

PROCESSO, RELAÇÃO PROCESSUAL E INSTÂNCIA

SEBASTIÃO DE SOUZA

O Direito Processual é um dos mais novos ramos da ciência jurídica e por isso mesmo ainda se não apoderou de uma técnica científica perfeita.

Atravessou um longo período de formação utilizando-se de conceitos vagos, de terminologia imprecisa, que mal desenhavam o panorama desarticulado de um caminho serpenteante e áspero.

Sómente na segunda metade do século passado, principalmente devido aos estudos profundos dos juristas alemães, tomou rumos definidos e aparência científica.

Considerado antes como um ramo secundário do direito privado não se desgarrava do tronco a que se prendia indevidamente e onde não encontrava seiva que o alimentasse.

Foi Oskar Buelow, como todos reconhecem, que marcou, com sua obra *Lehre von den Prozesseinreden im die Prozessvoraussetzungen*, em 1868, o ponto de partida para o desenvolvimento do direito processual, conceituando-o como um ramo do direito público.

Enquanto conceituado como direito privado o processo era considerado, por sua natureza, como um contrato ou um quase contrato e com conseqüências seguiu as linhas dessas categorias jurídicas.

Buelow chegou à conclusão de que o processo era uma relação jurídica de direito público, uma relação processual autônoma, que não se confundia com a relação jurídica substancial.

Processo e relação processual, porém, não se confundem, não exprimem coisas que se justapõem, não se identificam.

Os civilistas entendiam que o processo tinha a natureza de um contrato, gerado na *litiscontestatio*, ou um quase contrato, como queriam outros e não identificavam o processo com contrato ou quase-contrato. Essas figuras jurídicas eram invocadas apenas como explicativas da natureza desse conjunto de atos que se desenvolviam para um fim determinado: a sentença.

Assim também quando se diz que o processo é uma relação jurídica de direito público não se pretende substituir aquêle complexo de atos, com um rumo certo, apenas por uma relação de natureza jurídica. Tem-se em vista explicar a natureza daquela série de atos por meio de uma relação que se trava inicialmente entre autor, juiz, réu e marca aquêles atos, que necessariamente se praticam, com o sinal de uma unidade conceitual.

Quer dizer que os atos praticados pelas partes e pelo juiz para a solução de um conflito de interesses fazem parte de uma unidade, que é o processo e que constitui o desenvolvimento da relação jurídica inicial.

Para maior clareza do tema que estamos procurando desenvolver fixemos de maneira mais objetiva ainda um desenho do que se passa em um processo.

A civilização retirou dos indivíduos a faculdade de fazerem justiça com as próprias mãos e o Estado assumiu a função de solver os conflitos de interesses levantados a propósito da atribuição de um bem da vida a quem o disputa.

Cabe ao Estado atuar, por seus órgãos próprios, o direito aplicável nos conflitos de interesses, surgidos na coexistência humana, reintegrando-o quando violado, para sobrevivência da paz social.

“Quanto più si rafforza l'organizzazione politica, tanto più si restringe il campo della *autodifesa*, non certo in virtù di un contratto fra i poteri pubblici e il singolo, ma per la naturale espansione delle finalità dello Stato. Mentre da un lato si regolano i rapporti fra i singoli con norme di legge sempre più numerose e precise, dall'altro si provvede col processo ad assicurare l'osservanza delle norme. Il processo diventa così uno strumento di giustizia nelle mani dello Stato.” (CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, v. I, p. 32).

Assim o indivíduo tem o direito público subjetivo de pedir ao órgão estatal competente que exerça suas atividades no sentido de tornar efetiva a vontade da lei que lhe garante um bem da vida, regido ou contestado por outrem.

Estabelece-se então uma ligação entre o sujeito ativo desse direito e o órgão do Estado, assim como entre este último e o sujeito passivo de quem se pretende o bem da vida e esta ligação inicial é o travamento da relação jurídica processual, sua origem, seu nascimento.

