

PERDA DE CHANCE PROCESSUAL

THE LOSS OF A PROCEDURAL CHANCE TO PURSUE A LEGAL CLAIM

PAULO MOTA PINTO

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal).
Licenciado em Direito, Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.
pmp@fd.uc.pt

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O presente artigo trata da doutrina da perda de chance aplicada à esfera processual, explorando inicialmente os contornos do tema na doutrina e jurisprudência portuguesa. Em seguida, visa distinguir a "chance" concreta do possível resultado do processo, valendo-se do direito comparado e a teoria do "julgamento dentro do julgamento". Por fim, trata da avaliação da "chance" processual concreta e as obrigações profissionais do advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Perda de Chance – "Chance" processual concreta – Erro do advogado – Processo civil – Direito comparado.

ABSTRACT: The present paper analyses the doctrine of loss of a chance applied to civil procedure – loss of procedural opportunity to pursue a legal claim, initially exploring the theme as overseen by the Portuguese doctrine and precedents. In addition, the paper intends to distinguish the concrete "chance" from the possible outcomes of a certain trial, also relying on Comparative Law and the theory of "trial within the trial". Finally, the paper analyses the evaluation of the concrete procedural "chance" and the legal duties of an attorney.

KEYWORDS: Loss of a chance – Concrete procedural "chance" – Legal malpractice – Civil procedure – Comparative law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A doutrina da perda de chance e os seus principais grupos de casos. 2. Noção de "chance" e o problema da sua autonomia em relação ao evento ou resultado "final". 3. Abordagens do problema – Breve panorama. 4. A perda de chance na doutrina portuguesa. 5. A perda de chance na jurisprudência portuguesa. 6. A "chance" ou oportunidade não é garantia de um resultado em montante proporcional à probabilidade deste. 7. A consistência e seriedade da "chance" concreta e o resultado do processo. 8. A prova da causalidade: o incidental "julgamento dentro do julgamento", a fazer na perspectiva do tribunal que teria decidido o processo. 9. A avaliação da "chance" processual concreta e as obrigações do advogado.

INTRODUÇÃO

O domínio em que os nossos tribunais¹ mais frequentemente têm tratado da relevância indemnizatória da “perda de chance” é, sem dúvida, o da perda de oportunidades processuais, devido à falta de cumprimento de deveres pelo mandatário forense. Trata-se de um tema que, suscitando questões gerais de dogmática da responsabilidade civil, apresenta, porém, também especificidades, designadamente quanto à possibilidade de redução *a posteriori* da incerteza, na apreciação ou prognose póstuma que deve ser efetuada pelo tribunal da indemnização.

Começemos por recordar o que é a doutrina da “perda de chance” e seus grupos de casos.

1. A DOCTRINA DA PERDA DE CHANCE E OS SEUS PRINCIPAIS GRUPOS DE CASOS

Quando alguém pede uma indemnização pela chamada *perda de chance*, invoca a *perda de oportunidades* de realizar um ganho, ou de evitar um prejuízo, *sem que seja possível, porém, apurar* se esse ganho teria realmente sido realizado ou se esse prejuízo teria sido evitado, apenas se sabendo que o lesado viu *frustradas* “chances” ou oportunidades² correspondentes.

Embora o problema seja se ponha em geral na responsabilidade civil, a experiência prática permitiu distinguir em vários países diversos *grupos de casos* em que a ressarcibilidade da perda de chance é mais frequentemente questionada³: hipóteses da *perda de chance de cura ou de sobrevivência* (“perte d’une chance de guérison ou survie”), em resultado de um erro médico⁴, não se conseguindo apurar

1. Texto entregue para publicação nos *Estudos em homenagem ao Conselheiro Rui Moura Ramos*, org. pelo Tribunal Constitucional, 2016.
2. Utilizamos indistintamente os termos “chance” (que constitui um galicismo já enraizado na nossa língua) e “oportunidade”.
3. Para a classificação das hipóteses de perda de chance, v., por exemplo, Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Madrid, Civitas, 2007, pp. 63 e ss. (e também id., “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 30, 2009, pp. 32 e ss. (disponível em <http://www.asociacionabogadosrcs.org//doctrina/Luis%20Medina.pdf?phpMyAdmin=9eb-1fd7fe71cf931d588191bc9123527>).
4. Defendeu entre nós a existência de “boas razões de justiça material e de equilíbrio” para se sustentar a doutrina da perda de chances na responsabilidade médica, Jorge Sinde Monteiro, “Aspecto particulares da responsabilidade médica”, in *Direito da saúde e bioética*, Lisboa, Lex, 1991, pp. 133-142 (146 e ss. 151 e ss.), id., *Responsabilidade por conselhos*,

qual teria sido o resultado de uma actuação correcta, e apenas se podendo dizer que o lesado viu diminuídas oportunidades de cura ou de sobrevivência; de *perda de chances de ganhar algo em concursos ou ofertas públicas*⁵, porque, em violação das regras, alguém é afastado ou prejudicado (por exemplo na sua classificação), excluindo, ou reduzindo, as suas chances de o vencer, e de obter o benefício em causa (por exemplo, uma contratação, uma promoção, etc.), sem que possa determinar-se com rigor qual teria sido o resultado de um procedimento correcto, e apenas se sabendo que o lesado teria maiores oportunidades de vir a obter o benefício resultante do concurso ou procedimento de escolha⁶; casos de *perda de oportunidades processuais, por responsabilidade do advogado*, em que não se sabe teria sido o resultado do processo caso o advogado tivesse procedido diligentemente, mas

recomendações e informações, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 294, ss., 300, notando que a posição da jurisprudência francesa “sobre a reparação da *perte d'une chance de guérison ou de survie* (...) parece constituir uma figura muito próxima da doutrina da atribuição da responsabilidade segundo o grau de elevação do risco, conduzindo, na falta de uma prova cabal sobre o nexo de causalidade (ou de ilicitude), a uma indemnização parcial”. Assim, por exemplo, no caso que foi decidido na jurisprudência holandesa (tribunal de Amesterdão), em 4 de Janeiro de 1996 (*Wever v. De Kraker*, NJ, 1997, p. 213): devido a um erro de diagnóstico, uma deficiência cardíaca de um bebé de três semanas foi reconhecida demasiado tarde, tendo ele assim sido operado dias mais tarde do que teria sido possível. Decidiu-se que o bebé, pela ausência de um diagnóstico tempestivo, perdera uma chance de um melhor resultado do tratamento, a qual foi avaliada em 25%, e que os culpados do atraso eram responsáveis por tal percentagem do dano causado pela deficiência cardíaca. Entre nós, v. também Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, Rui Cardona Ferreira, “A perda de chance na responsabilidade médica”, in Carla Amado Gomes/Miguel Assis Raimundo/Cláudia Monge (coord.), *Responsabilidade na prestação de cuidados de saúde*, Lisboa, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2014, pp. 126-145, Vera Lúcia Raposo, “Em busca da chance perdida: o dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 35, n.º 138 (Abril-Junho 2014), pp. 9-61.

5. Assim, no conhecido caso *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786, em que um tribunal inglês concedeu à demandante, uma das cinquenta finalistas de um concurso de beleza, uma indemnização pela perda da chance de obter um dos doze prémios, ao não ter sido notificada do dia da competição final.
6. Grupo de casos parecido é o da perda de chances de vitória em competições desportivas. V., por exemplo, o caso da perda de chance de acesso a competições de Fórmula 1, decidido pelo Tribunal de Monza em 21 de Fevereiro de 1992, com anot. de Dassi, “Sulla lesione da perdita di ‘chance’ di un corridore automobilistico (nota a sent. Trib. Monza 21 febbraio 1992, First racing team c. Bonanno e altro)”, *Resp. civ. e prev.*, 1993, I, p. 862, ou a decisão da *Cour de Cassation* de 6 de Junho de 1990 (*Bull. crim.*, n.º 224), que considerou a perda de uma chance em resultado da impossibilidade, para um criador de cavalos vítima de lesões involuntárias, de fazer participar um cavalos em corridas.

MOTA PINTO, Paulo. Perda de chance processual.

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 15. ano 5. p. 345-386. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

pode dizer-se que o lesado perdeu uma hipótese ou possibilidade de conservação ou satisfação dos seus direitos⁷.

A doutrina da *perte d'une chance* começou por ser desenvolvida no direito francês. Ela foi uma criação pretoriana, que remonta ao acórdão tirado pela *Cour de Cassation* em 17 de Julho de 1889, no qual foi concedido provimento a um pedido de indemnização justamente pela perda da possibilidade de prosseguir um processo judicial, e, por conseguinte, de obter de ganho de causa. Mas a mesma ideia foi paulatinamente alargada a vários diversos domínios de aplicação, tendo a jurisprudência francesa admitido que a indemnização pela perda de chance tenha lugar em contextos tão diversos como os jogos de azar ou competições desportivas, a progressão na carreira profissional, o desenvolvimento de actividade científica ou comercial ou o acesso a determinadas funções⁸.

Apesar de em todos os casos referidos existir incerteza sobre a situação hipotética caso o lesante tivesse actuado correctamente, deve notar-se, porém, que a unidade do problema da perda de chances é discutida na doutrina, havendo quem saliente, por exemplo, que o problema no domínio da responsabilidade médica, da perda de chances *de cura*, se reveste de uma configuração diversa da dos outros grupos de casos⁹.

-
7. V., por exemplo, no direito austriaco Olaf Riss, “Hypothetische Kausalität, objektive Berechnung bloßer Vermögensschäden und Ersatz verlorener Prozesschancen”, *Juristische Blätter*, 2004, pp.423-441. Entre nós, v. Rui Cardona Ferreira, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 73, n.º 4 (Out.-Dez.2013), pp. 1301-1329, Vera Lúcia Raposo, “A perda de chance no mandato judicial”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 35 n.º 140 (out.-dez. 2014), pp. 249-260.
 8. Sobre as características e os vários domínios de aplicação da *perte d'une chance* em França, v. Henri Mazeaud/Leon Mazeaud/Andre Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tomo I, 6.ª ed., Paris, 1965, pp. 272 e ss., Boris Starck, *Droit civil – obligations*, Paris, 1972, pp. 51-53, François Chabas, *Responsabilité civile et responsabilité pénale*, Paris, 1975, pp. 29 e ss., Yves Chartier, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris, 1983, pp. 32-49, Jean Carbonnier, *Droit civil, 4 – Les obligations*, 18.ª ed., Paris, 1994, p. 334 e pp. 342 e ss., Jacques Flour/Jean-Luc Aubert, *Les obligations, 2 – le fait juridique*, 8.ª ed., Paris, 1999, pp. 125-127, Alex Weill/François Terre, *Droit civil – les obligations*, Paris, 1980, pp. 678 e ss., Philippe Le Tourneau/Loïc Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Paris, 1998, p. 214, e Geneviève Viney/Patrice Jourdain, *Traité de droit civil* (coord. de Jacques Ghestin), *Les conditions de la responsabilité*, 3.ª ed., Paris, 2006, pp. 91-6.
 9. Assim, Holger Fleischer, “Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Delikt-recht”, in *Juristenzeitung*, 1999, pp. 766-775, distinguindo estas situações, e defendendo que o problema não é unitário. Para Fleischer, não seria justificado estender a doutrina da perda de chances aos erros médicos, sendo melhor uma solução processual do que uma

Não vamos aqui aprofundar em geral o problema da indenizabilidade da *perda de chances* no direito português *em todos os seus grupos de casos* – embora se deva notar que a posição maioritariamente defendida por quem entre nós tratou do problema adrede começou por ser no sentido de *recusar o ressarcimento da perda de chance*¹⁰, pelo menos no plano do direito constituído.

Há, porém, que dizer algo sobre a noção de “chance” pressuposta neste problema.

2. NOÇÃO DE “CHANCE” E O PROBLEMA DA SUA AUTONOMIA EM RELAÇÃO AO EVENTO OU RESULTADO “FINAL”

Como é sabido, a posição tradicional exige, para se poder afirmar a existência de uma obrigação de indemnização, que o dano a ressarcir seja *certo*. Esta exigência não se cumpre, porém, nos casos de perda de chance. O problema da ressarcibilidade da perda ou diminuição de chances é caracterizado decisivamente pela interferência da *incerteza na questão da determinação da responsabilidade*: não é possível determinar com segurança (isto é, de modo que o dano seja certo) qual seria a situação hipotética que existiria caso se não tivesse verificado o evento que obriga à reparação. O fundamento comum de todos os casos em que a perda de chance tem sido invocada é, justamente, a tentativa de não deixar escapar às malhas da responsabilidade civil um evento ilícito, devido à incerteza, mesmo *ex post*, sobre qual teria sido a evolução dos acontecimentos, relevante para efeitos de causalidade ou de quantificação do dano.

Em face desta incerteza, o demandante invoca, por isso, que perdeu de oportunidades, ou “chances”, *autonomizando estas do resultado final* a que poderiam conduzir, o qual não pode ser determinado. A ideia de perda de chances pressupõe,

solução material de responsabilidade proporcional. Explica também a diferença entre as soluções francesa (perda de chance como dano, com responsabilidade profissional) e da *common law* (com rejeição da perda de chances) pelas diversas exigências postas quanto à causalidade: no direito francês exige-se tendencialmente a certeza para a prova da causalidade, enquanto no direito inglês basta uma probabilidade causal superior a 50%.

A favor da unidade do problema, porém, Helmut Koziol, “Schadenersatz für den Verlust einer Chance?”, in *FS f. Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 233-250, e N. Jansen, rec. cit. a H. Grosserichter, *RabelsZ*, 2003, pp. 606-607.

10. Assim, mantendo o ceticismo em relação ao ressarcimento da perda de chance, entre nós, Júlio Gomes, “O dano da perda de chance”, *Direito e Justiça*, 2005, pp. 9-47, idem, “Em torno do dano da perda de chance: algumas reflexões”, in *Ars iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, vol. II, pp. 289-327 (324 e ss.), com mais indicações, e o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., vol. II, pp. 1103-7, n. 3103. E também R. Cardona Ferreira, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance...*, cit., *passim*.

MOTA PINTO, Paulo. Perda de chance processual.

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 15. ano 5. p. 345-386. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

pois, que se possa distinguir e autonomizar as *meras oportunidades*, ou *chances*, dos *eventos “finais”*. A chance é, justamente (inversamente do risco), a *possibilidade ou oportunidade de obtenção de um benefício, em sentido lato, incluindo de evitar um prejuízo*, no que, portanto, se distingue deste mesmo prejuízo (ou perda de benefício). E logo se vê, portanto, que a incerteza sobre a sua concretização é um elemento essencial da noção de “chance” ou oportunidade.

É claro que, apesar de, segundo o senso comum, se distinguir entre oportunidades ou “chances” e “eventos finais”, aquelas não são, porém, algo que exista *empiricamente*. Trata-se de meras perspectivas de evolução, uma realidade que influi sobre o valor dos bens – quer pessoais, quer patrimoniais –, mas que *não é negociável autonomamente destes*. Constituem, neste sentido, uma *situação ou posição econômica não autônoma* dos elementos que integram o patrimônio ou a esfera jurídica do seu titular, e que não pode ser negociada autonomamente¹¹.

Deve notar-se, por outro lado, que no problema da perda de chances não existe apenas uma incerteza sobre o futuro, sobre se o dano se virá a concretizar – pelo que *não está em causa um problema de indemnização de danos futuros*, prevista no artigo 564.º, n.º 2¹², do Código Civil¹³. Pelo contrário, nos casos de perda de chance essa *incerteza mantém-se* mesmo no futuro: uma incerteza mesmo *ex post* sobre a concretização da oportunidade, e, portanto, sobre qual teria sido a situação sem o evento lesivo.

