



.....

INSTRUMENTALIDADE, LITIGIOSIDADE E ADVOCACIA PÚBLICA

.....

INSTRUMENTALITY, LITIGIOSITY AND PUBLIC ADVOCACY

Carlos Marden Cabral Coutinho¹
Natália Ribeiro Machado Vilar²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Teoria da Relação Jurídica ao Modelo Constitucional de Processo: a estagnação brasileira na Escola Instrumentalista; 2 Como a Escola Instrumentalista condiciona a atividade da Advocacia Pública; 3 A atuação da Advocacia Pública conforme o Modelo Constitucional de Processo; 4 Conclusão; Referências.

1 - Procurador Federal. Graduado em Direito, Especialista em Processo Civil e Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Doutor em Estado, Constituição e Democracia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário Christus.

2 - Advogada da União. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (Fadisp). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus).



RESUMO: No presente artigo, realizou-se uma análise sobre a relação das teorias de processo com a atuação da Advocacia Pública. Para tanto, foram apresentadas algumas das principais teorias de processo, desde a Teoria da Relação Jurídica ao Modelo Constitucional de Processo. Identificou-se que a Escola Instrumentalista ainda exerce forte influência na doutrina brasileira, com repercussões práticas na sociedade e no desempenho de atividades institucionais. Conclui-se que a Escola Instrumentalista também condiciona a atividade da Advocacia Pública e o Modelo Constitucional de Processo melhor se adequa à atuação institucional da Advocacia Pública (de Estado), conforme a sua natureza constitucional de função essencial à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Função Essencial à Justiça. Escola Instrumentalista. Modelo Constitucional de Processo.

ABSTRACT: In this article, an analysis is made of the relationship between process theories and the role of Public Advocacy. Some of the main process theories were presented, from the Theory of Legal Relationship to the Constitutional Process Model. It was identified that the Instrumentalist School still has a strong influence on Brazilian doctrine, with practical repercussions on society and on the performance of institutional activities. It is concluded that the Instrumentalist School also conditions the activity of Public Advocacy, and that the Constitutional Process Model is better suited to the institutional performance of Public Advocacy (of State), according to its constitutional nature as an essential function to justice.

KEYWORDS: Public Advocacy; Essential function to justice; Instrumentalist School; Constitutional Process Model.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, busca-se enfrentar a questão de como a perspectiva acerca da teoria de processo pode interferir na atuação da Advocacia Pública enquanto “função essencial à justiça”. Nesse sentido, procurar-se-á compreender qual o papel processual que a Advocacia Pública desempenha, refletindo-se sobre a adoção de uma postura de advocacia litigiosa e implacável do Poder Público, ou de uma defesa das garantias mínimas do Estado.

Assim, primeiramente serão analisadas algumas das principais teorias sobre o processo, desde a Teoria da Relação Jurídica ao Modelo Constitucional de Processo. Posteriormente, será enfrentada a questão de como a Escola Instrumentalista de Processo ainda exerce forte influência no direito pátrio, com repercussões práticas na sociedade brasileira e no desempenho de atividades institucionais, inclusive na atuação da Advocacia Pública.

Por fim, tentar-se-á identificar se o Modelo Constitucional de Processo é mais apropriado aos novos contornos do direito constitucional do “acesso à justiça”, bem como se melhor se adequa à atuação institucional da Advocacia Pública (de Estado), conforme a sua natureza constitucional de “função essencial à justiça”.

A metodologia empregada neste artigo é qualitativa, baseada na análise de documentos, dados disponíveis em sítios de consulta pública e em bibliografia especializada.

1 DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA AO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO: A ESTAGNAÇÃO BRASILEIRA NA ESCOLA INSTRUMENTALISTA

A princípio, faz-se uma breve exposição acerca de algumas das principais teorias do processo. Embora não seja objeto deste trabalho tecer a pormenores cada teoria, mostra-se necessária uma contextualização do tema, para melhor investigar sobre o tema central deste artigo.

Inicia-se com a exposição da “Teoria da Relação Jurídica”, de Oskar Bülow, que é tradicionalmente considerada como a doutrina que funda a própria ciência do direito processual, notadamente no que diz respeito a marcar a sua autonomia em relação ao direito material.

De fato, em “A Teoria das Exceções e os Pressupostos Processuais”, Oskar Bülow (1964) eleva o processo ao significativo *status* de instituto autônomo e independente do direito material, o que trouxe relevante contribuição à sistematização do estudo do direito processual.

Na referida obra, foi inaugurada a fase científica do direito processual (processualismo científico), evidenciando-se seu caráter de natureza pública. Com isso, operou-se a independência da disciplina processual, separando-a do direito material. Foram desenvolvidos conceitos primordiais, como “ação”, “jurisdição”, “processo” e “atuação das partes”, trazendo-se, assim, mais rigor aos critérios processuais (CASTILLO, 1947).

No entanto, esse importante caráter científico e autônomo, conquistado graças às valiosas contribuições de Oskar Bülow (1964), sedimentadas em sua “Teoria da Relação Jurídica”, custou a própria liberdade de agir das partes.

Além do mais, as ideias liberais, decorrentes da Revolução Francesa e da não interferência do Estado nas relações entre os particulares, foram afetadas pela disseminação do pensamento do Estado Social (assim entendido aquele que recupera o papel de centralidade para a autoridade estatal), o que se refletiu também na seara processual.

