

O que deseja “o Código”? Notas sobre a complexidade de realização do imaginário de sujeitos do campo do direito na transição de paradigmas normativos implementados pelo Estado

Leonardo Barros Souza¹

Resumo: Trata-se de ensaio sobre as expectativas de sujeitos do campo do direito sobre o CPC/2015, via comparação das expectativas sobre o Esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas para a unificação do direito nacional e análise crítica reveladora de uma tensão entre a tradição e a novidade.

Palavras-chave: História; Direito; Processo; Código; Campo.

O que deseja o Código?

“O que deseja o Código?” foi uma pergunta retida durante as conferências magnas do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual realizado entre 11 e 14 de abril de 2018, por iniciativa do Programa de Mestrado em Direito Processual *stricto sensu* da Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES), e que, naquele momento, possibilitou uma interessante abertura para a reflexão sobre algumas expectativas positivas depositadas no novo Código de Processo Civil, o de 2015, muitas ali explicitadas, e as possíveis dificuldades quanto a sua realização. Essa abertura, por sua vez, motivou a elaboração desse breve ensaio².

Especulações iniciais sobre expectativas decorrentes do advento de um “novo Código”

Há alguma relação entre o Esboço do Código Civil (Esboço) elaborado por Augusto Teixeira de Freitas na década de 50 do século XIX e o Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (CPC/2015)? A princípio, as diferentes dimensões de tempo e tema indicariam que não, salvo para quem, do campo do direito, tem a consciência da instrumentalidade entre o direito processual civil e o direito civil. De todo modo, esses Códigos estariam inseridos em tempos diferentes, a infirmar tal função. As possíveis relações devem então ser pensadas em

¹ Doutorando em História Social das Relações Políticas pelo PPGHIS-UFES, Mestre em Direito e Sociologia pela UFF, professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado da FDV. E-mail: leonardobarrossouza@terra.com.br.

² Sobre o ensaio ver SANTOS (2014).

contextos menos fechados em termos dogmáticos, com maior dose daquela especulação inicial inerente a praticamente toda reflexão.

Como pesquisador do contexto histórico e social vivido por Augusto Teixeira de Freitas durante o processo de construção do Esboço³ e pontualmente desafiado⁴ a refletir sobre algumas das perspectivas sobre o CPC/2015, posicionado numa fase inicial de especulação é possível direcionar a reflexão a partir do imaginário⁵ de sujeitos do campo do direito⁶ a respeito da novidade que ambos os Códigos representam, cada um no seu tempo e contexto específico.

Essa mesma fase autoriza uma abordagem no formato de ensaio, com apoio ao menos em um texto de referência, até mesmo a fim de reduzir o âmbito de incerteza decorrente da especulação.

No caso do Esboço, tem-se, num primeiro momento, uma construção inserida num contexto de demanda por direito nacional e por sua unificação, em especial advogados, com destaque para os reunidos em torno do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), até como medida decorrente da Independência, a denotar o rompimento com a legislação portuguesa que ainda era aplicada.

Os sujeitos do campo do direito foram porta-vozes da necessidade de unificação e codificação do direito nacional.

Francisco Inácio de Carvalho Moreira (1862), por exemplo, em discurso proferido na sessão do IAB de 07 de setembro de 1845, alertou para a insegurança jurídica causada pela “deplorável desordem, em que se acha o foro pelos defeitos, lacunas, obscuridades, e immensidade de nossas leis civis” (*idem*, p. 148), “as leis fundamentaes da sociedade; pois ellas que regularisão a família natural, fundão a família civil, e consolidão, ou garantem o direito de propriedade” (*idem*, p. 149), que constituem “o laço primitivo da sociedade, a ancora de sua estabilidade” (*ibidem*), defendendo a necessidade de revisão e metodização geral (*idem*, p. 152), para o que “Uma codificação [...] é um immenso benefício para a nação” (*idem*, p. 156).

A novidade residiria no próprio papel inovador e unificador do que resultaria no primeiro Código Civil Brasileiro, como marca jurídica e necessária da Independência política, a alimentar expectativas de correspondência entre o direito posto e a realidade histórica e social vivida.

³ O projeto de doutorado submetido e aprovado pelo PPGHIS-UFES no processo seletivo 2018/01 tem como tema “A construção história de uma nova dogmática jurídica no Brasil Império (1843-1872) por Augusto Teixeira de Freitas”.

⁴ Refiro-me à proposta de apresentação de uma comunicação no GT3 (Tutela de direitos e novas técnicas processuais) do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual que me foi feita por minha orientadora, Profa. Dra. Adriana Pereira Campos, e ao desafio que representou, considerados os temas de fundo abordados no evento.

⁵ O termo designa um determinado “modo como em diferentes lugares e momentos uma determinada realidade social é construída, pensada e dada a ler” (CHARTIER, 1989, p. 17).