Há, na verdade, casos em que no momento do evento lesivo, apenas é afectada uma oportunidade ou chance que não se sabe ainda nesse momento se se vai ou

11. Com efeito, a hipótese de perda de chance é diversa da de compra e venda de bens de existência incerta, com natureza aleatória, prevista no art. 881.º (*emptio spei*), em que, desde que se faça menção da incerteza no contrato, é devido o preço ainda que os bens não existam, tendo em princípio o contrato natureza aleatória. Aqui, temos uma *emptio spei*, e, portanto, uma compra com natureza aleatória, em que as partes se submetem voluntariamente a uma possibilidade de ganhar ou de perder. Mas a “chance” não é, nem pode ser, negociada autonomamente dos bens em causa. Há, porém, quem faça um paralelo entre os casos de *emptio spei* e ressarcimento da perda de chance. Assim, N. Jansen, rec. cit. a H. Grosserichter, *RabelsZ*, 2003, p. 607.

12. Deve, na verdade, rejeitarse a confusão dos problemas da *ressarcibilidade dos danos futuros* (que a nossa lei admite no art. 564.º, n.º 2) e da *ressarcibilidade da “perda de chance”*. Por um lado, este segundo problema põe-se justamente para a “chance” já perdida, no momento presente, e pressupõe, portanto, que ao ser essa perda um dano, este *já está verificado* (não é futuro). Por outro lado, a possibilidade de ressarcimento de danos futuros, desde que previsíveis, não pressupõe qualquer solução para a questão da relevância jurídica da “perda de chance”, pois nesta *a incerteza mantém-se mesmo no futuro*. Não é, assim, da norma sobre a ressarcibilidade de danos futuros que pode deduzirse a solução.

13. Como todos os artigos doravante citados sem indicação especial.

não concretizar, sendo certo, porém, que no momento do apuramento da responsabilidade já se pode dispor de tal conhecimento com inteira certeza, pois a oportunidade ou já se concretizou ou se frustrou. Aqui, sim, pode justificar-se um paralelo com os casos de compra de natureza aleatória, ou *emptio spei*, já conhecidos desde o direito romano. Assim, por exemplo, no caso de falta de entrega ou da destruição de um bilhete de lotaria, apurando-se a responsabilidade depois de realizada a extracção, é claro que ou o dano se ficou por uma soma quase nula (pois o bilhete não foi premiado e o seu valor do dano é nulo), ou se veio a cifrar no montante do prémio obtido¹⁴ – caso em que o lesado deve ser admitido a reclamar uma indemnização nesse montante, a tanto não obstando as exigências de causalidade. Não há aqui dúvidas de que estamos perante um prejuízo *ressarcível*, independentemente de qualquer problema de perda de oportunidade, que se não suscita pois *a incerteza vem a ser desfeita*. Se, no momento do apuramento da responsabilidade, já se pode saber com inteira certeza que a chance se concretizou ou se frustrou, há que levá-lo em conta. Nesses casos, há que considerar a concretização ou não da oportunidade, no momento temporal do apuramento da responsabilidade.

Diferentes são, porém, os casos em que, *mesmo a posteriori, se não pode saber com certeza se a oportunidade ou chance perdida se teria concretizado* – isto é, se o lesado excluído teria vencido o concurso, se se teria curado ou sobrevivido, ou se teria decaído ou tido êxito no processo ou recurso judicial em causa¹⁵.

Ora, é claro que, nestes casos existe um *elemento de incerteza* ineliminável mesmo *ex post*, que afecta a determinação da situação hipotética, em que o lesado estaria se não se tivesse verificado o evento lesivo. E logo por aqui se vê, também, que não pode dizer-se, simplesmente, que existiu um “benefício que o lesado deixou de auferir”, isto é, um lucro cessante, ou que existe um dano futuro¹⁶.

14. V., por exemplo, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Fevereiro de 2005 (relator Noronha Nascimento, proc. 04B4380) em que estava em causa o não cumprimento de um contrato entre um mediador-vendedor da Lotaria Nacional e uma outra pessoa, segundo o qual este comprava todas as semanas a mesma fracção de um bilhete numerado da Lotaria reservado por aquele, sendo o preço pago aquando do levantamento do bilhete, tendo sido premiado justamente o bilhete não entregue.

15. É o caso, para continuar o exemplo da lotaria, se o bilhete comprado, não só *não foi entregue*, mas foi *excluído ilicitamente do concurso*, por exemplo, por que não foi sequer introduzido na tómbola. Neste caso não se pode realmente saber, mesmo *a posteriori*, se teria sido ele o premiado. A incerteza mantém-se mesmo *ex post*. Por isso, encontramos já aqui um problema semelhante ao da perda de chances.

16. Como é evidente, a distinção entre danos emergentes e lucros cessantes não coincide com a distinção entre danos presentes e lucros cessantes (podendo, por exemplo, existir danos emergentes futuros e lucros cessantes já no presente). V. o nosso *Interesse contratual negativo...*, cit., vol. II, n. 3064.

Quanto à qualificação do dano da perda de chance como *damnum emergens* ou como *lucrum cessans*, deve notar-se que ela depende da forma como juridicamente se qualifiquem as meras chances de obtenção de ganhos. A *distinção entre lucro cessante e dano emergente* é, como se sabe, uma das mais complexas que se encontra na teoria geral do dano¹⁷. Aliás, a desnecessidade de distinguir entre o *damnum emergens* e o *lucrum cessans* para a concessão e determinação da indemnização – isto é, a unificação destes dois tipos de prejuízo numa noção única, que é justamente a diferença patrimonial entre a situação real e a hipotética – foi uma das razões pelas quais a “fórmula da diferença”, ou “hipótese da diferença”, de Friedrich Mommsen se tornou tão corrente. A nossa lei apenas menciona a distinção entre *damnum emergens* e *lucrum cessans*, no artigo 564.º, n.º 1, *para dizer que ela é irrelevante*, e (salvo nos artigos 899.º e 909.º, para a venda de bens onerados e de coisas defeituosas) não a considera importante para a delimitação do dano ressarcível.

Por isso, podemos também dispensar-nos de qualificar o dano da perda de oportunidades, ou perda de chances, como *dano emergente* ou *lucro cessante*. Cumpre notar, apenas, que, diversamente destes, que são danos *certos*: no caso da perda de chance existe sempre, e permanece, uma *incerteza sobre o nexo de causalidade entre o evento e a produção do dano*, e, portanto, sobre este último.

Isto é tanto mais claro quanto, nalguns casos em que se põe o problema da ressarcibilidade de meras “chances”, pode estar em causa, não uma verdadeira perda de todas as oportunidades, mas apenas a sua *redução*, isto é, apenas uma *diminuição de chances*. É o que pode acontecer, por exemplo, na esfera médica, em que, por erro médico, se reduziu uma chance de cura ou de sobrevivência. Muitas vezes, não se trata de chances definitivamente perdidas, mas de possibilidades ainda abertas (embora reduzidas) no futuro. E mesmo nos casos de responsabilidade do advogado, pode acontecer que não haja uma *perda definitiva ou total de chances* ou oportunidades, desde que existam (e eventualmente sejam ainda utilizáveis, ou já estejam a ser utilizadas) ainda *outras vias processuais para tentar obter* o mesmo resultado.

Seja como for quanto a este último ponto – que apenas pode ser determinado tendo em conta a configuração do caso concreto¹⁸ –, é certo, porém, que a possibilidade de afirmação da ressarcibilidade da perda de chance pressupõe uma *autonomização (como que “ontológica”) desta em relação ao evento ou resultado final*, que permanece incerto. Esta autonomização, e a correspondente indemnização pela

17. Há, desde logo, que decidir se deve adotar-se um critério jurídico ou um critério económico para a distinção, e qual o momento para apurar se estamos perante elementos afetados pela lesão de que o lesado era já titular (para sofrer uma “*perte éprouvée*”), ou que apenas poderia vir a adquirir (um “*gain manqué*”). V. a nossa ob. cit., vol. II, pp. 1089 e ss., onde tratamos do problema, com mais indicações.

18. V. *infra*, n.º 8.

perda de chances, têm sido defendidas, nalguns países e por alguma doutrina estrangeira, sobretudo para os *três grupos de casos* referidos: perda de “chances” de cura ou sobrevivência na responsabilidade médica; perda de “chances” de obtenção de uma vantagem pela exclusão ou irregularidade em *concursos ou outros procedimentos de escolha*; perda de “chances” processuais por responsabilidade do mandatário forense.

Mas deve perguntar-se: *que autonomia pode restar a uma chance cuja relevância indenizatória depende, em toda a linha, do grau de probabilidade de verificação do evento a que a mesma se refere?* Com efeito, mesmo quem defende a ressarcibilidade da perda de chance propõe sempre que se atribua uma indemnização (parcial), calculada *proporcionalmente* à probabilidade da “chance” frustrada, aplicando-a ao valor do resultado final que se pretendia obter¹⁹.

A forma como se lida, nas diversas ordens jurídicas, com a incerteza sobre a verificação do resultado hipotético cuja probabilidade é afetada pelo evento lesivo não se resume à aceitação da doutrina da perda de chance. Existe, com efeito, toda uma série de *outras possíveis abordagens* do problema²⁰.

3. ABORDAGENS DO PROBLEMA – BREVE PANORAMA

Em primeiro lugar, pode dizer-se que encontramos abordagens que se baseiam na ideia de que o dano (e não apenas a sua probabilidade) deve ser demonstrado, e, portanto, tem de ser *certo*.

A abordagem tradicional, correspondente a essa exigência, assenta numa orientação de *tudo ou nada* (*all-or-nothing approach*), ainda subjacente (embora normalmente a questão não seja tematizada) à posição da maioria das ordens jurídicas sobre a relação de causalidade exigível para se afirmar a responsabilidade. Segundo esta orientação, ou *não existe* relação de causalidade e não se impõe *qualquer* responsabilidade, ou, se existe, a responsabilidade é *total*, ou *integral*, isto é, igual à totalidade dos prejuízos sofridos pela vítima. Assim, na falta de uma elevada probabilidade não se reconhecerá a existência de causalidade. E apesar de frequentemente não se indicar sequer um limiar percentual para a prova de um *dano certo*, *este não deverá andar muito longe de uma probabilidade para além de dúvidas razoáveis*, e *certamente muito acima dos 50%* (ou 0,5).

19. Ponto notado entre nós por Júlio Gomes, “Em torno do dano da perda de chance”, cit., p. 302.

20. Para uma descrição de algumas das abordagens ou teorias sobre o problema da incerteza na causalidade em relação à situação hipotética, v., por exemplo, Gerald Mäsch, *Chance und Schaden: zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, pp. 127 e ss., e L. Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., pp. 321 e ss. E também a nossa ob. cit., vol. II, pp. 1104 e ss., com mais indicações.

A orientação que está em coerência com a ideia de que o dano deve ser certo conduz, aliás, a *negar* sempre a indemnização por mera perda de chance, pois não pode nesta dizer-se que o evento lesivo tenha sido *conditio sine qua non* da lesão²¹, e o direito visa a protecção de bens e não de meras possibilidades ou *chances* (intervindo aqui também, frequentemente, tanto um entendimento do património que não inclui estas, como a referida concepção do dano como diferença).

Outra abordagem, limitada ainda ao “tudo-ou-nada” mas sem *negar* sempre a indemnização em caso de perda de oportunidades, pretende resolver o problema *em sede de causalidade*, alargando o limiar de relevância desta, e bastando-se, quando necessário, com a mera *elevação do risco*²². Assim, designadamente por influência das doutrinas penalísticas da causalidade como “elevação do risco”, defende-se que, nos casos em que a incerteza se limita à relação de causalidade entre o comportamento e a causação do prejuízo – casos de elevação de risco ou de diminuição de possibilidades de escapar ao prejuízo (por exemplo, redução de 50% para 10% das possibilidades de vencer o concurso ou o processo, ou de cura ou sobrevivência) –, uma *elevação significativa do risco* já permitiria fundamentar essa causalidade.

A posição mais difundida (e predominante, por exemplo, no direito alemão da responsabilidade médica) para lidar com a incerteza sobre a situação hipotética, que existiria sem o evento lesivo, situa-se, porém, no terreno *jurídico-processual*, admitindo apenas *inversões do ónus* e a *facilitação da prova da causalidade*. Assim, por exemplo, entende-se que, acima do nível da negligência grosseira se deveria facilitar a prova da causalidade entre o evento lesivo e os prejuízos, ou até inverter o respectivo ónus da prova, mas sempre mantendo a alternativa na afirmação ou negação total da responsabilidade.

Esta posição não se afasta, pois, decisivamente, da abordagem em termos de “tudo ou nada”, mas permite *facilitar o reconhecimento da responsabilidade*, bastando, por exemplo, para se afirmar a responsabilidade, que se demonstre que o acto lesivo (v. g., a exclusão do concurso ou a negligência médica) aumentou o risco de se vir a sofrer um dano (*increased risk of harm*), ou que destruiu uma possibilidade substancial de alcançar um resultado mais favorável (*substantial possibility of achieving a more favorable outcome*).

Por vezes, encontra-se também na jurisprudência a afirmação, neste sentido, de que o nexo de causalidade não precisa de ser provado com uma certeza matemática,

-
21. Sobre a exigência de condicionalidade (*conditio sine qua non*), anterior ainda à de adequação, para o nexo de causalidade, e seus problemas, v. o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., vol. I, n.º 24, a).
 22. V. referências em J. Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, cit., pp. 294, ss., 300.

bastando um *elevado grau de probabilidade*. Mas em alguns contextos – como o da prática de actos que afetam as oportunidades de obter ganho de causa num processo –, em que a incerteza sobre o nexo de causalidade pode ser reduzida pelo próprio sistema num processo incidental hipotético (ou “julgamento dentro do julgamento”), é, como veremos, de exigir uma prova *mais forte* (como a de que a posição defendida no recurso omitido correspondia à posição dominante na jurisprudência, e que, portanto, a falta de prática dos actos em causa impediu que pudesse ser aplicada ao caso).

Estas abordagens visam, como se disse, fornecer soluções ou respostas da ordem jurídica para o problema da incerteza sobre a situação hipotética em caso de não verificação do evento que obriga à reparação. Elas não apontam, porém, todas no mesmo sentido, sendo-lhes comum apenas o facto de conduzirem a *soluções de afirmação ou negação global da indemnização*. Apesar de corresponderem à posição dominante e tradicional nas ordens jurídicas continentais, é certo que se expõem todas a *uma mesma crítica*, que assenta no facto de não darem proporcionalmente conta, nas consequências jurídicas, das diferenças de probabilidade verificadas na hipótese²³.

Efetivamente, o que caracteriza todas estas soluções de “tudo ou nada” é que todas elas, por mais que facilitem a prova da causalidade, são obrigadas a admitir a existência de um *ponto de viragem (tipping point)*, a partir de certo limiar relevante, passado o qual um pequeno acréscimo (ou diminuição) tem um efeito *desproporcionadamente favorável (ou desfavorável)* na consequência indemnizatória.

