

**A PERDA DE *CHANCE* NO MANDATO FORENSE: ANÁLISE DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA  
EUROPEIA E BRASILEIRA**

***THE LOSS OF CHANCE IN THE FORENSIC MANDATE: CIVIL  
LIABILITY ANALYSIS FROM A EUROPEAN AND BRAZILIAN LEGAL  
PERSPECTIVE***

**LÚCIO CARLOS AFONSO FERRAZ**

Doutorando em Direito Privado pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, Mestre em Direito de Contrato e Empresas pela Universidade do Minho, Portugal, Especialista em Direito Tributário pela Uniderp, Brasil, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil, Advogado.

**AMANDA MARA DA SILVA**

Mestranda em Direito Judiciário pela Universidade do Minho, Portugal, Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Newton Paiva, Brasil, Bacharel pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil, Advogada

**RESUMO**

O contrato de mandato (*in casu*, o mandato forense) encontra-se legalmente regulamentado pela lei civil e é de conhecimento generalizado. Tendo o mandatário depositado todos os seus interesses e confiança na arte, sabedoria e experiência do mandatário, *quid iuris*, se este, por qualquer motivo não age conforme as *leges artis* e com isso cria danos (ir)reparáveis para o mandante. Será o mandante o elo mais fraco? Ficarà o dano com quem o sofre (mandante) – *Casum sentit dominus*? Nesse sentido, dedica-se o presente artigo científico ao estudo aprofundado e reflexão conferido a matéria em âmbito jurídico europeu, com abordagens ao direito

---

comparado, dedicando especial tópico ao tratamento jurídico-positivo conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil; A perda de *chance*; O mandato forense; Jurisprudência.

### **ABSTRACT**

The mandate contract (*in casu*, the forensic mandate) is legally regulated by the civil law and is well knowledge. If the representative deposited all his interests and confidence in art, wisdom and experience of the agent, *quid iuris* (?) if, for any reason he does not act according to the *leges artis* and thus creates irreparable damage to the customer. It will be the customer the weakest link? Will be the damage with whom suffers (customer) – *casum sentit dominus*? In this sense, the present scientific article is dedicated to the in-depth study and reflection conferred on the matter in a European juridical context, with approaches to comparative law and devoting a special topic to the legal-positive treatment conferred by the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Civil responsibility. The loss of chance. The forensic mandate. Jurisprudence.

### **INTRODUÇÃO**

A *responsabilidade civil* surge quando uma pessoa *deve* reparar um dano sofrido por outra pessoa. É um instituto onde se cria *ex lege* uma obrigação em que o responsável é devedor e a vítima é seu credor, ficando portanto indiferente à vontade das partes. A responsabilidade não quadra com os domínios da consciência e da

---

moral – *responsabilidade moral*; nem tão-pouco com as balizas do mundo criminal ou penal – *responsabilidade penal*<sup>1</sup>.

Ora, a responsabilidade civil está ancorada numa ideia de *reparação patrimonial* de um dano infligido a uma pessoa (*lato sensu*). A responsabilidade civil, classicamente definida, representa o corolário do princípio de que o homem, sendo livre, deve impreterivelmente responder pelos seus atos (COSTA, 2013, p. 520). Nessa medida, a responsabilidade civil reflete a *culpa*, sendo esta de natureza intencional ou negligente.

A pós-modernidade humana, de mão dada com o desenvolvimento tecnológico e industrial, trouxe enormes riscos que fogem do controle do homem. Tido isso como inevitável, a doutrina jurídica logo tratou de *juridificar* esse riscos – responsabilidade objetiva ou pelo risco – que é independente da culpa do agente, por contraponto com a *responsabilidade subjetiva* – baseada na culpa do agente. O direito deu ainda um passo mais ousado – responsabilidade por fatos *lícitos* – quando o dano resulta da conduta lícita do agente provocador.

Sistemática e classicamente, a responsabilidade civil subdivide-se em duas grandes dimensões: a responsabilidade *contratual* (*negocial* ou *obrigacional*) e a responsabilidade *extracontratual* (*aquiliana* ou *delitual*).

A responsabilidade *aquiliana* (art. 483º ss CC) deriva da violação de um dever ou vínculo jurídico geral, e que, assumimos já, não cuidaremos no presente relatório.

A responsabilidade *contratual* (art. 798º ss CC) resulta da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico, e sobre esta discorreremos algo mais ao longo deste relatório

## 2 PERDA DE CHANCE: NOÇÃO DA FIGURA JURÍDICA

---

<sup>1</sup> Ainda que sejam diferentes, podem conviver com lado-a-lado, veja-se por exemplo o pedido de indemnização cível no processo penal (art 71º ss CPP). De todo o modo, conforme bem ensina Figueiredo Lopes, a responsabilidade penal visa essencialmente a defesa da ordem social estabelecida por via da prevenção geral e especial, através da intimidação e da reeducação dos delinquentes (penas e medidas de segurança) e fins ético-retributivos (expição pelo delincente da sua culpa) (COSTA, 2013, p. 520.)

---

A perda de *chance* teve origem no emblemático acórdão proferido pela *Cour de Cassation* em 17 de Julho de 1889, em que este aceitou uma indenização como consequência da *perte de chance* de ganhar uma acção judicial provocada pelo comportamento menos diligente de um *officier ministériel* que estorvou o normal decurso de um determinado processo – e, por consequência, a possibilidade do ganho de causa<sup>2</sup>. A partir desta data, a indenização pela perda de *chance*, foi sendo progressivamente aplicada em contextos cada vez mais variados, *inter alia*, como os jogos de sorte ou azar, competições desportivas, progressões na carreira profissional, oportunidade de conquistar um mercado. ( ROCHA, 2015, p. 9.). Foi também a partir de França que se lançaram as bases para a jurisprudência da perda de *chance* nos casos de responsabilidade médica<sup>3</sup>, aliás, um tema tanto mais atual quanto controverso.

