



A PERDA DE CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO

Patrícia Isabel Neves dos Santos

*Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação
da Mestre Irene de Seíça Girão*

Coimbra

- 2015 -

AGRADECIMENTOS

A todos os Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por todo o Saber que me transmitiram e por serem exemplo vivo da fidelidade aos valores do Direito e da Justiça. Em especial, à minha orientadora, a Mestre Irene de Seíça Girão, pela disponibilidade que me demonstrou desde o primeiro momento e ao longo de todo o processo de elaboração desta dissertação. Aos funcionários da Sala de Leitura e da Sala do Catálogo, pelo auxílio prestado na tarefa de investigação e pelo carinho com que sempre me acolheram.

Aos meus pais, por tudo o que fazem por mim, por acreditarem que o sacrifício que fizeram trará os seus frutos, pelo orgulho que sei sentirem. Aos meus avós, pelo que me ensinaram, pelo bem que me querem, pelo exemplo que farei sempre presente. À minha irmã, a metade de mim, pelo Amor que só nós entendemos. Ao Miguel, por ser bem mais do que o que cabe na palavra *cunhado*.

Às *M's*, desde sempre e para sempre. Aos meus amigos, os meus *14*, por terem vivido comigo a Coimbra que não se esquece, a Coimbra que nos é *ad aeternum*. À Lamego, pela companhia constante. À Marta, pela bondade de todos os dias. À Maria, pelos nossos comuns. À Marta Almeida, por ser a prova de que um amigo nunca chega *tarde*. À Carolina, o meu refúgio de todas as horas.

A Coimbra, pelas suas lições, pela saudade que me desperta e me fará sempre querer regressar-lhe.

A todos, a minha gratidão.

ABREVIATURAS

| | |
|--------------|--|
| Ac. | Acórdão |
| Al. | Alínea |
| Art. | Artigo |
| CCiv. | Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966 |
| Cfr. | Conferir |
| CPCiv | Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de Junho |
| EOA | Estatuto da Ordem dos Advogados |
| nº. | Número |
| p. | Página |
| pp. | Páginas |
| ss. | Seguintes |
| STJ | Supremo Tribunal de Justiça |

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| I – Considerações Introdutórias | 6 |
| 1. A responsabilidade civil..... | 7 |
| 1.1 As modalidades de responsabilidade civil..... | 8 |
| 1.2 Os pressupostos da responsabilidade civil | 12 |
| II – A Responsabilidade Civil do Advogado | 17 |
| 1. O mandato..... | 17 |
| 1.1 As características fundamentais do contrato de mandato..... | 20 |
| 1.2 As obrigações das partes | 21 |
| 1.3 O mandato com representação..... | 25 |
| 1.4 O mandato sem representação | 26 |
| 2. O mandato judicial..... | 27 |
| 2.1 A relação entre o mandatário judicial e o seu cliente: os deveres do mandatário judicial | 28 |
| 2.2 As principais diferenças entre o mandato civil e o mandato judicial | 32 |
| 2.3 A natureza da responsabilidade civil do advogado | 33 |
| III – A Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Advogado | 36 |
| 1. A doutrina da perda de chance – considerações introdutórias..... | 36 |
| 2. A perda de chance e os pressupostos do dano e do nexo de causalidade | 39 |
| 3. A perda de chance na doutrina portuguesa | 43 |
| 4. A perda de chance na jurisprudência portuguesa..... | 45 |
| 5. O caso particular da responsabilidade civil do advogado pela perda de chance | 49 |
| IV – Considerações Finais | 53 |
| Bibliografia | 55 |
| Índice de Jurisprudência | 59 |

I – Considerações Introdutórias

Já dizia Carneiro da Frada que cabe “à ordem jurídica estabilizar expectativas e tutelar condicionantes, envolvimentos e relações da existência humana, protegendo-a de contingências por vezes muito perturbadoras.”¹ É justamente no processo de cumprimento desta tarefa que assume grande importância o instituto da responsabilidade civil, ao definir os termos em que se deve chamar alguém a suportar os danos provocados, pela sua conduta, na esfera jurídica de outra pessoa. A responsabilidade civil surge, assim, como a “figura que, depois dos contratos, maior importância prática e teórica assume na criação de vínculos obrigacionais, seja pela extraordinária frequência com que nos tribunais (sobretudo em países de educação cívica mais apurada ou de prática judiciária mais avançada) são postas acções de responsabilidade, seja pela dificuldade especial de muitos dos problemas que o instituto tem suscitado na doutrina e na jurisprudência.”² Apesar de reconhecermos, a par de Ana Prata, que “não pode pedir-se ao regime da responsabilidade civil solução para todos os problemas de prejuízos sofridos por alguém em razão de comportamentos alheios”³, não podemos desconsiderar o facto de a responsabilidade civil ser um conceito em constante mutação e desenvolvimento, cuja tendência aponta no sentido de estender o seu regime a um número de casos e problemáticas cada vez maior e mais diversificado.

Ora, é precisamente neste contexto que podemos inserir o objecto desta dissertação. Com efeito, o tema da responsabilidade civil do advogado pela perda de chance, para além de constituir prova da constante evolução do instituto da responsabilidade civil, assume-se também como um dos problemas que actualmente se colocam no âmbito do mesmo. É, portanto, sobre esta problemática que nos iremos debruçar. Para tanto, começaremos por recordar conceitos básicos relativos à responsabilidade civil, como sendo os atinentes às suas modalidades e pressupostos. Posteriormente, deter-nos-emos sobre a relação que se estabelece entre o advogado e o cliente, para assim conseguirmos enquadrar os danos que o primeiro possa vir a causar ao seu cliente numa das modalidades de responsabilidade civil.

¹ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil - Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 60.

² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10ª Edição: Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2013, p. 519.

³ ANA PRATA, “*Responsabilidade Civil*”, in «*Themis - Revista de Direito*», Edição Especial, 2008, p. 307.

Destinaremos, ainda, um ponto do nosso trabalho ao estudo do conceito da perda de chance, lançando, nesse sentido, os olhos sobre a forma como a nossa doutrina e a nossa jurisprudência entendem e aplicam o referido conceito. Por último, e já em sede de conclusões, procuraremos verificar em que medida e com que fundamento poderemos aplicar a doutrina da perda de chance aos casos de responsabilidade civil do advogado.

1. A responsabilidade civil

Como já referimos, o instituto da responsabilidade civil figura, há largos anos, como um dos mais importantes temas do mundo jurídico, fruto da sua manifesta relevância prática e teórica. Como tal, e uma vez que o nosso trabalho versa justamente sobre a responsabilidade civil do advogado, impõe-se o estudo da responsabilidade civil, ainda que, alertamos desde já, não tenhamos pretensões de fazê-lo de forma particularmente exaustiva ou profunda.

Afirma Almeida Costa que a responsabilidade civil “ocorre quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra”⁴, levando-nos a concluir que estamos perante uma relação jurídica que deriva diretamente da lei e não da vontade manifestada pelas partes. Com efeito, subjacente à ideia de responsabilidade civil está a da reparação de um prejuízo patrimonial ou de um dano privado, uma vez que “o dever jurídico infringido foi estabelecido diretamente no interesse da pessoa lesada.”⁵

Um dos pontos importantes a abordar no estudo da responsabilidade civil é o referente aos fins a que se propõe. Dentro dessa lógica, interessa que nos questionemos sobre a finalidade última da responsabilidade civil e sobre os alicerces em que assenta a

⁴ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10ª Edição: Reelaborada; Almedina, Coimbra, 2006, p. 517.

⁵ Esta primeira observação realça a importância de distinguir a responsabilidade civil de algumas figuras que, *a priori*, poderíamos assumir como suas afins. Referimo-nos nomeadamente aos institutos da responsabilidade penal e do enriquecimento sem causa. Com efeito, centrando-se a responsabilidade civil na reparação de um dano privado, isto é, um prejuízo sofrido por uma pessoa individualmente considerada, facilmente se percebe a sua distanciação da responsabilidade penal, na medida em que esta diz sempre respeito a factos que não atingem o indivíduo enquanto ser considerado de forma singular, mas sim, e subscrevendo Almeida Costa, a acções que ofendem “um dever jurídico estabelecido imediatamente no interesse da colectividade.” Por sua vez, a figura do enriquecimento sem causa caracteriza-se pela verificação de um acréscimo patrimonial na esfera de uma pessoa, acréscimo esse que, por ser ilegítimo, tem de ser restituído. Esta é, de resto, a conclusão que se retira do texto do art. 473º do CCiv quando este refere que *aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou*. Assim, apesar de ambas as figuras envolverem o pagamento de uma indemnização, há, entre elas, uma diferença notória: “o primeiro dirige-se apenas a eliminar o dano ou prejuízo do lesado, enquanto o segundo intenta suprimir um locupletamento injusto de alguém à custa alheia [...]” ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 521-523.

sua existência. Ora, afirmámos anteriormente que a responsabilidade civil visa a reparação de um dano ou prejuízo sofrido por determinado sujeito. É justamente neste contexto que sobressai aquela que é tida por muitos autores como a função primordial da responsabilidade civil, ou seja, a função ressarcitória, a qual se pode cumprir “ora mediante a restauração natural, ora através de um equivalente indemnizatório, ora, nos danos não patrimoniais, por via (*stricto sensu*) compensatória.” Porém, apesar de se atribuir à função ressarcitória o papel fulcral em matéria de responsabilidade civil, esta não é a única contemplada pelo instituto. Assim é, dado que assume idêntico relevo a função preventiva, aquela que, segundo Carneiro da Frada “aflores em algumas soluções legais e que se predica essencialmente da responsabilidade civil por infracção de regras de agir.”⁶ Apesar da nuvem de controvérsia que paira sobre o tema, surgem autores a referir, a par destas duas funções, uma terceira - a função punitiva – que funcionaria como uma sanção imposta ao lesante e teria como objectivo afastar a comunidade da prática de novos factos ilícitos causadores de danos.⁷

Não obstante se admitir a existência das funções referidas, não podemos ser alheios ao facto de a visão tradicional ser a que aponta para a “secundarização da função preventiva em relação à ressarcitória”⁸. Assim acontece dado que, mesmo que se tenham em conta imperativos de prevenção, a função ressarcitória servirá sempre para balizar a responsabilidade civil, até porque nunca se poderá admitir que o mero risco ou o mero perigo para um bem jurídico seja suficiente para dar lugar à obrigação de indemnizar.

Terminada esta abordagem inicial, importa agora versar sobre as diversas modalidades de responsabilidade civil.

1.1 As modalidades de responsabilidade civil

Ensina o reconhecido professor Síde Monteiro que a “designação genérica de responsabilidade civil abrange tanto os vínculos obrigacionais (obrigação de indemnização) emergentes da violação de um dever jurídico especial que tem a sua origem num contrato – dever que incumbe a pessoas determinadas, só por elas podendo ser violado –, como os resultantes da violação de deveres gerais de conduta que a ordem

⁶ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil - Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, p. 64.

⁷ Sobre a função punitiva da responsabilidade civil consultar PESSOA JORGE, “*Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*”, in «*Caderno de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos*, Lisboa, 1968, pp. 47 e ss.

⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil - Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, p. 65.

jurídica impõe aos indivíduos para a proteção de todas as pessoas.”⁹ Resulta do exposto que a grande cisão que se pode fazer no âmbito da responsabilidade civil continua a ser a que nos remete para o binómio *responsabilidade civil contratual ou obrigacional e responsabilidade civil extracontratual*, também designada por *delitual* ou *aquiliana*. Note-se, porém, que este entendimento não colheu unanimidade na doutrina e a prova está nos autores que defendem a chamada *teoria da unidade*, reconhecida por entender não haver motivos para distinguir a responsabilidade civil contratual da extracontratual. Contudo, concordamos com Moitinho de Almeida quando este afirma que a *teoria da unidade* “tem o defeito de desconhecer que a responsabilidade contratual e a extracontratual estão sujeitas [...] a regimes diversos”¹⁰, o que, de resto, se comprova pela análise do regime que o nosso Código Civil destina àquele instituto. Note-se, por outro lado, que, fruto da evolução socio-económica, foram surgindo, no âmbito destas duas grandes modalidades, tipos diversificados de responsabilidade civil. Falamos nomeadamente da responsabilidade pelo risco que se assume como uma outra modalidade de responsabilidade civil cujo critério assenta não já na culpa, mas sim no risco. Com efeito, a responsabilidade objectiva nasceu na sequência da revolução industrial e tecnológica, a qual, embora tenha atenuado “o carácter penoso de muitas actividades, aumentou o número e a gravidade dos *riscos de acidente* a que os operários estão sujeitos”¹¹, como frisa Antunes Varela. Como fundamento desta modalidade de responsabilidade civil está a ideia de que quem retira vantagens de um risco que cria ou explora deve suportar as consequências indesejáveis que possam eventualmente surgir da actividade que cria o referido risco.

Levados a concluir que fomos pelo exposto até ao momento que a responsabilidade civil é um campo em constante progresso e que está constantemente a ser desafiado pela própria sociedade, devemos avançar para as próximas tarefas que se nos apresentam: procurar saber, em concreto, em que consiste a responsabilidade civil contratual e extracontratual; e procurar identificar devidamente as maiores diferenças que lhes podemos apontar em termos de regime. Avancemos, pois.

⁹ SINDE MONTEIRO, “*Responsabilidade Civil*”, in «*Separata da Revista de Direito e Economia*», nº. 2 (Julho/Dezembro), Universidade de Coimbra, Coimbra, 1978, p. 315.

¹⁰ MOITINHO DE ALMEIDA, *Responsabilidade Civil dos Advogados*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 10.

¹¹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, p. 631.

Por responsabilidade contratual entendemos aquela que resulta da violação de um “direito de crédito ou obrigação em sentido técnico”¹², portanto, a responsabilidade que se funda na “*falta de cumprimento das obrigações* emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei.”¹³ Por seu turno, a responsabilidade civil extracontratual deriva “da violação de deveres ou vínculos jurídicos gerais, isto é, de deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos, ou até da prática de certos actos que, embora lícitos, produzem dano a outrem.”¹⁴

O facto de estarmos perante modalidades distintas, cada qual com o seu próprio regime, é a razão pela qual o Código Civil as regula em secções distintas: enquanto a responsabilidade contratual está regulada no capítulo relativo ao cumprimento e não cumprimento das obrigações, mais especificamente nos arts. 798º e seguintes, a disciplina da responsabilidade extracontratual está prevista nos arts. 483º e seguintes. Comuns às duas modalidades são, porém, os artigos que o Código Civil destina ao regime próprio da obrigação de indemnizar que, lembremos, se encontra nos arts. 562º e seguintes.

Do confronto entre os regimes que acabámos de referir resulta a conclusão de que a disciplina da responsabilidade civil contratual é mais favorável ao lesado. Tal decorre de vários factores, dos quais destacamos, por um lado, o facto de a culpa se presumir na responsabilidade contratual, enquanto na extracontratual é ao lesado que cabe provar a culpa do lesante¹⁵. Por outro lado, os prazos de prescrição também são reduzidos para a responsabilidade extracontratual (três anos), por comparação com a contratual, cujo prazo ronda os vinte anos.

Não obstante serem nítidas as diferenças conceptuais e de regime entre as duas modalidades de responsabilidade civil, “a verdade é que elas não constituem, sobretudo na prática da vida, *compartimentos estanques*.”¹⁶ Tal torna-se ainda mais evidente se pensarmos que, nas mais variadas situações, há um cruzamento entre as duas modalidades, podendo inclusive um mesmo sujeito incorrer, pela prática do mesmo facto,

¹² ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 539.