É justamente por isso (e, portanto, com base nas ideias de proporcionalidade entre causa e efeito e de justiça individualizadora) que têm vindo a ser propostas soluções de tipo *proporcional* ou *gradualista*, desde logo, graduando o próprio requisito da *causalidade*. É o caso da ideia de uma mera “causalidade possível” ou probabilística, com a correspondente responsabilidade proporcional, para que se

23. Deve aliás notar-se, sobre a suficiência de um certo grau de probabilidade para demonstrar a causalidade, que, em termos puramente matemáticos, é igualmente arbitrário conceder uma indemnização correspondente a 100% quando a probabilidade de o dano ter sido provocado pelo evento é, por exemplo, de 80% (ou 0,8), como não conceder nada quando essa probabilidade era de 20% (ou 0,2). Se para a valoração jurídica relevante para a imputação objetiva já não será possivelmente assim, sendo aceitável, consoante a orientação adotada em cada ordem jurídica e também considerando a finalidade de proteção do lesado, que baste para afirmar uma responsabilidade integral, por exemplo, uma probabilidade superior a 50% (e devendo, abaixo deste limiar, reduzir-se proporcionalmente o montante da indemnização), deve notar-se, porém, que, como se diz no texto, a mera facilitação ou a inversão do ónus da prova, ainda que admitida pela lei, depara, tal como todas as soluções que se situam no terreno do “tudo ou nada”, com objeções baseadas nos princípios da igualdade e da proporcionalidade e na ideia de justiça individualizadora.

inclina alguma doutrina austríaca, holandesa e alemã²⁴, se necessário a partir de uma generalização do regime da incerteza em casos de “causalidade alternativa incerta” (o § 830, n.º 1, 2.ª frase do BGB²⁵), mas reduzindo a indemnização proporcionalmente à probabilidade em causa.

A abordagem “gradualista” mais frequente consiste, justamente, na *autonomização da proteção da chance para efeitos de responsabilidade civil*. Esta solução apresenta-se já, não no plano da causalidade, mas sob o perfil do “bem” atingido, *autonomizando a chance* como bem ressarcível. Segundo ela, em casos de causalidade probabilística (*probabilistic causation*) pode dizer-se que o evento lesivo privou o visado de *determinadas oportunidades* (de cura, sobrevivência ou obtenção do benefício do processo), as quais deveriam ser ressarcidas. Para tanto, dever-se-ia

-
24. Propondo uma solução pela causalidade apenas possível, aplicando as ideias de F Bydlinski (expostas já desde “Mittäterschaft im Schadensrecht”, in AcP, vol. 158, 1960, pp. 410-430, e id., *Probleme der Schadensverursachung...*, cit., 1964) na sequência da ideia do direito da responsabilidade civil como um sistema móvel (Wilburg) em todos os seus elementos, incluindo a causalidade, cf., além do próprio Franz Bydlinski (“Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen”, in Michael Enzinger, org., *Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts: FS f. Gerhard Frotz*, Wien, Manz, 1993, pp. 3-10), H. Koziol, “Schadenersatz für den Verlust einer Chance?”, cit., Maria Kasche, *Verlust von Heilungschancen: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt a.M., Lang, 1999, pp. 258 e ss. E cf. tb. Arno J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg, 1997) W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 1997, *passim*. Para análise e crítica da teoria da causalidade probabilística, v. L. Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., pp. 413 e ss.

Entre nós, v. a conclusão de Júlio Gomes, “Em torno do dano da perda de chance”, cit., p. 327. Também Rui Cardona Ferreira concluiu negando a autonomia da “chance”, quer ontológica, quer em termos da sua própria avaliação (sempre dependente da relação com a probabilidade do resultado “final”), e recusou o ressarcimento da “perda de chance” como dano emergente, tentando antes resolver o problema nos quadros da doutrina da causalidade, deslocando-o para este terreno – *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, cit., parte II, §§ 2 e 3.

25. Esta norma responsabiliza ambos os intervenientes em casos de causalidade alternativa. Segundo a 1.ª frase deste n.º 1, “se várias pessoas tiverem causado um dano mediante uma acção ilícita conjuntamente praticada, cada uma é responsável pelo dano”, acrescentando a 2.ª frase que “o mesmo vale quando não se conseguir determinar qual dos vários participantes causou o dano com a sua acção”. V. indicações na nossa ob. cit., vol. I, n. 1859. Deve notar-se, porém, que essa solução não ficou consagrada na nossa ordem jurídica. Defendendo que, faltando uma norma correspondente ao § 830, n.º 1, 2.ª frase, nenhum dos agentes deve ser responsável, v. F Pereira Coelho, *O problema da causa virtual...*, cit., p. 24, n. 5 (também crítico *de jure condendo*: “satisfazse a vítima, mas pelo preço caro do sacrifício dum inculpado”), Adriano Vaz Serra, “Responsabilidade contratual e extracontratual”, in id., *Responsabilidade civil*, separata do BMJ, n.º 85, Lisboa, 1959, pp. 107233 (130), A. Menezes Cordeiro, *Direito das obrigações*, II, cit., pp. 4167 (impossibilidade de aplicação do art. 497.º).

condenar o lesante pelo prejuízo que se verificou, ou vai verificar, mas reduzindo o montante da indemnização *na razão da probabilidade de que o dano se tivesse igualmente produzido* se o lesante não tivesse destruído a chance ou oportunidade.

Ainda aqui, porém, pode distinguir-se consoante o que está em causa na ideia de ressarcibilidade da perda de chance. Tanto pode entender-se que a chance é um *bem jurídico distinto do bem “final”* a que ela se refere, como que a ressarcibilidade da sua perda integra, afinal, uma *protecção própria contra riscos*, ainda abrangida pela responsabilidade civil (independentemente de saber se esses riscos se concretizaram ou se foi outra a causa do resultado²⁶). Nesta segunda abordagem o que está em causa não é já uma ampliação ao nível do *objecto*, mas antes do *conteúdo* da tutela – uma determinação do alcance da protecção de forma a passar a incluir também simplesmente a elevação do risco, mas com uma consequência proporcional.

Ora, é certo que estas soluções, ditas “gradualistas”, apresentam a vantagem de evitar uma passagem brusca da ausência do dever de indemnizar à afirmação da responsabilidade total. Todavia, inversamente, é claro que podem conduzir a um *excesso de responsabilização*, e mesmo a um *enriquecimento do lesado*, já que *não pode saber-se se os danos se teriam ou não verificado igualmente sem a actuação do lesante*, isto é, se esta *foi causa* de quaisquer prejuízos. O problema não é aqui apenas, portanto, como nos casos de causalidade virtual ou hipotética, o de que os danos se teriam produzido igualmente sem a actuação do lesante. É, antes, verdadeiramente um problema de *incerteza causal* em relação à actuação do lesante – de imputação objectiva do dano ao evento lesivo sem a certeza que aquele foi causado por este evento.

Seja como for, deve notar-se, porém, que mesmo quem defende a possibilidade de uma indemnização pela perda de “chances” não deixa, porém, em regra, de a condicionar à prova de uma *certa consistência mínima da oportunidade perdida*, isto é, de uma chance *real e séria*. Não se aceita, assim, a indemnização de “chances” *puramente abstractas*, independentemente da sua probabilidade, o que é particularmente relevante nos grupos de casos (como o da perda de “chances” processuais) em que é possível determinar *ex post* essa probabilidade com um certo grau de segurança, reduzindo a incerteza pela reconstituição de qual teria provavelmente sido o resultado do processo ou do recurso se este tivesse prosseguido.

E, embora tal não seja decisivo para a solução a encontrar – justamente porque se trata apenas de um problema de enquadramento explicativo e ordenador –, convém dizer ainda algo sobre o *enquadramento dogmático* do problema da ressarcibilidade da perda de “chances”, pois que este também não é claro²⁷.

26. Pois como é evidente a noção de chance, enquanto possibilidade positiva, é o inverso ou simétrico da de risco, enquanto possibilidade negativa, de sofrer um prejuízo.

27. A falta de unidade do problema, e a oscilação entre o enquadramento na teoria da causalidade e do dano, são postas em evidência, por exemplo, por Holger Fleischer, “Schadensersatz

Tal como com vários outros problemas com que se depara na doutrina da responsabilidade civil²⁸, também aqui a doutrina oscila entre considerar que estamos perante um problema de *causalidade* ou de *dano* (ou até de *ilicitude*, no sentido de que é nesta que se definiria o tipo de posições protegidas pela ordem jurídica no instituto da responsabilidade civil).

Numa certa perspectiva, pode dizer-se que no problema da perda de chance a incerteza diz respeito à relação da causalidade entre o evento lesivo e os prejuízos verificados. O problema seria, assim, de *causalidade* – designadamente, estaria em causa a possibilidade de admitir uma *causalidade apenas probabilística*, ou incerta.

A verdade, porém, é que apesar de encontrarmos esta abordagem nalguns autores e ordens jurídicas (assim, as soluções “gradualistas” referidas, sobretudo nas doutrinas austríaca e holandesa), detecta-se na doutrina uma tendência para *progressiva deslocação da explicação da perda de “chance” para a teoria do dano*. Para além da conexão incidível entre os problemas da causalidade e do dano (pois é pelo critério da causalidade que deve determinar-se qual a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento lesivo), essa deslocação resulta, a nosso ver, sobretudo do facto de a *justiça correctiva* ser o valor, ligado à finalidade compensatória, que funda a responsabilidade civil²⁹. Ora, a ideia de justiça correctiva exige um *nexo de causalidade* como requisito mínimo, tornando-se, assim, mais difícil de aceitar uma “gradação” probabilística do nexo de causalidade do que a afirmação apenas de uma avaliação do dano em termos proporcionais à probabilidade da chance.

4. A PERDA DE CHANCE NA DOUTRINA PORTUGUESA

A perda de chance mereceu, até há pouco tempo, apenas um tratamento esparsos na *doutrina portuguesa*³⁰.

für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht”, in *JZ*, 1999, pp. 766-775, e, entre nós, por Júlio Gomes, “Sobre o dano da perda de chance”, cit.

28. V., por exemplo, *Christian v. Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, II, cit., n.º 442, mostrando justamente, nos n.ºs ss., várias possibilidades de enquadramento de problemas como o comportamento lícito alternativo, a perda de chance e a “causalidade antecipada”, na ilicitude, causalidade e na avaliação do dano, e a existência de um movimento de sua deslocação na doutrina alemã para esta última. V. também, entre nós, Júlio Gomes, “Em torno do dano da perda de chance”, cit., pp. 317 e ss.

29. V., com mais desenvolvimentos, o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., vol. I, n.º 31.

30. Algo laconicamente, e remetendo para a doutrina francesa, M. J. Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., pp. 596-7, n. 2, refere apenas que a perda de oportunidade integra “(...)

As posições doutrinárias mais favoráveis à sua aceitação registavam-se tendo em vista casos de *responsabilidade médica*, a contrastar com o panorama na nossa jurisprudência superior neste grupo de casos³¹. No domínio da responsabilidade civil da Administração emergente de procedimentos de escolha, as referências doutrinárias eram também escassas e pouco fundamentadas³².

Analisando o problema em geral, Carneiro da Frada defendeu que o postulado da autonomia do dano em causa, enquanto antecipação do dano final, depende de “(...) se considerar que a mera possibilidade de uma pessoa se curar, apresentar-se a um concurso ou negociar um contrato consubstancia um bem jurídico tutelável”, o que poderia ser o caso na responsabilidade contratual, segundo a vontade das

os prejuízos reparáveis, em certos termos (...). Mas, considerando também o que escreve em id., “Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato”, separata da *RLJ*, Coimbra, 1984, pp. 79-80 (perda de chance como dano integrante do interesse contratual negativo na sequência da ruptura de negociações), não é certo que a figura da “perda de oportunidade” não seja aqui tomada simplesmente na aceção de meros lucros cessantes do interesse contratual negativo, e não já como dano emergente autónomo, em situações de incerteza (cf. também, neste sentido, Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos. Conceito – Fontes – Formação*, 3.ª ed., Coimbra, 2005, p. 205 e nota 299). Trata-se, pois, de um problema diverso daquele que tratamos (sobre ele, v. a nossa ob. cit., vol. II, pp. 894-895 e pp. 1088 e ss.).

31. J. Sinde Monteiro, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, cit., pp. 146 e ss. 151 e ss., id., *Responsabilidade por conselhos...*, cit., pp. 297 e ss. (referindo também a hipótese da responsabilidade do advogado), 300, e Rute Teixeira Pedro, *A responsabilidade civil do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, 2008, pp. 179 e ss., 460 e ss., afirmando que a ideia de perda de chance apresenta virtualidades importantes, permitindo ultrapassar a lógica binária do “tudo ou nada” na responsabilidade civil, mas que “o acolhimento da mesma, no nosso ordenamento – tal como acontece em ordenamentos próximos, em que a sua aplicação tem sido equacionada – em geral, e no domínio da responsabilidade do médico em particular, depende da sua consideração como uma espécie de dano (...) um dano que apresenta a peculiaridade de se reportar à lesão de uma entidade que se caracteriza por uma aleatoriedade intrínseca – a chance”. Já antes, v. também idem, “Da tutela do doente lesado: breves reflexões”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, ano 5 (2008), pp. 417-460.
32. V., por exemplo, Alexandra Leitão, *A protecção judicial de terceiros nos contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002, p. 426, e Esperança Mealha, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos”, in *Julgar*, n.º 5, Maio/Agosto 2008, pp. 99-120 (114-115). V., também o nosso “Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato: em especial o cálculo da indemnização”, in *Estudos de contratação pública*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 273-295 (e *Interesse contratual negativo...*, cit., vol. II, n.º 44, e)), e Rui Cardona Ferreira, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

MOTA PINTO, Paulo. Perda de chance processual.

Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 15. ano 5. p. 345-386. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2018.

partes que tenham erigido essa “chance” a bem jurídico protegido pelo contrato³³. Mas concedeu relevância, no enquadramento da perda de chance sob a perspectiva da causalidade, a uma *função preventiva e punitiva* da responsabilidade, designadamente quando existe dolo, pois o dolo encurtaria o juízo de responsabilidade e consentiria uma mais fácil imputação do dano (meramente probabilístico)³⁴.

O primeiro tratamento específico do tema da “perda de chance” entre nós parece, porém, ter ficado a dever-se a Júlio Vieira Gomes, que *rejeitou* a sua ressarcibilidade no plano do direito constituído. Salientou que o reconhecimento do dano de perda de chance se insere numa *tendência para a ampliação gradual do dano ressarcível*, mas levanta um *sem número de problemas*, quer ao nível conceptual, quer ao nível prático³⁵. Mas “(...) o problema conceptual mais grave consiste em saber até que ponto é que, por detrás desta fachada unitária, a chamada ‘perda de chance’ não encobre, no fundo, questões distintas que se situam em dois planos, que importa separar, ainda que interfiram entre si: o plano do dano e plano da causalidade”. Analisando as situações típicas em que a perda de chance é normalmente admitida em ordenamentos jurídicos estrangeiros, e o seu enquadramento, Júlio Gomes nota que “(...) a doutrina da perda de chance não representa uma mera revisão do conceito de dano e uma ampliação deste, mas constitui antes uma ruptura, mais ou menos ‘camuflada’, com a concepção clássica da causalidade”, e que “[n]ão se nos afigura adequado introduzir, de maneira tão dissimulada, um reconhecimento da causalidade probabilística”³⁶. E concluiu, sobre esta “espécie de ‘antecipação’ de um dano hipotético, e que não se consegue demonstrar”, que “a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória. (...) Na medida em que a doutrina da perda de chance seja invocada para introduzir uma noção da causalidade probabilística, parece-nos que a mesma deverá ser rejeitada entre nós, ao menos *de jure condito*”³⁷.

33. Manuel Carneiro da Frada, *Direito civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 104.

34. Ob. e loc. cit., dizendo que “(...) um juízo de probabilidade se afigura indispensável”, pelo menos, na quantificação do dano, e que é também concebível, em alternativa, “(...) em nome da função preventiva da responsabilidade civil coligada ao pensamento da imputação do dano àquele que aumentou o perigo da sua ocorrência, inverter o ónus da prova da causalidade e exigir de quem violou o dever a demonstração de que o prejuízo não radicou nela ou de que no caso concreto o dano se teria produzido apesar dessa violação”.