A perda de *chance*, numa tacada: será a perda da possibilidade/oportunidade de obter um resultado favorável ou de evitar um resultado desfavorável (FERREIRA, 2001 p.91). Densifiquemos. A noção de perda de *chance* encontrou, em França, um campo fértil para a sua difusão:

[...] constata[ndo]-se [...] que a jurisprudência [Francesa] aceita a aplicação da noção de perda de chance de forma muito ampla [...] quer na área da responsabilidade *delitua*l, quer na da responsabilidade obrigacional, tendo como pressuposto o desaparecimento da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou de uma vantagem [...] (FERREIRA, 2012 p.32).

Fazendo novamente apelo aos exemplos de perda *chance* (acima referidos) – jogos de fortuna e azar (ROCHA, 2015 p.7), competições desportivas, progressões na carreira profissional<sup>4</sup>, não cumprimento defeituoso do mandatário forense (não interposição de recurso ou apresentação intempestiva da contestação) – para delimitar a problemática que esta figura encerra: a falta ou a incapacidade, para

---

<sup>2</sup> Com as mesmas referências históricas vide Gomes (2012, p. 21).

<sup>3</sup> A perda de chance dos casos de responsabilidade civil médica não será trazida à baila jurídica por esta tipologia fugir ao escopo deste artigo científico. De todo modo, não podemos deixar de sublinhar a incontornável obra de Teixeira (2009).

<sup>4</sup> Há um exemplo sobre um guarda que foi indevidamente suspenso e que o impediu de ascender na hierarquia (GOMES, 2005.)

estabelecer um *nexo causal* entre o fato ilícito e o resultado útil a que se pretenderia e não se produziu.

A *Teoria da Perda de Chance* é estribada numa ideia de que a frustração de um resultado poderia ser evitado. Esta é uma dúvida que fica, e assim, para distribuir o peso dessa incerteza, o lesado logra da perda de *chance*.

O desenvolvimento desta figura ostenta, ou melhor, pretende uma solução adequada e equilibrada face às soluções ditas tradicionais, em que o agente acabava por ser exonerado, fruto das dificuldades provatórias, e convenhamos que a desresponsabilização de um agente negligente causa um certo sentimento de repugnância. Por outro lado, esta *teoria* também salvaguarda a injusta imputação de um dano final a um ator que não é totalmente responsável pela desvantagem causada.

### 3 A PERDA DE *CHANCE*: PERSPECTIVA NO DIREITO COMPARADO

As raízes da perda de *chance*, conforme já adiantamos, pertencem à França, país a partir do qual se propagou para outros ordenamentos jurídicos românicos (primeiramente, Itália e Espanha) (GOMES, 2005 p. 21). O primeiro caso debruçou-se sobre a perda de *chance* num processo onde o mandatário forense havia deixado prescrever um prazo do seu cliente. Rapidamente se avançou para outras áreas, designadamente a responsabilidade civil médica (TEIXIERA, 2009); e, progressivamente, alastrou-se a miríade de situações: concursos públicos, competições desportivas, jogos de fortuna, etc (GOMES, 2005 p.21).

A Itália, berço do direito romano, acolheu, na vigência do *Codice Civil* de 1942, a perda de *chance*, fruto da proximidade geográfica e cultural com a vizinha França (TEIXIERA, 2009);. Aqui houve especial incidência para os casos de direito do trabalho (TEIXIERA, 2009); sendo que o primeiro aresto favorável à indenização pela *perdita di chance* remonta a 1983, quando a *Corte di Cassazione* (secção laboral) condenou uma determinada empresa a indenizar uns candidatos a emprego pela

---

*perda* dessa oportunidade com fundamento no impedimento que os candidatos tiveram no acesso a uma segunda fase de provas de admissão (TEIXIERA, 2009)<sup>5</sup>.

Por seu turno, os espanhóis também se socorrem da *pérdida de oportunidades*, com especial enfoque na supressão das situações de difícil prova e demonstração do *nexo causal* (ROCHA, 2015). Pela pena do STJ espanhol:

a mão amputada de um trabalhador de uma empresa fabricante de gelados, foi conduzida por um comportamento negligente do empregador, para a clínica, em gelo sintético e não em gelo natural; não foi possível verificar-se se o fracasso na reimplantação ocorreu devido a tal circunstância, porque, mesmo que o membro não tivesse chegado ao hospital como chegou, num estado de congelação tão avançado, não [era] seguro, nem sequer em condições normais, o êxito da operação de reimplantação [assim indenizou-se] apenas a perda da oportunidade de efetuar a operação de reimplantação em condições normais [...] (GOMES, 2005, p. 20).

Em Espanha, também se tem usado a *pérdida de oportunidade* nos casos de *wrongful life vs. wrongful birth* (GOMES, 2005 p. 20).

No direito anglo-saxónico, a figura *loss of a chance* também tem tido acolhimento. Na Inglaterra, corria o ano de 1911, quando surge um *case study* – *Chaplin vs. Hicks*, e pela pena do *English Court of Appeal* é concedido um ressarcimento a uma candidata a um concurso de beleza por não ter sido notificada da entrevista final (e decisiva). Os EUA, imbuídos do sistema da *common law* (e do precedente vinculativo), começam também a valorar a *loss of a chance*, mas só o tem feito a título de responsabilidade civil médica (ROCHA, 2015, p. 11).

Na América latina, concretamente Brasil, país próximo jurídica e culturalmente e que tanto nos é caro, dedicar-se-á um ponto autónomo.