¹³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, p. 519.

Refira-se a este propósito a nota que o autor faz relativamente à expressão *responsabilidade contratual*. Para Antunes Varela a expressão, apesar de não ser a mais precisa por admitir que a obrigação de reparação do dano não tem necessariamente de derivar da violação de um contrato, deve, ainda assim, ser a utilizada, em virtude de ser a mais usada quer pela doutrina quer pela jurisprudência.

¹⁴ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 540.

¹⁵ Cfr. art. 487º, n.º. 11 do CCiv.

¹⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, p. 522.

simultaneamente, em responsabilidade civil contratual e extracontratual¹⁷. Neste contexto surge o problema de saber que modalidade de responsabilidade civil deve o lesado invocar quando, na mesma situação, se verifica, por um lado a violação de um dever emergente de um contrato e, por outro, a violação de um dever geral de abstenção erigido em proteção a um direito absoluto. Quanto a este ponto, refere Antunes Varela a existência de duas teses opostas: a *tese do cúmulo da responsabilidade*; e a *tese da não-acumulação*. A primeira tese reconhece ao lesado três possibilidades: a primeira será a de optar pelo regime que melhor prosseguir o efeito que aquele pretende alcançar; a segunda permitir-lhe-á, numa única acção, recorrer às regras de ambas as modalidades; a terceira traduzir-se-á na possibilidade de admitir a interposição de acções autónomas tanto de responsabilidade contratual, como extracontratual. Já por sua vez, a segunda tese exclui a possibilidade de recorrer às duas modalidades de responsabilidade. Com efeito, os defensores da *tese da não-acumulação* baseiam o seu pensamento na ideia de que a responsabilidade contratual absorve toda a responsabilidade civil, inclusive o campo que estaria reservado à responsabilidade civil extracontratual, não havendo, conseqüentemente, lugar ao cúmulo de responsabilidades, uma vez que as duas já estariam como que fundidas entre si.

O Código Civil não tomou posição quanto a esta problemática, contudo a doutrina foi manifestando a sua tendência. Assim, segundo Antunes Varela, havendo lugar a indemnização, ou, por outras palavras, “desde que o pedido [do lesado] seja realmente coberto pela disposição legal que ele invoca, há que reconhecer-lhe a plena libertação legal que ele invoca, há que reconhecer-lhe plena liberdade de agir, correndo o correspondente risco da opção que faça.”¹⁸ Já Almeida Costa, parece assumir uma posição diferente. Para o autor, na falta de uma disposição legal que resolve expressamente os casos de concurso entre ambos os regimes de responsabilidade, a “integração de tais hipóteses num ou noutro esquema – e que equivale à correspondente qualificação como ilícito contratual ou extracontratual – depende, portanto, da perspectiva geral que preside à regulamentação do direito das obrigações.” Na verdade, no seu entender, a opção por um ou outro regime terá de assentar no princípio da autonomia privada, princípio esse que atribui às partes o poder de fixar a disciplina que entenderem mais conveniente para reger as suas relações. Assim, e

¹⁷ Recorde-se, para o efeito, os exemplos avançados por Almeida Costa e que nos remetem para os casos em que “o farmacêutico, em vez do remédio solicitado, entrega ao cliente um produto nocivo à saúde; [ou] o depositário danifica a coisa depositada.” ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 547.

¹⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, p. 637.

como existe um vínculo contratual entre as partes deve dar-se primazia ao regime da responsabilidade contratual, visto, nas palavras de Almeida Costa, “de um prisma dogmático, o regime da responsabilidade contratual «consume» o da extracontratual.”

Quanto a este ponto, tendemos a seguir a posição de Antunes Varela, na medida em que nos parece que a decisão quanto à opção por um ou outro regime de responsabilidade deve caber ao lesado. Somos, assim, defensores da tese do cúmulo de responsabilidades, mas apenas na perspectiva em que esta permite ao lesado optar por um ou outro regime. De facto, parece-nos de afastar a possibilidade de uma dupla indemnização a que chegaríamos se admitíssemos a *tese do cúmulo* na vertente que permite a interposição de acções autónomas de responsabilidade, uma vez que, e em subscrição das palavras de Almeida Costa, “havendo um só dano, resultante de um único facto, nada justifica a *duplicação de acções* ou *concorrência de pretensões*.”¹⁹ De um outro prisma, parece-nos igualmente inaceitável – porque excessivamente injusto para o lesante – o sistema que permite ao lesado socorrer-se, em simultâneo e numa única acção, das disposições que considere mais vantajosas, sejam elas referentes à responsabilidade contratual ou extracontratual.

Em suma, não esquecendo que, em concreto, está em jogo a prática de um único acto ilícito parece-nos que deve caber ao lesado – até porque foi ele a suportar os danos decorrentes do facto ilícito – a escolha do regime porque deve optar, sem prejuízo de ser também ele a suportar o risco decorrente da opção que tomou.

1.2 Os pressupostos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil encerra em si uma série de pressupostos que, embora individualizáveis se apresentam ligados entre si e desempenham, cada um deles “um papel especial na complexa disciplina das situações geradoras do dever de reparação do dano.” Quanto a este ponto, seguiremos de perto os ensinamentos de Antunes Varela para quem são cinco os pressupostos da responsabilidade civil: a) facto voluntário do lesante; b) a ilicitude; c) o nexo de imputação do facto ao lesante (culpa); d) o dano; e) o nexo de causalidade entre o facto e o dano. Faremos, contudo, incidir o nosso estudo apenas sobre dois destes pressupostos – o do dano e o do nexo de causalidade, por serem os que maior importância têm para o núcleo duro da nossa dissertação. Vejamos, pois.

¹⁹ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 549-552.

1.2.1 O dano

O dano surge como uma condição essencial à obrigação de indemnizar decorrente da responsabilidade civil, na medida em que, tal como refere Almeida Costa, é apenas em função deste que “o instituto realiza a sua finalidade essencialmente reparadora ou reintegrativa.” Na nossa doutrina, são várias as noções de dano. Todavia, destacaremos as de Antunes Varela e de Almeida Costa. Para o primeiro, dano é “a lesão causada no interesse juridicamente tutelado.”²⁰ Já Almeida Costa define o mesmo como “toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica.”²¹

O conceito de dano pode ser dividido em diversas categorias. Numa primeira acepção, podemos distinguir o dano real do dano patrimonial. O primeiro corresponde à perda *in natura* sofrida pelo lesado em consequência do facto praticado pelo lesante. O dano patrimonial será, por assim dizer, o reflexo do dano real sobre o património do lesado²² e a sua medida resultará da diferença entre a situação actual do lesado e a que existiria se não se tivesse verificado o facto ilícito. Ainda no que concerne ao dano patrimonial podemos distinguir o dano emergente do lucro cessante: o primeiro remete-nos para o prejuízo causado nos bens ou direitos já existentes no património do lesado aquando da verificação do acto lesivo; o segundo corresponde aos benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão.

Frise-se porém que podemos falar em danos patrimoniais com outro intuito, nomeadamente quando os contrapomos aos danos morais (ou não patrimoniais). Neste contexto, “os primeiros, porque incidem sobre interesses de natureza material ou económica, refletem-se no património do lesado, ao contrário dos últimos, que se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral.”²³ Esta distinção conceptual deixa a nu uma outra: enquanto os danos patrimoniais, porque susceptíveis de avaliação pecuniária, são reparados ou indemnizados, os danos morais apenas poderão ser compensados “com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo esta mais uma *satisfação* do que uma indemnização.”²⁴

²⁰ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, pp. 525-598.

²¹ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 591.

²² Tal como nos explica Antunes Varela, “uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (*dano real*), outra, as *despesas* com os médicos, com o internamento, o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a falta da vítima causou aos seus parentes (*dano patrimonial*).” ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, p. 598.

²³ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 592.

²⁴ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, p. 601.

Outra das distinções que se podem operar no conceito de dano é a que contrapõe o dano directo ao dano indirecto. Estaremos perante um ou outro consoante nos referimos à perda imediata que o facto lesivo causou nos bens ou interesses juridicamente tutelados ou aos efeitos mediatos ou indirectos do dano directo, respectivamente.

Por último, distinguimos os danos presentes dos danos futuros, conforme eles já se tenham verificado ou não no momento presente. Recorde-se, ainda, que os danos futuros se subdividem em *certos* e *eventuais*, mas apenas serão indemnizáveis aqueles cuja “produção se apresente infalível ou apenas possível.”

1.2.2 O nexo de causalidade

O pressuposto do nexo de causalidade convoca, necessariamente, outros dois pressupostos da responsabilidade civil, sendo eles o do dano e o do facto ilícito. Exige-se, pois, que entre o dano causado e o facto ilícito do lesante exista um vínculo e uma ligação, que nos permitam afirmar que o dano se deveu àquele facto. Esta ligação será o nexo de causalidade. Daqui resulta que, mais do que como um pressuposto da responsabilidade civil, o nexo causal emerge como o fundamento último da obrigação de indemnizar, uma vez que, e tal como advoga Almeida Costa, “não há que ressarcir todos e quaisquer danos que sobrevenham ao facto ilícito, mas tão-só os que ele tenha na realidade ocasionado, os que possam considerar-se pelo mesmo produzidos.”²⁵ Deste modo, exige-se “entre o facto e o dano indemnizável um nexo mais apertado do que a simples *coincidência* ou *sucessão cronológica*.”

Dizia Antunes Varela que a “experiência da vida e a simples reflexão do jurista sobre a realidade das coisas ensinam que no processo causal conducente a qualquer dano, como na verificação de qualquer outro facto, concorrem no geral múltiplas circunstâncias.” Em concordância com o citado, pensamos que importa saber quando é que se considera que determinado dano foi produzido pelo facto ilícito considerado. Por outras palavras, é imprescindível perceber que relação deve existir entre o dano e o facto para que se considere que entre ambos existe um nexo de causalidade.

Desta necessidade de apurar quais as circunstâncias que foram a causa do dano surgiram várias teorias. Uma delas foi a *teoria da equivalência das condições*, a qual propugna que causa do dano será toda a condição sem a qual o efeito não se teria

²⁵ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 597-605.

verificado. Todavia, apesar de denotar um avanço na consideração das causas que deram origem ao dano, esta teoria peca por estender em demasia o conceito de causalidade, o que faz com que, na prática, ela não produza efeito útil. Sobre esta falha pronunciou-se Antunes Varela dizendo que é “de tal forma extenso o processo de causalidade que envolve os factos humanos, pelo contínuo encadeamento dos acontecimentos, que a relação *causal* de modo nenhum pode servir [...] para delimitar, por si só, a zona de responsabilidade do devedor ou do agente.”

Outra das teorias conhecidas dá pelo nome de *teoria da causalidade adequada*. Segundo esta, para que se imponha a alguém a obrigação de reparar o prejuízo sofrido por outrem tem de se verificar um duplo-condicionalismo: por um lado, exige-se que o facto praticado pelo agente tenha sido, *em concreto*, condição *sine qua non* do dano; por outro lado, é ainda necessário que o mesmo facto seja, *em abstracto*, uma *causa adequada* do dano. Consequentemente, há que “escolher, entre os antecedentes históricos do dano, aquele que, segundo o curso normal das coisas, se pode considerar apto para o produzir, afastando aqueles que só por virtude de circunstâncias extraordinárias o possam ter determinado.” O facto será, assim, *causa adequada* do dano sempre que se configurar como uma consequência *normal* ou *típica* daquele, ou seja, sempre que o dano se possa antever como um efeito provável do facto. O que acabámos de expor traduz-se na formulação positiva da teoria da causalidade. Num sentido diverso desta, aparecem autores que defendem uma formulação negativa da referida doutrina, a qual entende que o facto que se apresentou como condição do dano só deixará de ser condição adequada se, *em geral*, se apresentar como *indiferente* para a verificação do dano, tendo-o provocado apenas por força das circunstâncias anormais que intercederam no caso concreto. Entre as duas formulações da teoria da causalidade adequada verifica-se uma diferença importante: na formulação positiva é o lesado quem tem de provar a causalidade, isto é, que o facto causador do dano é não só *conditio sine qua non* mas também, *em geral* e *abstracto*, causa adequada daquele; na formulação negativa presume-se que a *conditio sine qua non* é causa adequada do dano e é o lesante quem tem o ónus de provar a não adequação da condição, ou seja, que o dano é anormal e se deve a circunstâncias extraordinárias. Deste confronto, resulta o carácter mais gravoso que a formulação negativa da teoria da causalidade adequada representa para o lesante, na medida em que é este que tem de provar que o facto que praticou foi, no fundo, indiferente à verificação do dano, só tendo este ocorrido em

virtude e por força de circunstâncias anormais e extraordinárias verificadas no caso concreto.

Perante isto, é tempo de procurar discernir a concepção de causalidade que é aceite pelo nosso Código Civil; e a resposta fundamenta-se no art. 563º quando o mesmo diz que *a obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*. Dito de outro modo, a obrigação de indemnizar só cobre os danos que não se teriam verificado se não fosse o facto praticado pelo lesante. Da letra da lei decorre um apego à teoria da causalidade adequada e, apesar de não ser apreensível a qual das formulações se refere o nosso Código Civil, entendemos como Antunes Varela que “quando assim é, o intérprete goza da liberdade-de-movimentos necessária para optar por aquela solução que, em *tese geral*, se mostre a *mais defensável*, «dentro do espírito do sistema» (art. 10.º, 3)” pelo que, partindo do pressuposto de que “a doutrina mais criteriosa”²⁶ é a da formulação negativa, é esta que segundo o autor deve ser reputada ao nosso direito constituído.

²⁶ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, pp. 879-900.

II – A Responsabilidade Civil do Advogado

É por demais evidente a importância que o exercício da advocacia representa para a garantia da boa administração da Justiça, o que, aliás, está patente no artigo 208º da Constituição da República Portuguesa: é ele que, referindo-se ao patrocínio judiciário, consagra, expressamente, que *a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça*.

Como sabemos, a relação entre o advogado e o seu cliente pode constituir-se de diversas formas, sendo a mais comum a que se estabelece por meio da celebração de um contrato de mandato. Ora, sendo o mandato judicial uma modalidade especial do mandato civil, seria de esperar que a sua disciplina fosse em muito semelhante à deste. Todavia, como veremos adiante, se o regime do mandato judicial encontra as suas bases no regime do mandato civil, na verdade, também se distancia daquele relativamente a alguns aspectos.

Com efeito, o presente capítulo destinar-se-á, numa primeira abordagem, ao estudo do regime do mandato civil, o qual terá como objectivo crucial o de nos elucidar sobre as bases que sustentam o mandato judicial. Posteriormente, estudaremos o mandato judicial, procurando verificar em que pontos este se distancia do mandato civil.

Ainda no contexto do mandato judicial, debruçar-nos-emos sobre as regras a que estão sujeitos os advogados e as obrigações que lhes são impostas no âmbito do exercício da sua profissão, bem como os princípios que norteiam a sua relação com os respectivos clientes. Por último, tentaremos qualificar a natureza da responsabilidade civil em que, fruto da sua actividade profissional, os advogados poderão, eventualmente, incorrer.

