

A PROVA DA PERDA DE CHANCE PROCESSUAL

O acórdão do STJ n.º 2/2022 uniformizou jurisprudência no sentido de que o dano da perda de chance processual, fundamento da obrigação de indemnizar, deve ser consistente e sério, cabendo ao lesado a prova dessa consistência e seriedade.

O acórdão do STJ n.º 2/2022, no âmbito do processo n.º 34545/15.3T8LSB.LI.S2-A, uniformizou jurisprudência quanto à prova da perda de chance processual como dano autónomo, num caso de violação de deveres profissionais por parte de mandatário forense, por falta de apresentação de recurso.

Quer o acórdão recorrido quer o acórdão fundamento *sub judice* no caso admitiram a ressarcibilidade autónoma do dano da perda de chance processual, reconduzível à *perda da oportunidade/possibilidade de ganhar ou não perder* uma determinada ação (e não ao dano final de obtenção de um resultado desfavorável na ação), em razão do comportamento lesivo do mandatário que omite a apresentação de peças processuais num determinado juízo (*in casu*, alegações de recurso e requerimento probatório, respetivamente).

A contradição jurisprudencial recaía sobre a questão do ónus e da própria possibilidade de prova da perda da oportunidade de ganhar a ação (ou de a não perder):

- (i) O acórdão fundamento considerava não ser possível determinar o *grau de probabilidade da amplitude do êxito da ação*, não fosse a conduta lesiva do mandatário, pelo que impenderia sobre o réu o ónus de demonstrar que a não apresentação de certa peça processual seria absolutamente indiferente para o desfecho da ação, à luz do artigo 342.º, n.º 2, do CC. Na ausência dessa demonstração, deveria ser fixada uma indemnização a favor do lesado com recurso à equidade, artigo 566.º, n.º 3, do CC.
- (ii) O acórdão recorrido exigia ao autor a prova da *elevada probabilidade* de êxito da ação, à luz dos artigos 342.º, n.º 1 e 564.º, n.º 2, do CC, sem a qual não seria devida qualquer indemnização pela perda de chance processual por banda do réu.

O acórdão do STJ n.º 2/2022 considerou que seria sobre o autor que recairia o ónus da prova de uma *probabilidade suficiente de verificação do resultado favorável*, não fosse o comportamento lesivo do mandatário, e não ao réu que incumbiria provar a irrelevância da perda de chance.

Na tentativa de preenchimento do conceito de *probabilidade* do dano – tão indeterminado como o conceito normativo de *previsibilidade do dano* constante do artigo 564.º, n.º 2, do CC – o acórdão do STJ n.º 2/2022 avança a necessidade de *consistência e seriedade* da perda de chance.

Na ligação entre a consistência e seriedade e os pressupostos do dano e do nexo de causalidade, o STJ começa por equacionar uma distinção entre o *standard* probatório necessário à demonstração da existência de uma hipótese de ganhar a ação (que não é o dano em si) e o *standard probatório* para demonstração do nexo causal entre a perda da hipótese de ganhar a ação (o dano) e a conduta do lesante (*in casu*, a falta de apresentação de alegações de recurso).

CONTACTO

CLÁUDIA TRINDADE

CTRINDADE@MACEDOVITORINO.COM

Considera, de seguida, que não deve haver distinção entre a probabilidade exigida para considerar verificado o nexo causal e a probabilidade exigida para a demonstração da hipótese de ganhar a causa, não fosse o evento lesivo.

O STJ acaba por concluir, de forma confusa, que a *probabilidade* da verificação do nexo causal confere *consistência* – logo, *probabilidade* – à chance de ganhar a causa e essa consistência alicerça o *standard* probatório, i.e., que o próprio *standard* alicerça o *standard*...

A circularidade é aqui evidente, resultando também manifesto, da leitura da fundamentação do acórdão, que o STJ não logra tornar operativos os conceitos de consistência e seriedade que avança. Pelo que a exigência da prova da consistência e seriedade da perda de chance para atribuição do direito indemnizatório ao lesado acaba por abrir a porta à arbitrariedade da decisão e à sua insuficiente fundamentação.

Em rigor, o problema fundamental do acórdão do STJ n.º 2/2022 é que parece obnubilar que a probabilidade de um evento danoso não se ter verificado se não fosse determinado facto danoso é uma questão de interpretação de normas jurídicas – *in casu*, de preenchimento do conceito indeterminado *previsibilidade do dano* constante do artigo 564.º, n.º 2, do CC – e não de prova de factos.

Efetivamente, em primeiro lugar, é sabido que o conceito de dano, que é pressuposto normativo do artigo 564.º, n.º 2, do CC, tem um significado jurídico preciso (eliminação ou diminuição de uma vantagem conferida e tutelada pela Ordem Jurídica), pelo que a conclusão pela ocorrência de certos eventos danosos, originados em determinados factos dados como provados (nexo de causalidade) e a conclusão segundo a qual um certo evento danoso não se teria verificado se não fosse um determinado facto, são juízos que importam a aplicação de critérios normativos.

Em segundo lugar, é essa comparação entre a afirmada situação do lesado em consequência do evento lesivo e a afirmada situação hipotética que o lesado estaria futuramente se não fosse o evento lesivo que permite preencher a previsão normativa do artigo 564.º, n.º 2, do CC.

Em terceiro lugar, a aferição das hipóteses de ganhar uma determinada ação já perdida, não fosse um dado facto lesivo, depende da análise da defesa apresentada nessa ação e do possível sentido da decisão do tribunal em que a defesa foi preterida (o vulgarmente chamado *juízo sobre o julgamento*). O que importa, pelo tribunal em que a indemnização é peticionada, a realização de um juízo sobre elementos de incerteza fáctica e elementos de incerteza jurídica, já que a possibilidade de procedência de uma determinada ação depende não apenas da prova apresentada no processo e dos factos depois dados como provados, como também dos potenciais regimes jurídicos aplicáveis ao caso.

Assim, a *probabilidade* da perda de chance, a que o acórdão do STJ n.º 2/2022 se refere para preencher o conceito normativo de *previsibilidade* constante do artigo 564.º, n.º 2, do CC não é um *standard* de prova, nem os *standards* de prova podem ser transpostos para o campo de interpretação de normas jurídicas, não sendo aptos a resolver questões de discricionariedade judicial no preenchimento de conceitos indeterminados.

A introdução da exigência de consistência ou seriedade da perda de oportunidade em nada faz avançar a resolução do problema, mantendo a inoperatividade dos conceitos no arbitramento concreto de indemnizações fundadas na perda de chance processual.

© MACEDO VITORINO

Esta informação é de carácter genérico, não devendo ser considerada como aconselhamento profissional.