

FORMALIDADE PROCESSUAL E A PERDA DA CHANCE NO PROCESSO

Mariana Leão Correa¹
Gelson Amaro de Souza²

RESUMO: o presente artigo demonstra exemplos claros de como a formalidade processual, à míngua dos princípios constitucionais, leva à perda da chance à pessoa, prejudicando e frustrando a imagem da Justiça.

Palavras-chave: Formalismo processual; Princípios constitucionais; Perda da chance; Responsabilidade do Estado.

INTRODUÇÃO

Sendo certo de que o poder Judiciário é o poder estatal responsável pela dissolução e solução dos conflitos, é lógico entender que este deve ser satisfatório.

No entanto, vislumbra-se que leis que, em princípio, deveriam ser criadas para facilitar a delimitação do direito da parte servem, na verdade, para dar apenas uma forma ao processo. Muitas dessas leis servem de escopo para juízes que não tem muita vontade de realizar o trabalho para o qual foram confiados ao assumirem seus cargos.

Tal descaso chega a prejudicar, de tal forma, a parte, que faz surgir o instituto da perda da chance, modalidade de responsabilidade civil.

¹ Pesquisadora, graduanda do 10º termo do curso de Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

² Doutor em Direito das Relações Sociais e professor de Iniciação Científica nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

No transcorrer do artigo, serão trazidos à baila exemplos de como a formalidade pode ser inútil e altamente prejudicial à parte, e como é o Estado o responsável pela reparação e posterior melhora das leis processuais.

1) FORMALISMO X PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO BRASILEIRO

Os princípios são elementos essenciais na configuração, produção e posterior eficácia das leis, utilizados como base para sua criação e, em seguida, guiam a melhor aplicabilidade dos diplomas legais. Por terem tamanho condão de determinar a aplicabilidade da lei, tem-se que aquilo que vai de encontro ao que compõe o princípio é ilegal, logo, inconstitucional.

A realidade processual atual, entretanto, em sede de exemplo, equivale-se ao período do Parnasianismo na literatura brasileira, no qual a forma e a perfeição eram os ápices a serem atingidos pelo poeta. Caso isto não fosse alcançado, a poesia de nada servia, mesmo que contivesse toda carga emoção, desejo e inspiração do ente lírico, logo, a forma preteria qualquer outro fim da poesia³.

Veja-se como tal fase histórica encaixa-se ao Processo. Em detrimento ao direito da parte, prefere-se a forma, a perfeição dos atos

³ Os poetas brasileiros tomam como fonte de inspiração os portugueses do século XVIII, destacando, sobretudo, o trabalho de Bocage. Voltam-se, também, para Basílio da Gama, Cláudio Manuel da Costa e Tomás Antonio Gonzaga. Cultuam a estética do Arcadismo, a correção da linguagem, propiciadora de originalidade e imortalidade, buscando objetividade e impassibilidade diante do objeto, cultivando a forma para atingir a perfeição. A sintaxe, sob a influência do século XVIII, prima pela devoção à clareza, à lógica e à sonoridade. Os parnasianos evitam as aliterações, homofonias, hiatos, ecos e expressões arrebatadoras, mas apreciam a rima consoante, aplicada sob o jugo de regras rígidas, privilegiando a rima paroxítona, abjurando a interna e exigindo a rima em todas as quadras. Dão ênfase às alternâncias graves, aos versos de rimas paralelas ou intercaladas. Apreciam as metáforas derivadas das lendas e história da Antigüidade Clássica, símbolo do ideal de beleza.

sequenciais que formam o processo. Prefere-se dar extremo valor, por exemplo, aos artigos 86 a 124 do Código de Processo Civil, que tratam de competência, do que amparar a melhor justiça na defesa dos interesses da pessoa. Aplica-se um parnasianismo exacerbado no processo atual que vai contra os próprios princípios constitucionais, princípios estes que não defendem formalidades, e, sim, prezam por alcançar a justiça. São eles, de antemão, que formaram as leis. Sendo assim, os princípios devem reger a aplicabilidade das leis. Se, pelo princípio da inafastabilidade do Judiciário, toda pessoa tem o direito de acesso à Justiça, não é por mera lei de organização judiciária que o jurisdicionado terá seu direito de ação obstruído. “O Estado deve assegurar a integridade dos direitos objetivos, quando eles são lesados, através da tutela jurisdicional destes direitos”⁴.