### 3.1. A PERDA DE CHANCE NO BRASIL

---

<sup>5</sup> Apreciemos (alguma d)a riqueza jurisprudencial italiana: “[...] o conceito de perda e de lucro [cessante] a que se refere o art. 1223º do Codice Civile não abrange somente quantias pecuniárias, mas também qualquer utilidade económica, avaliável [ou seja, qualquer] rendimento provável [sendo que a indenização se refere] não à perda de um resultado favorável, mas antes à perda da possibilidade existente no respectivo patrimonio no momento em que [o trabalhador] sofreu o comportamento ilícito da empresa e a lesão do direito”; ou num outro aresto: “[...] um dano certo (ainda que não no seu montante), que consiste não num lucro cessante, mas antes no dano emergente da perda de uma possibilidade atual, não de um resultado final [...]”, (FERREIRA, 2001).

Como sabido o advogado é indispensável à administração da justiça e, em razão da relevância da sua função social, é-lhe assegurado a inviolabilidade pelos atos e manifestações que praticar no exercício da profissão, desde que observados os preceitos éticos, morais e legais, nos termos estatuídos no artigo 133º da Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988).

Mediante a celebração de um mandato, o advogado é investido de poder para atuar nos autos, no qual lhe é assegurado as condições e limites necessários para que possa, de modo independente, atuar e exercer as suas atividades profissionais, atentando-se a perícia técnica que a profissão requer, sob pena de arcar com os prejuízos a que der causa.

Por várias gerações os profissionais liberais, em especial os advogados, estiveram à margem da responsabilidade civil pelo exercício defeituoso da profissão, ocorre, contudo, que os tribunais pátrios têm verificado um aumento exponencial pelas demandas em busca de reparação civil.

A legislação e jurisprudência brasileira, atenta as questões relativas a responsabilidade civil ocasionada pela perda de *chance* no exercício de mandato profissional, disciplinou que a obrigação de reparação de danos apenas surge quando o advogado age com *dolo* ou *culpa*, que via de regra, ocorre pela imperícia, imprudência ou negligência no exercício profissional, ou seja, a obrigação não surge pelo resultado desfavorável obtido pelo cliente, mas sim pelo fato de o advogado deixar de utilizar os meios legais ao seu alcance para postular ou recorrer pelos direitos dos seus clientes.

Várias são as situações nas quais é possível verificar a perda da *chance*, nas quais se evidencia o dolo ou culpa do advogado, como por exemplo, a perda de *chance* pela falta de propositura de ação judicial, a não interposição tempestiva de recurso, o extravio dos autos, os pedidos e requerimentos não formulados, a omissão na produção de provas, os acordos não vantajosos aos clientes, a perda de prazos recursais, dentre muitos outros casos práticos – vezes por desídia – trazem irreparáveis prejuízos aos clientes.

Nesse mesmo sentido e ratificando o acima explanado, os doutrinadores Sérgio Novais Dias e Miguel Maria de Serpa Lopes, sabiamente conceituam a perda

---

de *chance* do advogado como sendo, respectivamente: “A perda da oportunidade que o cliente sofre, causada por falha daquele profissional, de ver examinada em juízo uma pretensão ou de ver reformada em seu favor uma decisão judicial que lhe foi desfavorável e contra a qual cabia recurso” (DIAS, 1999, p. 14) e “[o] causador de um dano por ato ilícito, com o seu ato, interrompeu um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de um lucro ou o afastamento de um prejuízo” (LOPES, 2005, p. 375).

A responsabilidade civil do advogado pela perda de *chance* ainda não encontra consenso na doutrina e jurisprudência brasileira, devido as suas peculiaridades, destaca-se, outrossim, que a teoria da responsabilidade vem sendo acolhida pela maior parte da doutrina e dos julgados, visto que a adoção da teoria da irresponsabilidade do advogado, geraria inevitáveis e desmedidos danos aos clientes, sem qualquer medida punitiva aos seus procuradores, o que não é viável e nem se pode aceitar, posto que quando contratado o advogado, este deve defender os interesses dos seus clientes com total *zelo e empenho*.

No que tange aos dispositivos legais que disciplinam a matéria, pode-se destacar o Código Civil, que por meio dos art. 186º, 927º e 944º, respectivamente, estabelecem que, “aquele que, por acção ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e “aquele que, por acto ilícito (arts. 186º e 187º), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e “a indenização mede-se pela extensão do dano.” (BRASIL, 2002)

O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906, de 04 de Julho de 1994, estabelece em seu artigo 32º, por sua vez, que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa” (BRASIL, 1994), sujeitando-se a processos disciplinares instaurados pela Ordem dos Advogados, com penas passíveis de censura, suspensão, exclusão e multa, além de incurrer na ira da responsabilidade civil preconizada pelo Código Civil.

No que concerne a jurisprudência, para melhor entendimento e a título de exemplo de julgados acerca da matéria em comento, cita-se acordãos de Tribunais

---

de Justiça do Distrito Federal e de de Minas Gearis<sup>6</sup>, destaca-se, contudo, que cada caso deve ser julgado e valorado individualmente, diante da ténue linha que separa: a desídia da tática advocatícia e *chance* real de *chance* hipotética, uma vez que quando se trabalha com a temática perda de *chance* depara-se com a *probabilidade* e não com a certeza de êxito.

Por tudo quanto ficou dito, vemos que a figura da perda de *chance*, nas suas mais variadas formas idiomáticas, jurisprudenciais e, até, dogmáticas se encontram plenamente difundidas pelo mundo fora<sup>7</sup>.