1. O mandato

Ensina Menezes Leitão que a palavra mandato tem origem na expressão latina *manum datum*, “pois na Roma antiga a sua celebração [do mandato] efectuava-se através de um aperto de mão, que simbolizava a aceitação da incumbência e a relação de confiança entre as partes [...]”.²⁷ Efectivamente, a ideia de cooperação entre sujeitos é inerente ao

²⁷ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, Volume III, 9ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 389.

conceito de mandato, circunstância para a qual nos alerta igualmente Irene Girão ao referir que o “contrato de mandato corresponde a uma das mais antigas formas de cooperação, traduzida na prática por outrem de um determinado acto que ao próprio interessado, por qualquer circunstância, não convém realizar pessoalmente.”²⁸ É com base nestes mesmos pressupostos que somos levados a concluir com Pessoa Jorge que não “se trata, como poderia dar a entender o significado actual do verbo mandar, de *ordenar*, mas sim de *confiar*.”²⁹

O nosso Código Civil define o mandato, no art. 1157º. Nele pode ler-se que *mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra*. Esta disposição legal demarca-se, assim, daquela que vigorava no Código Civil de 1867 e que exigia apenas que o mandatário se obrigasse a prestar ou fazer alguma coisa. A este respeito, relembrem Pires de Lima e Antunes Varela que, na vigência do antigo código, o mandato podia “ter por objeto uma simples atividade material ou intelectual (escrever uma carta, desenhar uma planta, elaborar um projecto, etc.).”³⁰ De facto, tal entendimento do mandato fazia confundir este com figuras como as do contrato de depósito e de empreitada. Porém, actualmente, já não restam dúvidas quanto à distinção a fazer entre estes contratos, uma vez que tanto o contrato de depósito como o de empreitada se autonomizaram e deram lugar a verdadeiros contratos de prestação de serviços, distintos, portanto, da modalidade particular do contrato de mandato. A diferença entre eles radica no facto de aqueles não terem por objecto a prática de um acto jurídico³¹.

No mesmo sentido parece ir Januário da Costa Gomes, quando afirma que as partes no contrato de mandato estavam vinculadas “de acordo com exigências de lealdade inerentes às relações de comércio”. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contrato de Mandato*, AAFDL, 1990, p. 7.

²⁸ IRENE GIRÃO, *O Mandato de Interesse Comum*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1997, p. 1.

Também para a ideia de cooperação nos remete Pessoa Jorge quando se refere ao mandato como “uma das [figuras] que primeiro realizaram mais directamente uma finalidade de cooperação social.” O mesmo autor refere ainda que, foi justamente por ter por base a referida ideia de cooperação social que se recorreu à figura do mandato “quando o desenvolvimento das relações sociais fez surgir novas instituições que, de um ou de outro modo, realizavam aquela mesma ideia central.” PESSOA JORGE, *O Mandato Sem Representação*, Lisboa, 1961, p. 17.

²⁹ PESSOA JORGE, *O Mandato Sem Representação*, p. 18.

³⁰ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4ª Edição: Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 786.

³¹ Neste sentido, Menezes Leitão alerta para o facto de não ser mandato “o contrato no qual a obrigação assumida tenha por conteúdo actos materiais ou intelectuais, estando-se neste caso perante a prestação de serviços atípica.” MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, p. 392.

Regra geral, no âmbito do contrato de mandato, o mandatário encarrega-se de praticar determinados negócios jurídicos, não obstante o mesmo se poder comprometer à prática de simples actos jurídicos³².

Perante o exposto, podemos definir o mandato como o contrato mediante o qual o mandatário se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta do mandante. Por outras palavras, por via deste contrato, o mandatário orienta a sua actividade com base nas indicações e/ou instruções que lhe são dadas pelo mandante, prestando os seus serviços “de acordo com o querido e programado”³³ por este. Da noção avançada resulta claro o papel do mandatário como “colaborador do mandante e [que], como tal, prossegue os interesses do principal, obrigando-se a prestar a sua actividade em ordem à plena realização do fim contratual.”³⁴

Anteriormente, concluímos que a relação inerente ao contrato de mandato é uma relação de colaboração entre os sujeitos, relação essa que, para existir, exige a presença de dois elementos constitutivos. Falamos, por um lado, da obrigação de praticar um ou mais actos jurídicos e, por outro, da exigência que a prática desses actos por parte do mandatário se desenvolva por conta do mandante. Quanto a este último elemento, cumpre fazer uma precisão: se outrora a origem da expressão *por conta* se relacionava com “as contas abertas pelos comerciantes que agiam para outros no âmbito das suas relações comerciais e onde creditavam ou debitavam o saldo positivo ou negativo”³⁵, hoje a mesma expressão adquire sentido diferente, remetendo-nos necessariamente para a intenção de projectar os efeitos da actividade do mandatário directamente na esfera jurídica do mandante³⁶. A este respeito,

³² É o que acontece, no entender de Pires de Lima e Antunes Varela “por exemplo, quando se encarrega alguém de confessar um facto ou o direito de terceiro, de interpelar o devedor para pagar, de publicar uma obra literária (não confundir com o contrato de edição), de efectuar um pagamento, etc.” PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 787.

No mesmo sentido parece ir Irene Girão, quando afirma que o mandatário surge como um “colaborador jurídico e não material, cuja prestação se consubstancia na prática de actos a que o direito atribui efeitos jurídicos tomando em consideração a vontade que os determina, ou seja, actos em que a vontade do agente assume relevância jurídica, embora não necessariamente de natureza negocial.”, IRENE GIRÃO, *O Mandato de Interesse Comum*, p. 8; e ainda Menezes Leitão, para quem os “actos jurídicos do mandato são normalmente negócios jurídicos, mas podem igualmente ser simples actos jurídicos.”, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, p. 392.

³³ ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, 18ª Edição: Revista e Actualizada, Ediforum, Lisboa, 2013, p. 1092.

³⁴ IRENE GIRÃO, *O Mandato de Interesse Comum*, p. 3.

³⁵ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contrato de Mandato*, p. 18.

³⁶ É, de facto, este o entendimento da doutrina dominante, da qual é partidário Menezes Leitão que aqui encontra a justificação para dizer que “o mandatário pratica um “acto jurídico alheio”, dado que o acto não lhe pertence, já que todos os seus efeitos se irão antes repercutir na esfera jurídica do mandante.” MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, p. 392.

conclui Irene Girão que “se essencial ao mandato é, de facto, a pertença ao mandante do próprio acto que constitui o objeto da actividade de gestão, essa pertença traduz-se, justamente, na circunstância de ser ele e não o mandatário o destinatário dos seus resultados, por isso, independentemente do meio utilizado para o efeito, a função da relação de gestão será sempre a de desviar do agente para o interessado o negócio gestório no seu momento económico-substancial.”³⁷

1.1 As características fundamentais do contrato de mandato

São várias as características que compõem o contrato de mandato. Desde logo, este contrato é referido por diversos autores como sendo um contrato típico e nominado, característica que se comprova, de resto, pela sua previsão e regulação no nosso Código Civil, mais concretamente, através do art. 1157º e seguintes. Por outro lado, diz-se que, em regra, o mandato é um contrato consensual, uma vez que, para a sua constituição, a lei não exige nem prevê uma forma especial. Neste sentido, para a perfeição do contrato “bastava tão-sòmente o mútuo consenso exteriorizado por qualquer forma; não se exigia, portanto, nem a prática de formalidades, como acontecia nos contratos formais (*litteris e verbis*), nem a *datio rei*, como sucedia nos contratos reais.”³⁸

Outra das características apontadas ao contrato de mandato é a referente ao facto de este poder ser um contrato gratuito ou oneroso. Quanto a este ponto, importa realçar que o Código Civil, no art. 1151º, nº. 1, estabelece uma presunção de gratuitidade do mandato. Todavia, esta presunção só é válida para os casos em que o mandato tem por objecto actos que o mandatário não pratica no exercício da sua profissão, motivo por que somos levados a assumir com Menezes Leitão que há, neste campo, duas presunções a admitir: por um lado, presume-se “oneroso o mandato que envolva actos que o mandatário pratique por profissão; por outro lado, presume-se gratuito o mandato estranho à actividade profissional do mandatário.”³⁹ Também Pires de Lima e Antunes Varela referem que “é ainda como presunção que se considera oneroso o mandato, quando ele tem por objeto actos que o

³⁷ IRENE GIRÃO, *O Mandato de Interesse Comum*, p. 11.

No mesmo sentido temos autores como Carlos Ferreira de Almeida para quem agir por conta da outra parte “significa não só que o mandatário deve agir no interesse do mandante [...], mas também que o mandante actua em vez do mandatário, na posição jurídica em que este estaria se fosse ele a praticar o acto.” CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II - Conteúdo. Contratos de Troca*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 191.

³⁸ PESSOA JORGE, *O Mandato Sem Representação*, p. 35.

³⁹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, p. 393.

mandatário pratica por profissão [...]. Nada impede, de facto, que o advogado ou o solicitador exerçam certo mandato gratuitamente e que isso resulte de simples circunstâncias do caso (mandato em relação a um colega, a um familiar muito próximo, etc.).⁴⁰

Por último, o contrato de mandato pode, ainda, ser um contrato sinalagmático, ou sinalagmático imperfeito. Assim o é consoante o mandato seja oneroso ou gratuito, respectivamente. De facto, o mandato oneroso será sinalagmático, na medida em que à obrigação do mandatário executar o mandato corresponde a obrigação de o mandante lhe pagar a retribuição devida pela prestação dos serviços daquele. Por outro lado, se o mandato for gratuito, ele será um contrato sinalagmático imperfeito. Isto porque, apesar de envolver obrigações para ambas as partes, “a verdade é que as obrigações do mandante não se encontram num nexo de correspectividade com as obrigações do mandatário, tendo por fundamento factos acidentais.”⁴¹ Concretizando por meio de um exemplo: a obrigação de o mandante reembolsar o mandatário das despesas realizadas no decorrer e em virtude do mandato não está em correlatividade com a obrigação do mandatário praticar os actos compreendidos no contrato, seguindo as instruções do mandante, uma vez que a primeira é uma obrigação meramente eventual, na medida em que só terá lugar se, efectivamente, o mandatário tiver feito despesas.

1.2 As obrigações das partes

Vimos que o mandato gera obrigações quer para o mandante quer para o mandatário. Aquelas que impendem sobre o mandatário estão previstas no art. 1161º do Código Civil, ao passo que as que concernem ao mandante se encontram elencadas no art. 1167º do mesmo código. É à análise das mesmas que vamos dedicar-nos de seguida.

1.2.1 As obrigações do mandatário

Quanto às obrigações do mandatário, afirma Carlos Ferreira de Almeida que a “prática de actos jurídicos compõe o núcleo das obrigações do mandatário, mas em seu torno gravitam várias outras que, por serem instrumentais ou sequenciais, não são menos

⁴⁰ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 789.

⁴¹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, p. 394.

relevantes.”⁴² Refere-se o autor, nomeadamente, à obrigação de prestar contas e à obrigação de informação que, como veremos, se encontram igualmente previstas nas alíneas do art. 1161º do CCiv.

A alínea a) do art. 1161º consagra aquela que é a obrigação principal do mandatário e que se traduz no dever que impende sobre este de executar o mandato com respeito pelas indicações e/ou instruções recebidas pelo mandante, podendo estas “ser dadas no momento em que o mandato é constituído ou em momento posterior, durante a execução do contrato.”⁴³ Esta obrigação encontra o seu fundamento no facto de o mandatário estar a praticar actos jurídicos alheios, e, como tal, de ter de os praticar de acordo com a vontade do efectivo titular daqueles actos, isto é, o mandante. Note-se, no entanto, que esta obrigação encontra uma excepção no artigo seguinte, que tem como epígrafe a *inexecução do mandado ou a inobservância das instruções*. Com efeito, o art. 1162º do CCiv estatui que o mandatário pode deixar de cumprir o mandato ou de seguir as instruções do mandante quando seja razoável supor que, perante circunstâncias não conhecidas pelo mandante e impossíveis de lhe transmitir, o mandante aprovaria a conduta do mandatário⁴⁴. No entender de Menezes Leitão, trata-se, neste caso e uma vez mais, “do dever de respeito pela vontade do mandante, que implica que, ocorrendo circunstâncias novas que tornem presumível a modificação das suas intenções, o mandatário deva tomar em consideração essa situação nova, deixando de executar o mandato ou afastando-se das instruções recebidas.”⁴⁵

Paralelamente à obrigação principal, o mandatário está ainda sujeito às obrigações de informação e de comunicação, respectivamente previstas nas alíneas b) e c) do art. 1161º do CCiv. Entre elas pode verificar-se, desde logo, uma diferença: enquanto a obrigação de informação é executada a pedido do mandante, a obrigação de comunicação deve partir de um acto espontâneo do mandatário. No que respeita à obrigação de informação não se colocam grandes dúvidas: ela é, no fundo, a condição necessária e indispensável para efectivar as instruções que o mandante tem o direito de impor ao mandatário. Por sua vez, a obrigação de comunicação é aquela que sujeita o mandatário a

⁴² CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II - Conteúdo. Contratos de Troca*, p. 192.

⁴³ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 795.

⁴⁴ Relativamente às circunstâncias a que se reporta o artigo 1162º do Código Civil, referem Pires de Lima e Antunes Varela que “são, em geral, supervenientes; [mas que] podem, porém, ser circunstâncias já existentes ao tempo do contrato, mas que não eram do conhecimento das partes ou não foram devidamente valorizadas.” PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 797.

⁴⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, p. 404.

comunicar ao mandante, com prontidão, a execução do mandato ou a sua inexecução, sendo neste último caso necessário justificar o motivo que o levou à não execução do mandato. Esta obrigação reveste-se de grande importância, quanto mais não seja porque, segundo Pires de Lima e Antunes Varela, “o mandante deve poder conhecer, a todo o momento, quer a actividade do mandatário, para a poder acompanhar, quer a sua própria posição jurídica em relação a terceiros, com quem, em nome dele tenha contratado o mandatário.”⁴⁶

Faz ainda parte do elenco de obrigações do mandatário aquela que o obriga a prestar contas, estando esta prevista na alínea d) do artigo que temos vindo a citar. Quanto a esta, torna-se interessante relembrar a visão particular de Januário da Costa Gomes para quem “a prestação de contas, sendo embora uma obrigação do mandatário, não deixa de ser um *direito* que lhe assiste”⁴⁷ – refere-se o autor aos casos em que o mandatário tem um saldo a seu favor, ou seja, às situações em que este tem o direito ao reembolso de despesas que havia efectuado.

Por último, temos ainda a alínea e) que nos remete para o dever que recai sobre o mandatário de entregar ao mandante tudo o que recebeu em função do mandato e no exercício do mesmo. Mencione-se, porém, que esta obrigação respeita quer ao que o mandatário recebeu das mãos do mandante para a execução do mandato, quer ao que aquele recebeu de terceiros durante o cumprimento do mesmo.

Analizado o núcleo duro das obrigações do mandatário cumpre averiguar agora as obrigações que o contrato de mandato faz incidir sobre o mandante.

1.2.2 As obrigações do mandante

A primeira obrigação do mandante encontra-se estabelecida na alínea a) do art. 1167º do Código Civil e consiste no dever que impende sobre este sujeito de fornecer à contraparte – o mandatário – todos os meios necessários à execução do mandato⁴⁸. Está aqui em causa a denominada provisão de despesas, a qual terá como objetivo “evitar encargos excessivos para o mandatário”, por oposição ao que aconteceria caso as partes

⁴⁶ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 795.

⁴⁷ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contrato de Mandato*, p. 94.