35. Júlio Vieira Gomes, “Sobre o dano da perda de chance”, in *Direito e Justiça*, vol. XIX, 2005, tomo II (pp. 9-47), p. 25. Assim, “(...) não é claro se o dano de perda de chance deve ser concebido como uma modalidade de dano emergente ou de lucro cessante”, sendo que, “(...) mesmo para quem o considera autónomo na sua existência, o prejuízo da perda de chance não é completamente autónomo na sua avaliação”.

36. Ob.cit., p. 38.

37. Ob. cit., p. 43.

Júlio Gomes voltou posteriormente ao problema, primeiro mantendo o ceticismo em relação à figura da perda de chance – embora reconhecendo as suas virtualidades para denunciar as limitações do “tudo ou nada”, e interrogando-se se o problema não deveria ser resolvido no plano da causalidade³⁸ –, e posteriormente tentando explorar as virtualidades do critério legal de causalidade consagrado no artigo 563.³⁹ e admitindo que “quando a chance ou oportunidade se tenha ‘densificado’ e fosse mais provável a sua realização do que a sua não verificação, se considere existir já um lucro cessante suficientemente ‘certo’ para que a fixação do seu montante possa ser feita pelo tribunal recorrendo à equidade, o que por vezes nos parece bem mais realista do que tentar quantificar em termos de probabilidade exata estas oportunidades”.⁴⁰

Conclusão restritiva foi a que nós próprios defendemos⁴¹. Assim, no plano *de jure condito*, “não parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chances (...)”, sendo claro que 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). Mas mesmo no plano *de iure constituendo*, o problema fundamental não é, para nós, o do *enquadramento* da perda de chance nos pressupostos da responsabilidade. Antes “(...) a decisão substancial a tomar é sobre se o âmbito de proteção garantida pela norma violada ou pelo bem afetado inclui igualmente a mera elevação do risco de lesão – que é outra forma de perguntar se inclui a diminuição de chances de evitar o prejuízo –, bastando essa mera elevação do risco (no interesse negativo, de perda de oportunidades alternativas) para que se imponha ao agente o dever de indemnizar (como garante de não verificação do risco na percentagem aumentada)”. Ora, parece-nos claro que, mesmo nesse plano, a indemnização da perda de chance não dispensa a efetiva verificação do dano final, por um lado, e por outro lado, que não pode ser imposta a indemnização por *qualquer elevação do risco*, “(...) tendo de haver um limiar mínimo de relevância”⁴². Ainda assim, porém, mesmo quanto a chances sérias e acima desse limiar mínimo, manifestámos *dúvidas*

38. “Em torno do dano da perda de chance: algumas reflexões”, 2008, cit.

39. Entendendo que “a letra do nosso preceito (563.º, CC) seria ainda compatível com um sistema em que o lesado apenas teria que demonstrar que a não ocorrência do dano seria mais provável do que a sua ocorrência (bastando 51% de probabilidades) sem a conduta do agente, como parece suceder em Inglaterra” – “Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º especial 2, 2012, pp. 17-29 (28).

40. Ob. cit., p. 28.

41. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., vol. II, pp. 1104-6.

42. Ob. cit., p. 1106.

sobre a justificação da aceitação do dano da perda de chance *de jure condendo*, a qual teria como efeito a 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”⁴³.

Posição de rejeição da configuração da perda de chance como dano patrimonial autónomo foi também a expressa por Rui Cardona Ferreira, embora admita uma indemnização com um resultado semelhante pela “modelação do critério de causalidade com base na ideia de criação ou elevação ilícita de um risco de materialização do dano final” (o único que entende ser indemnizável, ainda que apenas parcialmente). A chave estaria no entendimento do artigo 563.º, que seria compatível com uma “modelação da causalidade” com os necessários cuidados: imposição ao lesado do “ónus de provar, além do ilícito, a verificação do dano final (o único a indemnizar) e uma considerável probabilidade de obtenção de ganho de causa na ação originária que se frustrou, não fora a falta cometida pelo mandatário forense” (dependendo o limiar da prudência dos julgadores, mas parecendo “acertado, como orientação geral, o limiar dos 50%”)⁴⁴. E posições restritivas têm também sido expressas por outros autores.

Entretanto, têm, no entanto, surgido também várias vezes a defender mais amplamente a indemnização pela perda de chance como *dano patrimonial autónomo*, embora frequentemente sem confronto com os parâmetros gerais em que se move o direito da indemnização no nosso sistema (designadamente com a noção de dano relevante), e (a nosso ver) sem se confrontar de modo convincente as objeções

43. *Ibidem*.

44. Rui Cardona Ferreira, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 73, n.º 4 (Out.-Dez.2013), pp. 1301-1329, e já antes, defendendo a teoria da “conexão de risco”, *idem*, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance*, cit., pp. 329 e ss. Quando está em causa a lesão de bens não patrimoniais – tipicamente, na responsabilidade médica – adere, porém, a uma conceção “estritamente normativa” da perda de chance, estando em causa fundamentalmente um problema de delimitação do âmbito de proteção normativa – v. *idem*, “A perda de chance: análise comparativa e perspetivas de ordenação sistemática”, in *O direito*, Lisboa, a.144n.1(2012), p.29-57 (53, 57).

Assim, com uma posição crítica da perda de chance, que não pode dispensar os pressupostos da responsabilidade civil, e designadamente a causalidade como *conditio sine qua non*, António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil, II, Parte Geral, Negócio jurídico*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 288. Posição restritiva é também a expressa, pelo menos *de iure condito*, por Sérgio Castanheira, “Portugal, uma chance perdida”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, vol. I, p. 555-586 (582 e s.), defendendo, *de iure condendo*, soluções como a de inversão do ónus da prova ou da prova *prima facie*.

substanciais de diluição do requisito da causalidade e de excesso de responsabilização, com o correspondente “enriquecimento do lesado”, pela transformação do lesante em verdadeiro *garante da concretização da chance*, ainda que só na medida correspondente à respetiva probabilidade⁴⁵.

Seja como for, pode, porém, dizer-se que existe hoje um sector significativo da doutrina que, seja pela admissão da perda de chance como dano patrimonial autónomo, seja pela aceitação de que o requisito da causalidade, tal como formulado no artigo 563.º, concede relevância à mera probabilidade de causação do dano⁴⁶, admite, nos resultados a que chega, o ressarcimento de perda de chances.

5. A PERDA DE CHANCE NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

A orientação da *jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça* começou por ser restritiva⁴⁷, tendo depois evoluído, sobretudo a partir de 2013, no sentido de uma maior abertura à indemnização por perda de chance.

Além de casos em que a perda de chance foi referida como mero *obter dictum*⁴⁸, esse Tribunal proferiu diversas decisões versando situações paradigmáticas

45. V., defendendo a admissibilidade da indemnização por perda de chance no direito vigente, Patrícia Cordeiro da Costa, *Dano de perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, diss. de Mestrado, Coimbra, 2011, pp. 98 e ss., idem, *Causalidade, dano e prova. A incerteza na responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 139 e ss., Sara Lemos de Menezes, *Perda de oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme?*, dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013, pp. 71 e ss. (criticando a exigência de uma certa consistência mínima das “chances” perdidas), Nuno Santos Rocha, *A «perda de chance» como uma nova espécie de dano*, diss. de Mestrado (Universidade do Porto), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 64 ss. (defendendo a perda de chance “como uma nova espécie de dano”), Vera Lúcia Raposo, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 145 e ss., idem, “Em busca da chance perdida: o dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 35, n.º 138 (Abril-Junho 2014), pp. 9-61, idem, “A perda de chance no mandato judicial”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 35 n.º 140 (out.-dez. 2014), pp. 249-260 (254-255).

46. Sobre as nossas dúvidas quanto a este entendimento do art. 563.º, segundo a qual neste se prescinde de uma , afastar a exigência de uma relação de necessidade entre a lesão e os danos, e sua fundamentação, v. o nosso *Interesse contratual negativo...*, cit., vol. I, n. 1839.

47. Uma descrição da jurisprudência até 2012 pode também ver-se em Sérgio Castanheira, “Portugal, uma chance perdida”, cit., pp. 557 e ss.

48. Referindo incidentalmente a perda de chance nas ações de *wrongful birth*, v. o Acórdão de 17 de janeiro de 2013 (proc. 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relatora Ana Paula Boularot), que rejeitou a indemnização numa ação de *wrongful life*, e o Acórdão de 12 de março de 2015 (relator Helder Roque, proc. 1212/08.4TBBCL.G2.S1). No Acórdão de 17 de novembro de 2015 (relatora Maria Clara Sottomayor, proc. 2545/10.5TVLSB.L1.S1) diz-se

de perda de chance em que *negou uma indemnização* que incluísse o benefício ou a vantagem a que a chance se encontra funcionalmente ordenada. Esta orientação registou-se, primeiro⁴⁹, em casos de *responsabilidade de advogados por violação de deveres* no exercício do mandato forense⁵⁰, mas encontram-se também decisões noutros grupos de casos que negam a ressarcibilidade da perda de chance⁵¹.

Assim, no Acórdão do STJ de 22 de Outubro de 2009⁵² concluiu-se que “no plano jurídico (...) a perda de chance não leva a indemnização, quer total, quer

incidentalmente que “a perda de chance não assume, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória”.

Noutros casos utiliza-se uma noção pouco rigorosa de “perda de chance”, confundindo esta com a simples perda de oportunidades alternativas (Acórdão de 30 de abril de 2014, proc. N.º 2525/11.3TTLSB.L1.S1, relator: Mário Belo Morgado, sobre os efeitos dos pactos de não concorrência) ou mesmo sucessivas ao evento lesivo – Acórdãos de 21 de março de 2013, proc. N.º 4591/06.4TBVNG.P1.S1, relator Oliveira Vasconcelos, e de 10 de novembro de 2015, relator Martins de Sousa, proc. 2759/10.8TBGDM.P1.S1-A (em casos de revogação ilícita de cheques), e Acórdão de 26 de maio de 2015 (proc. 373/10.7TTPRT.P1.S1, relator: Fernandes da Silva), num caso de suspensão e despedimento ilícitos.

49. No domínio da responsabilidade civil por ato médico, um dos campos de aplicação em que a perda de chance tem encontrado acolhimento noutros direitos europeus, o Supremo Tribunal de Justiça ainda não reconheceu o direito dos pacientes lesados a serem indemnizados com base na perda de chance – cfr., por ex., a recusa de tal indemnização nos acórdãos de 15 de Outubro de 2009 (processo n.º 08B1800), e de 22 de Outubro de 2009 (proc. n.º 409/09), ambos em *www.dgsi.pt*. Na primeira instância, v., porém, entretanto, num caso de negligência médica com perda de chance de sobrevivência, a sentença proferida no processo n.º 1573/10.5TJLSB, da 1.ª Secção Cível da Instância Central do Tribunal da Comarca de Lisboa, de 23 de Julho de 2015.
50. Para casos de responsabilidade da Administração, v., diversamente, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 29 de Novembro de 2005 (relator Alberto Augusto Oliveira, processo n.º 041321A), que apreciou, em sede de execução de sentença anulatória, o pedido de indemnização formulado por um concorrente preterido na adjudicação de um contrato de empreitada, e o Acórdão de 24 de Outubro de 2006 (relatora Fernanda Xavier, processo n.º 289/06), em que se decidiu invocando a indemnização da perda de chance, embora em matéria de reconstituição da carreira de funcionário público. No acórdão de 16 de Dezembro de 2010 (relator Alves Velho, proc. n.º 4948/07), por sua vez, foi atribuída ao lesado uma indemnização pela perda de chance de auferimento de rendimentos profissionais em virtude de acidente de viação, sendo, porém, que o lesado não se encontrava a desempenhar qualquer atividade profissional regular à data do acidente, nem foi demonstrado que viesse a ser admitido a prestar trabalho se o acidente não tivesse ocorrido.
51. No caso do Acórdão de 5 de fevereiro de 2013 (proc. n.º 2035/05.8TVLSB.L1.S1, relator Alves Velho) esteve apenas em causa a responsabilidade dos advogados pela informação prestada quanto à probabilidade (muito reduzida) de procedência de uma ação que depois foi definitivamente inviabilizada por falta de interposição tempestiva do respetivo recurso.
52. Relator João Bernardo, processo n.º 409/09.

parcial, relativamente aos benefícios que poderiam resultar da sua concretização”. Posteriormente, no Acórdão de 29 de Abril de 2010⁵³, o STJ decidiu, num caso em que discutia a responsabilidade de advogado por ter deixado o recurso deserto por falta de alegações, que a “perda de oportunidade não sendo (...) um dano presente – imediato ou mediato – só pode ser qualificado de dano futuro mas eventual ou hipotético, salvo se a prova permitir, com elevado grau de probabilidade ou verosimilhança, concluir que o lesado obteria certo benefício não fora a chance perdida”. E negou a indemnização por danos patrimoniais, pois o “Direito não é, de todo, uma ciência exacta, de que são frequentemente reflexo as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo qualquer recurso uma álea dependente das opções (ou perspectivas) dos julgadores, não sendo previsível o resultado. Aliás, é a própria essência do recurso a reapreciação, ou reavaliação, do julgado pelo juízo ‘a quo’, nada garantindo que a decisão em crise venha a ser confirmada ou revogada, quando são possíveis várias soluções jurídicas”⁵⁴.

O Supremo Tribunal de Justiça reiterou também o carácter *excepcional* da indemnização pela perda de chance, e *recusou* a indemnização que, com esse fundamento, era pretendida, noutro caso de responsabilidade civil profissional no exercício do mandato forense, no Acórdão proferido em 26 de Outubro de 2010⁵⁵.

Orientação mais favorável à indemnização – mas ainda assim restritiva – foi seguida no Acórdão do STJ de 10 de Março de 2011, reconhecendo um valor à chance

53. Relator Sebastião Póvoas, processo n.º 2622/07, disponível em www.dgsi.pt, tal como os restantes arestos citados sem indicação da sua fonte.

54. Pelo que, concluiu, “os Autores/recorridos não conseguiram provar lesão patrimonial que, provavelmente, e de acordo com o curso normal das coisas, não teriam sofrido se o recurso tivesse sido alegado e julgado”, não tendo ficado demonstrada a causalidade entre a conduta do recorrente e um dano material concreto e determinado. E esse Alto Tribunal apenas admitiu a ressarcibilidade do dano não patrimonial no referido caso com base numa apreciação casuística, por ter entendido só ser aquele compensável “se o evento lesivo afectar relevantemente, e com certa gravidade, valores da personalidade moral”.

55. Relator Azevedo Ramos, processo n.º 1410/04. Estava em causa a omissão do advogado demandado, ao não ter impugnado o despedimento colectivo de que o demandante fora alvo, no prazo de 90 dias, nos termos da lei. O STJ decidiu que a mera perda de uma chance *não terá, em geral, virtualidade jurídico-positiva para fundamentar uma pretensão indemnizatória*, a não ser em situações pontuais ou residuais (como aquelas em que ocorre a perda de um bilhete de lotaria, ou em que se é ilicitamente afastado de um concurso, ou do atraso de um diagnóstico médico que diminuiu substancialmente as possibilidades de cura de um doente). No caso concreto, a “perda de chance”, porém, não foi relevante, por contrariar o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada, não tendo resultado provado (num “julgamento dentro do julgamento”) que o despedimento colectivo fosse ilícito, e não apontando os factos apurados para que houvesse forte probabilidade de assim ser considerado. Pelo que negou o nexo de causalidade adequada entre a omissão do réu, consistente na falta de impugnação do despedimento, e o dano invocado.

processual perdida, mas, em qualquer caso, fazendo depender a correspondente indemnização por danos patrimoniais (que no caso fixou em € 5000) de ela ser uma *chance credível, que corresponde a uma possibilidade real de êxito no processo*⁵⁶.