Assim, nesse contexto de remodelamento das funções do Estado, a obra de Oskar Bülow, publicada em 1868, foi extremamente difundida, afetando, evidentemente, o próprio modelo de processo e o interagir entre as partes.

De acordo com o referido autor, processo é uma relação jurídica processual que se forma em juízo. Com isso, Oskar Bülow (1964) separou a relação jurídica processual, que se forma entre as partes e o juiz, da relação jurídica material, que se forma unicamente entre as partes.

Para ele, processo é, também, uma relação jurídica de direito público, tridimensional, que se desenvolve entre o tribunal e as partes (BÜLOW, 1964). Assim, é o juiz que, ao exercer uma função estatal típica, assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo. Desse modo, para Oscar Bülow, o juiz ocupa posição central na relação jurídica processual, inclusive em caráter autoritário, contrariamente ao processo liberal, que é realizado somente pelas partes, sem protagonismo do Estado-juiz (BÜLOW, 1964 e 1995).

O modelo acima descrito, embora inovador ao seu tempo, foi desenvolvido há mais de cem anos, e, mesmo com todas as mudanças sociais e jurídicas, ainda vigora essa mesma base teórica na doutrina brasileira, gerando repercussões práticas significativas.

Isso não decorreu, contudo, de qualquer estagnação do próprio direito processual, uma vez que este seguiu evoluindo em teorias mais elaboradas e menos focadas no protagonismo do julgador.

De fato, o referido caráter autoritário não passaria imune à crítica de James Goldschmidt (1961), ao apontar que a “Teoria da Relação Jurídica” indevidamente sustentava que as partes tinham deveres e obrigações entre si e para com o magistrado. A seu ver, seria adequado falar em “ônus processual”, mas não em “obrigação”, cujo conceito tem caráter privado. Com isso, propôs a “Teoria da Situação Jurídica” e apresentou o processo como uma situação jurídica na qual se encontra a parte em juízo e à espera de uma decisão judicial (COUTINHO, 2012).

A teoria de James Goldschmidt, de 1961, serviu de importante base para a “Teoria Estruturalista”, apresentada em 1975, por Elio Fazzalari (2006), que, a partir da ideia de situação jurídica, elaborou o conceito de processo enquanto procedimento qualificado pelo contraditório.

Para Elio Fazzalari (2006), procedimento é uma sequência de normas, atos e posições subjetivas, que têm por objetivo a realização de um ato final, sendo o processo um procedimento qualificado pelo contraditório, o qual conduz à participação dos sujeitos (partes interessadas no ato final), em simétrica paridade.

De acordo com essa teoria, o conceito de ação deixa de ser relacionado ao pedido e à demanda, passando a ser tratado como direito de legitimação em um duplo aspecto: situação legítima e situação legitimada, ou seja, ambas as partes gozam de posições subjetivas. Assim, ação é uma situação subjetiva composta: é a sequência das posições processuais que cabem às partes,

ao longo do curso processual. Com isso, tanto o autor quanto o réu têm direito de ação, o que é inerente a todos aqueles interessados na decisão judicial. Logo, juiz que não tem interesse, não tem direito de ação, mas sim uma função, que é a atividade jurisdicional de natureza pública. Além do mais, não integra o contraditório porque ele não é interessado, nem destinatário dos efeitos do provimento (FAZZALARI, 2006).

Vê-se, assim, que, a partir de James Goldschmidt e de Elio Fazzalari, a figura central e protagonista do juiz foi mitigada. O primeiro criticou a defesa de uma postura autoritária, enquanto o segundo tirou o foco do julgador e orientou o processo a partir da perspectiva do contraditório, erigindo, com isso, a importância da participação e atuação das partes interessadas. Aqui, cabe chamar atenção para o fato de que o magistrado não faz parte do contraditório, na medida em que (por definição) não é interessado no caso.

A evolução da concepção de processo, contudo, não se limitou a essas contribuições. Mesmo a teoria de Elio Fazzalari foi alvo de crítica, porque a ela se atribuiu uma preocupação demasiada com o formalismo e com a questão estrutural, sem a devida atenção ao aspecto constitucional do processo. Assim, vários autores, como Eduardo Couture (2008) e José Alfredo de Oliveira Baracho (2008), embora sustentassem que processo é procedimento em contraditório, entendiam como imprescindível a sua abordagem sob um viés constitucional (COUTINHO, 2012).

Em contínua evolução, no final do século XX, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (1997) introduziram o conceito de modelo constitucional de processo. De acordo com essa abordagem, o processo teria uma eficácia irradiante, representada pelas seguintes características: (a) a *expansividade*, que condiciona cada um dos procedimentos jurisdicionais introduzidos pelo legislador ordinário e deve ser compatível com os traços do modelo constitucional; (b) a *variabilidade*, que possibilita a adaptação do referido modelo aos diversos tipos de procedimentos para assumir outras formatações e adequar as figuras processuais ao modelo constitucional; e (c) a *perfectibilidade*, que proporciona o aprimoramento do referido modelo pelo legislador infraconstitucional. Trata-se, portanto, de um modelo constitucional que limita a atuação do legislador ordinário, mas também lhe franqueia espaço de ação diante das situações concretas (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

José Alfredo de Oliveira Baracho (2008), já na virada do século, sustenta que o processo é metodologia e ferramenta de efetivação dos direitos fundamentais. Identifica-se, assim, em sua abordagem, características de concepções instrumentais e constitucionais ao processo. Além disso, destaca-se uma preocupação com a discursividade democrática do processo, a necessidade de revisão dos institutos processuais sob a perspectiva constitucional, uma ênfase à ampla defesa e à argumentação, bem como a exigência de legitimidade dos atos decisórios.