⁴⁸ Segundo Pires de Lima e Antunes Varela, para prover à normal execução do mandato pode ser “necessário dinheiro, e podem ser necessárias coisas ou documentos, podendo os meios necessários referir-se não só ao mandatário, como aos colaboradores cuja operação lhe seja estritamente indispensável.” PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 804.

convencionassem que todas as despesas decorrentes do mandato só seriam reembolsadas depois de concluído o mesmo. Decorrente desta obrigação do mandante é a faculdade que a lei, através do art. 1168º do Código Civil, confere ao mandatário de suspender a execução do mandato enquanto o mandante não cumprir a obrigação de lhe fornecer os meios necessários à execução do contrato. Neste quadro, o mandatário goza de tal forma deste poder que a sua opção por suspender o mandato “não depende de interpelação ao mandante para efectuar a provisão, uma vez que o mandante está vinculado legalmente a efectuar a provisão antes de o mandatário executar o mandato.” Daqui se conclui que, em regra, o mandante obriga-se a fornecer os meios necessários à execução do mandato enquanto ele ainda se encontra em curso, consistindo a excepção os casos em que ambas as partes acordam que as despesas decorrentes do mandato só serão reembolsadas assim que terminado o contrato.

A segunda obrigação do mandante encontra-se prevista na alínea c) do artigo 1167º do Código Civil e impõe a este o pagamento da retribuição que haja sido acordada pelas partes e a elaboração da provisão por conta dela. Como já se referiu, o mandato presume-se gratuito, pelo que esta obrigação só terá lugar em duas situações: nos casos em que as partes convencionaram a retribuição; e nos casos em que se esteja perante um mandato que tenha por objecto actos que o mandatário pratica por profissão. A provisão surge, pois, neste contexto, sob a forma de pagamento antecipado de uma parte da retribuição.

Do elenco das obrigações do mandante consta também o dever que recai sobre este de reembolsar o mandatário das despesas decorrentes do exercício do mandato, tal como se pode comprovar pela leitura da alínea c) do artigo 1167º do Código Civil. De acordo com Menezes Leitão esta obrigação “compreende-se, dado que o mandatário actua por conta do mandante, devendo portanto compensá-lo pelo que ele tenha tido que adiantar para efeitos de execução do mandato.”⁴⁹ De referir, ainda, que ao montante de despesas devem acrescer juros compensatórios que terão, claro está, como fim compensar o mandatário da privação de capital que ele suportou em virtude do mandato. Por outro lado, cumpre ainda evidenciar que as despesas para serem reembolsadas têm de se provar, na óptica do mandatário, indispensáveis. Neste sentido, diz-se que “o critério de apreciação é

⁴⁹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, pp. 399-401.

simultaneamente subjectivo e objectivo, pois se exige não só a *convicção* por parte do mandatário de que a despesa era necessária, como a *razoabilidade* dessa convicção.”⁵⁰

Por último, a al. d) do artigo 1167º do Código Civil aponta ao mandante a obrigação de indemnizar o mandatário do prejuízo sofrido em consequência do mandato. A justificação para esta obrigação encontra-se, uma vez mais, no facto de o mandatário actuar por conta do mandante, motivo que justifica que devam “repercutir-se na esfera jurídica deste, não apenas os ganhos obtidos pelo mandatário, mas também os prejuízos que a sua actuação tenha causado [...]”⁵¹

1.3 O mandato com representação

Como já tivemos oportunidade de verificar, do mandato resulta unicamente o dever de praticar actos jurídicos por conta do mandante, pelo que este contrato não envolve necessariamente a outorga de poderes representativos e a consequente actuação em nome do mandante. Todavia, os artigos 1178º e 1179º do Código Civil vêm prever a possibilidade de se acrescentar às típicas características do mandato as que resultam da figura da representação, ou seja, antecipam a possibilidade de se celebrarem mandatos com representação. Tal situação ocorrerá sempre que o mandatário tenha recebido poderes representativos por meio da outorga de uma procuração, o que fará com que ele aja não apenas *por conta* do mandante, mas também *em nome* do mandante. O que acontece é que “o mandatário, ao realizar o acto ou negócio jurídico que constitui objecto do mandato, *substitui-se* ao mandante, *coloca-se no lugar dele, age em seu nome*. Isto significa que *juridicamente tudo se passa como se tivesse sido o próprio mandante a praticar o acto* [...]”⁵² Para Pires de Lima e Antunes Varela, a vantagem desta espécie de mandato está “em fazer com que o negócio realizado pelo intermediário produza imediatamente os seus efeitos na esfera jurídica do representado, de harmonia com a vontade deste, sem necessidade de actos posteriores de transmissão, como sucede no mandato sem representação.”⁵³

⁵⁰ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 805.

⁵¹ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, p. 402.

⁵² PESSOA JORGE, *O Mandato Sem Representação*, p. 22.

⁵³ PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, p. 823. Note-se, porém, que para que os actos praticados pelo mandatário se repercutam directamente na esfera do mandante é impreterível que aqueles tenham sido praticados dentro dos limites conferidos pelos poderes de representação. Se tal não ocorrer terá aplicação imediata o disposto no art. 268º, nº. 1 do CCiv, tornando-se ineficaz o negócio em relação ao mandante-representado, a menos que seja por este ratificado.

Esta interligação das figuras do mandato e da procuração que se verifica no mandato representativo leva Menezes Leitão a referir-se a ele como uma *facti species negocial* que “não representa, porém, um mero somatório dos dois negócios, uma vez que as obrigações do mandatário se alteram quando o mandante lhe confere simultaneamente uma procuração, e os dois negócios apresentam ligações entre si em relação às suas causas de extinção.”⁵⁴ De facto, quanto a este último ponto, é de referir que o art. 1179º do Código Civil aponta que a revogação e a renúncia da procuração implicam a revogação do mandato. De igual forma que, no caso de se extinguir o mandato, extingue-se, por arrasto, a procuração, na medida em que o mandato era, para efeitos do art. 265º, n.º. 1 do Código Civil a relação que lhe servia de base. Esta hipótese, pode, todavia, ser afastada por vontade do mandante, cenário que ocorre quando este mantém interesse em que o mandatário pratique o acto jurídico, ainda que em nome próprio.

1.4 O mandato sem representação

O mandato sem representação encontra-se regulado no artigo 1180º do Código Civil e caracteriza-se pela circunstância de o mandatário actuar em nome próprio. Ao actuar em nome próprio, o mandatário assume na sua esfera jurídica os efeitos decorrentes dos actos que praticou na execução do mandato, sendo “não só sujeito *formal*, mas também *material*.”⁵⁵ O mandato sem representação afigura-se como um instrumento importante que o mandante pode utilizar nos casos em que deseja contratar com terceiros, mas tem intenção de manter a sua identidade em segredo. De facto, celebrado um mandato sem representação, “a regra é que só o mandatário pode exigir do terceiro o cumprimento das obrigações resultantes do negócio e que o terceiro só daquele possa exigir o adimplemento das obrigações assumidas.”⁵⁶

É também no contexto do mandato sem representação que surge o problema de saber como é que os efeitos projectados directamente na esfera do mandatário se transferem, posteriormente, para a esfera do mandante. A esta questão responde o número

⁵⁴ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, p. 411.

Não obstante existir este cruzamento entre as figuras do mandato e da representação, não podemos deixar de referir que elas são distintas: o mandato visa constituir o mandatário na obrigação de praticar actos jurídicos por conta do mandante, ao passo que a procuração (prevista no art. 262º do CCiv) é um acto através do qual alguém, por vontade própria, atribui a outrem poderes representativos.

⁵⁵ PESSOA JORGE, *O Mandato Sem Representação*, p. 23.

⁵⁶ JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contrato de Mandato*, p. 139.

1 do artigo 1181º do Código Civil, ao estipular que os direitos adquiridos pelo mandatário na execução do mandato devem obrigatoriamente ser transferidos para o mandante. A lei consagra, nestes termos, aquela a que se chama a tese da dupla-transferência, nos termos da qual é necessária a celebração de um negócio autónomo para que os efeitos que outrora se repercutiram na esfera do mandatário sejam transmitidos para o mandante.

2. O mandato judicial

Como sabemos, o artigo 20º da Constituição da República Portuguesa assegura a todos os cidadãos o livre acesso ao direito e aos tribunais, por forma a puderem ver defendidos os seus direitos e interesses legalmente protegidos. Não obstante esta garantia constitucional, casos há em que a lei faz depender o acesso ao direito e aos tribunais da constituição de advogado. O que se acaba de referir resulta do art. 40º do Código de Processo Civil, nos termos do qual será obrigatória a constituição de advogado: *a) nas causas de competência de tribunais com alçada, em que seja admissível recurso ordinário; b) nas causas em que seja sempre admissível recurso, independentemente do valor; c) e nos recursos e causas propostos nos tribunais superiores.* Nos casos em que, sendo a constituição de advogado obrigatória, esta não se tiver verificado, o juiz, com base no art. 41º do CPCiv, notificará a parte para, dentro de determinado prazo, proceda à mesma, sob pena de o réu ser absolvido da instância, de não ter seguimento o recurso ou de ficar sem efeito a defesa.

Esta necessidade de, em determinados processos, a parte se fazer representar por um advogado remete-nos para a disciplina do patrocínio judiciário e conseqüentemente para a figura do mandato judicial. Com efeito, diz-se que o patrocínio judiciário se cristaliza nas situações em que a parte se tem de fazer representar por um profissional tecnicamente legitimado, ou seja, por um advogado e é justamente neste ponto que chegamos à figura do mandato judicial, na medida em que a relação que se estabelece entre a parte e o advogado tem na sua base o contrato de mandato judicial.

O mandato judicial, também designado por mandato forense, representa uma modalidade especial do mandato civil e encontra-se especificamente regulado no art. 43º e seguintes do Código de Processo Civil. Assim sendo, o art. 43º do CPCiv estipula que o mandato judicial se confere por procuração forense ou por declaração verbal da parte no auto de qualquer diligência. A procuração forense traduz-se, pois, no acto unilateral pelo

qual alguém (o mandante) confere a outrem (o mandatário) poderes de representação. Daqui retiramos, de resto, elementos suficientes para concluir a par de Menezes Leitão que o “mandato judicial é necessariamente um mandato representativo.”⁵⁷. Na verdade, se dúvidas existissem quanto a este ponto, facilmente se dissipariam pela leitura do art. 44º do Código de Processo Civil. Com efeito, retira-se deste artigo que o mandato confere poderes ao mandatário para representar a parte (o mandante) em todos os actos do processo principal e respectivos incidentes, mesmo perante os tribunais superiores. Estes poderes são os chamados poderes gerais de representação que a procuração forense atribui ao mandatário. Acrescente-se que a mesma procuração pode ainda incluir os chamados poderes especiais de representação, consistindo estes, por sua vez, nos poderes atribuídos ao mandatário que lhe permitem confessar a acção, transigir sobre o objecto da mesma ou desistir do pedido ou da instância.

É ainda importante referir que, nos termos do art. 44º, nº. 4 do CPCiv, o mandato judicial, como contrato, está dependente da aceitação e esta poderá, por um lado, ser manifestada no próprio instrumento público ou documento particular, ou, por outro lado, resultar de comportamento concludente do mandatário.

2.1 A relação entre o mandatário judicial e o seu cliente: os deveres do mandatário judicial

Estando nós perante uma modalidade especial do mandato civil, poderíamos ter a tendência para assumir que o mandatário judicial estaria vinculado nos mesmo termos que o mandatário civil às obrigações que o Código Civil prevê em sede de mandato. Porém, a peculiar relação que se estabelece entre o advogado e o cliente determina necessariamente que algumas das obrigações previstas para o mandatário civil não tenham o mesmo alcance quando consideradas relativamente à pessoa do advogado e determina ainda que àquelas acresçam outras, previstas e aplicáveis unicamente ao mandatário judicial. A explicação para o acréscimo de deveres que recaem sobre o advogado remete-nos para a ideia de que a sua actuação exige uma diligência maior e que tem de ser reforçada por regras estatutárias, até para que “as legítimas expectativas do mandante acerca da eficiência, da fidelidade e da lealdade do mandatário”⁵⁸ não acabem goradas. Assim, e de acordo com Luís Vasconcelos

⁵⁷ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, p. 423.

⁵⁸ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II - Conteúdo. Contratos de Troca*, p. 193.

Abreu, apesar de admitirmos que o exercício da advocacia está em muito sujeita ao regime do mandato, a verdade é que não podemos esquecer que a referida actividade profissional “tem um estatuto e regulamentação próprios, que se *sobrepõe* ao regime civilístico do mandato.”⁵⁹ É, portanto, neste contexto que o Estatuto da Ordem dos Advogados assume um papel primordial, por ser neste diploma legal que se concretizam, entre outras matérias, as regras que devem pautar o exercício da advocacia e, em especial, os deveres que o advogado deve respeitar na relação com os seus clientes.

Ora, o dito estatuto estipula como princípio basilar da relação entre advogado e cliente a confiança recíproca. Tal como sublinha Fernando Sousa Magalhães, é no valor da confiança que se alicerça “o interesse público da profissão, já que sem ele jamais poderiam os Advogados garantir a função social que lhes está cometida como representantes dos cidadãos perante a administração da justiça, o que implica o reconhecimento pleno do seu papel como confidentes necessários.” Assim, só com base numa forte relação de confiança é que o cliente se assegurará de que o advogado estará a desempenhar todos os seus esforços no sentido da defesa dos seus interesses. A este princípio da confiança que deve pautar a relação advogado-cliente estão inerentes outros, pelo que se impõe a análise de alguns deles.

O art. 93º do Estatuto da Ordem dos Advogados enuncia o chamado dever de competência que impende sobre o advogado e que se materializa na ideia de que este só deve aceitar o patrocínio de uma causa se entender que tem competência e disponibilidade para se dedicar a ela, oportuna e prontamente. Para Fernando Sousa Magalhães, a justificação para a existência deste dever encontra-se na “deontologia, especialmente exigente do Advogado, [que] impõe a este, enquanto mandatário dos clientes, deveres específicos que se sobrepõem aos deveres gerais decorrentes do contrato de mandato civil.” Por sua vez, o artigo 94º estatui que o advogado deve recusar o patrocínio de uma questão sempre que se verifique um conflito de interesses, podendo este resultar, nomeadamente, da circunstância de o advogado já ter intervindo no mesmo processo, mas noutra qualidade, ou de estar a representar dois clientes que, no mesmo processo, têm interesses opostos.

No artigo 96º encontra-se vertido outro dever, aquele que obriga o advogado a tratar com o devido cuidado e zelo os objectos, valores e documentos que lhe tenham sido

⁵⁹ LUÍS VASCONCELOS ABREU, “*O Estatuto da Ordem dos Advogados e a Relação entre Mandante e Mandatário Judicial*”, in «*Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Lisboa, 2002, p. 264.

confiados pelo cliente. Ainda neste artigo é previsto o dever de prestar contas, que impõe ao advogado a obrigação de apresentar ao seu cliente a nota de honorários e despesas logo que este lhe tenha solicitado. Todavia, entendemos, a par de Fernando Sousa Magalhães, que tal não impede o advogado de “apresentar tal nota por sua iniciativa e logo que cesse a sua prestação profissional.”

Por fim, cumpre-nos referir o artigo 95º do EOA, que deixámos para este momento por ser aquele que inclui o dever cuja violação pode desencadear a aplicação do regime da responsabilidade civil pela perda de chance. Começa o referido artigo, logo na alínea a), por estabelecer que são deveres do advogado dar a sua opinião sobre o merecimento do direito ou da pretensão invocada pelo seu cliente, bem como prestar àquele, sempre que lhes forem solicitadas, informações sobre o andamento do processo, ou ainda sobre os critérios utilizados na fixação dos honorários. Ora, está aqui implícito o dever de informação, que opera a dois níveis distintos: por um lado, aponta o perfil independente que deve ser assumido pelo advogado, quando refere que este deve apresentar uma opinião livre e consciente ao seu cliente sobre o merecimento da causa; e, por outro lado, conduz-nos ao conteúdo mais primário do dever de informação, que se materializa na obrigação que impende sobre o advogado de “manter o seu cliente informado do desenvolvimento do seu caso, partilhando com ele as decisões de patrocínio mais importantes e prestando os esclarecimentos solicitados sobre o estado das pendências.” Neste ponto, há uma notória aproximação entre o dever de informação que recai sobre o mandatário comum e aquele que o Estatuto da Ordem dos Advogados atribui ao advogado.