Já no Acórdão de 28 de Setembro de 2010⁵⁷, também num caso de responsabilidade civil profissional no exercício do mandato forense, por falta de apresentação da contestação de uma ação, o Supremo Tribunal de Justiça reconheceu ao cliente lesado o direito a indemnização, sem que tenha aferido do grau de probabilidade de êxito da posição a sustentar na ação em causa pelo cliente lesado. O STJ bastou-se com o facto de a conduta do demandado ter privado “o cliente de um direito processual essencial, consagrado na lei do processo”, omissão que determina a imediata confissão dos factos alegados pelo demandante, “o que, independentemente da sorte da ação, caso tivesse o seu percurso normal, constitui, por si só, um dano ou prejuízo autónomo”. A posição deste Acórdão de 28 de Setembro de 2010, ao admitir a *existência de um dano* independentemente da sorte concreta da ação, afastou-se da orientação maioritária na jurisprudência superior nacional⁵⁸.

56. Relator Távora Victor, processo n.º 9195/03. Estava em causa a violação dos deveres profissionais do advogado ao não ter pago as taxas de justiça devidas num incidente de falsidade de letra e assinatura de uma livrança, surgido numa execução, assim impossibilitando em definitivo a apreciação judicial da questão. O Tribunal considerou necessário “indagar do nexo de causalidade entre o comportamento do Réu e os prejuízos que a Autora aponta”. E entendeu que, por não preencher aquele nexo de causalidade, não pode filiar-se na “perda de chance” de ganho de uma causa em juízo, por culpa do advogado, a ocorrência da sua perda, e, conseqüentemente, o prejuízo integral daí adveniente para a sua constituente. Todavia, o STJ decidiu que a chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respetiva perda passível de indemnização, desde logo quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram para o expectante (não, portanto, no valor da sua concretização, mas no da confiança frustrada nela depositada). Isto, desde que esteja em causa a perda de uma possibilidade real de êxito que se frustrou, a qual poderá gerar igualmente “danos não patrimoniais” indemnizáveis, nos termos do disposto no artigo 496º do Código Civil. Mais restritiva fora, no mesmo processo, a decisão do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Junho de 2010 (relatora Fátima Galante, processo 9195/03), segundo a qual “a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios, já que, só por si, não se enquadra no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não tem, como regra, função punitiva”.

57. Relator Moreira Alves, processo n.º 171/02.

58. Isto deve-se, provavelmente, ao facto de uma *apreciação das possibilidades concretas de procedência da ação ter sido nesse caso impossibilitada pela própria omissão do advogado*, não tendo chegado a ser apresentada defesa, nem produzida qualquer prova.

Aquele aresto foi, portanto, mais longe na consagração do ressarcimento da perda de chance em casos de responsabilidade de advogados. Mas deve notar-se que, ainda assim, não admitiu a total autonomia da chance em relação à probabilidade de vencimento na ação. Embora o STJ tivesse admitido a indemnização independentemente da apreciação concreta

Posteriormente, enquanto alguns arestos continuaram a negar a ressarcibilidade da perda de chance em ações de indemnização interpostas contra mandatários forenses, por falta de contestação, alegação, ou prática de outros atos processuais⁵⁹, outros, admitindo embora aquela ressarcibilidade em tese geral, negaram a indemnização no caso concreto por falta de consistência da “chance” processual em questão⁶⁰.

A partir de 2012 e de 2013, o Supremo Tribunal de Justiça passou, porém, a aceitar o ressarcimento da perda de chance processual, atribuindo ao lesado uma indemnização mesmo em casos em que não conseguiu determinar a probabilidade de vencimento, fazendo uma avaliação equitativa do dano. Foi caso do Acórdão de 29 de novembro de 2012⁶¹, em que esteve em causa a falta de interposição tempestiva de ação para impugnação de despacho declarando uma incapacidade para o serviço na GNR, com perda da oportunidade de entrar na GNR. Antes a impossibilidade de fixar o grau de probabilidade da procedência da ação, o Supremo fixou a indemnização segundo a equidade, nos termos do n.º 3 do artigo 566.º.

Particularmente relevante, pela fundamentação e pela clara assunção da ressarcibilidade da perda de chance processual, determinada num “julgamento dentro

da probabilidade de sorte da ação, fê-lo apenas porque, tendo o demandado ficado privado dessa defesa “e, consequentemente, do inerente direito a contraditar a factualidade alegada pelo A., de modo que, não tendo sido apreciada qualquer prova”, é impossível concluir que qualquer das partes obteria ganho de causa, total ou parcial. Por isso, recorreu à equidade para a quantificação da indemnização, e fixou o grau da possibilidade de ocorrer uma ou outra situação (procedência, improcedência – total ou parcial) “em 50% para cada uma das partes, visto que, salvo melhor opinião, qualquer outra percentagem se nos afigura arbitrária, por falta de base lógica em que assentar”. Mesmo neste aresto, o STJ atendeu, pois, para fixação da indemnização, à probabilidade que entendeu possível estimar para a procedência ou improcedência da ação.

59. V. os Acórdãos de 29 de maio de 2012 (proc. 8972/06.5TBBRG.G1.S1, relator João Camilo), de 19 de outubro de 2012 (proc. 5817/09.8TVLSB.L1.S1, relator Serra Baptista), de 30 de maio de 2013 (proc. 2531/05.7TBBRG.G1.S1, relator: Serra Baptista), ambos invocando também o desconhecimento sobre se a tese do lesado podia lograr vencimento, se o ato processual em questão tivesse sido praticado, e o Acórdão de 9 de dezembro de 2014 (relator Sebastião Póvoas, proc. n.º 1378/11.6TVLSB.L1.S1):

60. Assim, o Acórdão de 6 de março de 2014 (relator Pinto de Almeida, proc. n.º 23/05.3TB-GRD.C1.S1), e o Acórdão de 1 de julho de 2014 (relator Fonseca Ramos, proc. n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1), num caso de falta de contestação de ação interposta contra o responsável por um acidente de viação sob a influência de álcool, tendo-se entendido que a “chance” de não condenação era “mínima”. Este último aresto foi anotado criticamente por V. L. Raposo, “A perda de chance no mandato judicial”, *Revista do Ministério Público*, cit.

61. Proc. 29/04.0TBAFE.P1.S1, relator Oliveira Vasconcelos.

do julgamento”, foi o Acórdão de 5 de fevereiro de 2013⁶², num caso de falta de apresentação tempestiva do requerimento probatório, o que fez perder toda e qualquer expectativa de ganho de causa na ação. O Supremo decidiu que a perda de chance, não pode ser igual à vantagem que se procurava, nem superior nem igual à quantia que seria atribuída ao lesado, caso se verificasse o nexos causal entre o facto e o dano final, devendo fazer-se uma “dupla avaliação”: em primeiro lugar, a avaliação 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 deveria aplicar o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo o resultado desta operação a indemnização a atribuir pela perda da chance. Para apuramento desse grau de probabilidade, o tribunal da indemnização deveria proceder a um “julgamento dentro do julgamento”. Não tendo conseguido determinar o valor exato dos danos, mas apenas a sua existência, o Supremo procedeu à sua fixação equitativa⁶³.

Orientação semelhante foi depois seguida no Acórdão de 14 de março de 2013⁶⁴, também num caso de falta de apresentação tempestiva do requerimento probatório, tendo igualmente o Supremo decidido que existia um dano ressarcível de perda de chance, a qual foi fixada em 50% para cada uma das partes (qualquer outra percentagem seria arbitrária), sendo uma oportunidade perdida com consistência suficiente para justificar uma indemnização, a calcular segundo a equidade (n.º 3 do artigo 566.º). E o mesmo aconteceu no Acórdão de 30 de setembro de 2014⁶⁵, afirmando-se, num caso de falta indevida de impugnação de um despedimento coletivo, uma “flexibilização do conceito de dano” que conduz ou deve conduzir a

62. Relator Hélder Roque, 488/09.4TBESPP1.S1.

63. Quanto à prova do dano, o Supremo decidiu que era sobre a mandatária forense demandada “que impendia o ónus de demonstrar que à improcedência da acção que o autor propôs contra o réu [...] fora, absolutamente, indiferente o facto de aquela não ter apresentado o requerimento probatório [...], já que a acção, mercê de outras vicissitudes, sempre seria julgada improcedente e o mencionado réu absolvido do pedido”, uma vez que “no âmbito da responsabilidade contratual em que se move a causa de pedir da acção, uma vez que o lesado demonstre a existência dos respectivos pressupostos – vínculo contratual e nexos causal – o ónus da prova da diligência recai sobre o advogado, por força da respectiva presunção de culpa, a que se refere o artigo 799º, nº 1, do C.C.”

Esta distribuição do ónus da prova não se afigura, porém, correta: o que está em causa na prova da probabilidade de procedência da ação é a prova do dano (ou quando muito da causalidade), que está também a cargo do lesado na responsabilidade contratual, e não de quaisquer fatos relativos à culpa do devedor. Não é, pois, procedente a argumentação com base no art. 799.º, n.º 1.

64. Relatora Maria dos Prazeres Beleza, proc. n.º 78/09.1TVLSB.L1.S1.

65. Proc. n.º 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1, relator Mário Mendes.

que a chance ou oportunidade perdida seja merecedora de tutela do direito, “sendo que na responsabilidade contratual não se poderá pôr em causa a relevância jurídica da violação das chances que constituem objecto da prestação devida, sobretudo quando tal violação elimine de forma definitiva a produção do resultado querido e fortemente expectável, sem que deste raciocínio se possa [...] extrair uma ilação no sentido de deste modo se privilegiar qualquer índole sancionatória ou punitiva da inerente responsabilidade civil”.

Mais recentemente, destaque-se também o Acórdão de 30 de abril de 2015⁶⁶, num caso em que estava em causa a alegada falta de interposição tempestiva de ação de reparação dos danos decorrentes de um contrato de empreitada (de consumo). O Supremo Tribunal de Justiça admitiu em geral a ressarcibilidade da perda de chance, mas, procedendo ao “julgamento dentro do julgamento” indemnizatório, com o fim de apurar como teria sido decidida a ação pelo tribunal competente, em que deveria ter entrado, concluiu pela falta de consistência da chance processual, por não ser possível determinar como julgaria o tribunal – desde logo, por não ser possível saber que regime jurídico aplicaria (se o regime geral da empreitada, se o previsto no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril). O Supremo recusou-se, pois, a julgar, na sua própria perspectiva, questões que seriam controvertidas (designadamente o prazo de caducidade da ação aplicável) na ação que deveria ter sido interposta, e que foi omitida pelo lesante, esclarecendo que não é essa a perspectiva relevante para o julgamento incidental a realizar na ação de indemnização⁶⁷.

Por fim, atente-se também no Acórdão de 9 de julho de 2015⁶⁸, proferido num recurso em que se discutia a responsabilidade do advogado pelo insucesso obtido noutra ação, tendo-se admitido em geral a ressarcibilidade da perda de chance, mas

66. Relatora Maria dos Prazeres Beleza, proc. n.º 338/11.1TBCVL.C1.S1.

67. “A recorrente pretende que se decida nesta acção e, portanto, neste recurso, qual o regime aplicável, nos termos já indicados. No entanto, a posição que viesse aqui a ser definida não relevaria para o efeito de fundar um juízo sobre a probabilidade de proceder ou não uma caducidade que pudesse ter sido invocada numa acção contra a vendedora/construtora, pedindo a reparação dos defeitos ou uma indemnização, proposta depois da revogação do mandato e antes de decorridos três anos sobre a data da denúncia”. Ora, a “perda de oportunidade só poderia fundamentar uma indemnização se, para além da verificação dos demais pressupostos da responsabilidade civil, pudesse reconhecer-se uma elevada probabilidade de vir a ser declarada a caducidade do direito à reparação dos defeitos [...] e, simultaneamente, uma elevada probabilidade de procedência da acção correspondente [...]. Ora é fortemente plausível que, a ter sido instaurada a acção no lapso de tempo decorrido entre um e três anos após a denúncia dos defeitos, os tribunais tivessem perfilhado o entendimento sustentado pelas instâncias, no sentido de não ter decorrido o prazo de caducidade do direito”.

68. Proc. n.º 5105/12.2TBXL.L1.S1, relator: Tomé Gomes.

exigindo-se que se afira “cada caso à luz das exigências legais sobre a probabilidade suficiente para o reconhecimento do dano”, num “julgamento dentro do julgamento”. A primeira questão é a de apurar se o frustrado sucesso da ação assume consistência e seriedade, face ao estado da doutrina e jurisprudência então existente, ou mesmo já em evolução, de tal modo que seria suficientemente provável o êxito daquela ação. Deve para tal ter-se em linha de conta, fundamentalmente, a jurisprudência então seguida nessa matéria pelo tribunal daquela causa, impondo-se fazer o chamado “julgamento dentro do julgamento”, atentando no que poderia ser considerado como altamente provável por esse tribunal. No entanto, tal apreciação traduz-se, enquanto tal, numa questão de facto, que não de direito, que extravasa os fundamentos do recurso de revista⁶⁹.

A orientação *dominante* na nossa jurisprudência em matéria de perda de chance processual passou, pois, a ser hoje da de que *o dano resultante da perda de chance processual pode relevar se se tratar de uma chance consistente, designadamente se se puder concluir, “com elevado grau de probabilidade ou verosimilhança”* (na expressão do citado Acórdão de 29 de Abril de 2010), *que o lesado obteria certo benefício* não fora a chance processual perdida. Para o determinar, o tribunal que julga a indemnização deve realizar um “julgamento dentro do julgamento”, segundo a perspectiva que teria sido adotada pelo tribunal que apreciaria a ação ou recurso inviabilizados, sendo esta uma questão de facto.

6. A “CHANCE” OU OPORTUNIDADE NÃO É GARANTIA DE UM RESULTADO EM MONTANTE PROPORCIONAL À PROBABILIDADE DESTE

A “chance” ou oportunidade processual é uma *probabilidade, com determinada consistência, de vir a obter vencimento no processo judicial*, que não consegue determinar-se com certeza, uma vez que este não se concretizou (ou não se desenrolou) regularmente por uma falta imputável ao mandatário forense.

Se estivéssemos perante a obtenção de um resultado de uma ciência exata, seria possível *ex post* determinar com certeza (ou com muito elevada probabilidade)

69. “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 em 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. Mas tal apreciação inscrever-se-á, enquanto tal, numa questão de facto, que não de direito. O ónus de prova de tal probabilidade impende sobre o lesado, como facto constitutivo que é da obrigação de indemnizar (art.º 342.º, n.º 1, do CC)”. No entanto, no caso a divergência circunscrevia-se “ao plano da ponderação dos dados de facto em presença com vista a identificar a existência da probabilidade de dano por ‘perda de chance processual’ e do respetivo nexo de causalidade”, o que constitui uma apreciação em sede de questão de facto.

qual teria sido o resultado do processo. Ainda, porém, que se considere que para cada questão jurídica apenas existe “uma resposta certa” (o que não pode dar-se por adquirido), e que os tribunais, devendo julgar em obediência à lei, não podem livremente “achar” o Direito, mas antes concretizar as decisões e opções valorativas definidas pelo legislador democrático⁷⁰, é seguramente *impossível prever com certeza absoluta o resultado* da grande maioria, se não mesmo de todos, os processos judiciais.