Ademais, a visão sistemática do modelo constitucional de processo deve ser compatível com o Estado Democrático de Direito e, portanto, com a democracia. Foi Jürgen Habermas (2003) quem melhor desenvolveu o atual conceito de democracia ao condicioná-la aos conceitos de participação, procedimento e discurso. Retirou-se, assim, o caráter meramente plebiscitário e fundado na legitimidade da decisão das majorias. Nessa linha, para que uma decisão seja democrática, mostra-se necessário que seja construída pelas próprias partes afetadas, ou seja, os destinatários da norma devem ser seus autores, com verdadeira possibilidade de participação discursiva e direito de influência (COUTINHO, 2012).

Tal perspectiva é harmônica com os princípios do modelo constitucional do processo, e é nessa atual fase que deve estar inserida as concepções do direito processual.

Apesar disso, percebe-se que a doutrina processual brasileira ainda parece estagnada na Teoria da Relação Jurídica, de 1868, entoando-se os mesmos conceitos e concepções sem verdadeira remodelação, a partir das premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito. Reiteram-se, nos textos científicos, as repetidas lições de processo sobre relação jurídica triangular e sobre processo como instrumento da pacificação social e mecanismo de fazer valer a vontade da lei.

Esse modo de conceber o processo é herança da forte Escola Instrumentalista do Processo, fundada por Cândido Rangel Dinamarco (2008), para quem o processo é instrumento estatal de alcance de escopos metajurídicos (sociais, culturais, políticos, econômicos). De acordo com seu ensinamento, a jurisdição ocupa papel central na teoria processual, e o processo é instrumento a serviço da função jurisdicional e de outros objetivos do Estado. Assim, a ordem processual é justificada por sua instrumentalidade, como meio cuja finalidade é o alcance de objetivos, de modo que os escopos do processo são a razão de toda a ordem jurídica processual. Dinamarco aponta, ainda, que a “paz social” é o *escopo fundamental* da função jurisdicional. Defende, assim, que a insatisfação é um sentimento que justifica e legitima a atividade jurídica e o exercício da jurisdição estatal, oferecendo a promessa de pôr fim a esses estados de decepções permanentes (DINAMARCO, 2008).

Por outro lado, toda essa carga socializante do processo, inevitavelmente, fomentou a própria atividade jurisdicional. Ora, o processo, como instrumento a serviço do Estado (e não das partes), serve como política estatal em busca de uma suposta realização de justiça. Sua realização, no entanto, dá-se por meio da figura central do julgador. Assim, as partes transferem ao Estado paternalista o poder de solucionar seus interesses conflitantes. Além disso, sendo instrumento de realização de justiça e da paz social, quanto menos demorado o processo, mais promoverá seus objetivos socializantes.

Com isso, não se pode negar que a forma de se conceber o processo pode impactar a própria cultura de uma sociedade. Será mais ou menos demandista, na medida em que deposita no Poder Judiciário a crença de solução de todos os problemas, aflições e conflitos sociais.

Conclui-se, desse modo, que a instrumentalidade, como teoria processual amplamente difundida no direito pátrio, incita a desmedida litigiosidade hoje identificada no Brasil.

2 COMO A ESCOLA INSTRUMENTALISTA CONDICIONA A ATIVIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA

Como identificado anteriormente, entende-se que a concepção sobre o processo pode impactar a própria cultura de uma sociedade, sendo mais demandista quando deposita no Poder Judiciário o protagonismo das decisões e a crença de solução de todos os problemas. Concluiu-se, nesse contexto, que a Escola Instrumentalista contribui para a litigiosidade atualmente constatada no Brasil.

Não se pretende, evidentemente, atribuir toda a litigiosidade à Escola Instrumentalista do Processo. Em verdade, são muitas as possíveis causas concernentes ao excesso de litigiosidade³, talvez inesgotáveis. Não se pode deixar de verificar, ainda, que, em países de democracia tardia e de Poderes com crise de legitimidade e eficiência, ocorre uma hipertrofia do papel do Poder Judiciário, atraindo-se para o seu âmbito discussões que poderiam se desenvolver melhor se tratadas no âmbito dos demais Poderes constituídos.

Visto sob a perspectiva da criação do excesso de litigiosidade, esse problema também pode ser percebido a partir da vertente cultural e sociológica do descumprimento crônico de regras, de que é importante cumpri-las⁴, seja pela ausência de percepção, pelo povo e, até mesmo, pelas autoridades, seja pelo sentimento nacional do ineficiente estado das coisas.