Embora, diga-se de passagem, seja opinião corrente entre muitos autores de tomo, que a relação processual seja trilateral, sempre entendi que ela se estabelece em ângulo, principalmente observando o nosso direito processual. Já agora, que entre os autores nacionais, posso apoiar-me em Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I, pag. 97.)

Tramada a relação jurídica processual, seus sujeitos, o juiz, o autor e o réu, praticam atos que constituem o caminho para a realização do fim a que se destinam essas atividades.

Esses atos, no seu conjunto, é que tomam o nome de processo. Este, porém não é a relação processual mas quando muito o seu desenvolvimento.

A teoria da relação processual e a conceituação do direito processual como um ramo do direito público foram, sem dúvida, os motivos determinantes de todo o progresso desse importante ramo do direito.

E' verdade que surgiram outras teorias para explicar a natureza do processo e há quem conteste a vantagem do conceito de relação processual.

Goldschmidt, por exemplo, em sua célebre obra *Der Prozess als Rechtslage*, considera o processo como uma situação jurídica e não como relação mas Schoenk entende que não se pode conceber o processo como situação. Por situação entendem-se expectativas, possibilidades, encargos e o processo como situação somente poderia ser um conjunto de possibilidades e hoje cai sôbre as partes uma multidão de deveres. (*Derecho Procesal Civil*, p. 17)

Mario Ricca-Barberis sustentou que os conceitos de negócio jurídico processual e relação processual são infecundos. (*Revista di Diritto Processuale Civile*, v. VII, parte II, pag. 191)

Ainda não há muito tempo um escritor espanhol, Guasp, desenvolvia a teoria do processo como instituição e Eduardo Couture a expõe com clareza e a autoridade que lhe são próprias. (*Fundamentos do Direito Processual Civil*, pag. 100)

Ainda que não continue um conceito pacífico a desdobrar uma paisagem tranquila no campo do direito processual, continuo a considerar a relação processual como uma teoria verdadeira e util. Devemos repetir: foi e é um instrumento de progresso para o direito processual.

E' verdade que no seu desenvolvimento o direito processual apresenta-nos um complexo de relações que se mostram de natureza jurídica mas como cume dominante vemos a relação inicial fixando o caráter unitário do processo e dominando o desdobramento da atividade das partes e do órgão estatal, desde o início da ação, isto é, desde o ato introdutório da ação até a prestação jurisdicional do Estado, concretizada na sentença do juiz.

"Il rapporto giuridico processuale, può, quindi, definirsi: quel complesso di *rapporti giuridici*, di diritti e doveri regolati del diritto processuale obiettivo, *intercedente tra attore e stato e tra convenuto e stato*, che nascono dall'esercizio del diritto di azione e di contraddizione in giudizio." (Ugo Rocco, *Corso di Teoria e Pratica del Processo Civile*, v. I, pag. 319).

A soma dos atos realizados pelas partes e pelo juiz é o que chamamos de processo e Carnelutti acentua bem a distinção com *procedimento*, que é a ordem e a sucessão na realização desses atos (*Sistema de diritto Processuale Civile*, Vol. III, pag. 4).

Já o nosso velho e profundo João Mendes de Almeida Junior dizia que uma coisa é o *processo*, outra coisa é o *procedimento*: o processo é uma direção no movimento, o procedimento é o modo de mover e a *forma* em que é movido o ato. (*Direito Judiciário*, pag. 298).

Assim temos certo que o processo, procedimento, relação processual são inconfundíveis em seu conceito, em sua natureza e em sua estrutura. O processo é o conjunto dos atos que traçam o caminho para a sentença; o procedimento é a ordem, a maneira a forma de colocação desses atos; a relação processual é a natureza, a substância desse caminho.

Ainda pode trazer confusão com relação processual o conceito de litispendência e Chiovenda mesmo teve que tratar o assunto longamente por mais de uma vez. O grande mestre italiano conclui finalmente:

“Litispendenza e rapporto giuridico processuale sono concetti ed espressioni non equivalenti ma coincidenti” (*ob cit.* pag. 50).