É justamente esta incerteza que faz com que se não possa ir além de dizer que as partes tinham uma *certa probabilidade* de sucesso no processo judicial – isto é, que esse resultado seria atingido *com determinada probabilidade* (se não exata, pelo menos aproximadamente determinável). Surge, assim, a questão de saber se pode substituir-se a prova de um *prejuízo certo*, consistente na frustração do resultado do processo, pela *demonstração da perda de uma “chance” com essa probabilidade*. A ideia de uma “perda de chance” processual desempenha, aqui, uma função que não é apenas *quantificadora*, mas verdadeiramente *fundamentadora* da indemnização, já que sem ela não consegue afirmar-se a existência de dano.

Ora, dizer que uma das partes veria a acção proceder (ou improceder) com certa probabilidade significa dizer que ela *poderia, nessa medida, vir a obter vencimento*. Mas – e é isto que importa notar – *não significa* que esse resultado processual estivesse *garantido, mesmo que só na medida correspondente à probabilidade em causa*, já que permanece um ineliminável e irredutível elemento de incerteza sobre o resultado que se teria realmente verificado.

A autonomização (ontológica, ou apenas para efeito da avaliação do dano) das “chances” processuais não consegue, pois, iludir que, ainda nesta construção, existe uma indemnização sem demonstração da existência de um *dano certo*. Dispensa-se a prova da situação patrimonial que se teria verificado se não fosse o evento lesivo, já que não se consegue determinar qual teria sido o resultado dessas “chances” ou oportunidades perdidas. Com a consequência de se substituir a *certeza do dano* (a sua prova) pela *certeza da probabilidade do dano* – isto é, pela demonstração dessa probabilidade, que é *bem diferente*, e que tem consequências dificilmente aceitáveis, levando a um *avantajamento* injustificado do lesado.

Na verdade, quando nos bastamos com a perda de uma “chance” apenas existe a certeza da frustração da probabilidade de ocorrência do evento final. Por outras

70. Sobre esta discussão, v., justamente no âmbito da concretização da consistência das “chances” processuais, G. Mäsch, *Chance und Schaden...*, cit., p. 80, com indicações de literatura da metodologia jurídica. Entre nós, concedendo um amplo espaço de desenvolvimento e concretização do Direito ao poder judicial, v., por exemplo, António Castanheira Neves, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Studia Iuridica, Coimbra, Coimbra Ed., 1993, *passim*.

palavras, a certeza do dano indenizável é aqui degradada em mera probabilidade de ocorrência do resultado a que a chance se refere. E o lesante fica, por via da obrigação de indenização que lhe é imposta, constituído em verdadeiro garante da mera probabilidade correspondente às “chances”, quando é evidente que estas estavam sujeitas a um elemento de incerteza, e não representavam qualquer posição garantida na esfera do lesado, mesmo que apenas na medida correspondente à respectiva probabilidade.

Da perspectiva do lesado, é claro que ser titular de uma “chance” de realizar um ganho de 100 com probabilidade de 30% (ou 0,3), se é diferente de não ser qualquer chance ou oportunidade, é seguramente também menos do que ser titular de um valor seguro de 30. A substituição daquela probabilidade por este valor seguro representa, não só uma oneração do lesante com uma garantia que não assumiu, como um enriquecimento do lesado em relação à situação em que estaria sem a lesão (e que não pode determinar-se com segurança, não podendo, pois, também dizer-se que seria a correspondente àquele valor seguro)⁷¹.

E note-se ainda, em conformidade com a função fundamentadora da indemnização, e não apenas delimitativa, que a “perda de chance” desempenharia, que esta é uma objecção relativa à própria existência de um dano, e não só concernente à sua quantificação – pelo que não pode ser superada pelo recurso do julgador à equidade, nos termos do artigo 566.º, n.º 3.

Justamente por este efeito de transformação do lesante em garante da probabilidade da “chance”, com o correspondente avantajamento do lesado, defendemos anteriormente⁷², e reiteramos, que não deve admitir-se em geral o ressarcimento da mera “perda de chance”. Pode, mesmo, dizer-se que essa indemnização contrariaria princípios básicos do nosso direito da responsabilidade civil, como o da limitação da indemnização pela finalidade compensatória e da proibição do enriquecimento do lesado. E no plano de *jure condito* cremos que não existe, aliás, qualquer apoio legal nesse sentido⁷³.

71. Nem se diga que, se é certo que a chance não representa um valor garantido no património do lesado, mesmo apenas na percentagem da probabilidade em questão (50% de probabilidade de 100 não é o mesmo que ter seguramente 50), é também certo que representa já algum valor, que a negação total de indemnização não considera. É que para a “deslocação” do prejuízo do lesado para a esfera do lesante, que a indemnização visa operar, é preciso provar a existência daquele, sendo o princípio, na falta dessa prova, que “*the loss lies where it falls*”. Justamente por isso, é ao lesado que incumbe provar o dano, não sendo tal prova dispensada na responsabilidade contratual, como é evidente, pela presunção de culpa prevista no art. 799.º, n.º 1.

72. V. o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., vol. II, p. 1106.

73. No direito espanhol, L. Medina Alcoz, *La teoria...*, cit., salienta que a teoria da perda de oportunidade não resiste a uma análise crítica (a que procede na parte II, pp. 349 e ss., 413 e ss.), e apenas admite a ressarcibilidade da perda de oportunidade a partir de pontos de apoio jurídico-positivos, como os que existem, por exemplo, no domínio de concursos

A exigência de *prova da existência de um dano certo*, e da relação de *causalidade* entre o evento lesivo e estes prejuízos, não deve, pois, ser contornada através da “manobra conceptual” consistente na autonomização no património do lesado, para fins da obrigação de indemnização, de “*chances*” ou *oportunidades*, em relação às *situações finais* (ganho obtido ou perda evitada) a que conduziriam.

Mantemos, pois, o entendimento de que não tem cabimento atualmente, nem *de jure condito*, nem *de jure condendo*, a concessão de indemnização pela mera “perda de chance”. Mas ainda que se admita esse ressarcimento, é claro que ele nunca se bastará com a mera “chance” *abstracta* ou especulativa de sucesso processual. É o que passamos a ver de seguida.

7. A CONSISTÊNCIA E SERIEDADE DA “CHANCE” CONCRETA E O RESULTADO DO PROCESSO

Ainda que se não considere decisiva a objeção anteriormente exposta à indemnização pela “perda de chance”, sempre há, porém, que apurar, no caso concreto, qual a *consistência* e *seriedade da concreta* “chance” processual comprometida. E, sobretudo, a avaliação do resultado hipotético do processo, num “julgamento dentro do julgamento”, pode levar a reduzir a incerteza que caracteriza a chance.

Mesmo no direito francês, não obstante a larga projecção da figura da perda de “chance” aí alcançou, para que a respectiva indemnização seja admitida impõem-se determinados requisitos. Além da verificação dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, incluindo a existência do dano e de um nexo de causalidade entre o facto lesivo e o dano, exige-se, designadamente, que a “chance” a indemnizar seja *real* e *séria*. Não basta, assim, a constatação da prévia existência, numa qualquer medida, de uma oportunidade ou possibilidade de obtenção de um resultado favorável ou de uma vantagem pelo lesado, que tenham sido destruídas. É ainda necessário que a concretização da “chance” se apresente com um *grau de probabilidade* ou *verosimilhança razoável* e não com carácter meramente hipotético⁷⁴. Só assim a

administrativos. É o caso, por exemplo, do artigo 2.º, n.º 7, da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO, n.º L 076, de 23 de Março de 1992, pp. 14-20) – conhecida como a Directiva sobre “recursos” nos contratos públicos nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. V., sobre estes apoios, o nosso “Responsabilidade pela violação de regras...”, cit., n.º 1.

74. Assim, a *Cassation* recusou, por diversas vezes, indemnizações em casos de candidatos a concursos pela perda de chance de obtenção de êxito ou de melhor qualificação, afirmando

chance se apresenta, segundo a jurisprudência francesa e a doutrina dominantes, com a *certeza* que é condição da indenizabilidade do dano. A necessidade de verificar se a chance é real e séria não é, aliás, senão “(...) uma outra forma de exprimir que o evento tornado impossível era provável”⁷⁵.

A questão foi discutida em França também a respeito da responsabilidade civil profissional do advogado, que, como referimos, esteve aí historicamente na gênese da figura da perda de chance⁷⁶. Embora a jurisprudência dominante exija a demonstração de uma *probabilidade de sucesso razoável na acção perdida* (ou não proposta) – o que pressupõe uma profunda indagação quanto ao fundo da causa respectiva –, sob pena de não se considerar verificada a certeza do dano, há decisões que têm concedido a indemnização ao lesado independentemente dessas circunstâncias, dizendo, por exemplo, que nenhuma acção judicial se acha perdida de antemão e que a mera pendência processual constitui um factor de pressão sobre a contraparte. Segundo esta segunda linha de orientação, o baixo grau de probabilidade de obtenção de uma decisão judicial favorável na acção primitiva não impediria a atribuição de uma indemnização ao cliente lesado, mas apenas influiria no respectivo *quantum* indemnizatório. Mas, como veremos, esta posição abandona já de todo as exigências mínimas de causalidade, e resvala para uma verdadeira função de pena privada que consideramos inaceitável no nosso direito.

Também em Itália – a ordem jurídica em que a perda de “chance” processual tem assumido mais relevância, além da França⁷⁷ –, o ressarcimento pela perda de

que, estando em causa a mera irregularidade processual (e não a exclusão do concurso), a chance era meramente hipotética. V. referências em Geneviève Viney/Patrice Jourdain, *Traité de droit civil...*, cit., p. 98.

75. Y. Chartier, *La réparation du préjudice...*, cit., p. 99.

76. V., por ex., as decisões da *Cassation* de 7 de Fev. de 1989 (*Bull. civ.*, I, n.º 62), 8 de Julho de 1997 (*Dalloz Affaires* 1997, p 1217) e 14 de Fev. de 2001 (*D.*, 2001, *IR*, p. 1589). Esta última decisão ressalva a situação em que o Demandante não tinha qualquer possibilidade de obter um tal resultado, devendo tal investigação quanto às possibilidades de sucesso, exigida pela decisão sobre a indemnização, ser feita na perspectiva do tribunal do procedimento anterior, e não em resultado de um procedimento posterior.

Dando nota do recurso à teoria da perda de chance na jurisprudência belga, designadamente no domínio da responsabilidade civil profissional dos advogados, em termos substancialmente idênticos aos que são admitidos em França, v. Isabelle Durant/Nicole Verheyden-Jeanmart, “Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d’un dommage contractuel”, in Marcel Fontaine/Geneviève Viney (orgs.), *Les sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles / Études de droit comparé*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2001, pp. 307-360, *maxime* 348-352.

77. Já a doutrina e jurisprudência alemãs assumem uma orientação bem *mais restritiva*, negando a ressarcibilidade da perda de chance, e exigindo para a responsabilidade do advogado a *prova do prejuízo num “processo hipotético incidental”* (embora, como veremos, na

“chance” depende segundo a orientação tradicional, na sua própria existência, do grau de probabilidade de materialização da vantagem a que ela se refere.

A ideia da ressarcibilidade de um dano abstracto, distinto do dano final, surgiu já em 1931, no domínio da responsabilidade civil profissional dos advogados, embora sem invocação formal da teoria da perda de chance⁷⁸. Algumas décadas depois, esta perspectiva foi retomada, dizendo-se que a impossibilidade de ressarcir o resultado final não deveria impedir que fosse atribuído ao lesado uma indemnização em vista da possibilidade de um resultado favorável, em linha com o que era sustentado em França ao abrigo da teoria da perda de chance⁷⁹. A orientação tradicional da jurisprudência italiana vai, todavia, no sentido de referir a indemnização ao dano final, ou seja, à perda da vantagem potencialmente adveniente para o lesado, exigindo a verificação do nexo causal entre esse dano e o ilícito praticado⁸⁰.

Também existem, porém, decisões que, reconhecendo o direito a uma indemnização do cliente pela “perda de chance” de obtenção de ganho de causa numa dada acção judicial, suscitam dúvidas sobre o modo de aferição da densidade ou seriedade da chance, e mesmo sobre a sua autonomia relativamente ao dano final⁸¹. Com

perspectiva do tribunal do processo indemnizatório, e não do tribunal anterior). Recusando a indemnização em caso de perda de chance no âmbito do patrocínio forense (embora reconheça que esta última tem uma afinidade estrutural com os casos de frustração da obtenção de um lucro), v. H. Fleischer, “Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht”, cit., pp. 774-5. Dando conta da posição restritiva na Alemanha (embora defenda a sua superação), v. G. Mäscher, *Chance und Schaden: Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, cit., 2004, pp. 30-126.

78. V. Piero Calamandrei, “Limiti di responsabilità del legale negligente”, *RDPC*, 1931, II, pp. 260 e ss.
79. Cfr. Maurizio Bocchiola, “Perdita di una “chance” e certezza del danno”, in *RTDPC*, 1976, pp. 55-104 (94).
80. Assim, por exemplo, no acórdão tirado pela *Corte di Cassazione* em 28 de Abril de 1994 (n.º 4044), onde pode ler-se que “(...) o cliente é obrigado a provar não só ter sofrido um dano, mas também que este foi causado pela insuficiente ou inadequada actividade do profissional (...)”, e que, em particular, “(...) tratando-se da actividade de advogado, a afirmação da sua responsabilidade implica a indagação (...) sobre o seguro e claro fundamento da acção que deveria ter sido proposta e diligentemente acompanhada (...)”. Os tribunais italianos exigem, assim, se não uma certeza absoluta de sucesso processual, pelo menos uma “certeza moral” ou uma “razoável certeza” de vencimento no processo. V., por exemplo, as decisões da *Cassazione* de 27 de Janeiro de 1999 (n.º 722, in *Danno e responsabilità*, 1999, p. 1123), 18 de Setembro de 1991 (n.º 9717) e 5 de Abril de 1984 (n.º 2222: em caso de falta de recurso não pode apenas deduzir-se a abstracta possibilidade de reforma da decisão, sendo indispensável demonstrar o erro desta para fornecer a *ragionevole certezza* de que o recurso teria obtido provimento).
81. Cfr., designadamente, os acórdãos da secção civil da *Corte di Cassazione* de 5 de Junho de 1996 (n.º 5.264), 6 de Fevereiro de 1998 (n.º 1.286) e 13 de Dezembro de 2001

efeito, se levássemos a autonomia da chance às últimas consequências teríamos de aceitar a respectiva indemnizabilidade *muito abaixo das fasquias normalmente exigidas*, dizendo que a probabilidade pode apenas relevar a respeito do *quantum*, mas já não do *an* do dano⁸². Mas este passo parece demasiado ousado, nem se encontra fundamento normativo específico, que se afaste das exigências de causalidade na responsabilidade civil, para trilhar um tal caminho.