Por outro lado, também é possível analisar a questão pelo viés de solução dos litígios, em que se verificam problemas instrumentais, relativos aos mecanismos de resolução desses conflitos, bem como relacionados à escassez dos meios materiais para tanto. De fato, os recursos são finitos e exigem demasiadamente do orçamento público, para manter o funcionamento do sistema de justiça⁵.

De todo modo, o fato é que o Brasil vive, hoje e historicamente, uma crise de excesso de litigiosidade. O relatório “Justiça em números de 2018” mostra que, no ano de 2017, houve um crescimento do estoque de processos, com variação de 0,3% e total de 80,1 milhões de processos que aguardam uma solução definitiva. Isso significa um incremento de 244 mil casos pendentes em relação a 2016, mesmo tendo sido o ano de maior produtividade do Judiciário, conforme apuração realizada na série histórica do CNJ⁶.

Outrossim, foi constatado (em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, ao analisar sobre a litigiosidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal) que “o grande cliente do STF

3 - Rodolfo de Camargo Mancuso (2015) enfrenta as possíveis concausas: a) a cultura demandista; b) a fúria legislativa; c) o binômio judicialização da política-politização do judiciário; c) o ativismo judicial fomentado pela conduta dos outros poderes; e) a existência de litigantes habituais; f) o gigantismo da máquina judiciária que retroalimenta a demanda; g) a litigiosidade contida e sua recepção pelos Juizados Especiais; h) a deficiente divulgação de outros meios de solução de conflitos (Mancuso, 2015).

4 - Hugo de Brito Machado conclui: “realmente, a cada dia se faz mais forte a convicção que alimentamos de que a crença no Direito é o fundamento de sua eficácia. E essa crença é proporcional à observância das normas por parte daqueles que dispõem de poder suficiente para escapar das sanções prescritas pela ordem jurídica, especialmente aqueles que, investidos do poder estatal, como autoridades, deixam de observar as normas que não atendem a seus interesses pessoais, ou mesmo a um suposto interesse público”. Em outro trecho, o autor esclarece: “na prática, o que se vê em muitos casos é a inércia dos órgãos do Estado, responsáveis pela aplicação da lei, quando esta se mostra contrária à vontade nacional. Exemplos eloquentes dessa inércia são os que ocorrem com o dispositivo legal que define o jogo como contravenção penal, e o que proíbe a prática de operações de câmbio de moeda por pessoas não autorizadas. A prática de jogo do bicho é pública e notória, e a prática de operações de câmbio de moeda por pessoas não autorizadas chega a formar um mercado, conhecido como *paralelo*, que é referido em todos os noticiários que informam o valor do dólar norte-americano em relação à moeda nacional. (MACHADO, 2004, p. 110 e 82)

5 - Nagibe de Melo Jorge Neto (2016) informa que “para processar e julgar de 2.000 a 5.000 processos em um tempo hábil, o juiz precisa ser auxiliado por um corpo de servidores preparado. O ideal seria que cada vara tivesse entre 10 a 20 servidores entre oficiais de justiça, assessores, analistas. Essas pessoas atuam sob a direção do juiz e auxiliam o juiz no impulsionamento dos feitos e no cumprimento das ordens judiciais. O problema é que, em muitas unidades jurisdicionais, em muitas varas, o juiz tem apenas dois ou três auxiliares, normalmente cedidos das prefeituras e sem a adequada capacitação técnica. Nesses casos podemos dizer que o juiz tem somente ele e as próprias unhas para fazer tudo. O resultado é que os juízes trabalham à exaustão, mas os processos não andam. Os juízes só conseguem dar conta dos pedidos urgentes, como prisões, liminares, para fornecimento de medicamentos etc. Todo o resto fica se acumulando nas prateleiras. Além de servidores qualificados, muitas vezes faltam também equipamentos, como instalações adequadas, c

6 - Conforme o “Relatório “Justiça em números de 2018”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

Recursal é de natureza pública, do Executivo Federal”. Portanto, de acordo com o referido estudo, o próprio Estado brasileiro (o “Executivo Federal”) representa, sozinho, mais de 50% de todos os processos que estão tramitando na Suprema Corte⁷.

Importante registrar que o excesso de litigiosidade dificulta a realização do próprio direito constitucional de acesso à justiça. E que, cada vez mais, o Poder Judiciário é procurado como o principal (senão o único) instrumento de resolução de conflitos⁸. Dessa forma, essa busca desmedida impede a realização de uma solução adequada para a multiplicidade de demandas que ingressam, anualmente, nas estatísticas forenses.

Como dito anteriormente, acredita-se que há forte influência da forma como se concebe o processo em relação à cultura demandista. Ademais, entende-se que a míope perspectiva instrumentalista resulta em métodos limitados para combater o excesso de litigiosidade. Isso ocorre porque os próprios métodos são restringidos pela concepção instrumentalista, por exemplo: a sucessiva alteração da legislação processual; o uso ilógico de precedentes; as cláusulas de barreira de recursos; a compactação de procedimentos; as cognições parciais etc.⁹ Não há, contudo, uma reflexão profunda sobre os efeitos dessas medidas em relação ao próprio direito fundamental ao processo.

Acredita-se que as medidas demasiadamente focadas em aspectos metodológicos, em verdade, diminuem aquilo o que de mais valioso o processo deveria resguardar: a participação e a capacidade de influência das partes interessadas na construção da decisão judicial. Assim, ao lado do protagonismo judiciário, a ideia de efetividade passa a ser a mola propulsora do ideal da instrumentalidade, a nortear a compreensão de todo o processo e da própria questão da litigiosidade.