Por outro lado, a al. b) do art. 95º do EOA, estipula que o advogado tem de estudar com cuidado e tratar com zelo o caso que lhe é incumbido pelo seu cliente, devendo, para o efeito, fazer uso de todos os conhecimentos que a sua formação e a sua experiência profissionais lhe facultaram. Este é, de certo, o dever que maior impacto tem naquele que é o objecto da nossa dissertação. Assim cremos, dado que ligada necessariamente a este dever está necessariamente “a questão da responsabilidade civil profissional do Advogado, já que a imunidade exigida no plano da liberdade de expressão, não implica a sua isenção no domínio da responsabilidade civil por actos praticados em violação das obrigações contratuais ou por acto ou omissão violador de um dever de conduta.” Queremos com isto dizer que, não obstante a liberdade técnica que tem de se reconhecer ao advogado no

tratamento dos seus casos, não pode passar em falso a sua eventual responsabilidade pela falha dos deveres a que está vinculado.

Por sua vez, a alínea c) do art. 95º do EOA remete-nos para o dever de o advogado aconselhar o seu cliente a optar pela composição amigável na resolução dos conflitos, sempre que tal se afigure justo. Nesta sede, surge a figura da conciliação pela qual o advogado deve optar sempre que esta assegure uma tutela satisfatória dos interesses do seu cliente. Neste contexto, Sousa Magalhães destaca a importância que os advogados representam “na resolução dos litígios por via extrajudicial, evitando que a grande maioria dos casos que lhes são confiados acabem por ser encaminhados para os saturados Tribunais.” Já a alínea d) remete-nos para aquilo que nos parece ser uma refracção do dever de independência que deve pautar a conduta do advogado. De facto, diz-se no dito ponto que o advogado não deve celebrar, em seu proveito, contratos sobre o objecto dos casos que lhe são confiados. Ora, este dever vem apenas cimentar a ideia de que os advogados não podem deixar envolver-se na sua actividade por interesses próprios, sob pena de não prestarem o devido aconselhamento dos seus clientes.

Por último, o art. 95º, n.º. 1 reserva ainda uma das suas alíneas para consagrar o dever do advogado não fazer cessar o seu patrocínio nos casos que lhe foram confiados, sem que tenha um motivo justificativo para tal. Tal objecção à cessação do mandato explica-se pela ideia de que “o patrocínio interessa não só ao constituinte mas também ao interesse da boa administração da Justiça.”⁶⁰

⁶⁰ FERNANDO SOUSA MAGALHÃES, *Estatuto da Ordem dos Advogados - Anotado e Comentado*, 9ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 146-155.

2.2 As principais diferenças entre o mandato civil e o mandato judicial

Vimos que, apesar do mandato forense ser uma modalidade especial do mandato civil, há entre eles diferenças consideráveis. É ao elenco das mesmas que vamos dedicar-nos de seguida.

A primeira diferença que se pode apontar prende-se com a prática dos actos compreendidos no contrato de mandato, isto porque se considera que, se estivermos no âmbito do mandato civil, todos os actos que são praticados pelo mandatário podem também ser praticados pelo mandante. Pelo contrário, no mandato judicial, há actos que só podem ser praticados pelo mandatário judicial, nomeadamente, os relacionados com as causas para as quais a lei processual civil exige a constituição de advogado.

Em segundo lugar, observámos que, no mandato civil, o mandatário estava obrigado a praticar os actos compreendidos no mandato seguindo as instruções dadas pelo mandante, mas o mesmo já não acontece em sede de mandato forense. Neste caso, e seguindo de perto as palavras de Abílio Neto, constatamos que a “discricionariedade técnica do mandatário judicial não impõe, por si só, a instauração da acção desejada pelos seus mandantes ou que o mesmo siga determinadas soluções jurídicas sugeridas pelos mesmos, se as considerar desaconselháveis.” É, portanto, a condição de profissional com competências técnicas e profissionais específicas que permite ao mandatário judicial gozar de uma certa independência perante o seu cliente.

Outra das diferenças que ressalta do confronto entre mandato civil e mandato judicial é a que diz respeito, respectivamente, ao carácter gratuito e oneroso dos contratos. De facto, enquanto que para o mandato civil vigora, como vimos, uma presunção de gratuidade, o mandato forense presume-se oneroso, isto porque ele tem por objecto actos praticados pelo mandatário no exercício da sua profissão. Todavia, não podemos esquecer que a presunção de que o mandato judicial é oneroso pode ser ilidida pela “declaração várias vezes feita pelo mandatário de que estava a prestar gratuitamente os seus serviços profissionais.”⁶¹

Por último, se em direito civil e, mais particularmente, no âmbito do mandato com representação vigora a regra de que o mandatário só se pode fazer substituir se obtiver a

⁶¹ ABÍLIO NETO, *Código Civil Anotado*, p. 1094.

permissão do seu mandante⁶², no que respeita ao mandato judicial e segundo as regras processuais erigidas em matéria de patrocínio judiciário, o poder de o mandatário substabelecer os seus poderes noutra advogado presume-se incluído no contrato de mandato, não necessitando, assim, da permissão do mandante para se fazer substituir por outro advogado.

2.3 A natureza da responsabilidade civil do advogado

Se é indubitável que o advogado, no exercício das suas funções, pode incorrer em responsabilidade civil, o problema de qualificar essa responsabilidade como contratual ou extracontratual continua a suscitar divergência na nossa doutrina. Com efeito, surgem entre nós autores que advogam que a responsabilidade civil do advogado não pode ser senão contratual, porque assenta no vínculo contratual que se estabelece entre o advogado e o seu cliente. Por outro lado, os autores que defendem que a responsabilidade civil do advogado é do tipo extracontratual assentam a sua tese no carácter público da profissão forense e na violação dos deveres que são impostos ao seu exercício. Por último, surgem ainda aqueles que defendem uma concorrência entre ambos os tipos de responsabilidade, fundamentando a sua posição no facto de o mesmo acto ou omissão do advogado poder desencadear a ocorrência de responsabilidade civil contratual e extracontratual. A procura por uma solução para o problema evidencia a necessidade de o analisar relativamente às três formas sobre as quais se pode estabelecer a relação entre o advogado e o seu cliente. Assim, teremos de qualificar a responsabilidade civil do advogado quando o incumprimento ou o cumprimento defeituoso das suas funções tiver ocorrido em sede de uma consulta jurídica, de um contrato de mandato, ou de uma nomeação oficiosa.

Entre nós, o mais conhecido partidário da tese da responsabilidade civil extracontratual do advogado é António Arnaut. Para o distinto jurista, “a responsabilidade do advogado não pode radicar no contrato de mandato, escrito ou verbal.” Para sustentar a sua tese, Arnaut avança com três argumentos. O primeiro parte da ideia de que o artigo 1161º do Código Civil, cuja epígrafe é *obrigações do mandatário*, não se aplica, manifestamente, ao mandatário forense, contrariamente ao que acontecia no Código Civil de 1867 que “continha uma regra *específica* quanto aos procuradores e advogados,

⁶² É, de facto, esta a regra que resulta da aplicação do regime da Representação às matérias que digam respeito ao mandato com representação.

responsabilizando-os por «perdas e danos» no caso de abandono do mandato sem tomarem as providências ali prescritas (art. 1362º).” O seu segundo argumento assenta na ideia de que as obrigações a que o advogado está sujeito para com o seu cliente no exercício da sua actividade não resultam do contrato que celebrou com ele, mas sim da violação dos deveres deontológicos previstos pelo Estatuto da Ordem dos Advogados. Seria, pois, da violação destes deveres que resultaria a responsabilidade civil do advogado e a consequente obrigação de indemnizar o seu cliente. Para o jurista, o que se acaba de dizer é claro, até porque, esclarece, “o cliente, ao passar a procuração, ou incumbir o advogado de qualquer assunto, sabe, em regra, que ao fazê-lo, o advogado está sujeito aos deveres ético-profissionais decorrentes da sua função, *não lhe impondo* um dever concreto de agir deste ou daquele modo, como sucede com o vulgar procurador.” Por último, este autor alerta para a ideia de que a advocacia é uma profissão com interesse público, pelo que a responsabilidade do advogado só pode resultar da violação dos deveres deontológicos que são erigidos em função daquele interesse e tanto assim é que “a responsabilidade civil do advogado acompanha sempre a sua responsabilidade disciplinar, pois esta é o pressuposto e o fundamento daquela.”⁶³

Na margem oposta, ou seja, do lado dos autores que defendem a qualificação da responsabilidade civil do advogado como contratual, encontramos Orlando Guedes da Costa, o qual é peremptório ao afirmar que a “responsabilidade civil em que o Advogado incorre para com o cliente não pode ser senão contratual”⁶⁴; e nós tendemos a concordar com ele. Inerente à representação forense haverá sempre um vínculo contratual a ligar o advogado e o cliente, pelo que a responsabilidade que surgir fruto da violação das obrigações decorrentes desse vínculo não poderá ser senão contratual.

Assim, nos casos em que a relação entre cliente e advogado resulta da celebração de um contrato de mandato, a questão parece-nos simples e destituída de dúvidas. O mesmo acontece no caso de mera consulta, em que, segundo Moitinho de Almeida, “o advogado age dentro dos parâmetros do contrato de mandato, [...] uma vez que, neste caso, o advogado se obriga a prestar ao cliente e por conta do mesmo o acto jurídico que denominados consulta.”. Repare-se que, mesmo que não se admitisse a existência de um

⁶³ ANTÓNIO ARNAUT, *Iniciação à Advocacia - História, Deontologia, Questões Práticas*, 11ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 170.

⁶⁴ ORLANDO GUEDES DA COSTA, *Direito Profissional do Advogado - Noções Elementares*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008, p. 397.

contrato de mandato, facilmente se identificaria um contrato de prestação de serviços, pelo que a responsabilidade seria, ainda assim, contratual.

Entendemos, ainda, que a mesma ordem de ideias vale para os casos em que temos não um contrato de mandato ou uma mera consulta, mas sim uma nomeação oficiosa. Diz-nos Moitinho de Almeida que no “caso de nomeação oficiosa, porque não há qualquer contrato, a responsabilidade civil do advogado é sempre e apenas a extracontratual.”⁶⁵ Porém, apesar de admitirmos que, nos casos de nomeação oficiosa, a relação entre advogado e cliente não se baseia, propriamente, num contrato, a verdade é que o mandatário assume uma obrigação em sentido técnico no contexto da qual “não pode deixar de se exigir o mesmo conjunto de obrigações do patrono ou do defensor para com o patrocinado oficiosamente, pois a prestação de serviços pelo Advogado está enformada pelas mesmas regras num e no outro caso.”⁶⁶

Em suma, importa referir que não afastamos – nem poderíamos fazê-lo – a possibilidade de o advogado incorrer perante o seu cliente em responsabilidade civil extracontratual, até porque será neste tipo de responsabilidade civil que o advogado incorrerá sempre que praticar um “facto ilícito lesivo dos interesses do seu constituínte”⁶⁷, exteriores à relação contratual, de que é exemplo o caso do advogado que “conduz, no seu automóvel, a caminho do tribunal, o seu constituínte ou o seu patrocinado oficiosamente, e culposamente dá causa a um acidente de viação.”⁶⁸ Este é um caso que não suscita dúvidas quanto à aplicação do regime da responsabilidade extracontratual. Com efeito, a posição de que nos queremos, sobretudo, afastar é a defendida por António Arnaut, para quem a responsabilidade civil do advogado só pode ser extracontratual, independentemente de existir entre o advogado e o seu cliente um vínculo contratual. Contrariamente, defendemos que sempre que a responsabilidade do advogado resultar da violação de uma das obrigações erigidas como consequência do vínculo contratual que une ambas as partes, ela terá, obrigatoriamente, de ser contratual.

⁶⁵ MOITINHO DE ALMEIDA, *Responsabilidade Civil dos Advogados*, pp. 11-12.

⁶⁶ ORLANDO GUEDES DA COSTA, *Direito Profissional do Advogado - Noções Elementares*, p. 397. A responsabilidade contratual não decorre apenas de violação de obrigações emergentes de contratos, mas também de obrigações legais ou de negócios jurídicos unilaterais. Neste sentido, contesta-se a designação *responsabilidade civil contratual*, havendo quem proponha como designação alternativa *responsabilidade civil obrigacional*.

⁶⁷ MOITINHO DE ALMEIDA, *Responsabilidade Civil dos Advogados*, p. 13.

⁶⁸ ORLANDO GUEDES DA COSTA, *Direito Profissional do Advogado - Noções Elementares*, p. 398. O que está em causa é a violação de um direito absoluto, que não tem qualquer relação com as obrigações contratualmente assumidas pelo advogado.

III – A Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Advogado

1. A doutrina da perda de chance – considerações introdutórias

Apesar de ainda pouco tratada entre nós, a doutrina da perda de chance é bastante conhecida e aplicada em diversos ordenamentos jurídicos, entre os quais se destacam o francês e italiano. Quanto à origem da supracita doutrina, a opinião dos autores é unânime: as suas raízes encontram-se em França e remontam ao final do século XIX, altura em que a *Cour de cassation* lavrou um acórdão que condenou um oficial de justiça ao pagamento de uma indemnização pela perda da possibilidade de prossecução de um processo judicial e que culminou na impossibilidade do lesado obter ganho de causa. A doutrina da perda de chance resulta, assim, de uma construção jurisprudencial, o que para Júlio Gomes não é motivo de surpresa, pois, segundo o autor, “a jurisprudência é o motor do desenvolvimento da responsabilidade civil em França, muito mais do que o legislador ou a doutrina.”⁶⁹

Embora tendo tido origem em casos de responsabilidade civil profissional no âmbito do patrocínio judiciário, o conceito foi sendo estendido a outras áreas, visão, aliás, sufragada por Rui Cardona Ferreira ao referir que o conceito foi sendo “paulatinamente alargado aos mais diversos domínios de aplicação, tendo a jurisprudência francesa admitido que a indemnização pela perda de chance tenha [tido] 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 funções.”⁷⁰ Com efeito, para a sua proliferação muito contribuiu a possibilidade da doutrina da perda de chance poder “ser convocada para a resolução de qualquer hipótese em que um comportamento potencialmente gerador de responsabilidade provoca o malogro de uma possibilidade (*chance*) de obter, no futuro, uma vantagem ou de evitar uma desvantagem.”

Assim, a perda de chance tem sido convocada para a resolução de situações em que ocorre a perda de um ganho, por exemplo em casos como o do jovem que se preparava para participar num concurso televisivo, mas que, em virtude de ter ficado gravemente

⁶⁹ JÚLIO GOMES, “*Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*”, in «*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*», Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 301.

⁷⁰ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 113.

ferido num acidente causado culposamente por outrem, não consegue comparecer e acaba por perder a possibilidade de obter determinado prémio. A figura tem também sido chamada a dar soluções a casos de perda de sobrevivência ou cura, em contexto médico, de que é exemplo o caso do indivíduo que entra no serviço de urgências e que, em virtude de um mau procedimento médico, perdeu as chances de cura e/ou sobrevivência. Finalmente, e como já referimos, encontram-se os casos de perda de chances processuais, nomeadamente, quando o cliente vê gorada a possibilidade de obter ganho de causa, em consequência do seu advogado não ter interposto atempadamente o competente recurso. Este último conjunto, realce-se, é o que maior interesse tem para a nossa dissertação, na medida em que é nele que se incluem os casos de responsabilidade civil resultantes da conduta do advogado.