⁶ Trata-se do conceito de “campo” formulado por Pierre Bourdieu. Uma síntese sobre ele pode ser encontrado em CATANI et al. (2017, p. 64-66).

A novidade do CPC/2015 aparenta ser mais plural, com destaque da proposta de servir de instrumento para “a propiciar a tutela de pessoas e dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante um processo justo”⁷, com expectativas no grau correspondente a essa necessidade. O novo Código surgiria como solução para os problemas de efetivação de direitos materiais, em resposta a demandas sociais por uma melhor prestação do serviço jurisdicional e com correspondência em princípios da Constituição Federal de 1988, posterior ao Código de Processo Civil de 1973, normativamente desatualizado, em descompasso com o tempo.

Uma das questões que se colocam refere-se a essas expectativas em grande parte fundadas na novidade e na crença nutrida por sujeitos do campo do direito quanto à capacidade das mudanças de paradigmas instituídas pelo Estado conformar ou alterar a realidade histórica e social, com sua necessária participação, por que seriam os intérpretes autorizados do novo instrumento.

Ecos de uma crítica ao Esboço. O velho subjacente a novidade representativa de mudança paradigmática

A expectativa, no imaginário social de sujeitos do campo do direito, especificamente do campo do direito processual civil, de que o novo representa a novidade e o progresso pode ser traída pela tradição.

Em retrospectiva, uma crítica à obra de Augusto Teixeira de Freitas pode lançar luzes sobre as expectativas depositadas no CPC/2015 e a possibilidade de sua implementação por sujeitos do campo do direito.

Em análise do Esboço, situado na transição do Brasil Colonial para o Independente, Airon Cerqueira-Leite Seelander (2017) foca a atenção para as relações entre o poder patriarcal ou tradicional, associado à “casa”, e o poder político ou do Estado, numa perspectiva conflituosa fundada na menor ou maior margem de intervenção do Estado na “casa” via uso da técnica do direito. No caso, a proposta de codificação do Direito Civil encarregada a um sujeito do campo do direito qualificado como doutrinador e seus efeitos nas coisas inerentes ao espaço da “casa”.

Nesse espaço de tensão, a novidade, representada não só pelo Código, mas pelos institutos que autorizam a tutela estatal de questões antes decididas no âmbito privado, observada a hierarquia patriarcal, encontraria dificuldade de se apresentar e operar em razão da permanência de elementos da “casa”, inclusive de forma legionária no próprio texto do Esboço.

⁷ Texto extraído do material de divulgação referente ao Grupo de Estudo III do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual.

A questão principal, abordada inclusive como prova da permanência da “casa” no novo modelo de organização da vida social, via inequívoca intervenção do Estado, reside no conceito de família.

Trata-se do convívio, num mesmo documento, de um conceito tido como inovador, moderno, por que positivado sem referência ao poder patriarcal (Esboço, art. 139⁸), e de um outro considerado antigo, vinculado à tradição do pai como centro ou vértice de poder (Esboço, art. 140⁹).

Para Cerqueira-Leite, essa diferença conceitual demonstraria que a inovação não conseguiu resistir à tradição.

Para fins deste ensaio, nesses breves marcos, essa constatação sinalizaria que as expectativas advindas da novidade e o esforço de sujeitos do campo do direito em sustentá-las e concorrer para que sejam efetivadas podem encontrar elementos da tradição entre os vários limites a esse projeto.

A chave de análise fornecida pela crítica ao Esboço vem ao auxílio reflexão sobre a possibilidade de realização das expectativas no marco do CPC/2015 e de seu compromisso com “a tutela de pessoas e dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante um processo justo”¹⁰.

Permanências que podem dificultar a realização do novo. Doutrinadores como sujeitos de ação limitada no campo do direito¹¹

É possível afirmar, sem medo de erro crasso, que é grande a expectativa depositada por sujeitos do campo do direito, em especial do direito processual civil, com relação à potência do CPC/2015 para a “tutela de pessoas e dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, mediante um processo justo”¹², a ressaltar o compromisso com a dimensão instrumental do direito processual na urgente necessidade de afirmação do direito material, como forma de efetivar os princípios assentados no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, quais sejam, o da duração razoável do processo e o da celeridade de sua tramitação.

Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 51):

O objetivo de criar um sistema **mais eficiente**, está por trás de muitas regras do NCPC [Novo Código de Processo Civil, neste texto designado CPC/2015], pois um

⁸ “Entende-se por *família*, no sentido da inscrição deste §, e da distinção do art. 18, o complexo de indivíduos de um e outro sexo, que são neste Código considerados parentes.”

⁹ “Quando não se tratar de pessoas ou de direitos em geral, mas pessoas determinadas, entender-se-á por *família* o complexo de indivíduos de um ou outro sexo, que viverem na mesma casa, ou em diversa, sob a proteção de um pai de família.”

¹⁰ Ver nota 6.