#### 4 O DANO COMO PRESSUPOSTO DE RESPONSABILIDADE

Segundo a doutrina clássica, “o dano é um elemento ulterior relativamente à lesão, que o autor deve provar; acentua-se o papel central do dano na responsabilidade civil, já que é pressuposto desta, e o ressarcimento do dano apresenta-se como seu escopo último” (GOMES, 2005, p. 9). De resto, decorre do

---

<sup>6</sup>EMENTA: CONTRATO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. OBRIGAÇÃO DE MEIO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CERCEAMENTO DE DEFESA. 1 - O julgamento antecipado da lide, quando a questão é exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não existir a necessidade de outras provas, não leva a cerceamento de defesa. 2 - No contrato de prestação de serviços advocatícios a obrigação é de meio e não de resultado. Ao aceitar a causa, o advogado obriga-se a conduzi-la com toda a diligência. Não se obriga, contudo, a resultado certo. 3 A teoria da perda de uma chance preconiza que quando houver uma probabilidade suficiente de ganho da causa, o responsável pela frustração deve indenizar o interessado. Se a ação se fundar em mero dano hipotético não cabe reparação. 4 Honorários fixados em valor elevado reclamam redução. 5 Apelação provida em parte. Processo APC 20140110473337. Órgão Julgador 6ª Turma Cível Publicado no DJE : 16/02/2016 . Pág.: 294 Julgamento: 3 de Fevereiro de 2016 Relator: JAIR SOARES, consultado em 17.03.2017, disponível em <http://www.tjdft.jus.br/consultas>.

Sobre a mesma temática *vide* também: EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. NEGLIGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. ACTO ILÍCITO NÃO DEMONSTRADO. **O advogado é obrigado a defender os interesses de seus clientes da melhor forma possível, não configurando a ausência de insurgência recursal, por si só, negligência profissional do causídico.** A teoria denominada “perda de uma chance”, em que se faz exame de probabilidade sobre a existência de eventual êxito do recurso não interposto e que retirou a possibilidade do jurisdicionado de exame da matéria pelos órgãos recursais, somente pode ser aplicada se houver elementos para que se exerça o juízo de probabilidade, com a demonstração de que a eventual tese recursal teria possibilidade de ser acolhida. **(Relator(a):** Des.(a) Moacyr Lobato / **Data de Julgamento:** 03/12/2013 / **Data da publicação da súmula:** 09/12/2013 / Apelação Civil 1.0024.11.08224-4/001). Consultado em 17.03.2017 e disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal>.

<sup>7</sup> Exceção feita à Alemanha, onde a doutrina da perda de *chance* é relativamente desconhecida, porquanto apenas figuram escassos casos a este respeito, tal como nos alerta Gomes (2005, p. 20-21)

---

papel atribuído ao dano, no nosso sistema jurídico de responsabilidade civil, que esta possui uma função primordialmente *reparatória*.

Como bem ensina Almeida Costa (2013, p. 20), o dano patrimonial subdivide-se em *dano emergente* e *lucro cessante*, sendo que o primeiro significa um prejuízo causado aos bens ou direitos já existentes na esfera jurídica do lesado, à data da lesão, e o segundo engloba os benefícios que o lesado deixará de perceber, fruto do fato ilícito, mas que ainda não tinha direito na altura da lesão.

Para que a *chance* integre o patrimônio do sujeito, é necessário que sejam suscetíveis de avaliação pecuniária, ou seja, têm de possuir um “valor de troca do direito, por este ser alienável mediante uma contraprestação” (MOTA PINTO, 2002, p. 345).

De resto, considerando a *chance* como uma realidade *autônoma* e que já fazia parte do patrimônio do lesado – a sua destruição deverá ser juridicamente encarada como um verdadeiro *dano emergente* – é suscetível de ser indenizado. A *chance* é um valor conexo com o outro direito do lesado (o que se frustrou), tutelado e protegido pelo direito, e em virtude dessa conexão, a *chance* é protegida da mesma forma.

Júlio Gomes (2005) advoga que a distinção entre estas duas variantes de danos patrimoniais muitas vezes são difíceis de distinguir, sustenta que os lucros cessantes tem um problema de prova, já que para serem atendidos tem que ser certos. De todo modo, o dano vai ser a diferença entre a cifra atual do patrimônio do lesado e a cifra desse mesmo patrimônio caso o fato danoso não tivesse acontecido.

Apesar de alguma doutrina relevante não considerar a perda de *chance* como um dano patrimonial *autônomo*, a nossa posição não vai nesse sentido, em nosso entender, e conforme o exposto, nada obsta que a perda de *chance* seja considerado um dano *autônomo*.

Em relação ao enquadramento do dano da perda de *chance* como *dano emergente*, o que dizer? Parece inevitável: a resposta passa pela articulação dos artigos – relativos ao nexos de causalidade - 562º, 563º e 564º do CC. Na esteira de Júlio Gomes, o requisito de certeza do dano não pode ser analisado de forma absoluta. Para o autor os danos emergentes são “uma realidade hipotética que não chegou a verificar-se e se situa no domínio da probabilidade” (GOMES, 2005, p. 291-

---

292), pois é o que parece resultar do art. 563º do CC – um critério mais flexível. Posto isto, a perda de *chance* consubstancia-se num *dano emergente*, pois apesar de não ser certo (?) no momento do fato, é determinável ou verosímil, suficiente para o enquadrar nesta espécie de dano patrimonial.

## 5 O NEXO DE CAUSALIDADE

Conforme ensina Almeida Costa (2013, p. 605), não há que:

[...] ressarcir todos e quaisquer danos que sobrevenham ao fato ilícito, mas tão-só os que ele tenha na realidade ocasionada, os que possam considerar-se pelo mesmo produzidos. O *nexo de causalidade* onde o fato e dano desempenham, conseqüentemente, a dupla função de pressuposto da responsabilidade e de medida da obrigação de indenizar.