Ora, a análise de todos estes grupos de casos permitiu à jurisprudência francesa a identificação de determinados traços comuns que logo passaram a ser assumidos como pressupostos da ressarcibilidade do dano da perda de chance. Assim, em primeiro lugar, para que o dano da perda de chance seja indemnizado tem de existir um evento futuro, cuja verificação não surge como certa. Na verdade, sabe-se apenas que aquele resultado poderá consistir “na obtenção de uma vantagem – “aquisição de um valor” – ou na não concretização de uma desvantagem – “evitar um mal.”⁷¹ Depois, exige-se que, apesar da incerteza quanto à verificação do resultado, a possibilidade de o obter seja séria e real. Neste seguimento, segundo Rui Cardona Ferreira, “para que a perda de chance seja indemnizável, não basta a constatação da prévia existência, numa qualquer medida, da oportunidade ou da possibilidade de obtenção de um evento favorável ou vantagem por parte do lesado [...] que tenham sido destruídas em resultado do facto lesivo ocorrido. Para tal, é ainda necessário que a concretização da *chance* se apresente com um grau de probabilidade ou verosimilhança razoável e não com carácter meramente hipotético.”⁷² Tal exigência compreende-se se tivermos em conta que a certeza é uma das características indispensáveis à ressarcibilidade do dano. Ora, se assim é, nunca se poderá admitir que, por meio da indemnização da perda de chance se ressarcissem danos meramente eventuais ou hipotéticos. Por último, exige-se ainda, como não poderia deixar de ser, que tenha

⁷¹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 187-199.

⁷² RUI CARDONA FERREIRA, “*A Perda de Chance - análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*”, in «*O Direito*», n.º. I, Ano 144º, Almedina, 2012, p. 32.

ocorrido, por parte do agente, um comportamento ilícito que seja susceptível de o fazer incorrer em responsabilidade civil e a cuja ocorrência se fica a dever a fatal e definitiva impossibilidade do lesado vir a obter o resultado positivo.

Em França, o dano da perda de chance afirma-se como sendo um dano autónomo. Com efeito, nas palavras de Júlio Gomes, de acordo com a perspectiva francesa, a perda de chance seria “uma forma de prejuízo cujo objecto consiste no desaparecimento de uma chance preexistente (definida como uma probabilidade não verificada mas também não meramente hipotética, que constitui um elemento do património).”⁷³ A ideia inerente à perda de chance é a de responsabilizar o lesante pelo facto de o seu comportamento ilícito e culposo ter privado alguém de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Nestes termos, o que se quer indemnizar não é a perda da vantagem esperada (até porque a sua verificação era aleatória), mas sim a perda da possibilidade de obter a referida vantagem ou de evitar o referido prejuízo. De facto, não é de estranhar que a doutrina da perda de chance encontre em solo francês um espaço fértil de aplicação. Para tanto, contribuiu, nas palavras de Rui Cardona Ferreira “a circunstância de o *Code Civil* ter consagrado uma cláusula aberta em matéria de responsabilidade civil delitual, assente na noção de *faute*”, bem como o facto de vigorar “o repúdio das consequências decorrentes de uma aplicação linear e cega da teoria da *conditio sine qua non*.”⁷⁴

Não obstante estar perfeitamente cimentada no ordenamento jurídico francês, a transposição da doutrina da perda de chance para o ordenamento jurídico português não é pacífica entre os nossos autores. Em causa está a aparente incompatibilidade da referida doutrina com o entendimento que vigora em Portugal relativamente a dois dos pressupostos da responsabilidade civil: o do dano; e o do nexos de causalidade. É, portanto, ao estudo do impacto que a doutrina da perda de chance tem na análise destes pressupostos que nos vamos dedicar em seguida, procurando evidenciar as reticências manifestadas pela maior parte dos autores portugueses que se dedicaram ao estudo da questão.

⁷³ JÚLIO GOMES, “*Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*”, p. 301.

⁷⁴ RUI CARDONA FERREIRA, “*A Perda de Chance - análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*”, p. 37.

2. A perda de chance e os pressupostos do dano e do nexo de causalidade

Como já referimos, não pode afirmar-se que haja, em Portugal, uma tendência para a aplicação da doutrina da perda de chance. Para tanto contribui, como bem refere Júlio Gomes, o facto de “a própria terminologia “perda de chance” já [ser] algo equívoca para um jurista português, porquanto parece brigar com a afirmação generalizada de que a mera perda de expectativas não representa um dano indemnizável.”⁷⁵

Como vimos anteriormente, no ordenamento jurídico português, o dano é um pressuposto incontornável da responsabilidade civil. A obrigação de indemnizar está intimamente ligada à existência de um dano e é desta exigência que resulta, aliás, clara a natureza preventiva ou ressarcitória do nosso sistema de responsabilidade civil. Acontece, porém, como já tivemos oportunidade de referir, que o nosso Código Civil não avança com uma definição de dano, pelo que este conceito foi sendo definido pela doutrina com recurso a diferentes classificações⁷⁶. Todavia, no âmbito do estudo da perda de chance, importa, sobretudo, a distinção efectuada, no art. 564º, nº. 1 do CCiv, entre danos emergentes e lucros cessantes.

Ora, da análise das diversas classificações doutrinárias de dano, torna-se patente a dificuldade de enquadrar a perda de chance em qualquer uma delas, sendo ainda mais evidente a dificuldade em qualificá-la como um dano emergente ou um lucro cessante. Os autores que assumem a perda de chance como um dano autónomo tendem a enquadrá-la nos danos emergentes, ou seja, a entendê-la como um prejuízo nos bens ou direitos já existentes no património do lesado aquando da ocorrência do facto lesivo. Como tal, a chance seria “um elemento actual do património de quem tem a expectativa de um resultado futuro útil, mas incerto.”⁷⁷ Por conseguinte, importa perceber em que medida é que, entre nós, a chance integra o património jurídico do lesado. Ora, segundo Rui Cardona Ferreira, “um dos requisitos normalmente exigidos para a determinação das relações ou situações jurídicas que integram o património de um certo sujeito é a sua susceptibilidade de avaliação pecuniária.”⁷⁸ No mesmo sentido parece seguir Paulo Mota Pinto, quando afirma que “só fazem parte do património as relações jurídicas susceptíveis de avaliação

⁷⁵ JÚLIO GOMES, “*Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*”, p. 303.

⁷⁶ Remetemos o estudo das referidas classificações para o ponto 1.2.1, da primeira parte da nossa tese.

⁷⁷ JÚLIO GOMES, “*Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*”, p. 309.

⁷⁸ RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade civil do mandatário forense)*, p. 1311. Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>.

pecuniária.” De facto, para este autor, “esta pecuniaridade pode resultar do *valor de troca* do direito, por este ser alienável mediante uma contraprestação, ou do *valor de uso*, traduzido em o direito, não sendo embora permutável, proporcionar o gozo de um bem, material ou ideal, que só se obtém mediante uma despesa.”⁷⁹ Ora, para Rui Cardona Ferreira, estes critérios não se conciliam com a classificação da chance como dano patrimonial, na medida em que está excluída “a hipótese de atribuir um *valor de uso* à perda de chance de ganho de uma acção judicial”. Além disso, “também não parece que deva reconhecer-se-lhe um *valor de troca*, susceptível de ser determinado segundo as regras a que obedece o normal funcionamento de um mercado.”⁸⁰

Outra das críticas erigida contra o carácter autónomo do dano da perda de chance prende-se com o facto de se entender que a referida autonomia é posta em causa mesmo pelos seus defensores: são estes quem “acaba por admitir, em sede de cálculo desse dano, que o mesmo depende da verificação e da extensão do dano final, que é, de algum modo, antecipado pela perda de chance.” Quanto a esta questão, destacamos as posições de Júlio Gomes e Rui Cardona Ferreira. O primeiro é peremptório ao afirmar que “o prejuízo de perda de chance não pode ser autonomamente avaliado”⁸¹, na medida em que não existe uma independência absoluta entre o dano final e o dano da perda de chance. Por sua vez, Cardona Ferreira realça que mesmo quem classifica o dano da perda de chance como autónomo, no momento da determinação do montante da indemnização, “não deixa de reconhecer que aquele há de ter como referência o valor do dano final.”⁸² De facto, quem opta por autonomizar o dano da perda de chance defende que o cálculo daquele deve ter por base uma dupla-avaliação: a primeira relativa ao ganho que se obteria se se tivesse verificado o resultado final; a outra à probabilidade de alcançar o referido ganho. Com efeito, segundo Rute Teixeira Pedro, o *quantum* da indemnização corresponderia “ao valor daquela utilidade reduzida em proporção a um coeficiente que traduzisse o grau desta

⁷⁹ PAULO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, 2005, p. 345.

⁸⁰ RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade civil do mandatário forense)*, p. 1312.

⁸¹ JÚLIO GOMES, “*Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*”, p. 311.

⁸² RUI CARDONA FERREIRA, “*A Perda de Chance - análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*”, p. 33.

probabilidade.”⁸³ Ora, se o cálculo do dano da perda de chance não é independente do dano final, não se vê como pode considerar-se aquele como autónomo.

Outro dos argumentos que suportam a recusa da qualificação da perda de chance como dano autónomo é consequente da consideração de que tal configuração pode levar a resultados francamente injustos. Concretizando⁸⁴: pense-se no caso em que se destruiu um bilhete de lotaria; com a sua destruição, ficou também irremediavelmente afastada a chance de obter o prémio; acontece que, no momento do julgamento, se prova que o bilhete destruído não era, afinal, o premiado; ora, quem admite a perda de chance como um dano autónomo, defenderia, ainda assim, que como a chance foi destruída, e consistindo ela num dano autónomo em relação ao dano final, a mesma deveria ser ressarcida. Não consideramos, porém, tal cenário como sendo justo, visto que o lesante estaria a ser chamado a indemnizar a perda de uma vantagem que, soube-se entretanto, nunca seria alcançada. É por todos os motivos avançados que estamos em crer, a par de Cardona Ferreira, não estar “em causa um valor patrimonial próprio, mas simplesmente uma *fracção* ou *antecipação* de lucros cessantes relativamente incertos.”⁸⁵

Paralelamente aos que entendem que a problemática da perda de chance gira em torno do dano, surgem os que a têm como um problema que se coloca no plano da causalidade⁸⁶, convocando, assim, outro pressuposto da responsabilidade civil: o do nexo de causalidade. Quanto a este ponto, refere Júlio Gomes que a “aceitação do dano de perda de chance não representa uma alteração no sistema de responsabilidade civil vigente, mas constitui antes uma ruptura significativa com a noção de causalidade, comumente aceite.”⁸⁷ É, portanto, ao estudo das implicações que resultariam da aceitação do dano da perda de chance para o nosso entendimento da causalidade que nos vamos agora dedicar.

Vimos anteriormente que o art. 563º do CCiv consagra a chamada teoria da causalidade adequada, a qual, segundo Cardona Ferreira, se baseia “na ideia de que apenas

⁸³ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, p. 230.

⁸⁴ Seguimos, neste ponto, o exemplo avançado por Júlio Gomes. JÚLIO GOMES, ““*Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*”, p. 311.

⁸⁵ RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade civil do mandatário forense)*, p. 1313.

⁸⁶ É o caso, entre nós, de Álvaro Dias, para quem “o que pode ser objecto de discussão não é a questão de saber se a ‘perde de chance’ é ou não um dano mas antes aquela outra de indagar, reportando-nos à realidade em análise, se a actuação lesiva do agente foi ou não causa adequada à ocorrência da situação danosa invocada.” ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal - Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 252.

⁸⁷ JÚLIO GOMES, “*Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*”, p. 321.

devem ser imputados à pessoa obrigada à indemnização os danos mais distantes, resultantes da ocorrência causadora da responsabilidade, quando os mesmos, no momento do acontecimento do incidente, não pareçam ser completamente improváveis do ponto de vista de um observador experiente.”⁸⁸ Daqui decorre que a obrigação de indemnizar não tem de compreender os danos verificados apenas em virtude e por força de circunstâncias anormais e invulgares que concorreram no encadeamento causal. O grande problema que se coloca neste contexto é que o da teoria da causalidade adequada ter na sua base a verificação de uma *conditio sine qua non*, e esta, como vimos, ser muito difícil de verificar no âmbito da perda de chance. Assim é, pois se o resultado final é aleatório, não se pode afirmar que o comportamento do agente foi a *conditio sine qua non* da sua perda. Deste modo, se falha o nexos causal entre o comportamento lesivo e o resultado, não se pode reconhecer uma indemnização pela perda desse resultado. Foi por terem em conta estas considerações que, e na tentativa de contornar a dificuldade quanto à prova da existência de um nexos de causalidade, alguns autores propuseram que se visse o problema de um outro prisma. Entre eles está Rute Teixeira Pedro, que admite que “se se mudar o ângulo de visão e se tomar como objecto de análise, não o resultado final, mas as possibilidades existentes de ele ser atingido, a resposta quanto ao nexos causal será distinta”⁸⁹. Na realidade, no caso de se tomar em consideração não a vantagem desejada, mas sim a perda da possibilidade de a obter, já será legítimo afirmar que foi o comportamento do agente a causa da verificação do dano. Por seu turno, Cardona Ferreira, defende que a indemnização pela perda de chance só pode ser construída “através da admissibilidade de uma modelação do critério de causalidade com base na ideia de *criação* ou *elevação* ilícita de um risco de materialização do dano final (o único, quanto a nós, a indemnizar, ainda que apenas parcialmente).”⁹⁰

Porém, e do nosso ponto de vista, estas soluções não podem ser aceites, na medida em que tendem a aligeirar a ligação entre dano e comportamento ilícito e culposos que deve existir no nexos causal. De facto, aquilo que nos parece é que, dada a dificuldade de provar a relação entre o comportamento ilícito e o resultado danoso, fruto da intrínseca

⁸⁸ RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade civil do mandatário forense)*, p. 1316.

⁸⁹ RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A Responsabilidade Civil do Médico - Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, p. 203.

⁹⁰ RUI CARDONA FERREIRA, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade civil do mandatário forense)*, p. 1325.

aleatoriedade e incerteza deste, considera-se um dano “antecipado” (a perda de oportunidade de alcançar o resultado final desejado), em relação ao qual é possível um nexo de causalidade com o comportamento ilícito. Todavia, quando se determina o montante indemnizatório, este é determinado por apelo àquele resultado final desejado, cuja impossibilidade de alcançar não se consegue demonstrar ser o resultado adequado do evento lesivo. Ou seja, a consideração da perda de chance parece traduzir-se, afinal, num expediente que visa indemnizar danos cujo nexo de causalidade não é adequadamente comprovável.

Ora, ainda que não sejamos alheios ao facto de a própria teoria da causalidade adequada ter por base juízos de probabilidade, ao seleccionar de entre as várias condições *sine qua non* aquela que vai considerar adequada, a verdade é que este juízo é visto como um meio de atingir uma certeza. Acontece que, no âmbito da perda de chance, o factor aleatório é ainda mais evidente, tornando-se mais difícil fazer a ponte entre a probabilidade e a certeza do dano. Assim, entendemos que a solução para contornar as dificuldades de prova do nexo de causalidade não pode passar por antecipar um dos seus elementos – o dano, sob pena de admitirmos a concessão de indemnizações em casos em que a causalidade seria irremediavelmente incerta.