Nesse ponto, interessante registrar que uma visão instrumentalista pode desvirtuar até mesmo o princípio constitucional da duração razoável do processo, na medida em que é considerado como sinônimo de celeridade. Nesse sentido, trata-se o tempo como sendo sempre deletério ao processo, aniquilando-se a ideia de possibilidade de solução construída pelas partes em um devido espaço de tempo (MARDEN, 2015).

De fato, o sistema, excessivo e unicamente focado na eficiência e na instrumentalidade, desconfigura não apenas o próprio modelo constitucional do processo, como também o próprio direito fundamental ao processo. A questão não se limita, portanto, a uma discussão teórica, mas traz consequências a todo o sistema e ao próprio modo de atuação das instituições, cujo enfoque é instrumentalista.

Nesse contexto, o Poder Legislativo atua a partir da orientação da máxima celeridade processual, o que pode ser identificado pela obsessiva necessidade de reformas processuais, cujo enfoque é o abarrotamento do Poder Judiciário, destacando-se os artifícios já mencionados, como a compactação de procedimentos e cognições parciais, dentre outros.

7 - Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10312>. Acesso em: 19 jun. 2019.

8 - “A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressupões de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular” (MAUS, 2000, p. 190)

9 - Rodolfo de Camargo Mancuso (2015) registra: “tais filtros, barreiras ou elementos de contenção vêm sendo positivados sem uma indagação mais profunda (...), e sem uma preocupação maior com a questão de fundo que está à base do problema (...): uma cultura demandista ou judiciarista” (p. 31).

O Poder Judiciário, evidentemente, opera conforme essa legislação, e o Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, também apresenta demasiada preocupação com a eficiência, estipulando metas de celeridade a partir da supervalorização de indicadores de quantidade, produção e desempenho dos juízes¹⁰.

Dessa forma, não é diferente em relação à Advocacia Pública, que também se organiza em função dos efeitos da litigiosidade excessiva, com enfoque na instrumentalidade processual e de acordo com os padrões de celeridade e eficiência do sistema. Destaque-se, inclusive, que o Poder Público, ao menos no âmbito federal, ocupa a posição de maior litigância no país, conforme as estatísticas já apresentadas.

Nesse contexto, embora a Advocacia Pública tenha o *status* constitucional de “função essencial à justiça”, inclusive com competência de controle interno de juridicidade do ato administrativo¹¹, tradicionalmente, atua com mais ênfase na atividade contenciosa e defensiva. Sendo assim, não se verificam incentivos institucionais voltados a uma atuação jurídica mais direcionada à responsabilidade administrativa, fora do âmbito da defesa judicial.

Pelo contrário, a Advocacia Pública, ao menos no âmbito federal, é, de fato, direcionada a uma atividade predominantemente contenciosa e especialmente focada em indicadores de produtividade, que consideram critérios meramente quantitativos, dado o significativo volume de demandas judiciais.

O próprio critério de lotação das procuradorias judiciais de âmbito federal, em regra, é feito a partir de dados quantitativos de processos, sem muita preocupação sobre a relevância e complexidade dos tipos de causa. Em regra, são considerados índices que valorizam muito mais posturas litigiosas (apresentação de impugnações e recursos) do que posturas cooperativas (acordo, reconhecimento jurídico do pedido, dispensa de recurso quando a matéria é manifestamente ilegal ou está em harmonia com precedentes reiterados e pacificados).

Desse modo, para os advogados públicos, dentro do atual sistema ao qual é submetida a Advocacia Pública federal, é muito mais fácil e viável impugnar e recorrer do que simplesmente propor um acordo ou elaborar manifestações de ausência de interesse recursal. Evidentemente,

10 - Reunidos sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ocorreu o XII Encontro do Poder Judiciário, em 3 e 4 de dezembro de 2018, onde foram fixados objetivos para tribunais, dentre os quais a redução do estoque de processos. Destaca-se o seguinte trecho de notícia veiculada a respeito do referido encontro: “Quanto à redução do estoque de 80 milhões de processos em tramitação no país, a Meta no 1 estabelece que os tribunais de todos os segmentos deverão julgar número de causas maior do que a quantidade de processos distribuídos no ano corrente (...) Segundo afirmou (...) o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do CNJ, ministro José Antonio Dias Toffoli, além de bater as Metas Nacionais, o grande desafio do Poder Judiciário em 2019 será criar uma base nacional de dados processuais que possa ser utilizada para desenvolver diagnósticos precisos, parâmetros, diretrizes e políticas que garantam maior celeridade processual. ‘Não se planeja o futuro sem conhecimento da realidade e não se desenvolvem metas sem a construção de indicadores (...) Nos dar a conhecer será uma forma de deixarmos de ser criticados, porque se verá a qualidade e a quantidade de produção da magistratura brasileira’ (...) Dias Toffoli também ressaltou que ‘A sociedade deposita muita esperança no Poder Judiciário e anseia por resultados. Os cidadãos urgem por prestação judicial eficiente, célere, coerente e previsível. Essa é uma grande preocupação que temos (...) o corregedor nacional de Justiça, ministro Humberto Martins (STJ), tocou nas mesmas teclas ao comentar a importância das Metas Nacionais: ‘Precisamos ter um Judiciário ágil, produtivo, de qualidade e que dê respostas com bastante brevidade aos reclamos da sociedade brasileira’ (...) O ministro Marco Aurélio Buzzi disse que no ano passado o STJ superou, dentre outras, a Meta Nacional no 1, ao julgar 20% mais processos do que os distribuídos. ‘Se levarmos em conta apenas a produtividade, nós, juízes brasileiros, somos os melhores do mundo’”. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/cnj-define-metas-nacionais-para-2019/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