O *nexo de causalidade*, nos termos dos arts. 562º e 563º do CC, é apurado com base num *duplo juízo*: primeiro - deve verificar-se se o comportamento do agente é condição *sine quo non* da produção do dano. Para o efeito o *iter* factual deve ser reconstituído e daí retirar-se o fato desvalioso que seria suscetível de causar o dano. Se se concluir que, *in casu*, o lesado não teria sofrido o dano, então o ato constitui uma condição da sua verificação; segundo - aquela ligação natural entre os fatos é insuficiente para que um deles seja causa jurídica de verificação de outra, estas tem de ser adequadas a critérios jurídicos. A este propósito, destacam-se as doutrinas que visam restringir a aplicação da teoria da condição *sine qua non*, salientando-se a doutrina da *causalidade adequada* e a doutrina do *fim tutelado pelo contrato ou pela norma legal infringida* (COSTA, 2013, p. 760).

O art. 563º CC, prevê o princípio da causalidade adequada (COSTA, 2013, p. 766-767), estabelecendo como critério indenizatório os danos que provavelmente não teriam ocorrido se não fosse a lesão. Assim, no âmbito do mandato forense – quando o advogado não cumpre com os seus deveres de mandatário – tendo em conta a aleatoriedade de uma ação judicial, como se pode afirmar que uma ação omitida seria julgada procedente? Que indenização deixou de receber por culpa do

---

advogado? Que situação existiria e deve ser reconstituída –nos termos do art. 562º CC – se a ação fosse proposta?

Este é um problema a que CARNEIRO DA FRADA alude e considera ser um exemplo da atual relevância da causalidade puramente probabilística (FRADA, 2006, p. 103). O autor adianta que uma das formas de resolver o problema é “considerar a perda de *chance* como um dano em si, como que antecipando o prejuízo relevante em relação ao dano final, para cuja ocorrência se não pode asseverar um nexo causal suficiente” (FRADA, 2006, p. 103-104).

Quanto ao critério da indenização, Rute Pedro Teixeira sustenta que, demonstrada a existência de uma *chance*, seria de alcançar o resultado final: a indenização deveria corresponder ao valor global desse resultado. Segundo a autora, havendo uma oportunidade que foi frustrada, esta é suficiente para determinar a ressarcibilidade dessa perda. Assim, a maior ou menor *probabilidade* de verificação do dano final é irrelevante na determinação do montante da indenização (TEIXEIRA, 2009, p. 227-232).

Contudo, esta não é a orientação da jurisprudência mais recente dos nossos tribunais. No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 10 de Março de 2015, o critério para determinação do montante da indenização foi diverso. Segundo esta jurisprudência a reparação da perda de *chance* deve ser medida em relação à oportunidade perdida e não pode ser igual à vantagem que se pretendia. Assim, a indenização deve corresponder ao valor da *chance* perdida. No caso, os desembargadores fizeram uma *dupla avaliação*, ou seja, primeiro avaliaram o dano final e em seguida foi fixado o grau de probabilidade da obtenção da vantagem. Posteriormente, a tais valores foi aplicada uma percentagem - que representa o grau de probabilidade - ao valor correspondente à avaliação do dano final, constituindo esse valor o montante da indenização pela perda de *chance*.

## 6 MANDATO FORENSE – BREVE NOTA

O mandato forense é o “mais relevante subtipo do mandato civil” (OLIVEIRA, 2014, p. 60). É um mandato oneroso e com representação (*vide* art. 62º do EOA),

---

deixando de fora a discussão dicotômica entre mandato com ou sem representação. (OLIVEIRA, 2014, p. 60)

Com efeito, só há mandato quando o advogado se obriga a praticar atos jurídicos por conta do cliente. Desta forma o advogado obriga-se a desenvolver todas as diligências necessárias e adequadas em nome do cliente, configurando, portanto, o contrato com que o advogado se vincula, o mandato com representação (OLIVEIRA, 2014, p. 60).

A representação forense importa um conjunto diverso de obrigações para o mandatário forense. Desde logo, o estudo jurídico da causa que lhe é confiada, permitindo-lhe informar e aconselhar o seu cliente, inclusive, perceber o grau de probabilidade de êxito da lide processual. Para o efeito o advogado deve ter os indispensáveis e atualizados conhecimentos profissionais, devendo recusar o patrocínio que envolva questões especiais e estranhas ao seu conhecimento<sup>8</sup>.

O Estatuto da Ordem dos Advogados salienta a relação de confiança recíproca entre o mandatário e o cliente, e o dever daquele em salvaguardar os interesses legítimos deste. Quanto aos documentos e valores do cliente, o art. 96º do EOA dispõem que o advogado lhe deve dar o destino devido e ser restituídos com a cessação do mandato. Este diploma também enfoca a razoabilidade e a adequação das provisões solicitadas e honorários cobrados (EOA, 1994).

Nas palavras de Mário Raposo o “advogado é um *ad vocatus in auxilium*”, alguém que auxilia outro na plenitude das suas capacidades e competências.

## **7 ENFOQUE DOGMÁTICO DO DANO DA PERDA DE *CHANCE* PELA VIOLAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO MANDATÁRIO**

Esta temática tem sido abordada em diversas perspectivas, Rui Cardona Ferreira advoga que a perda de *chance* não pode ser generalizada, esta deve ser veiculada para certos grupos de casos, “à luz das suas especialidades típicas, do respetivo enquadramento normativos e dos valores jurídicos envolvidos”. O referido

---

8 Uma análise sucinta mas muito sugestiva, vide Afonso Melo (2003, p. 26)

---

autor sustenta que o mandatário forense se encontra abrangido pela teoria da perda de chance, não só pelo “lastro histórico e os dados de direito comparado”, mas também, e sobretudo, por estarem em causa a violação de deveres específicos, suficientes para limitar o pressuposto do nexo de causalidade previsto no art. 563º do CC.