Terminadas estas considerações, importa agora saber qual é a opinião da doutrina quanto à admissibilidade da figura da perda de chance no ordenamento civil português. É a tarefa a que nos propomos em seguida.

3. A perda de chance na doutrina portuguesa

Apesar de não ser uma temática muito desenvolvida na dogmática portuguesa, a verdade é que alguns autores nacionais já prestaram contributos ao estudo da doutrina da perda de chance. Dentro deste núcleo, ainda reduzido, já é possível descortinar quem se apresenta favorável à introdução da doutrina no nosso sistema de responsabilidade civil, e quem, ao contrário, mantém algumas reticências quanto a essa possibilidade.

Assim, no seio dos que ainda se mostram reticentes quanto à aplicação da doutrina da perda de chance no direito português, destacamos Júlio Gomes e Paulo Mota Pinto. De acordo com o primeiro, o “reconhecimento do dano da perda de chance insere-se numa tendência para a ampliação gradual do dano ressarcível, mas coloca um sem número de problemas, quer ao nível conceptual, quer ao nível prático.” Prossegue o mesmo autor,

referindo que, todavia, “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 o plano da causalidade.” De facto, este autor tende a colocar o tónica no plano da causalidade, uma vez que defende que “em rigor, a justificação da reparação da perda de chance só é possível numa concepção da causalidade que, tendo em conta a complexidade do real, reconhece na produção dos fenómenos a combinação da lei causal com a lei aleatória.” Porém, na sua opinião, a perda de chance surge como que a antecipar um dano hipotético e, portanto, impossível de provar. Ora, é justamente neste sentido que ela não pode inserir-se no nosso sistema, na medida em que ela “não se enquadra no nosso conceito de lucro cessante, que assenta na demonstração da verosimilhança ou probabilidade dessa perda, nem no dano emergente, tal como é entendido em Portugal.” Júlio Gomes é, portanto, categórico quando afirma que “a mera perda de uma chance não terá, em geral, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória.”⁹¹

Também no sentido da não aceitação da doutrina no ordenamento jurídico português parece seguir Paulo Mota Pinto. Este começa por referir que o “fundamento comum de todos os casos é a tentativa de não deixar escapar das “malhas” da ressarcibilidade a lesão sofrida devido a uma incerteza, mesmo *ex post*, sobre qual teria sido a evolução dos acontecimentos (relevante para efeitos de causalidade ou de quantificação do dano).” Ainda assim, Paulo Mota Pinto mostra-se reticente quanto à possibilidade de ressarcir o dano da perda de chance, sobretudo, quando confrontado com a possibilidade de ver o lesante transformado “*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 correctiva.” Deste modo, termina dizendo que “não parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chances.”⁹²

Por seu turno, por entre os autores nacionais que se mostram receptivos quanto à admissibilidade da doutrina da perda de chance temos, nomeadamente, Álvaro Dias, para quem a perda de chance “é um dano tão digno de indemnização como qualquer outro.” A

⁹¹ JÚLIO GOMES, “*Em Torno do Dano da Perda de Chance - Algumas Reflexões*”, pp. 305-323.

⁹² PAULO DA MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 1103-1106.

sua ressarcibilidade depende apenas de se conseguir “fazer prova de todos os requisitos ou pressupostos da obrigação de indemnizar, com destaque especial para a certeza do dano que se invoca e o nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano.” Para este autor, a chave para assegurar a certeza do dano da perda de chance estaria em configurar esta como “uma lesão do direito à integridade ou incolumidade do património do respectivo titular”⁹³, pois, dessa forma, já poderíamos associar à perda de chance um dano certo.

Já Almeida Costa, surge de forma bem mais discreta a assumir a ressarcibilidade do dano da perda de chance. Fá-lo quando, referindo-se aos lucros cessantes, diz que “entre os prejuízos reparáveis, [cabe], em certos termos, a perda de uma oportunidade.”⁹⁴ Por último, destacamos a posição de Sinde Monteiro, o qual começa por defender que “o carácter de dano indemnizável da *perte d'une chance* não é hoje seriamente contestado pela doutrina francesa e também entre nós nada parece opor-se à sua ressarcibilidade.”⁹⁵ Todavia, concordamos com Cardona Ferreira quando este, em alusão ao pensamento de Sinde Monteiro, o contraria dizendo que é uma “asserção que nos parece longe de estar demonstrada”⁹⁶. Assim consideramos também, dado que, já dissemos anteriormente, não é assim tão pacífica a tarefa de enquadrar a doutrina da perda de chance nos pressupostos da responsabilidade civil, pelo menos, de acordo com a forma como eles são tratados pelos nossos teóricos.

Terminada esta breve incursão pela doutrina portuguesa que se dedicou ao estudo da perda de chance, é tempo agora de analisá-la pelo prisma da jurisprudência e perceber em que medida ela aplica a teoria da perda de chance.

4. A perda de chance na jurisprudência portuguesa

À semelhança do que acontece na doutrina portuguesa, também na jurisprudência o tema da perda de chance tende a passar algo despercebido. Todavia, é uma tendência que tem vindo a ser alterada, sobretudo, nos últimos anos. De facto, temos assistido recentemente à proliferação do número de acórdãos que convocam a problemática da ressarcibilidade do dano da perda de chance, essencialmente, no que concerne aos campos

⁹³ ÁLVARO DIAS, *Dano Corporal - Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, p. 253.

⁹⁴ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 597.

⁹⁵ SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 297.

⁹⁶ RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)*, p. 229.

da responsabilidade civil médica e da responsabilidade civil forense. Por conseguinte, torna-se clara a importância de observar aquele que tem sido o entendimento da jurisprudência quanto à admissibilidade da indemnização do dano da perda de chance. Para isso, recorreremos a alguns acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça relativos a casos de responsabilidade civil do advogado e daremos especial enfoque àquelas que foram as decisões tomadas pela dita instância. Atente-se, porém, que reduzimos a nossa procura à área da responsabilidade civil do advogado por ser, como sabemos, o núcleo temático da nossa dissertação. Avancemos.

Num acórdão datado do dia 29 de Abril de 2010, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se, em sede de recurso, sobre um caso de responsabilidade civil de um mandatário forense, com origem na não alegação de um recurso, por parte deste. Esta omissão redundou na impossibilidade de o cliente ver revogada a sentença que o o havia condenado ao pagamento de uma indemnização. Quanto a este caso, o STJ começou por afirmar 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.”⁹⁷ Assim, para o colectivo de juízes, se “um recurso não foi 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 do recurso é sempre aleatório por depender das opções jurídicas, doutrinárias e jurisprudenciais dos julgadores chamados a reapreciar a causa.”⁹⁸ Ora, não tendo dado como provada a ligação causal entre o comportamento ilícito do advogado e o prejuízo sofrido pelo cliente, o STJ acabou por decidir que, no caso concreto, não poderia haver lugar à indemnização do dano da perda de chance ou da perda de oportunidade. Ainda no mesmo ano, a 26 de Outubro, aquele tribunal optou, novamente, por não indemnizar o dano da perda de chance. Desta feita, o mandatário forense do autor teria falhado a impugnação de um despedimento ilícito de que aquele teria sido alvo, vedando-lhe, dessa forma, a possibilidade de vir a obter uma indemnização. Lê-se no acórdão que, “a perda de chance em sentido jurídico não [podia] releva[r], no caso em apreciação, por contrariar o princípio da certeza dos danos e das regras da causalidade adequada.”⁹⁹ Acrescentou ainda que “perante os factos provados, a falta de instauração da acção de impugnação do despedimento colectivo não se trata[va] de

⁹⁷ Ac. do STJ, de 29/04/2010 (Processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1).

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ Ac. do STJ, de 26/10/2014 (Processo n.º 1410/04.0TVLSB.L1.S1).

uma situação em que a chance já estaria suficientemente densificada, para, sem se cair no arbítrio do tribunal, se poder falar numa quase propriedade ou num bem digno de tutela.”¹⁰⁰ Por outras palavras, como não se provou no caso concreto que o despedimento era ilícito, também não se conseguiu fazer prova do nexo de causalidade entre a actuação do advogado e o dano do cliente (ou seja, a perda da possibilidade de obter uma indemnização).

Entendimento diferente parece ter tido o mesmo tribunal em Março de 2011, ao afirmar, em acórdão, que “a chance, quando credível, é portadora de um valor de per si, sendo a respectiva perda passível de indemnização, desde logo quanto à frustração das expectativas que fundadamente nela se filiaram para o expectante.”¹⁰¹ Ora, erigindo a chance a um dano patrimonial autónomo, o STJ assumiu aquele como sendo passível de indemnização, contrariando assim aquela que vinha a ser a posição do mesmo tribunal em decisões anteriores.

Mais tarde, a 29 de Maio de 2012, o STJ julgou, em sede de recurso uma acção interposta contra um advogado com fundamento no prejuízo causado ao seu então cliente. Em causa estaria, uma vez mais, uma conduta omissiva do advogado que deixara desertar um recurso por falta de alegações, impossibilitando, desta forma, que o seu cliente tivesse obtido ganho de causa. Chamado a pronunciar-se sobre a possibilidade de indemnizar o referido dano a título de perda de chance, o tribunal negou-a, afirmando que a falta de alegação do recurso interposto “não podia, sem mais, indicar que se esse recurso fosse alegado, dali resultaria qualquer vantagem para a autora.”¹⁰² Entendeu, ainda, que a indemnização da perda de chance não encontra qualquer apoio legal no nosso direito constituído nem é compatível com o disposto no art. 563º do CCiv,

Posteriormente, em decisão proferida a 19 de Outubro de 2012, o mesmo tribunal negou novamente a indemnização da perda de chance por considerar que aquela doutrina “não tem apoio expresso na nossa lei civil, não tendo, em geral, virtualidade para fundamentar uma pretensão indemnizatória.”¹⁰³ Além do mais, acrescentou que o acolhimento da indemnização pela perda de chance faria o tribunal incorrer em puro arbítrio, na medida em que se desconhecia “se a censurável conduta do réu, descurando, é

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ Ac. do STJ, de 10/03/2011 (Processo n.º. 9195/03.0TVLSB.L1.S1).

¹⁰² Ac. do STJ, de 29/05/2012 (Processo n.º. 8972/06.5TBBRG.G1.S1).

¹⁰³ Ac. do STJ, de 18/10/2012 (Processo n.º. 5817/09.8TVLSB.L1.S1).

certo, em abstracto os interesses do ora autor, foi condição adequada ou até bem provável do dano arrojado.”¹⁰⁴

Ainda no mesmo ano, mas em sentido oposto ao que se havia defendido no acórdão que vimos anteriormente, o STJ optou por atribuir a indemnização pela perda de chance por entender que os “danos a ressarcir ao lesado, emergentes do cumprimento defeituoso do mandato forense, deverão corresponder à prestação devida, que o advogado não efectuou, com que fez perder ao mandante a ‘chance’ de evitar um prejuízo, no caso, de impedir a perda da indemnização negada pela sentença cujo recurso foi ilicitamente omitido.”¹⁰⁵

Já em 2013, o STJ conheceu, em sede de recurso, uma acção movida contra uma advogada que não teria apresentado o rol de testemunhas do seu cliente dentro do prazo legalmente exigido. Ora, a não apresentação de prova testemunhal teria impossibilitado o cliente de demonstrar a versão dos factos que tinha avançado na petição inicial, afastando, assim, de forma irremediável, a possibilidade de vir a obter ganho de causa. Na análise do STJ estaríamos perante “um prejuízo autónomo para aquele que, seguramente, nunca augurou que o inêxito da acção pudesse, alguma vez, derivar de tão flagrante negligência da sua advogada constituída.”¹⁰⁶ Como tal, considerou que em causa estaria o dano da perda de chance, sendo que, nestes casos, “aquilo que se indemniza não é o dano final, mas o dano ‘avançado’, constituído pela perda de chance.”¹⁰⁷ O cálculo deste dano, exigiria, pois, que se procedesse a uma dupla-avaliação: em primeiro lugar avaliar-se-ia o 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 aplica[ria] o valor percentual que representa o grau de probabilidade ao valor correspondente à avaliação do dano final.”¹⁰⁸

Através de um novo acórdão, datado de 1 de Julho de 2014, o STJ veio admitir a teoria da perda de chance, defendendo que esta “se deve colocar mais no campo da causalidade e não do dano.”¹⁰⁹ Assim sendo, haverá lugar à indemnização sempre que, por um lado, se prove que o comportamento do lesante foi determinante para a perda da chance

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ Ac. do STJ, de 4/12/2012 (Processo n.º 289/10.7TVLSB.L1.S1).

¹⁰⁶ Ac. do STJ, de 5/2/2013 (Processo n.º 488/09.4TBESP.P1.S1).

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Ac. do STJ, de 1/7/2014 (Processo n.º 824/06.5TVLSB.L2.S1).

e, por outro lado, desde que se esta se possa admitir como sendo uma chance “real, séria e não [como] uma mera eventualidade.” Neste mesmo sentido, surge um outro acórdão do STJ, de 30 de Setembro de 2014, pelo qual se verifica que a posição dos juízes admite a ressarcibilidade do dano da perda de chance, correspondendo este a um “dano (actual) autónomo consubstanciado numa frustração irremediável, por acto ou omissão de terceiro, de verificação de obtenção de uma vantagem que probabilisticamente era altamente razoável supor que fosse atingida ou na verificação de uma desvantagem que razoavelmente seria de supor não ocorrer não fosse essa omissão.”¹¹⁰

Ora, dos acórdãos supracitados podemos retirar, pelo menos, duas importantes conclusões: a primeira leva-nos a admitir que o tema da perda de chance e, em especial, a sua inclusão nos casos de responsabilidade civil do advogado tem sido progressiva e crescentemente abordado pela nossa jurisprudência; a segunda remete-nos para a comprovação de que a perda de chance é ainda uma temática que, à semelhança do que já acontecia no contexto da nossa doutrina, não colhe unanimidade no âmbito da nossa jurisprudência. O teor desta última afirmação torna-se patente, nomeadamente, na observação de que, se por um lado, há acórdãos que vêem a perda de chance como um dano autónomo, outros há que, por outro lado, negam a existência do mesmo, e defendem que a doutrina não é susceptível de ser enquadrada no nosso sistema de causalidade.

5. O caso particular da responsabilidade civil do advogado pela perda de chance

Para a maioria da doutrina, a obrigação assumida pelo advogado perante o seu cliente corresponde a uma obrigação de meios¹¹¹. Com efeito, entende-se que, através do contrato de mandato, o advogado compromete-se a agir diligentemente, direccionando todos os seus esforços para a obtenção do resultado desejado, ou seja, o sucesso da acção. Neste sentido, o advogado “põe à disposição do seu representado a sua competência profissional e o seu cabedal de experiência”¹¹², competindo-lhe decidir e providenciar os meios técnicos mais adequados para proporcionar ao cliente o sucesso da sua pretensão.

¹¹⁰ Ac. do STJ, de 30/9/2014 (Processo nº. 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1).

¹¹¹ Neste sentido, entre outros, MOITINHO DE ALMEIDA, *Responsabilidade Civil dos Advogados*, p. 16; AFONSO DE MELO, “*Responsabilidade Civil de Mandatário Judicial*”, in «*Boletim da Ordem dos advogados*», nº. 26, 2003, p. 26; ORLANDO GUEDES DA COSTA, *Direito Profissional do Advogado - Noções Elementares*, p. 399; e JÚLIO GOMES, “*Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance*”, in «*Cadernos de Direito Privado*», nº. 2, CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2012, p.19.