Assim, o conceito de competência não pode ser utilizado para indeferir o pedido do autor de antemão. Qual é a lógica de “retirar” poder de um juiz que, em um primeiro momento, é responsável por uma vara de jurisdição única e, posteriormente, assume uma vara específica? Ele teria menos capacidade de julgamento do que tinha antes? Ora, a Jurisdição não é uma só? Qual é a razão lógica do indeferimento de um pedido pela chamada “incompetência em razão da matéria”? O dever do Estado de prestar a Jurisdição é tão diminuído em face de norma de organização? Tamanha formalidade é de tão forma descabida que, mesmo existindo a Jurisdição, o direito sempre virá antes, ou seja, é por causa da existência de um direito que a Jurisdição atuará.⁵

Se, também, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, toda pessoa ter direito de ter sua pretensão analisada pelo Judiciário, como indeferir uma inicial, antes mesmo de sua análise, por centímetros de distância nas páginas impressas das petições, como tem se visto bastante nas exigências feitas pela Justiça Federal. Qual o fundamento legal do cartório distribuidor

⁴ ROSAS, Roberto. Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3ª Ed., RT, São Paulo, 1999, p. 20.

⁵ Gelson Amaro de Souza explica que a Jurisdição é, para o Estado, o poder e ao mesmo tempo, um dever de dizer o direito. É, em sentido próprio, a função de dizer o direito. Não criá-lo (...). O direito antecede à jurisdição, pois foi aquele que outorgou esta jurisdição ao Estado, e ao povo em geral a possibilidade de exigi-la do Estado. A jurisdição somente será exercida visando garantir um direito preexistente, muito embora, sujeito a efeito futuro.

indeferir iniciais que não se enquadrem em uma norma regimental, ou seja, dispositivo que não tem natureza de lei? Não há cabimento para tal excesso de formalismo.

Não se defende, entretanto, afronta à lei processual civil. Se ela existe, deve ser respeitada. O que não se pode aceitar é que o diploma legal prejudique a pessoa, não condizendo, portanto, com o que está elencado nos princípios constitucionais aplicados ao processo civil. Não é possível, por exemplo, que a pessoa perca a chance de contestar contra o que lhe foi alegado.

Enaltece-se o Processo Civil Brasileiro ao se dizer que ele busca sempre a efetividade através do princípio do contraditório e da ampla defesa. A garantia processual prevista na Constituição Federal impede que qualquer ato processual do qual a parte contrária não tenha se manifestado possa gerar efeitos. Logo, não se pode julgar sem que sejam ouvidas ambas as partes, ou seja, o direito de manifestar-se sobre o ato processual impera. Logo, para a parte, ao ser acionada por outrem, existe o direito de saber aquilo que foi alegado em seu desfavor, posicionar-se contra isto e, assim, poder agir em sua própria defesa.

O direito ao contraditório, no processo civil, é assegurado constitucional numa decorrência da igualdade de todos perante a lei, e esta não exclui o direito da parte defender-se. O direito de defesa é intrínseco ao processo democrático.⁶

Qual tipo de formalidade exacerbada, então, ofenderia este princípio? A preclusão não pode sobrepor-se ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Neste exemplo, conforme disposto no artigo 9º, do Código de Processo Civil, em seu inciso II, está implícito que a parte não poderá, jamais, ficar sem responder a qualquer alegação, visto que o juiz, em última hipótese, nomeará curador à parte. No entanto, em não ocorrendo qualquer dos casos

⁶ ROSAS, Roberto. Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3ª Ed., RT, São Paulo, 1999, p. 47.

de tutela antecipada ou situações do artigo 285-A, do Código de Processo Civil, o que se vê, na maioria das vezes, é a determinação da revelia em seu completo sentido, à míngua da possibilidade de defesa.