Travada a relação processual surge o estado de litispendência como uma consequência do início da relação e coincidindo com a existência dela e não como um seu equivalente.

O nosso direito processual antigo contava com outra terminologia que ainda se mantém na prática forense e mesmo na legislação, misturando-se e confundindo-se de maneira imprecisa com técnica mais moderna. Assim continuamos, por exemplo, a usar as expressões *juízo*, *demanda*, *feito*, *causa*, *instância*, sem muita compreensão do que elas significam, se é que ainda significam, alguma coisa de útil ou necessária.

Costuma-se dizer que *juízo* corresponde à relação processual e Pereira e Souza definia:

“Juízo é a legítima discussão entre as partes litigantes acerca dos seus direitos, feitas por autoridades pública”. (*Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, § II).

Judicium accipitur actus ad munus trium personarum actoris-intendentis, rei intentionem evitantis, iudicis in medio cognoscentis. (Bulgarus).

Neste trabalho vamos destacar dessa terminologia antiga a expressão *instância* para complementação do exame que estamos fazendo e porque entrou na terminologia do Código de Processo Civil com uma conceituação importante.

Usa-a também o Código de Processo Civil Português e os autores de direito processual francês a empregam freqüentemente.

Sempre usamos a palavra instância em nosso direito processual e nunca lhe precisamos o conceito, como o provam as definições dos autores mais eminentes:

“Pela citação começa a instância. Esta se diz o espaço de tempo dentro do qual se trata e determina a causa com a decisão final. (Pereira de Souza).

“Instância é o juízo constituído pelo comparecimento exato do citado de quem fez citá-lo” (Teixeira de Freitas).

“Instância é o curso legal da causa até final decisão”. (Morais Carvalho).

O eminente João Monteiro e Manoel Aureliano de Gusmão consideraram *instância* e *juízo* como sinônimos, na esteira de Vinícius: *est ipsum susceptum iudicium*.

“Instância diz-se o tempo dentro do qual se trata e se termina a causa com a decisão final”. (Ramalho).

“A instância é a trajetória descrita pelo direito em dinamismo no tempo e no espaço”. (Fraga).

Diante dessas diversas definições não se chega a um conceito determinado do que seja realmente instância.

Ora é o espaço e o tempo, ora é o curso da causa, ora é a discussão desta.

Luiz Machado Guimarães, sem favor um dos mais brilhantes processualistas da atualidade no Brasil, empreendeu a tarefa de clarear o assunto e acabou por concluir que o Código Filipino e os praxistas usaram o vocábulo instância como procedimento e relação processual, entendendo que se deve fixar somente o segundo sentido, isto é, instância e relação processual se equivalem. (*A Instância e a Relação Processual*, 1938)

O eminente processualista francês, recentemente falecido, René Morel, não conceitua a instância por outra forma. Para êle também instância e relação processual se confundem. (*Traité élémentaire de Procedure Civile*, pag 259).

O escritor português Barbosa de Magalhães mencionou expressamente nosso distinto patricio, concordando com êle mas ao mesmo tempo dizendo que instância é processo. (*Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, pag. 239).

José Alberto dos Reis, professor eminente e escritor de larga projeção, concorda também em que instância é relação processual e cita Barbosa de Magalhães, sem mencionar Luiz Machado Guimarães. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3.º pag 21).

Pedro Batista Martins ora diz que instância e relação processual, são sinônimos e ora diz que a instância dá origem a uma

relação processual. (*Comentários ao Código de Processo Civil* vol. II, pag. 319).

Não nos rendemos a essas últimas conclusões, pois ainda as consideramos confusas e sem precisão técnica.

Preferimos acrescentar aos conceitos de relação processual e processo, que consideramos distintos um do outro, mais o de instância, com fisionomia própria e distinta.