¹¹² AFONSO DE MELO, “*Responsabilidade Civil de Mandatário Judicial*”, p. 26.

Ora, quando o advogado não age diligentemente, ele não cumpre, no fundo, a prestação a que se obrigou, provocando, assim, um dano ao seu cliente: o dano da perda de oportunidade de ganhar a acção. É, justamente, neste contexto que surgem os casos de responsabilidade civil do advogado, que, segundo António Arnaut, podem ter origem numa acção ou numa omissão do advogado. De facto, na óptica do referido jurista, a responsabilidade civil do advogado tanto pode decorrer “[d]a circunstância do advogado ter escolhido procedimento judicial errado (acção de despejo em vez de reivindicação, foro administrativo em vez do tribunal comum), como [d]a de deixar de praticar um acto (não ter indicado testemunhas, ou interposto recurso nos respectivos prazos).” Não obstante poder resultar de uma acção ou omissão, necessário será sempre que esteja em causa um comportamento culposos do advogado. A este respeito, refere Arnaut que o advogado deve ser “responsabilizado se praticar um erro palmar, por incompetência, pois é de seu dever recusar uma causa para a qual não tenha capacidade.”¹¹³ A bem da verdade, quando o advogado falha, por exemplo, o prazo para interpor o recurso de uma decisão desfavorável ao seu cliente, ele falha, conseqüentemente e em termos concretos, o cumprimento da obrigação consagrada no art. 95º, nº.1, al. b) do EOA, o qual impõe ao advogado que estude com cuidado e trate com zelo a causa que lhe foi confiada pelo seu cliente. Ora, uma violação contratual desta monta não nos parece que deva passar incólume e muito menos que o cliente não seja, de alguma maneira, ressarcido dos prejuízos que possam ter resultado para si. A questão que se coloca é a que título se deve reconhecer ao cliente essa prerrogativa.

Uma das soluções avançadas pela doutrina remete, como vimos, para a aplicação da teoria da perda de chance. Todavia, como frisámos anteriormente, não nos parece que a perda de chance possa ser acolhida no nosso ordenamento jurídico nem, por conseguinte, que a mesma seja admissível em sede de responsabilidade civil do advogado. Tal posição não significa, porém, que não reconheçamos ao cliente lesado a possibilidade de ver ressarcidos os danos que a conduta do seu mandatário lhe possam ter causado. Neste cenário, a nossa solução passará não por reconhecer àquele uma indemnização pelo dano da perda de oportunidade, mas sim por lhe reconhecer uma indemnização por danos não patrimoniais. Assim é, porque entendemos, a par de Júlio Gomes, que o cliente, em virtude da conduta do seu mandatário, “sofrerá uma compreensível indignação pela ligeireza ou

¹¹³ ANTÓNIO ARNAUT, *Iniciação à Advocacia - História, Deontologia, Questões Práticas*, p. 171.

leviandade com que o seu caso foi tratado por um profissional, experimentará um sofrimento acrescido por não ter tido o ‘seu dia em tribunal’ para repor a justiça.”¹¹⁴ Como tal, deverá ser com base na indignação e no sentimento de injustiça criados no cliente que se deve fundamentar a obrigação de indemnização.

Ora, ao assumirmos a possibilidade de se ressarcirem os danos não patrimoniais em sede de responsabilidade civil contratual vamos ao encontro daquela que é a posição da doutrina e da jurisprudência maioritárias¹¹⁵. De facto, a jurisprudência tem entendido que para que os danos não patrimoniais sejam tutelados no âmbito da responsabilidade civil contratual basta que o dano seja considerado em si mesmo grave e que não tenha sido prevista no contrato uma sanção autónoma, destinada a aplicar-se aos casos de incumprimento.¹¹⁶ A opção por este entendimento parece-nos, com efeito, a mais justa. Do art. 789º do CCiv resulta que o devedor será responsável pelos prejuízos causados ao seu credor, decorrentes da falta culposa ao cumprimento da sua obrigação. Ora, no artigo não se faz referência nem a danos patrimoniais, nem a danos não patrimoniais, pelo que tendemos a admitir que não haverá motivo para se entender que os danos não patrimoniais não pudessem ser abrangidos por aquele. Optar por não indemnizar os danos patrimoniais em sede de responsabilidade contratual equivaleria, como bem exemplifica Galvão Telles, a “entender que o médico, sempre que está vinculado no exercício da sua actividade por um *contrato* (prestação de serviço) e dolosa ou culposamente deixa de cumprir ou cumprir mal as suas obrigações, causando por essas formas *danos morais* ao cliente, não seria responsável por tais danos.”¹¹⁷ O mesmo acontece, parece-nos, no caso do advogado que

¹¹⁴ JÚLIO GOMES, “*Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance*”, p. 29.

¹¹⁵ É a favor da compensação por danos não patrimoniais na responsabilidade contratual, entre outros, VAZ SERRA, “*Reparação do Dano Não Patrimonial*”, in «*Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, 1959, Lisboa, p. 102 e ss; ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações: Apontamentos*, 3ª Edição, AAFDL, Lisboa, 2010-2011, p. 112; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume II, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 256; PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 31-34; PINTO MONTEIRO, “*Sobre a Reparação dos Danos Morais*”, in «*Separata de: Revista Portuguesa de Dano Corporal*», ano 1.º, 1992, pp. 21-25; CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil - Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, p. 92.

Por sua vez, contra a compensação dos danos não patrimoniais na responsabilidade contratual está, nomeadamente, Antunes Varela, para quem só devem ser reparados os danos patrimoniais verificados no domínio da responsabilidade extracontratual, uma vez que não há, no seu entender, “entre esse sector da responsabilidade civil e a responsabilidade *ex contractu* analogia que justifique a extensão do campo de aplicação do art. 496º.” ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, p. 605.

¹¹⁶ Quanto à possibilidade de se reparem os danos patrimoniais em sede de responsabilidade civil contratual, considerem-se, designadamente, os acórdãos do STJ de 30/9/2014 (Processo n.º. 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1), de 9/9/2014 (Processo n.º. 77/09.3TBSVC.L1.S1); 29/4/2010 (Processo n.º. 2622/07.0TBPNF.P1.S1).

¹¹⁷ GALVÃO TELLES, *Direitos das Obrigações*, 7ª Edição (Revista e Actualizada), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 386.

falta culposamente a uma obrigação contratual. Em ambas as situações estaríamos a criar lacunas de punibilidade. Também para Menezes Leitão, optar por indemnizar os danos não patrimoniais em sede de responsabilidade contratual deve ser o caminho a seguir. Segundo o jurista, “não só não se justifica tratar de forma diferente o lesante apenas porque violou uma obrigação e não um dever geral de respeito, como também não se compreende porque razão as legítimas expectativas do lesado em obter o ressarcimento integral dos danos há-de obter menor consideração em sede delitual do que em sede contratual.”¹¹⁸ Por sua vez, Pinto Monteiro defende que o art. 496º do CCiv se deve aplicar, por analogia, à responsabilidade contratual e que, mesmo que se entenda que não há entre a responsabilidade contratual e extracontratual elementos suficientes que sustentem a aplicação analógica daquele preceito legal “sempre poderá dizer-se que ao art. 496º está subjacente um *princípio* de alcance geral, princípio esse, ou cuja *ratio*, não vemos razão, *a priori*, para não *estender* à responsabilidade contratual.”¹¹⁹

Pelo exposto, defendemos que desde que o lesado consiga provar que, do comportamento ilícito do advogado, resultou para si um dano e desde que este se possa considerar, para efeitos do artigo 496º do Código Civil, suficientemente grave, ele deverá ser tido em conta na fixação da indemnização. Desta forma, tutelaremos os interesses do lesado, na medida em que, por meio da compensação, permitiremos que os prejuízos que sofreu sejam, de certo modo, atenuados e garantiremos ao lesante que a indemnização que este deverá suportar seja calculada atendendo a critérios de equidade. Cremos, portanto, que por esta via se conseguirão afastar do nosso ordenamento jurídico os casos em que os advogados, não obstante a sua conduta culposa, se vêem facilmente libertados da obrigação de indemnizar os seus clientes.

¹¹⁸ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, p. 256.

¹¹⁹ PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, p. 32.

IV – Considerações Finais

Começámos por referir, na nossa dissertação, que o instituto da responsabilidade civil se apresenta em constante desenvolvimento e mutação e que esta tendência em muito se deve à própria evolução sócio-económica. Afirmámos também que, fruto desta mesma evolução, se vão colocando mais e mais desafios ao instituto da responsabilidade civil, os quais, por norma, tendem a fomentar a sua aplicação a novos casos e a diferentes problemáticas. Foi, aliás, tendo como pano de fundo as novas problemáticas convocadas em sede de responsabilidade civil que enquadrámos a doutrina da perda de chance. A respeito desta e partindo sempre da ideia que a mesma visa responsabilizar o lesante pelo facto de o seu comportamento ilícito e culposo ter privado alguém de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, questionámos a possibilidade de a convocar para a resolução dos casos de responsabilidade civil do advogado. Para tanto, estudámos a relação que se estabelece entre o advogado e o seu cliente, através da celebração do contrato de mandato forense, e demos especial atenção às obrigações a que, por força do mesmo contrato, o advogado fica sujeito e cuja violação pode ocasionar a aplicação do regime da responsabilidade civil.

Aquando do estudo da doutrina da perda de chance concluímos que a mesma é insusceptível de adopção no nosso ordenamento jurídico, na medida em que colide com a forma como estruturamos dois dos pressupostos de que depende a obrigação de indemnizar. Com efeito, se, por um lado, tivemos oportunidade de verificar os motivos pelos quais não é acolhida, entre nós, a qualificação do dano da perda de chance como sendo um dano autónomo e susceptível de ser indemnizado, também pudemos, por outro lado, observar os entraves que a grande parte dos autores coloca quanto à compatibilização da teoria da perda de chance com o nosso entendimento de causalidade. Foram, no fundo, estas as razões que nos levaram a defender a não adequação da doutrina da perda de chance ao sistema jurídico português e, conseqüentemente, a sua inaptidão para resolver os casos de responsabilidade civil do advogado.

Apesar do anteriormente exposto, não podemos ficar alheios ao número de acções que chegam aos nossos tribunais em resultado dos danos sofridos por clientes, decorrentes do não cumprimento por parte dos seus advogados dos deveres a que estes estavam adstritos perante eles. De facto, ficou claro que se exige aos advogados uma especial

diligência na condução das causas que os seus clientes lhes confiam, pelo que quando tal diligência não se verifica e dessa falha resultam prejuízos para os clientes, os mesmos terão de ser reparados. Porém, ao invés de assumirmos, nestas situações, a existência de um dano pela perda de chance, que aqui seria, como frisámos anteriormente, a perda da possibilidade de obter ganho de causa, optámos por colocar a questão num plano diferente e admitir que há, isso sim, um dano não patrimonial, traduzido no sofrimento e na indignação experimentados pelo cliente em virtude do comportamento ilícito e culposos do seu advogado mas também, e sobretudo, no sofrimento causado pela frustração antecipada da possibilidade de obter um ganho ou evitar um prejuízo.

Em suma, cremos que ainda há um longo caminho a percorrer no sentido da aceitação plena da doutrina da perda de chance no direito nacional, apesar de, não o negamos, encontrar um crescente acolhimento jurisprudencial, sobretudo no âmbito da responsabilidade forense. Ainda assim, e não querendo com isto menosprezar o contributo da jurisprudência, entendemos que compete à doutrina estudar de forma mais exaustiva e aprofundada o conceito de perda de chance, densificando-o e esclarecendo em que moldes é que ele deve ser estruturado. Julgamos, pois, que só desta forma será possível criar em torno daquele conceito a base jurídico-normativa necessária à sua implementação no nosso ordenamento jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Luís Vasconcelos, “*O Estatuto da Ordem dos Advogados e a Relação entre Mandante e Mandatário Judicial*”, in «*Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, Lisboa, 2002.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II – Conteúdo. Contratos de Troca*, Almedina, Coimbra, 2007.

ALMEIDA, Luís Pedro M. Moitinho de, *Responsabilidade Civil dos Advogados*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

ARNAUT, António, *Iniciação à Advocacia – História, Deontologia, Questões Práticas*, 11ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 10ª Edição: Reelaborada; Almedina, Coimbra, 2006.

COSTA, Orlando Guedes da, *Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 2008.

DIAS, Álvaro, *Dano Corporal – Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001.

FERREIRA, Rui Cardona “*A Perda de Chance – análise comparativa e perspectivas de ordenação sistemática*”, in «*O Direito*», nº. I, Ano 144º, Almedina, 2012.

FERREIRA, Rui Cardona, *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Chance (Em Especial na Contratação Pública)*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

FERREIRA, Rui Cardona, *A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade civil do mandatário forense)*,

Disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7Bc8303c60-83ae-4dbf-af6a-cf29f1c61ba4%7D.pdf>.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil: o Método do Caso*, Almedina, Coimbra, 2006.

GIRÃO, Irene de Seíça, *O Mandato de Interesse Comum*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1997.

GOMES, Júlio, “*Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance*”, in «*Cadernos de Direito Privado*”, nº. 2, CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2012.

GOMES, Júlio, “*Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*”, in «*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Anónio Castanheira Neves*», Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

GOMES, Manuel Januário da Costa, *Contrato de Mandato*, AAFDL, 1990.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, “*Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*”, in «*Caderno de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos*, Lisboa, 1968.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *O Mandato Sem Representação*, Lisboa, 1961.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações – Contratos em Especial*, Volume III, 9ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014.

LEITÃO, Luís Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, Volume II, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006.

LIMA, Pires/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4ª Edição: Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

MAGALHÃES, Fernando Sousa, *Estatuto da Ordem dos Advogados – Anotado e Comentado*, 9ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito das Obrigações: Apontamentos*, 3ª Edição, AAFDL, Lisboa, 2010-2011.

MELO, Afonso de, “*Responsabilidade Civil de Mandatário Judicial*”, in «*Boletim da Ordem dos advogados*», nº. 26, 2003.

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990.

MONTEIRO, António Pinto, “*Sobre a Reparação dos Danos Morais*”, in «*Separata de: Revista Portuguesa de Dano Corporal*», ano 1.º, 1992.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, “*Responsabilidade Civil*”, in «*Separata da Revista de Direito e Economia*», nº. 2 (Julho/Dezembro), Universidade de Coimbra, Coimbra, 1978.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 18ª Edição: Revista e Actualizada, Ediforum, Lisboa, 2013.

PEDRO, Rute Teixeira, *A Responsabilidade Civil do Médico – Reflexões sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição (por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo da Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

PRATA, Ana, “*Responsabilidade Civil*”, in «*Themis – Revista de Direito*», Edição Especial, 2008.

SERRA, Adriano Pais da Silva Vaz, “*Reparação do Dano Não Patrimonial*”, in «*Boletim do Ministério da Justiça*, nº. 83, Lisboa, 1959.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7ª Edição (Revista e Actualizada), Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10ª Edição: Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2013.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 29/04/2010, processo n.º. 2622/07.0TBPNF.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 26/10/2014, processo n.º. 1410/04.0TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 10/03/2011, processo n.º. 9195/03.0TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 29/05/2012, processo n.º. 8972/06.5TBBERG.G1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 18/10/2012, processo n.º. 5817/09.8TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 4/12/2012, processo n.º. 289/10.7TVLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 5/2/2013, processo n.º. 488/09.4TBESP.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 1/7/2014, processo n.º. 824/06.5TVLSB.L2.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 9/9/2014, processo n.º. 77/09.3TBSVC.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão de 30/9/2014, processo n.º. 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1, disponível em www.dgsi.pt.