Como se percebe, prefere-se a beleza da forma, e pretere-se o real direito, a verdadeira justiça. Estaria, então, surgindo uma nova função do Processo Civil brasileiro? Agora se deseja alcançar à forma e não mais a satisfação do direito das pessoas?

2) A PERDA DA CHANCE

Este conceito de perda de chance é uma das novidades presentes no direito material civil. Relacionada amplamente com a responsabilidade civil, a perda da chance também é um chamador de indenizações, ou seja, também é uma causa objetiva-subjetiva de reparação.

Atualmente, a perda da chance é um conceito aplicado a casos ligados à condutas profissionais. Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze exemplificam este instituto com o dano causado pela conduta de um advogado ao cliente, que teve seu patrimônio atingido por conduta omissiva do profissional.⁷

Para sua configuração, responsabilidade civil exige os elementos da conduta, nexo de causalidade e dano. Existem situações que, pela sua existência, podem presumir seguramente que o último elemento, dano, possa ocorrer ou que ocorreu de maneira indireta. Esta é a perda da chance, ou seja,

⁷ Os autores dão exemplos. "A casuística é infundável: falta de propositura de ação judicial; recurso ou ação rescisória, não-formulação de pedido; omissão na produção de provas; extravio de autos, ausência de contrarrazões ou sustentação oral, falta de defesa, etc". p. 226.

“é a potencialidade de uma perda, o prognóstico do dano certo”.⁸ Não é, simplesmente, um dano hipotético. A responsabilidade só surge de um fato concreto, algo caracterizado de certeza. O conceito de *lucro cessante* presente no artigo 402, ou seja, o que o credor deixou razoavelmente de lucrar, estende-se, de certa forma, à possibilidade de indenização pela perda da chance, mas sua aplicabilidade não é a mesma. Na perda da chance, existe a oportunidade.

Assim, esta oportunidade perdida, frustrada, deve ser concreta, deve ensejar uma linha de fatos concretos que, sem sombra de dúvidas, levariam a um resultado danoso, essa oportunidade perdida seria um novo elemento que configuraria a responsabilidade civil, na modalidade da perda da chance.

A oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade. Quando nossos tribunais indenizam a morte de filho menor com pensão para os pais até quando este atingiria 25 anos de idade, por exemplo, é porque presumem que nessa idade se casaria, constituiria família própria e deixaria a casa paterna, não mais concorrendo para as despesas do lar. Essa modalidade de reparação de dano é aplicação da teoria da perda da chance. Sempre que se adota um raciocínio desse nível, há elementos de certeza e elementos de probabilidade no julgamento.⁹

À perda da chance, obviamente, aplica-se a mesma cautela utilizada na aferição dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Não é qualquer fato que poderia, hipoteticamente ou indiretamente, levar a algum prejuízo que será ensejador de indenização. É preciso uma aferição lógica de fatos concretos que, em ocorrendo, levariam à indenização, utilizando-se dos meios concretos de prova, como o pericial e documental.¹⁰

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 9ª Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 287.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 9ª Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 291.

¹⁰ “**Indenização** – Liquidação de sentença – Arbitramento dos lucros cessantes – Prova Pericial – Ajuste do direito ao mais próximo da equilibrada indenização – Recurso conhecido e desprovido, unânime – Os lucros cessantes pressupõem, sempre, um juízo de probabilidade, uma projeção no futuro, concreta e palpável, desde que, na liquidação de sentença, no concerto explícito do julgado. Em se cuidando de projeções, a prova técnica, necessária, há de afeiçoar-se ao exato tamanho do que possa representar a perda, na conjuntura negocial – Negar provimento ao recurso – À unanimidade” (TJDF – Bem. Infringentes 512412000, Acórdão 139265, 22-11-2000, 1ª Câmara Cível – Rel. Eduardo Oliveira Moraes).

3) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

3.1. Formalismo Benéfico Contra O Formalismo Excessivo

O formalismo processual é benéfico quando passa a organizar os atos que formam a relação jurídica, determinando uma sequência lógica e determinável, impedindo a desordem e o caos processual. Neste sentido, ou seja, “de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado”¹¹.

Não receber o provimento desejado já é ruim para a parte. No entanto, pior seria o jurisdicionado não conseguir sequer expor suas razões por culpa do formalismo desnecessário aplicado ao processo.

As alterações legislativas que ocorreram ao longo da formação do ordenamento jurídico brasileiro desejaram transformar codificações estáticas em leis mais aplicáveis, moldando-se à sociedade. No entanto, a base, segundo Ada Pellegrini Grinover, sempre continuou sendo a utilizada pelo sistema europeu e a técnica por ele utilizada. São inovações, mas que não se afastam das vigas européias, que enaltecem o princípio da legalidade das formas¹².

Mas a autora esclarece que a legislação e sua interpretação doutrinária são feitas num ambiente de ficção, cláusulas gerais que apenas na teoria levariam à efetividade do processo. Eis seus dizeres:

¹¹ OLIVEIRA. Carlos Alberto Álvaro. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo.

¹² GRINOVER. Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Revista Inf. Legisl. Brasília. Nº 27. Jan./mar. 1988, p. 193

Todavia, é preciso reconhecer um grande descompasso entre a doutrina e a legislação, de um lado, e a prática judiciária, do outro. Ao extraordinário processo científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar aos “justiceiros”).¹³

Percebe-se que a lei inviabilizou certos procedimentos, devido ao seu preciosismo. Como alterá-la não é simples, cabe ao atuante, ao processualista colocar-se na linha de frente em defesa dos direitos do jurisdicionado. O acesso à justiça, que é um princípio constitucional, ficou prejudicado.

Deste modo, chega-se à conclusão lógica de que, demonstrada a ineficiência do diploma legal, sua desnecessidade ou capacidade de minar o acesso à justiça, como ente responsável pela criação da lei e sua aplicabilidade, é do Estado a função de reparar qualquer prejuízo causado à parte em razão desta deficiência legal, que é totalmente maléfica ao jurisdicionado.

¹³ GRINOVER. Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. Revista Inf. Legisl. Brasília. Nº 27. Jan./mar. 1988, p. 193.

3.2. A Lentidão Do Judiciário

Quando a lei cria formalidades que impedem de maneira ilógica o pleiteio das alegações, como o exemplo da competência citado no primeiro capítulo deste artigo, a parte também tem que sobrepor-se à vontade do magistrado. Quantos casos ocorrem pelas varas do Brasil em que se vislumbra a pouca boa vontade com o jurisdicionado, no qual juízes levam semanas, até meses para fazer um simples despacho. É claro que o volume de processos não é mínimo para que sempre possa se exigir rápidos provimentos, mas o que se verifica, também, em comarcas pequenas, a marcha de desenvolvimento dos processos é muito lenta. Seria demais cogitar que falta “boa vontade” também dos magistrados em trabalhar?

Isto é inadmissível. O poder Judiciário existe para que não seja preciso usar da força para alcançar sua pretensão, logo, o mínimo que o magistrado deve fazer é trabalhar, e arduamente, pelo cargo que escolheu. O juiz jamais deve colocar seus interesses pessoais acima de seu *munus* público. O social deve prevalecer sobre o pessoal.