Seria preferível, em verdade, que se banisse de nosso direito a palavra instância, como já o fizeram muitas legislações, inclusive a da Itália, que nos tem servido de modelo, mas uma vez que conservamos devemos fixar o sentido em que a tomamos.

Pensamos que Lopes da Costa apreendeu seguramente o que é realmente instância no direito nacional:

“Instância é o movimento processual que vai da propositura da demanda até a coisa julgada”. (*Direito Processual Civil*, vol. II pag. 133).

João Mendes de Almeida Júnior, sempre profundo e rigoroso na conceituação dos institutos jurídicos que estudou, fiel à filosofia aristotélica, definiu a instância como:

“A existência fluente do *mesmo móvel*, isto é, a indetentidade do móvel, antes e depois, do curso do movimento”. (Ob. cit. 441).

É a definição de Aristótelis, que êle cita:

“*Instância est existentia fluens id est identitas mobilis aut quaedam unitas ducta in numerum prioris et posterioris*”.

O móvel para o mestre era a *causa*, isto é, a relação jurídica substancial mas em verdade o móvel é relação jurídica processual, travada inicialmente e que permanece idêntica no curso do movimento. Existência fluente, isto é, que flui, que corre sem tropeços.

É a instância o aspecto dinâmico do processo e por isso mesmo suspende-se, interrompe-se, cessa.

O conceito estático não sofre acidentes dessa natureza.

A relação processual é um conceito estático que explica a natureza do processo. Dá a êste tonalidade característica. Não tem substância material mas recebe vida e flexibilidade da instância.

É verdade que escritores de tomo há que dizem ser a relação processual um conceito dinâmico. (Zanzuchi, *Dirito Processuale Civile*, vol. I pág. 65)

É que identificam relação processual com instância quando em verdade são coincidentes e não idênticas existem concomitantemente mas se conservam autônomas, sem justaposição.

Se não se imprimir movimento à relação processual instaurada não haverá processo, que é caminho, estrada marcada pelos atos

processuais. É justamente a instância que impulsiona a relação processual.

Observa Machado Guimarães que as Ordenações do Reino e os praxistas empregavam também a palavra instância como sinônimo de *procedimento* e podemos adiantar que no nosso direito é mais com este significado que ela é empregada, a menos que a queiramos identificar com o próprio processo, como faz o código de processo civil italiano.

Entre nós, porém, nunca se confundiu instância com processo e a palavra procedimento não era de uso corrente justamente porque em seu lugar se usava instância.

Além da imprecisão de significado da palavra instância ainda era ela empregada em mais de um sentido, como o apontavam geralmente os praxistas: aquele a que nos temos referido até agora e mais o de grau de jurisdição, hierarquia judiciária.

Falava-se em primeira e segunda instância, como ainda hoje se fala, significando duas graduações na hierarquia judiciária.

Machado Guimarães contraria esta última significação do vocábulo e com razão:

«Em resumo: quando se diz primeira e segunda *instâncias* toma-se o vocábulo na mesma acepção em que é usado quando se fala em absolvição da instância e suspensão da instância.» (Ob. cit., 20)

Em verdade não há êsse grau hierárquico chamado *instância*. Quando se dizia *segunda instância* era para significar que outra já teria havido anteriormente e que era a primeira. A instância do processo de conhecimento era uma e a do recurso outra, que seria a segunda.

A tendência à simplificação e ao emprêgo das palavras em sentido translato ocasionou a prática de se intitular *instância* o grau de jurisdição.

Em conclusão resumida entedemos que instância e relação jurídica processual não se confundem. São conceitos diferentes e autômos, embóra intimamente relacionados um com o outro.

Relação processual é um liame estabelecido entre as partes e o juiz para que êste exerça a função jurisdicional, atuando a vontade concreta da lei em um conflito de interesses.

Para isso as partes e o juiz praticam atos que se estendem até final, traçando um caminho, que é o processo.

A vida, o desenvolvimento ou o aspecto dinâmico da relação processual, projetada no processo, é a *instância*.