11 - “Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam, então, uma terceira atividade típica, que consiste no controle da aplicação do direito pela Administração Pública” (MADUREIRA, 2016, p. 109).

isso gera um ciclo vicioso e estimula uma litigiosidade desnecessária do Poder Público Federal. Não se pode negar que as pessoas reagem a incentivos e, dentro da Advocacia Pública, o regime de incentivos tem sido orientado para promover litigiosidade.

Assim, notoriamente, a cultura litigiosa no âmbito da Advocacia Pública é forte, razão pela qual se entende que não é devidamente implementada uma atuação harmônica com o Modelo Constitucional de Processo e nos moldes do desenho constitucional de “função essencial à justiça” que lhe foi atribuído, o que precisa ser revisado, conforme será abordado no próximo ponto.

3 A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA CONFORME O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Anteriormente, sustentou-se que a excessiva influência do enfoque instrumentalista do processo dificulta a atuação da advocacia pública conforme o desenho constitucional de “função essencial à justiça” que lhe foi atribuído, bem como não se harmoniza com o devido Modelo Constitucional de Processo.

De acordo com o desenho constitucional, a Advocacia Pública foi inserida em capítulo próprio e dedicado às “funções essenciais à justiça”¹²⁻¹³, ou seja, não foi incluída no capítulo do Poder Executivo. Assim, não pode ser enquadrada como advocacia de governo¹⁴, pois a natureza de advocacia de Estado foi delineada pelo próprio texto constitucional.

Evitar essa confusão não conduz sustentar que a Advocacia Pública não deve estar alinhada às políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo (democraticamente eleito). Pelo contrário, deve atuar em colaboração e ajudar a construir essas políticas, no âmbito de suas atribuições institucionais. Devem assegurar que sejam realizadas dentro da legalidade e juridicidade necessárias, mas ao mesmo tempo, respeitar as opções discricionárias e políticas dos gestores públicos.

Como bem registrado, “a construção de um regime democrático estável passa pela formação de instituições sólidas que possam servir de base à defesa dos valores republicanos e democráticos” (COUTINHO, 2016, p. 85). De fato, as funções essenciais à justiça assumem um protagonismo fundamental, independentemente de quem ocupe o governo, e a reflexão sobre suas atribuições e autonomia refletem na própria viabilidade do cumprimento da função do Estado, como agente de efetivação de direitos fundamentais (COUTINHO, 2016).

12 - Conforme expressamente estabelecido na Seção II (Da Advocacia Pública) do Capítulo IV (Das Funções Essenciais À Justiça) da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2019.

13 - É de se ressaltar que o artigo 131 da CF/88 estabelece que “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”. Como se vê, a Constituição fala em representação judicial e extrajudicial do ente federal, o que inclui os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), não podendo esgotar sua atuação, portanto, relativamente ao Poder Executivo. Ao lado disso, ainda estabelece a Constituição que, cabe ainda à Advocacia-Geral da União as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

14 - “Advocacia de Governo: espécie de advocacia, que, em suma, é desprovida de perenidade e de *status* constitucional; possui algum tipo de subordinação (ordinariamente administrativa) ao Executivo e cujo órgão, ou instituição, seria carente de autonomias funcional, administrativa e financeira/orçamentária; seus integrantes mais proeminentes seriam ocupantes de cargos comissionados; inexistiria privatividade de funções nem haveria garantias e prerrogativas, para os membros efetivos” (KIRSH, 2016, p. 139).

Ora, o advogado público tem como atribuição constitucional representar judicial e extrajudicialmente o Estado, decorrendo daí a sua atribuição de representar o povo, território e governo, participando, ainda, da rede de controle governamental e da viabilização de políticas públicas (PEREIRA, 2016).

No entanto, apesar da relevância de suas funções e do *status* constitucional que ocupam, não se pode ignorar o receio dos advogados públicos de serem responsabilizados e punidos pela não apresentação de defesa contenciosa nos casos concretos ajuizados.

De fato, o exercício do cargo de advogado público, nos âmbitos de todos os entes federados, envolve muitas responsabilidades, e uma má atuação pode colocar o próprio Estado em situação de vulnerabilidade. Assim, mostra-se adequada e pertinente a disposição do artigo 184 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê a responsabilidade do advogado público quando agir com dolo, má-fé ou fraude no exercício das funções. Ressalvadas essas hipóteses, estabelece o artigo 38, §§ 2º e 3º, da Lei nº 13.327/2016, que não serão responsabilizados os ocupantes dos cargos das carreiras jurídicas federais¹⁵ quando no exercício de suas funções, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, e que compete exclusivamente a esses órgãos a apuração de falta disciplinar.

