ainda necessário, nos casos de perda de chance processual ou responsabilidade civil do advogado, que previamente se efetue um julgamento dentro do julgamento, com vista a verificar se o ato omitido foi causa adequada do desaparecimento da probabilidade favorável, mas já não da perda do resultado final, com o qual não existenexo causal.

O ónus da prova incumbe ao lesado v.g Ac. (AUJ) STJ n.º 2/2022 de 26.01.2022, e a indemnização do dano da perda de chance deve ser calculada com base na equidade do caso concreto, e não por referência a uma percentagem do dano final, por ser um dano que já existe no património do lesado à data da perda da probabilidade.