Sobre isto, diz Roberto Rosas,

A justiça materializa-se no processo. Para atingir essa materialização, há necessidade do processo tornar-se viável aos legítimos interesses dos postulantes. Somente uma justiça dirigida ao social pode veicular esse liame entre justiça e processo, destacando-se a liberdade individual como instrumento da sociedade democrática. Sem o respeito ao indivíduo, não há justiça social. Sem permitir o acesso do indivíduo à justiça, não há justiça social. Todo obstáculo ao indivíduo perante o Judiciário é frustrar a justiça social. Se o Estado institui o Judiciário com o iter para solver os conflitos de interesses, deve, portanto, adaptá-lo ao mundo atual, modernizá-lo e compatibilizá-lo com a sociedade tecnológica.¹⁴

¹⁴ ROSAS, Roberto. Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3ª Ed., RT, São Paulo, 1999, p. 210.

Não sendo para resolver os conflitos de maneira satisfatória, segundo os preceitos constitucionais, de que serve o juiz? Teria o magistrado tornado-se uma figura caricata, descrito como um ser inatingível, não sujeito à punições, quase uma “divindade”, que pode tratar as pessoas como quiser, em razão de seus nomes estão incluídos em uma petição? Não é esta a Justiça que se deseja atingir.

3.3. Reparação Do Estado Pela Perda Da Chance

Neste último tópico deste artigo, chega-se à sequencia lógica de que, se é o Estado quem faz as leis e o magistrado, desde a primeira, até a última instância, representante direito do poder Judiciário estatal, também é do Estado a responsabilidade de reparação pela perda da chance sofrida pela parte.

Com escopo no § 6º, do artigo 37, da Constituição Federal¹⁵, a responsabilidade do Estado é sempre objetiva, tendo seus agentes agido com dolo ou culpa.

Neste sentido, pode-se afirmar que, sendo o juiz o agente responsável por qualquer dano causado à parte, é do Estado a função de responsabilizar-se. Delimitando-se todo o conjunto fático que vai desde a existência do direito e a não-possibilidade de sua aferição, ou por impossibilidade de acesso ao Judiciário, ou em razão da lentidão deste, é certo afirmar que o ente estatal será quem arcará com o prejuízo tido pela parte.

¹⁵ “**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável em casos de dolo ou culpa”.

Sendo caso de indenização, é de direito da parte, ainda, escolher a quem deverá acionar, se Estado, o agente público diretamente responsável pelo prejuízo, ou ambos.

Vislumbra-se, pelo menos, que em sede de Responsabilidade Civil, a parte poderá ser protegida contra a ineficiência do poder Judiciário e da incompetência na forja das leis brasileiras.

CONCLUSÃO

A lei que organiza, agiliza, leva ao melhor entendimento das pretensões e auxilia realmente na resolução dos conflitos, mas a norma que estatifica, atrasa e apenas “embeleza” o processo é, justamente, a que destrói e prejudica o direito da pessoa.

Nada pior para alguém do que o sentimento de ver o seu direito inacessível por formalidades desnecessárias aplicadas à marcha processual. Dentre estes, está a perda da chance. A oportunidade perdida de uma pessoa pode ser tão prejudicial quanto um dano concreto.

Sendo confirmada a oportunidade perdida pela pessoa de forma lógica e, percebendo-se que a pessoa só não conseguiu a chance por não conseguir alcançar o poder Judiciário por conta de formalidades processuais excessivas, ou pela ineficiência da atividade da Magistratura, fica demonstrada a responsabilidade civil do Estado pela reparação.

BIBLIOGRAFIA

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13ª Ed. São Paulo. Malheiros Editora, 2008.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do Processo Civil**. São Paulo. Copola Editora, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. V. III**. 6ª Ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias. **Revista Inf. Legisl.** Ano 25. nº. 97. Brasília. Jan./Mar. 1988.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. **Revista de Processo**. Coordenação Teresa Arruda Alvim. Vol. 137. Ed. Revista dos Tribunais. 2006.

Parnasianismo. **Site Portal São Francisco**. Disponível em: <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/parnasianismo/parnasianismo.php>. Acesso em: 17 de julho de 2009.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional. Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 3ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Gelson Amaro. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. São Paulo. Editora Data Júris. 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. São Paulo. Editora Atlas. 2009.