A *certeza* deste dano de perda de chance está, pois, afinal, na elevada *probabilidade* – ou na *relativa certeza* – de *materialização do dano final*. A admitir-se a indemnização pela “perda de chance” sem que esteja provado o prejuízo final sofrido pelo lesado, deve entender-se, segundo a posição *maioritária* mesmo nos países onde essa indemnização é aceita, que aquela apenas pode ser reconhecida com base na *prova da concreta consistência da “chance” frustrada*, isto é, de que era uma “chance” *real e séria*. Assim, a indemnização de uma “chance” *puramente abstracta* – isto é, independente da prova da sua concreta probabilidade – *não é de admitir*, mesmo na lógica segundo a qual as “chances” se devem autonomizar dos resultados finais a

(n.º 15.759, este último publicado em *Giustizia Civile*, 2002, I, pp. 1285 e ss. No primeiro aresto, a *Cassazione* limitou-se a exigir “(...) um juízo prognóstico de razoável probabilidade (...)” quanto ao sucesso da reclamação a apresentar. No segundo, a *Corte di Cassazione* admitiu a indemnizabilidade da perda de chance, situando-a no plano de uma *causalidade em termos de probabilidade e idoneidade da conduta* a produzir o dano, e omitiu a indagação sobre este. Já o terceiro é o aresto que vai mais longe, autonomizando a chance como bem actual e concreto. Mas note-se que estes arestos inflectem uma orientação jurisprudencial longamente sedimentada, que remonta pelo menos ao acórdão tirado pela *Corte di Cassazione* em 10 de Fevereiro de 1931 (n.º 495), onde se reconhece o direito do constituinte concretamente lesado a ser indemnizado pelas despesas suportadas, mas não por um dano incerto e eventual.

V., sobre o problema, na doutrina italiana, por ex. Maria Feola, “Nesso di causalità e perdita di “chances” nella responsabilità civile del professionista forense”, *Rivista critica di diritto privato*, Março 2004, pp. 151-182, Riccardo Conte, “Profili di responsabilità civile dell’avvocato”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Jan./Fev. 2004, pp. 144-165; Giovanni Facci, anot. a *Cassazione civile*, 26 de Fevereiro de 2002, n. 2836 sez. III, “L’errore dell’avvocato, l’appello tardivo e la chance di vincere il processo”, *Resp. civ. e prev.*, 2002, 6, p. 1376, G. De Fazio, “Responsabilità del legale e perdita della ‘chance’ di vincere il processo (nota a sent. Cass., Sez. III, 5 giugno 1996 n. 5264, Soc. La Fondiaria assicur. c. Tangiorgi; Trib. Milano 25 marzo 1996, Ceruti c. L.G. e altro)”, *Resp. civ. e prev.* 1997, III, p. 1174, id., “Responsabilità dell’avvocato: per la perdita del processo e per la perdita della chance di vincere il processo (nota a sent. Cass., Sez. III, 6 febbraio 1998 n. 1286, Mola c. Ronza)”, *Resp. civ. e prev.*, 1998, I, p. 655. Contra a autonomização de uma chance abstracta, independentemente das possibilidades de sucesso no processo, v. Vincenzo Zencovich, “Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura”, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 217 e ss.

82. Assim, a cit. decisão da *Corte di Cassazione* de 13 de Dez. de 2001, n.º 15.759.

que poderiam conduzir. E, devido à incerteza em regra existente na determinação da probabilidade de verificação do resultado em consequência das “chances” que se perderam, também nunca seria de admitir a indemnização por “perda de chance” quando a esta correspondia apenas uma *pequena probabilidade* de obtenção do resultado.

Aliás, ainda quando se sustenta a autonomização plena da “chance” em relação ao resultado – aceitando que, verificada a perda de oportunidades, a respectiva probabilidade não relevaria para o *an respondeatur*, mas só para o *quantum* –, não se consegue escapar nunca à *dependência da probabilidade, pelo menos, para efeitos de quantificação* da indemnização, a qual seria sempre uma indemnização *parcial*, em proporção à probabilidade em causa. O que – note-se –, sempre traduz uma *indisfarçável incongruência* de quem defende a autonomização da “chance”, afinal dependente, no seu valor, do resultado final e sua probabilidade.

Há, pois, justamente que apurar como deve determinar-se, para efeitos de responsabilidade civil, a *consistência concreta da oportunidade ou “chance” processual* que foi comprometida.

8. A PROVA DA CAUSALIDADE: O INCIDENTAL “JULGAMENTO DENTRO DO JULGAMENTO”, A FAZER NA PERSPECTIVA DO TRIBUNAL QUE TERIA DECIDIDO O PROCESSO

A dependência da indemnização por “perda de chance” da determinação da probabilidade do resultado é tanto mais clara nos grupos de casos em que, não podendo embora eliminar-se totalmente a incerteza quanto ao que se teria verificado caso se não tivessem frustrado as “chances”, é, porém, possível determinar *a posteriori*, com razoável aproximação, *qual teria sido esse resultado*.

É o que acontece, claramente, nos casos de *perda de “chances” processuais* em resultado do não cumprimento dos deveres do mandatário forense, por exemplo, pela não interposição de um recurso ou pela falta de apresentação de alegações. Nestes casos – diversamente do que normalmente acontece, por exemplo, na perda ou diminuição de “chances” de cura ou sobrevivência –, é possível *determinar posteriormente, com razoável probabilidade*, segundo o estado da jurisprudência à data em que o recurso teria sido decidido, e as decisões tomadas para casos idênticos, *como teriam sido concretamente decididos* a ação ou o recurso frustrados. E, portanto, pode reduzir-se a incerteza que caracteriza os casos de perda de chance.

Esta prova sobre a decisão hipotética do processo, que deve ter lugar numa *apreciação incidental a realizar no processo da indemnização*, mais não é do que uma exigência da apreciação do *nexo causal* entre a falta do advogado e os danos – é um momento fundamental da “causalidade preenchedora da responsabilidade” (ou

causalidade entre o evento lesivo e os danos)⁸³, a que se referem os artigos 562.º e 563.º. Se o cliente alegadamente lesado demanda o profissional, exigindo no todo ou em parte o montante que teria conseguido com o processo, para apurar se houve ou não *nexo causal* entre o *facto ilícito* (falta de apresentação do recurso) e os *danos* (não obtenção do resultado processual desejado) é necessário determinar a *probabilidade de que as pretensões frustradas tivessem obtido acolhimento no processo*⁸⁴.

Esta prova, que está a cargo do lesado (como em geral a prova dos danos), não só é perfeitamente possível e de admitir, como é mesmo *indispensável* para demonstração da existência de um dano – *rectius*, de *nexo causal* entre o evento lesivo e o dano –, pois só ela permite *reconstruir a situação patrimonial que teria existido caso se não tivesse verificado a frustração do recurso* (o evento que obriga à reparação). Só essa prova permite determinar, também, o *valor concreto* das “chances” frustradas, correspondente à probabilidade de êxito no processo, e se esta frustração realmente *causou* ou não um dano. E tal prova é *indispensável* logo para a própria *fundamentação da indemnização* – que só existirá se houvesse uma “chance” *real e séria*, isto é, e pelo menos, uma maior probabilidade de êxito do que de decaimento –, não só para a respectiva *quantificação*.

Para avaliar se existe ou não *nexo de causalidade*, e qual é a consistência da chance frustrada, o tribunal da ação de indemnização deve, pois, realizar uma espécie de *juízo dentro do juízo* (*trial within the trial, suit within the suit*⁸⁵, *juicio dentro del juicio*⁸⁶, *procès dans le procès*⁸⁷), ou *processo hipotético incidental* (*hypothetischer Inzidentprozess*⁸⁸), tentando reconstituir, para efeitos indemnizatórios, qual teria sido o resultado no processo que se frustrou. Nesse “juízo

83. Sobre a distinção do *nexo de causalidade* entre a conduta do lesante e o evento lesivo, por um lado (*causalidade “fundamentadora da responsabilidade”*) em relação ao *nexo de causalidade* entre o evento lesivo e as consequências danosas (*causalidade “preenchedora da responsabilidade”*), por outro, e respectiva razão de ser, v. o nosso *Interesse contratual negativo...*, cit., vol. II, pp. 924 e ss.

84. Assim, por ex., L. Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad...*, cit., pp. 199, 277-8.

85. V., nos Estados Unidos, Richard G. Coggin, “Attorney Negligence... A Suit Within a Suit”, *West Virginia Law Review*, 60 (1957-58), pp. 225 e ss., Paul Gary Kerkorian, “Note: Negligent Spoliation of Evidence: Skirting the “Suit Within a Suit” Requirement of Legal Malpractice Actions”, *Hastings L. J.*, 1990, 41, pp. 1077 e John Leubsdorf, “Legal Malpractice and Professional Responsibility”, *Rutgers L. Rev.*, 101, 1995, pp. 112 e ss.

86. L. Medina Alcoz, ob. cit., p. 278.

87. Christoph Müller, *La perte d'une chance*, Bern, Stämpfli, 2002, pp. 324 e ss.

88. Fritz Baur, “Hypothetische Inzidentprozesse”, in *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München, Beck., 1973, pp. 1063-1078, Johann Braun, “Zur schadensersatzrechtlichen Problematik des hypothetischen Inzidentprozesses bei Regreßklagen gegen den Anwalt”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 96 (1983), pp. 89-112.

dentro do julgamento”, o tribunal da ação de indemnização deve, pois, *adoptar a perspectiva do tribunal do processo frustrado*, para apurar *como teria este decidido* o processo (o que poderá ser particularmente relevante quanto a questões jurídicas sobre as quais existam opiniões divergentes), no que constitui uma apreciação de uma *questão de facto*, e não uma questão de direito⁸⁹.

É isto mesmo o que decorre, com linearidade, da aplicação das *regras gerais de causalidade* (e do artigo 562.º) aos casos de responsabilidade por frustração de um processo judicial. É então preciso reconstituir o *curso hipotético dos acontecimentos* sem o evento lesivo, isto é, o decurso do procedimento judicial que se frustrou, para apurar qual teria sido provavelmente o resultado, sendo justamente o grau de probabilidade de que o lesante tenha causado o dano idêntico ao grau de probabilidade de vencimento nesse processo (por exemplo, num recurso que indevidamente não chegou a ser interposto). Como se salienta na doutrina que estuda o dano da perda de chance processual⁹⁰, o “julgamento dentro do julgamento” não é mais do que a *aplicação particular a uma hipótese concreta de evento lesivo da regra geral de que o nexo causal se comprova por um juízo hipotético*, arrancando da abstracção mental do evento lesivo para apurar se ele foi *conditio sine qua non* do dano⁹¹.

Esta *case within the case doctrine* (ou *trial within the trial doctrine*) é, por exemplo, seguida nos Estados Unidos, aplicando os tribunais, no seu âmbito, as regras gerais da causalidade: o mandante só é indemnizado se puder provar, numa avaliação de probabilidade (*balance of probabilities*), que teria ganho o processo sem o erro do advogado⁹².

O mesmo acontece no direito inglês, embora com flutuações sobre o que é exigido ao demandante nos casos de responsabilidade de advogados⁹³. E também no

89. Assim, corretamente, o cit. Acórdão do STJ de 9 de julho de 2015.

90. L. Medina Alcoz, ob. e loc. citis.

91. Sobre a doutrina da *conditio sine qua non*, seus limites e sentido, v. o nosso *Interesse contractual negativo...*, cit., vol. I, pp. 651 e ss.

92. Assim, por ex., o caso *Hoppe v. Ranzini*, do Nova Jérnia (158 N.J.Super. 158, 385 A.2d 913): “such a malpractice action against the attorney involves a trial within a trial, in which the plaintiff has the burden of proving by a preponderance of the evidence that (1) he would have recovered a judgment in the action against the main defendant, (2) the amount of that judgment, and (3) the degree of collectibility of such judgment”. Um esforço para abrandar esta exigência foi efectuado por J. Kerkorian, na ob. cit.

93. Os *leading cases* são aí *Kitchen v. Royal Air Force Association* [1958] 1 WLR 563 CA (rejeitando que o demandante tenha de provar que era mais provável que tivesse ganho do que perdido a acção contra o lesante), *Allied Maples v. Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602 (exigindo que a a chance seja *real or substantial*, e não meramente especulativa), e *Mount v. Barker Austin (a Firm)* [1998] PNLR 493 CA (impondo ao demandante o ónus de

direito espanhol e no direito alemão, apesar de algumas hesitações da jurisprudência sobre a *perspectiva* a partir da qual deve ser realizada apreciação hipotética (existindo decisões que remetem para a perspectiva do tribunal que julga o pedido de indemnização, e não para a do tribunal anterior⁹⁴), a doutrina salienta que o que decorre das regras gerais de causalidade, da separação entre as questões de facto e de direito⁹⁵, e da coerência entre os critérios aplicáveis às questões da ilicitude e da causalidade, é que o tribunal da indemnização realize uma apreciação hipotética (um “processo incidental hipotético”) *a partir da perspectiva do tribunal que teria decidido o processo*⁹⁶ – isto é, tentando determinar *qual teria sido a sua decisão*, e com que probabilidade.

mostrar que ao perder a oportunidade de fazer valer a sua pretensão perdeu alguma coisa de valor, isto é, que a pretensão tinha uma perspectiva real e substancial de sucesso). Para mais indicações sobre os direitos americano e inglês, v. G. Mäscher, *Chance und Schaden...*, cit., pp. 189 e ss. 212 e ss.

94. V., por ex., as decisões do *Bundesgerichtshof* alemão de 6 de Novembro de 1961 (in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 36, pp. 144 e ss., 155) e 14 de Novembro de 1978 (idem, vol. 72, pp. 328 e ss.). Esta orientação adotava, pois, não uma abordagem factual, mas normativa, no sentido de ser o tribunal da indemnização a apurar como deveria ter sido corretamente decidido o caso.
95. Com efeito, o que importa para a questão da responsabilidade civil do advogado pelo processo frustrado não é saber como *deveria ter sido decidido correctamente* esse processo (se é que pode existir uma só decisão correcta, e não estamos aqui perante uma ficção), mas antes apurar *como ele teria sido na realidade* decidido (o que é já uma questão de facto, e foi salientado pelos autores cit. na n. seguinte).

Por isso, o Supremo Tribunal de Justiça decidiu corretamente, em conformidade com os critérios legais de apreciação do dano e da causalidade em matéria indemnizatória, no cit. Acórdão de 30 de abril de 2015, quando se recusou a apreciar qual seria, segundo a sua perspectiva, a solução correta (sobre a caducidade da ação de reparação de defeitos numa empreitada), limitando-se a concluir que não podia determinar com segurança se a ação que não foi tempestivamente interposta teria procedido, pelo que a chance processual em causa não tinha consistência para fundamentar uma indemnização.

96. Assim, já F. Baur, “Hypothetische Inzidentprozesse”, cit., J. Braun, “Zur schadensersatzrechtlichen Problematik des hypothetischen Inzidentprozesses bei Regreßklagen gegen den Anwalt”, cit., Staudinger/Schiemann, anot. prévia ao § 249, n.º 71 e ss., H. Lange/G. Schiemann, *Schadensersatz*, cit., § 3, X, 7, pp. 151 e s. e Gerald Mäscher, “Eine Wende in der Rechtsprechung des BGH zur Anwaltshaftung”, *NJW*, 2001, 21, pp. 1547-8 (e a discussão alargada dos argumentos em id., *Chance und Schaden...*, cit., pp. 77 e ss.

Para o direito espanhol, v., criticando algumas posições da jurisprudência que entendem ser relevante a apreciação do tribunal da indemnização, e não a do que teria decidido o processo (pois caso contrário cair-se-ia no “resvaladiço terreno das conjecturas”), v. L. Medina Alcóz, *La teoria...*, cit., pp. 278-80.

Em França, a apreciação da seriedade e consistência da chance processual parte igualmente da avaliação de qual teria provavelmente sido o resultado do processo frustrado. Aliás, segundo Jacques Boré, não deve surpreender a circunstância de essa teoria ter nascido no

O lesado que pede o ressarcimento de um dano provocado pela perda de “chances” processuais deve, pois, fornecer elementos para a prova de qual teria sido o resultado do processo frustrado, e ao tribunal perante o qual é deduzido o pedido de indemnização cumpre fazer uma *apreciação ou prognose póstuma sobre o resultado desse processo frustrado*, numa espécie de “juízo dentro do juízo” (um *trial within the trial*). Apreciação ou prognose póstuma, esta, que, em conformidade com o seu objectivo – isto é, a determinação da situação hipotética (qual seria a situação patrimonial do lesado se não se tivesse verificado a frustração do processo) –, deve ser realizada a partir *da perspectiva do tribunal que teria julgado a acção ou o recurso*, e não da perspectiva ou posição do tribunal que conhece da acção de indemnização por perda de “chances”.