Apesar da previsão legal e do avanço institucional que ela representa, não é raro, contrariamente à lei, que órgãos de controle, como tribunais de contas, iniciem procedimentos investigativos de atos praticados por advogados públicos, mesmo quando respaldados pelas chefias das procuradorias onde exercem suas funções, muitas vezes realizadas no contexto de uma política institucional de estímulo à conciliação (reconhecimento jurídico do pedido, desistência e renúncia de recursos, transação, dentre outros). Essa situação não apenas viola a autonomia técnica desses profissionais, como frustra o modelo cooperativo adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 (BRANCO, 2018).

Portanto, a ausência de autonomia pelos membros da Advocacia Pública não apenas os coloca em uma postura defensiva e litigiosa, como vai de encontro com os contornos do princípio constitucional do “acesso à justiça”¹⁶, de acordo com o qual o processo judicial é apenas uma de suas possibilidades. Isso, é claro, prejudica não apenas a própria Fazenda Pública, mas todas as partes envolvidas.

Ademais, refletir sobre as competências institucionais da Advocacia Pública (de Estado) e sobre sua natureza jurídica de “função essencial à justiça” pode trazer eficiência e legitimação às próprias atividades de Estado, o que também contribuiria ao acesso e à efetividade do sistema de justiça.

De fato, a atuação da Advocacia Pública (contencioso e consultivo), com maior autonomia e respaldo de orientações institucionais, mais focada na análise de juridicidade dos atos ad-

15 - A Lei nº 13.327/2016 estabelece o seguinte: “Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre (...) questões que envolvem os ocupantes dos cargos: I - de Advogado da União; II - de Procurador da Fazenda Nacional; III - de Procurador Federal; IV - de Procurador do Banco Central do Brasil (...) Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas: (...) § 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude. § 3º A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares”.

16 - “a expressão de acesso à justiça, inicialmente informada pela vetusta concepção de monopólio estatal (...) vai cedendo espaço a novas ideias e propostas aderentes à tendencial e crescente desjudicialização dos conflitos” (MANCUSO, 2015, p. 27).

ministrativos e proposições para o Executivo, poderia resultar em uma entrega mais satisfatória do próprio serviço público, além de colaborar verdadeiramente para a diminuição das genuínas causas de litigiosidade.

Entende-se, assim, que uma atuação independente, com autonomia técnica da Advocacia Pública, é condição da sua própria missão delineada no modelo constitucional brasileiro.

Deve-se abandonar, com isso, a ideia de se recorrer a qualquer custo, e não se deve fazer isso somente porque o Poder Público está envolvido com mais de 50% da demanda judicial em tramitação no país, o que, por si só, já exigira uma reflexão sobre as competências institucionais da Advocacia Pública de Estado. Também se deve adotar uma postura menos litigiosa porque o advogado público tem o dever institucional de apreciar a juridicidade dos casos sob sua análise, não devendo se comportar como defensor cego e fervoroso de qualquer ato irresponsável da Administração Pública.

Essa atuação com independência técnica decorre do próprio desenho constitucional que situou a Advocacia Pública no capítulo próprio das “Funções Essenciais à Justiça” (Capítulo IV da CF/88) e investiu o advogado de inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133 da CF/88) (BRASIL, 1988).

É evidente que se deve valorizar sempre uma atuação coordenada da Advocacia Pública, priorizando-se as diretrizes e orientações dos órgãos centrais, a fim de se obter os resultados mais eficientes na defesa do Estado.

Não é mais possível defender que o advogado público apresente impugnações e recursos a qualquer custo. O que se deve promover é uma atuação institucional de advocacia de Estado, à altura do *status* constitucional de “função essencial à justiça”, em harmonia com o Modelo Constitucional de Processo.

Acredita-se que, desse modo, a Advocacia Pública, como “função essencial à justiça”, poderia colaborar com uma Administração Pública mais efetiva, além de viabilizar o próprio Estado Democrático de Direito.

Ademais, diante dos novos contornos do direito constitucional do *acesso à justiça*, o processo judicial é apenas uma de suas possibilidades, sendo, também, portanto, uma das técnicas para se atingir o interesse público. Deve-se, assim, cada instrumento de “acesso à justiça” ser avaliado no contexto das circunstâncias do caso concreto, o que se mostra muito mais adequado ao Modelo Constitucional de Processo.

4 CONCLUSÃO

Neste trabalho, demonstrou-se como a perspectiva acerca da teoria de processo pode trazer consequências práticas relacionadas à litigiosidade, bem como à atuação da Advocacia Pública.

Para tanto, foi necessário expor sobre algumas das principais teorias do processo, iniciando-se pela “Teoria da Relação Jurídica”, de Oskar Bülow, que, embora tenha trazido valoroso caráter científico e autônomo ao direito processual, custou a própria liberdade de agir das partes.

Observou-se, ainda, que sobrevieram significativas contribuições à teoria de processo, como a “Teoria Estruturalista”, de Elio Fazzalari, quem elaborou o importante conceito de processo como procedimento qualificado pelo contraditório, sendo posteriormente fundido à ideia de que o processo é, intrinsecamente, um direito fundamental.