O *modus operandi* da modelação da causalidade é corroborado pelo autor da seguinte forma:

Esta adaptação ou modelação da causalidade deve, todavia, ser rodeada dos necessários cuidados: ela não pode prescindir da 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”. (FERREIRA, 2001)

A doutrina entende que o mandatário forense se compromete a uma *obrigação de meios*, isto é, obriga-se a um comportamento diligente para que o interesse final seja satisfeito.

Nuno Pinto Oliveira sustenta que o conceito de *prestação* prevista no art. 397º do CC se refere a um comportamento, “independentemente da prestação ter sido conformada pela lei ou pelo contrato, o devedor fica adstrito a um comportamento, porque não pode ficar logicamente adstrito a um resultado” (OLIVEIRA, 2011, p. 36).

Considerando a obrigação do advogado uma obrigação a um comportamento, pergunta-se qual o critério de exigência desse comportamento? A do bom pai de família ou outra mais exigente? A resposta encontramos-la na esteira do Professor Nuno Pinto Oliveira, segundo o qual “o critério da tipicidade/ilicitude convocado pelo art. 397º é o da mais alta medida de cuidado exterior” (OLIVEIRA, 2011, p. 38). Destarte, o advogado deve ter um comportamento de acordo com os mais altos padrões da ciência jurídica.

Na representação forense<sup>9</sup>, como já vimos, o advogado obriga-se perante o cliente a uma prestação de serviços, na modalidade de mandato (art. 1154 e ss do

---

9 O mandato forense é um mandato com representação nos termos do art. 62º, nº1 al. b) e c) do EOA.

---

CC), e ao incumprimento das suas obrigações é aplicável o disposto no art. 798º do CC.

Portanto, se o advogado não apresenta uma «contestação» ou mesmo uma «petição inicial» por razões injustificáveis, não poderá ser responsabilizado pelos dados patrimoniais criados ou potenciados pela omissão de um comportamento, o qual deveria ser realizado conforme critérios de elevada exigência? Claro que sim. E esse comportamento, realizado de acordo com critérios de elevado padrão de exigência, constitui critério da tipicidade/ilicitude ou mesmo da culpa para efeitos de responsabilidade contratual? Conforme corrobora, o já citado Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho, “o critério de infração do dever de cuidado e do dever de diligência séria, é simultaneamente o critério da tipicidade/ilicitude e o critério da culpa (...) sendo a sobreposição dos dois conceitos inevitável” (OLIVEIRA, 2011, p. 36).

Quanto ao ónus da prova, o credor da obrigação de meios não beneficia da presunção de culpa do devedor (OLIVEIRA, 2011, p. 40), ao contrário das obrigações de resultado – geralmente associada à obrigação de prestação de coisa. Assim, nas obrigações de meio, paradigmaticamente identificadas com as obrigações de fato, o credor terá de alegar e provar que o devedor não atuou com a “mais elevada medida de cuidado externo” (OLIVEIRA, 2011, p. 40).

Consideramos, portanto, que o advogado é (só) responsável por aquilo que se obrigou: v.g., apresentar a «petição inicial» ou a «contestação», e não pela eventual perda da causa, potenciada pela sua omissão. Não queremos com isto dizer que se deve desconsiderar a pretensão do cliente, pelo contrário, o nosso entendimento é o de que a omissão do advogado é causa da lesão de um bem ou direito que está na esfera jurídica do cliente. Assim, se este tem direito a uma indenização de 1000, o advogado negligente, que não atuou em conformidade com os seus deveres profissionais, deverá ressarcir o valor correspondente à probabilidade do vencimento da causa, acrescida de outros danos resultantes do contrato de mandato.

Pois bem, cremos que este seja um bom entendimento do art 563º do CC, que faz referência aos danos prováveis, mas não a danos eventuais ou inexatos, sob pena de contrariar o próprio escopo da norma - estabelecer limites à indenização (GOMES,

---

2012, p. 24). Ao considerar os danos eventuais estar-se-ia a alargar indefinidamente a indenização de um dano. Neste sentido, os danos prováveis são aqueles que tem por base direitos já existentes na esfera jurídica do lesado e não aqueles que eventualmente venham a existir. Concretizando, o cliente tem direito a uma indenização de 1000 no momento em que recorre ao advogado, no entanto, não é o que teria no momento da decisão final. Poderia ter mais ou menos, mas este não é o dano da perda da *chance*, pois não foi a isso – a um resultado - que o advogado se obrigou. O mandatário comprometeu-se a tomar todas as diligências para alcançar um resultado, e é nisso que se consubstancia a perda da *chance* do cliente face ao mandatário, nessas diligências. Assim, a proporção do comportamento do advogado no dano final é o dano pela perda de *chance*. Este é o dano que resulta do incumprimento das obrigações do mandatário, e não o eventual ganho ou perda de causa.

Nesta senda, não podemos concordar com Rui Cardona Ferreira (ver supra), ao considerar o dano final, o único a ser indemnizado. A ser assim estar-se-ia a pressupor que o advogado se obriga ao resultado e o seu comportamento representaria um ilícito de resultado.

## 8 PERDA DE *CHANCE* NO MANDATO FORENSE: ENFOQUE JURISPRUDENCIAL

O tema da perda de *chance*, especialmente o tema da perda de *chance* do mandatário forense, tem sido actualmente<sup>10</sup> abordado com alguma frequência pelos nossos tribunais. E pela pena dos nossos juízes têm saído algumas decisões com sentidos opostos: ora aceitando a figura de perda de *chance* – com o respectivo ressarcimento dos prejuízos causados ao lesado –, ora rejeitando (e criticando) a figura de perda de *chance*. Vejamos, com efeito, algumas decisões contraditórias no que à *teoria das oportunidades perdidas* do advogado diz respeito.