Este “juízo dentro do juízo”, que é essencial na determinação da existência de uma *chance* séria de vitória no processo e do nexo de causalidade em relação ao dano, e, posteriormente, na fixação do *quantum* indemnizatório, nem é, aliás, posto em causa pela força de caso julgado obtida no processo relativamente ao qual foi praticado o acto danoso, nem é inviabilizado pelas maiores ou menores dificuldades probatórias⁹⁷. Afigura-se, aliás, que o cálculo da probabilidade de vitória na acção “falhada” *já tem vindo a ser efetuado pelos nossos tribunais*, embora muitas vezes sem o explicitarem⁹⁸.

É claro que esse “juízo dentro do juízo” será normalmente mais fácil nos casos em que, por exemplo, o advogado apenas *não interpôs recurso* de

domínio da responsabilidade civil profissional de advogados, isto é, um domínio em que o juiz se encontra à vontade para avaliar e determinar, ele próprio, a probabilidade de ganho de causa de que o lesado foi privado por efeito da falta cometida pelo respectivo mandatário. V. “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, in *Juris-Classeur Périodique – La Semaine Juridique*, 1974, I, 2620, n.º 26.

97. Defendendo a realização do “juízo dentro do juízo”, v., entre nós, Patrícia Cordeiro da Costa, *Dano da perda de chance*, cit., pp. 103-4.

98. Assim, nos citados Acórdãos do STJ de 26 de Outubro de 2010 e de 28 de Setembro de 2010 – neste último recorde-se, estava em causa uma acção em que não tinha sido apresentada contestação nem tinha chegado a ser produzida prova, tendo-se avaliado a percentagem provável de sucesso em 50% para cada parte. E também, por exemplo, nos Acórdãos do STJ de 27 de Maio de 2003 (relator Oliveira Barros, in *CJ*, ano XI, 2003, tomo II, p. 78), e de 3 de Fevereiro de 1999 (in *CJ*, n.º VII, 2, p. 73) se encontravam já considerações relativas ao resultado hipotético da acção frustrada, que desempenham a função do referido “juízo dentro do juízo”.

Mais recentemente, o STJ tem explicitamente assumido que deve realizar tal “juízo dentro do juízo”, como passo essencial para concessão de uma indemnização por “perda de chance” processual – v. os cits. Acórdãos de 5 de fevereiro de 2013, 14 de março de 2013, 30 de setembro de 2014, 30 de abril e 9 de julho de 2015.

uma decisão proferida em primeira instância, deixando que a mesma transitasse em julgado, mas existem elementos que permitem averiguar com elevada probabilidade *qual teria sido a sorte desse recurso*. O juízo incidental a fazer será, diversamente, mais complexo quando o advogado nem sequer propôs a acção (deixando prescrever o direito), não a contestou ou não apresentou tempestivamente requerimento probatório – hipóteses em que a sorte da acção “falhada”, caso não tivesse ocorrido o acto faltoso, dependeria, normalmente, em muito maior grau, do julgamento da matéria de facto, que é em regra mais difícil de prever.

Já a reconstituição da decisão hipotética no processo frustrado não apresentará dificuldades de maior quando está em causa, por exemplo, apenas a não interposição de recurso (ou falta de apresentação de alegações), designadamente quanto a questões ou pontos *que fossem decididos uniformemente* pelos tribunais (ou sobre as quais existisse uma prática administrativa constante, quando estejam em causa decisões administrativas)⁹⁹, à data em que a acção ou o recurso deveriam ter sido apreciados. Nestes casos, a orientação dominante – ou mesmo uniforme – dos tribunais, à data em que o processo teria sido decidido (e até eventualmente a sua posterior manutenção) são *elementos que permitem concluir com relativa segurança qual teria sido a sorte* do recurso não interposto.

9. A AVALIAÇÃO DA “CHANCE” PROCESSUAL CONCRETA E AS OBRIGAÇÕES DO ADVOGADO

A conclusão a que se chegou – a de que, mesmo a admitir-se a indemnização por perda de chance processual, sempre esta teria de ser uma chance *real e séria*, a determinar num “julgamento dentro do julgamento” realizado incidentalmente pelo tribunal da indemnização, para apurar como teria sido decidido o recurso pelo respectivo tribunal – não é afetada pela análise e tomada em consideração das obrigações específicas do mandatário forense, cuja responsabilidade está em causa.

Em primeiro lugar, não pode considerar-se relevante, para fundar a ressarcibilidade do dano da “perda de chance”, o facto de a responsabilidade civil resultar da *violação de uma “obrigação de meios”* contratualmente assumida pelo mandatário forense.

99. Isto mesmo é salientado também na jurisprudência alemã, assim limitando os casos em que se entende dever relevar a perspectiva do tribunal da indemnização. V., por exemplo, as decisões do *Bundesgerichtshof* de 15 de Janeiro de 1981 (in *Entscheidungen...*, cit., vol. 79, pp. 223 e ss., 226), e 16 de Janeiro de 1986 (NJW, 1986, p. 1924). Na doutrina, v., por ex., H. Lange/G. Schiemann, *Schadensersatz*, cit., pp. 151 e s., Hans Ganter, “Der Ersatz eines entgangenen ‘rechtswidrigen’ Vorteils in der Berufshaftung rechtlicher und steuerlicher Berater”, NJW, 1996, 20, pp. 1310 e ss., 1313.

Como se sabe, a distinção entre *obrigações de resultado* e *obrigações de meios*, com origem em René Demogue¹⁰⁰, depende de se apurar se o devedor está obrigado a conseguir um certo resultado ou apenas a desenvolver certa actividade para um determinado efeito, não sendo, porém, este mesmo devido. Trata-se, pois, de uma distinção consoante aquilo que está *in obligatio*, isto é, consoante o comportamento a que está obrigado o devedor¹⁰¹.

Ora, o mandatário forense não assume uma obrigação de resultado – uma obrigação quanto ao êxito da causa que patrocina –, mas apenas uma obrigação de meios. Todavia, é claro que tal não significa que, em decorrência da violação dos seus deveres profissionais, possa ser-lhe exigido o ressarcimento de prejuízos que se não pode apurar terem sido causados por ele, pois não se pode saber se se teriam verificado (ou se se verificam ainda ou virão a verificar), abstraindo de qual teria sido o resultado caso ele tivesse cumprido esses deveres. A existência de um dano pela *perda de “chances”* independente da prova concreta da consistência daquelas não resulta da qualificação das obrigações do mandatário forense como obrigações de meios (e, inversamente, a objeção a esse ressarcimento não decorre da ligação entre o resultado não obtido e a conduta do mandatário). O que está em causa, pelo contrário, é, como se disse, saber se *existe realmente um dano patrimonial* sofrido pelo lesado em resultado da perda de oportunidades, havendo que apurar se estas se iriam ou não traduzir numa sua diversa situação patrimonial – isto é, se a violação do dever de realizar certa actividade para conseguir um efeito *causou danos* ao lesado.

Na verdade, como se disse, não é legítimo que o lesado queira obter do advogado, ainda que tão-só por via indemnizatória, uma *garantia do resultado*, mesmo apenas na percentagem correspondente às *probabilidades da “chance”* frustrada, como que substituindo uma *“chance”* por um *activo patrimonial certo*, e prescindindo da *certeza do dano* para se bastar com a *certeza da sua probabilidade*. Não pode responder-se a esta objecção dizendo, simplesmente, que o ordenamento jurídico *tutela a perda de “chance”*, pois quando está em causa uma obrigação de indemnização e

100. *Traité des obligations en général, I: Sources des obligations*, V, Paris, 1925, pp. 538, ss. Na doutrina italiana, v., em geral, Luigi Mengoni, “Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»”, *RDComm*, 1954, I, pp. 185-209, 280-320, 366-396, Dario Alessi, “The Distinction between Obligations de Résultat and Obligations de Moyens and the Enforceability of Promises”, 2005, 13 *European Review of Private Law*, pp. 657–692.

101. Na nossa doutrina, v., por ex., Manuel de Andrade, *Teoria geral das obrigações*, cit., p. 411 e ss., Adriano Vaz Serra, “Objecto da obrigação. A prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos”, *BMJ*, n.º 74, 1958, pp. 118 e ss., Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, I, cit., p. 88, M. J. Almeida Costa, *Direito das obrigações*, cit., p. 1039pp. 933, Rui de Alarcão, *Direito das obrigações*, cit., p. 44, e António Pinto Monteiro, *Cláusula penal e indemnização*, cit., pp. 265 e ss.

o correspondente dano isso é justamente o que está por demonstrar (o *quod erat demonstrandum*). Nem, por outro lado, o sentido da vinculação contratual do advogado, de curar tanto quanto possível pela concretização das oportunidades de vitória no processo, pode ser equiparado a uma *garantia de que tais “chances” virão realmente a traduzir-se numa vitória* – ou, sequer, a uma garantia de que tais chances têm um valor seguro, na medida correspondente à respectiva probabilidade.

Isto não significa, aliás, qualquer *défice intolerável de responsabilidade*. Seja qual for a força que possa reconhecer-se a este argumento, não há *défice de responsabilidade* em relação aos elementos do património protegidos pela responsabilidade civil e normalmente susceptíveis de negociação (que não incluem meras “chances”). E, além disso, é certo que a função preventiva da responsabilidade civil se contém nos limites da sua finalidade compensatória, isto é, do *dano concretamente provado*, sendo este que, nestes casos de responsabilidade do advogado como nas restantes hipóteses de responsabilidade civil, *delimita* a indemnização. Acresce que não pode ser a dificuldade em assegurar uma indemnização ao lesado, relativa ao dano final e segundo as regras gerais de causalidade, que só por si autoriza a *ficcionar a existência de um dano patrimonial*, nos casos em que não existia uma “chance” *consistente e séria* (correspondente pelo menos a 50% de probabilidade) de sucesso.

As “chances” ou oportunidade perdidas só serão, pois, relevantes na medida em que se prove que o lesado teria obtido benefícios (ou evitado um prejuízo) em consequência da sua verificação, ou em que as partes tenham estipulado a sua resarcibilidade (liquidando antecipadamente a indemnização).

Em segundo lugar, esta conclusão não é também contrariada pelo facto de o mandatário forense ter *decidido patrocinar a acção* por a considerar viável – ou ter mesmo aconselhado o cliente a promovê-la –, e de ter até, eventualmente, obtido pareceres jurídicos favoráveis à sua procedência.

Desde logo, note-se que o mandatário forense pode – e em certo sentido deve mesmo – aconselhar o seu constituinte a intentar uma acção que considera viável, ainda que a jurisprudência largamente maioritária, ou até unânime, não fosse em sentido favorável, tentando com a sua atuação *alterar ou infletir essa posição*, e obtendo nesse sentido opiniões favoráveis de outros juristas ou de juriconsultos.

É certo que o advogado não pode intentar acção cuja falta de fundamento não possa desconhecer (sob pena de litigância de má fé, nos termos do artigo 542.º, n.º 2, alínea *a*), do Código de Processo Civil)¹⁰². E é também evidente que, se o advogado informar ou aconselhar o seu cliente com violação dos seus deveres profissionais (das *leges artis*) incorrerá em responsabilidade profissional, por

102. Sobre a litigância de má fé, v., agora, António Menezes Cordeiro, *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa “in agendo”*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 37 e ss.

informações, conselhos ou recomendações (artigo 485.º do Código Civil)¹⁰³. Mas estes fundamentos de responsabilidade devem *ser claramente distinguidos da responsabilidade pela perda de “chances” processuais*. Não é tal responsabilidade por informações ou conselhos que está em causa na responsabilidade por perda de “chances” processuais. Nos casos de indemnização por “perda de chance” processual, o que se pede é, antes, uma indemnização pelo ganho (ou por uma parte do ganho) que se teria provavelmente obtido com a decisão favorável do processo. Ora, para a prova deste último dano já o aconselhamento ou recomendação prestados pelo advogado, ou o facto de este ter considerado a acção viável e de possível merecimento e ganho, se afiguram *de todo irrelevantes*.

Não pode esquecer-se, com efeito, que para apurar a existência de um dano, relevante para a obrigação de indemnização, é decisiva uma *averiguação puramente objectiva* ou *exterior*, sobre a probabilidade de sucesso do recurso, e, portanto, sobre o prejuízo patrimonial sofrido com a frustração deste – averiguação, essa, que deve ser efetuada, não a partir da convicção de qualquer parte ou de qualquer mandatário, mas do *estado objetivo da jurisprudência à data em que o recurso teria sido decidido*.

O mandatário forense pode, como se disse, aconselhar o seu mandatário a intentar, e decidir patrocinar, acções que *contrariem a jurisprudência maioritária*, numa tentativa de a influenciar ou alterar. Nem de outra forma seria possível o progresso do Direito e a evolução da jurisprudência, se assim não fosse. O aconselhamento pelo advogado ao seu constituinte nesse sentido, e mesmo os pareceres jurídicos favoráveis às pretensões a deduzir que porventura obtenha, traduzem, ainda assim, uma perspectiva *subjctiva*, perfeitamente legítima e qualificada, mas que *não é a perspectiva objectiva e exterior realmente decisiva* para a avaliação da consistência da “chance” frustrada, e da existência do dano patrimonial sofrido, num “processo incidental hipotético”¹⁰⁴. O que é decisivo para a existência do dano, e para a obrigação de indemnização, é, antes, o *juízo de prognose póstuma sobre qual teria sido a decisão* do tribunal de recurso (o “julgamento dentro do julgamento”), e, para tanto, o *estado da jurisprudência* (designadamente *decisões proferidas sobre casos semelhantes*), à data em que o processo teria sido decidido. Pois teria evidentemente sido a decisão jurisprudencial do processo a definir os direitos e obrigações das partes, e é dela que teria resultado, ou não, o sucesso ou o decaimento do lesado.

O facto de o mandatário forense aconselhar o seu constituinte a intentar uma acção, informando que a considera viável e de possível merecimento e ganho, e de

103. V., sobre esta, entre nós, J. Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, cit., passim.

104. E o mesmo se diga, por exemplo, de uma eventual pronúncia do Ministério Público no sentido da procedência da acção ou recurso frustrados.

obter pareceres jurídicos favoráveis à sua procedência, *não releva*, pois, só por si, para se determinar *objetivamente* (como se exige para a responsabilidade civil) que existiu um dano patrimonial resultante de perda de “chances” processuais, quando o estado da jurisprudência fosse, e tenha continuado a ser, contrário à procedência do pedido ou do recurso. Nem – ao contrário do que *prima facie* poderia suspeitar-se – existe *contradição alguma* entre a actuação como mandatário forense no aconselhamento e patrocínio de uma parte e a posterior negação da existência de lucros cessantes em consequência de perda da “chance” processual¹⁰⁵.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Responsabilidade civil pela perda de uma chance, de Alessandra Cristina Furlan – RDCC 10/119-149 (DTR\2017\468); e
- Responsabilidade por perda de chances, de Fernando Noronha – RDPriv 23/28-46 e *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 1/1317-1339 (DTR\2005\465).

105. Sobre a necessidade de uma contradição lógica de comportamento para se poder invocar a proibição de comportamento contraditório, nos quadros do abuso de direito, v. o nosso “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil”, in *BFD*, vol. comemorativo dos 75 anos, Coimbra, 2003, pp. 269-322.