Verificou-se, também, que, no final do século XX, Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera introduziram o conceito de modelo constitucional de processo, com eficácia irradiante e limitação de atuação do legislador ordinário.

Ademais, constatou-se que a visão sistemática do modelo constitucional de processo deve ser compatível com o Estado Democrático de Direito, de modo que lhe deve ser agregado o conceito de democracia de Jürgen Habermas, para que haja, no processo, participação, procedimento e discurso, com capacidade de influência dos interessados na construção da decisão judicial.

Apesar da evolução contínua das teorias de processo, averiguou-se que a doutrina processual brasileira permanece estagnada na “Teoria da Relação Jurídica”, de 1868, sem uma verdadeira remodelação com as premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Foi observado que isso decorre de um modo de perceber o processo ainda fortemente vinculado à Escola Instrumentalista do Processo, fundada por Cândido Dinamarco, para quem o processo é instrumento estatal de alcance de escopos metajurídicos. Viu-se que essa abordagem fomenta a própria atividade jurisdicional, tendo em vista a perspectiva de que o processo é instrumento a serviço do Estado, e não das partes. Trata-se de uma perspectiva de política estatal que busca uma realização de justiça de modo demasiadamente centralizado na figura do julgador, com transferência do poder de solucionar os interesses conflitantes das partes ao Estado paternalista.

Conclui-se, desse modo, que a instrumentalidade, como teoria processual amplamente difundida no direito pátrio, impacta na própria cultura brasileira, tornando-a mais demandista, na medida em que se deposita no Poder Judiciário a crença de solução de todos os conflitos sociais, incitando-se a desmedida litigiosidade hoje identificada no Brasil.

Demonstrou-se, ademais, que a excessiva influência do enfoque instrumentalista do processo dificulta a atuação da Advocacia Pública conforme o desenho constitucional de “função essencial à justiça” que lhe foi atribuído, além de não se harmonizar com o devido Modelo Constitucional de Processo.

Identificou-se que os próprios métodos de diminuição da litigiosidade são concebidos a partir da perspectiva instrumentalista. Para tanto, exemplificou-se as sucessivas alterações da legislação processual, o uso desmedido de precedentes, as cláusulas de barreira de recursos, a compactação de procedimentos, as cognições parciais, dentre outros, sem, contudo, haver uma reflexão mais aprofundada a respeito dos efeitos dessas medidas em relação ao próprio direito fundamental ao processo.

O sistema passa, assim, a ser excessiva e unicamente focado na eficiência e na instrumentalidade, trazendo consequências a ele próprio e ao modo de atuação das instituições, supervalorizando-se os indicadores de produção e desempenho baseados nas quantidades de processos.

Efetivamente, demonstrou-se que a Advocacia Pública se organiza em função dos efei-

tos da litigiosidade excessiva, com enfoque na instrumentalidade processual e de acordo com os padrões de celeridade e eficiência do sistema, especialmente porque promove a defesa do Poder Público, o qual, no que diz respeito ao âmbito federal, ocupa a posição de maior litigância no país.

Foi constatado que a reflexão sobre as competências institucionais da Advocacia Pública (de Estado) e sobre a sua natureza jurídica de “função essencial à justiça” pode trazer eficiência e legitimação às próprias atividades de Estado, o que também contribuiria ao acesso e à efetividade do sistema de justiça.

Desse modo, verificou-se que uma atuação da Advocacia Pública, com maior autonomia e respaldo de orientações institucionais, mais focada na análise de juridicidade dos atos administrativos e proposições para o Executivo, poderia colaborar de fato para a diminuição das legítimas causas de litigiosidade.

Concluiu-se, por fim, que o advogado público não deve apresentar impugnações e recursos a qualquer custo, mas promover uma atuação institucional de advocacia de Estado, conforme a sua natureza constitucional de “função essencial à justiça” e em harmonia com o Modelo Constitucional de Processo, o que se mostraria também mais adequado aos novos contornos do direito constitucional do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo. Advocacia Pública no CPC/15. In: Juvêncio Vasconcelos Viana. **Novo CPC: parte geral**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BÜLOW, Oskar. **La Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtscheín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1964.

BÜLOW, Oskar. **Statutory law and judicial function**. American Journal of Legal History nº 39, 1995.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora Y. **História, pensamento e terminologia processuais**. Revista de Derecho Procesal, 1947.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. *Advocacia Pública de Estado e autonomia das funções essenciais à Justiça*. In: Aldemário Araújo Castro, Rommel Macedo. **Advocacia Pública Federal: afirmação como função essencial à Justiça**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. *Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito*. **Revista opinião jurídica**, Fortaleza, v.10, fas.14, p. 24-41. 2012

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Abrindo a caixa preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?** 1. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

KIRSH, César do VALE. *Advocacia Pública (de Estado) como função essencial à justiça e parceira do Executivo na viabilização de políticas públicas*. In: Aldemário Araújo Castro, Rommel Macedo. **Advocacia Pública Federal: afirmação como função essencial à Justiça**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARDEN, Carlos. **A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'*. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Revista Novos Estudos**, n. 58. 2000.

PEREIRA, Carlos André Studart. *Das prerrogativas da advocacia pública*. In: Aldemário Araújo Castro, Rommel Macedo. **Advocacia Pública Federal: afirmação como função essencial à Justiça**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016.