---

10 Note-se porém que esta vaga doutrinal e jurisprudencial chegou tarde ao nosso país. Doutra sorte, os franceses começaram a lidar com estas questões no séc. XIX. Vide a este respeito o ponto 2. do presente relatório.

---

Em acórdão proferido pelo STJ de 29.04.2010<sup>11</sup>, onde foi sentenciada a *irresponsabilidade* de um advogado que havia interposto um recurso sem alegações – logo considerado deserto – tornando impossível a colocação em crise da decisão que fez perder o sinal relativo a um contrato-promessa – acabando a mesma por transitar em julgado<sup>12</sup>. O tribunal acaba por não considerar o dano da perda de *chance* como dano *autónomo*, ainda que admita a existência de um dano final (dano da perda do sinal). O STJ entendeu que “[...] não ficou demonstrada a causalidade entre a conduta do recorrente [lesados] e um dano material concreto e determinado”<sup>13</sup>.

Doutra sorte, e na esteira da posição por nós assumida – direito à indemnização por perda de *chance* –, o STJ, em acórdão proferido em 28.09.2010<sup>14</sup>, que versava sobre uma contestação do mandatário interposta intempestivamente, levando ao seu desentranhamento dos autos e, por conseguinte, a confissão dos fatos pelo mandante relativamente a um processo laboral. Andou bem o tribunal quando, apesar de não ter apurado o grau de probabilidade de êxito da contestação do mandante, reconheceu o direito deste à indemnização por perda de chance<sup>15</sup>. Com efeito, verifica-se aqui a perda de *chance* como um *dano autónomo* e com condições para a sua ressarcibilidade.

---

11 Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo nº 26622/07.0TBPNF.P1.S1 [consultado em 12.03.2017].

12 O STJ conclui que “[...] a mera perda de chance irreleva para efeitos indemnizatórios por, só por si, não se enquadrar no princípio da causalidade adequada, e a indemnização não ter, como regra, função punitiva”[italico nosso]. O STJ vai mais além: “[s]e um recurso não for alegado, e em consequência ficou deserto, não pode afirmar-se ter havido dano de perda de oportunidade, pois não é demonstrada a causalidade, já que o resultado é sempre aleatório, por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores chamados a reapreciar a causa”, e terminam com “[...] a «perda de chance» não releva na vertente jurídica, por contrariar o princípio da certeza dos danos e da causalidade adequada”. Conforme fomos dizendo, não concordamos com esta tese defendida pelo STJ

13 Defendemos que deve ser precisamente nestas situações – de impossibilidade de comprovar o nexo causal conduta ilícita vs. respectivo dano – em que a figura da perda de chance deve surgir. In casu, pensamos que deva ser demonstrada somente uma probabilidade mínima de procedência do recurso.

14 Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo nº 171/02 [consultado em 12.05.2015].

15 Na douta sentença poderá ler-se: “[n]a «perda de chance» ou oportunidade, ocorre uma situação omissiva que fez perder a alguém a sorte ou a «chance» de evitar um prejuízo [a omissão do mandatário que fez precluir o direito do mandatário na acção][...] não pode conceber-se que a referida impossibilidade de determinar o nexo causal, em termos de causalidade adequada, conduza à irresponsabilização d[o] profissional que violou ilicitamente e com culpa, os seus deveres para com o cliente”, [na medida em que] a obrigação do [mandatário] é uma obrigação de meios, o dano emergente do cumprimento defeituoso do mandato corresponderá à prestação devida que o advogado não efectuou, com o que fez perder à [mandante] a sorte ou a chance de evitar um prejuízo [...]”.

---

Numa pirueta, mas seguindo a sombra de outra jurisprudência anterior, o STJ, em acórdão emanado em 26.10.2010<sup>16</sup>, revelou o carácter excepcional da indemnização por perda de *chance*, recusando a sua indemnização, *in casu*, numa situação de responsabilidade civil do mandatário forense.

Noutro *zig zag* jurisprudencial, pela mão do mesmo STJ, em aresto datado de 10.3.2011<sup>17</sup>: “a *chance*, quando credível, é portadora de u valor de *per se*, sendo a respectiva perda passível de indemnização, nomeadamente quanto à frustração das expectativas que fundamente nele se filiaram”. Com a mesma entoação, o acórdão de 18.12.2012<sup>18</sup> dispara que “a doutrina da perda de *chance* não tem apoio expresso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória”. Mas o pingue-pongue continua, senão vejamos.

*In perpetuum* ficará também o acórdão proferido em 05.02.2013<sup>19</sup> pelo STJ: [...] o dano que se indemniza não é o dano final, mas o dano «avançado», constituído pela perda de *chance*, que é, ainda, um dano certo, embora distinto daquele, pois que a *chance* foi, irremediavelmente, afastada por causa do acto lesante [...]. E, também, no acórdão datado de 14.03.2013<sup>20</sup>, o STJ autonomiza a perda de *chance* como um dano indemnizável, porquanto “[...] é difícil sustentar a existência do nexo de causalidade adequada entre a omissão de apresentar [a] prova e o dano final da perda da acção e da reconvenção, mas parece possível encontrar esse nexo quanto ao dano da perda de oportunidade de vencer, tendo em conta as regras sobre a oportunidade e a preclusão de requerer prova e sobre o ónus da prova [...]”.

Cada caso é um caso, talvez por isso o STJ revele – quanto a nós erradamente – uma arritmia patológica, veja-se outra cambalhota no acórdão de 30.05.2013<sup>21</sup>: “[...] não relevava a teoria em apreço, a da perda de *chance*, por esta, desde logo, não estar, *in casu*, suficientemente densificada, contrariando em absoluto, a ser agora seguida, as regras da causalidade adequada atrás enunciadas e a devida certeza dos

---

16 Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo nº 1410/04 [consultado em 12.05.2015].

17 Sempre disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo nº9195/03.OTVLSB.L1.S1 [consultado em 12.05.2015].

18 Processo nº 5817/98.8TVLSB.LS1.

19 Processo nº 488/094TBESP.P1.S1.

20 Processo nº78/09.1TVLSB.L1.S1.

21 Processo nº 2531/05.7TBRG.G1.S1, no sítio do costume.

---

danos. Caindo-se, se acolhida fosse, nas presentes circunstâncias, no puro arbítrio do tribunal, desconhecendo-se de todo em todo se a aparente censurável conduta do réu, descurando, em abstracto os interesses do ora autor, foi condição adequada ou até bem provável do dano arrogado”.

Por fim, e porque os últimos são sempre os primeiros, vejamos o acórdão do TRL mais actual de 10.03.2015: “[o] dano da «perda de chance» que se indemniza não é o dano final, mas o dano “avançado”, constituído pela perda de *chance*, que deve ser medida em relação à *chance* perdida [porque nos casos particulares] da responsabilidade dos profissionais forenses, a avaliação da probabilidade de sucesso no litigio em questão – e relativamente ao qual a oportunidade de vitória ficou irremediavelmente perdida por a[c]to [*facere*] ou omissão [*non facere*] negligente do advogado – passa pela realização daquilo que se tem chamado de “juízo dentro do juízo” (*trial within the trial*): o juiz está, nestes casos, obrigado a realizar uma representação ideal do que sucedido no processo caso não tivesse ocorrido o fato negligente [a não propositura da competente acção judicial – perda de *chance*] do advogado, avaliando [através de um juízo de prognose]o grau de probabilidade de vitória nesse processo”. Assim, “[...] este “juízo dentro do juízo” é de fato essencial quer na determinação da existência de uma chance séria de vitória no processo, quer posteriormente na fixação do *quantum* indemnizatório”.

Numa frase, com facilidade se percebe a oscilação jurisprudencial no que à perda de *chance* diz respeito. Não obstante os progressos da nossa jurisprudência e até duma certa queda jurisprudencial para a sua ressarcibilidade, há ainda um longo caminho a percorrer pelos nossos tribunais, para que estas situações, que se encontram numa zona cinzenta e nublosa e insegura, encontrem um corredor de segurança e protecção jurídica *in totum*.

## CONCLUSÃO

A conclusão inicia por responder à questão deixada em aberto no “resumo”, ou seja: ficará o dano com quem o sofreu (o mandatário) – *casum sentit dominus*?

---

Convictamente não, o mandatário deve deslocar o seu dano para quem o provocou – o mandante, em sede de responsabilidade civil.

Nessa medida, o surgimento da figura da perda de *chance* vem a alterar o curso dos acontecimentos: assunção das *oportunidades / chances perdidas* como um dano autônomo e ressarcível totalmente diferente do dano final. Com esta solução – justa e equilibrada, diga-se – se acabam com as dificuldades probatórias e com a situação de injustiça que estes casos costumam encerrar. A fórmula encontrada para quantificar esse dano, assente num raciocínio designado por “juízo sobre o juízo”, não parece de todo desadequado com o princípio da diferença e da proporcionalidade.

Apesar de já o ter adiantado, reitera-se, de forma inequívoca: a tutela da perda de *chance* possui enquadramento dogmático no atual sistema de responsabilidade civil, considerando-a como um dano emergente, dotada de autonomia jurídica. Assim, rejeita-se a ideia de que a ressarcimento deste dano não prossegue um escopo meramente preventivo, sancionatório ou mesmo moralista. Pelo contrário, encontra-se neste instrumento uma via de realização de um direito *justo e adequado* no âmbito da responsabilidade civil. Não parece fazer sentido, dentro dos cânones axiológicos do Direito, ser o lesado a suportar o dano – *casum sentit dominus* –, quando este, com base numa relação de confiança, deixou nas mãos de um ator judicial a tutela dos seus direitos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal da República de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19.abr.2017.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 19.abr.2017.

CORDEIRO, Menezes, **Tratado de Direito Civil**, Vol. II – Parte Geral – Negócio jurídico, 4<sup>a</sup> ed., Almedina.

COSTA, Almeida, **Direito das Obrigações**, 12<sup>a</sup> ed., Almedina, 2013.

DIAS, Sérgio Novais, **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**, Editora São Paulo, LTR, 1999.

FERREIRA, Rui Cardona, **Indenização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance** (Em Especial, Contratação Pública), Coimbra Editora, 2001;

\_\_\_\_\_. *A perda de chance* – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática, in **O Direito**, Ano 144º, I, 2012.

FRADA, Carneiro, **Direito Civil – Responsabilidade Civil: O Método do Caso**, Almedina, 2006.

GOMES, Júlio, **Sobre o dano da Perda de Chance**, in *Direito e Justiça*, vol. XIX, 2005, tomo II;

\_\_\_\_\_. Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance, in **Cadernos de Direito Privado**, II Seminário dos *Cadernos de Direito Privado*, Dezembro de 2012.

LOPES, Miguel Maria de Serpa, **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, Vol. 5.

MELO, Afonso **Responsabilidade Civil do Mandatário Forense**. In **Boletim da Ordem dos Advogados**, nº 26, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed., Coimbra Editora, 2002.

OLIVEIRA, Nuno Pinto, **Princípios de Direito dos Contratos**. Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA, Fernando Batista de. **Contratos Privados** (das noções à prática judicial). v. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

ROCHA, Nuno Santos, **A perda de «chance» como uma nova espécie de dano**, Almedina, 2015.

TEIXEIRA, Pedro Rute. **A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado**, Coimbra Editora, 2009