¹¹ As reflexões deste item são devedoras das duas conferências magnas do III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual proferidas no dia 12 de abril de 2018 pelos Professores Eduardo Otienza e Flávio Luiz Yarshell.

¹² Ver nota 6.

código de processo que não garante a realização concreta de direitos, esvazia a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

A maior eficiência do processo, e do ordenamento jurídico como um todo, é decorrente de um Judiciário cuja 'performance' seja excelente, e o NCPC tem potencial de aprimorar a atuação deste Poder, pois contém instrumentos de julgamento conjunto de demandas idênticas e aprimora os já existentes.

Enfatiza-se a necessidade de se incentivarem os meios alternativos de solução de conflitos, principalmente a mediação e a conciliação (esta última, não no sentido do acordo, mas no de processo conciliatório), como forma de contribuir com a criação da 'cultura' do acordo.

Cria-se, com o NCPC, o processo que *rende*: que resolve *de vez* a controvérsia subjacente à demanda.

O preceito do artigo 4º do CPC/2015 é central nesse contexto, ao afirmar o compromisso do Estado com a solução de conflitos sociais mediante o julgamento de mérito das demandas, ou seja, com a solução da questão de direito material submetida a análise e julgamento do Poder Judiciário.

Nesse contexto, institutos tidos como novos, afinados com os referidos princípios, podem sofrer a intervenção da tradição.

É o caso, por exemplo, a mais uma vez a título especulativo, do postulado da consensualidade, entendida como solução de conflitos de forma consensual, em oposição a uma tradição de resolução de demandas via "soluções adjudicadas", tutelas diretamente pelo Estado, no caso, o Estado-Juiz.

Também é o caso do novo sistema de colaboração ou maior protagonismo das partes, que implica numa redução dos poderes do juiz, ao qual pode ser opor a tradição do protagonismo quase absoluto, onipotente, do juiz togado, concursado, efetivo, na prestação da atividade judicial.

É o caso ainda dos mecanismos de estabilização e uniformização de interpretações e, por consequência, de decisões judiciais, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC/1975, art. 976 e seguintes) que podem encontrar resistência dos juízes, em defesa de sua independência.

Entende-se melhor, assim, o seguinte apelo feito por Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 61):

Para que os efeitos do NCPC sejam visíveis, no que diz respeito a minimizar a duração dos processos, além de alterações da lei, é imprescindível a boa vontade e o espírito cooperativo de todos os "personagens" que lidam no foro: juízes, advogados, promotores e as próprias partes.

Inequívoca antevisão de dificuldades provenientes da prática de sujeitos do próprio campo do direito, embora nele fechada.

Da análise referente ao foco possível de resistência da tradição à novidade extrai-se também a relevante questão da possibilidade de atuação (e seus limites) dos vários sujeitos do campo do direito.

A experiência concreta¹³ sinaliza para um maior compromisso de doutrinadores com o novo paradigma de prestação jurisdicional instituído pelo CPC/2015 e um forte polo de resistência na magistratura, provavelmente muito tributável¹⁴ à tradição do bacharelismo¹⁵ em sua formação histórica.

Essa tradição, por seu turno, revela um importante aspecto cultural a respeito das formas de resolução de conflitos sociais, a contar com o Poder Judiciário, o Estado, como mecanismo institucional praticamente único a ser procurado, desdobramento de um fenômeno sintetizada por José Murilo de Carvalho (2014) como “estadania”, deturpação do entendimento e prática da cidadania na medida em que os sujeitos de direito atuam geralmente com dependência do Estado.

Trata-se de elemento que milita contra os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos positivados no CPC/2015.

Todos esses exemplos orientam a possibilidade de reflexão sobre as possibilidades de efetividade do novo paradigma de prestação da atividade judicial firmado no CPC/2015 e a antevisão, como limites possíveis, de elementos oriundos da tradição operados inclusive por sujeitos do próprio campo do direito, como instrumentos de manutenção de suas posições tradicionais.

Sugestões de problematização para a reflexão: o retorno da “casa” e a resistência do “Estado”?!

Caso se entenda que as especulações e reflexões pretéritas sejam pertinentes e profícuas para traçar alguns caminhos para a reflexão sobre a potência do CPC/2015 como marco na transição de paradigmas quanto à prestação da atividade judicial, uma possibilidade é a inversão da chave de análise crítica do Esboço de Augusto Teixeira de Freitas utilizada por Cerqueira-Leite.

Considerando os exemplos acima referidos quanto à tensão entre as expectativas do novo e as resistências da tradição, vê-se, mesmo que liminarmente, tentativas de permanência do “Estado”, no caso, mais uma vez, o Estado-Juiz e toda a constelação de carreiras jurídicas que a ele se atrelam, contra a tentativa de reintrodução, pelo próprio Estado, do protagonismo da “casa”, não mais, é certo, estruturada pelo poder patriarcal, mas

¹³ Por “experiência concreta” designa-se aqui a atuação profissional do subscrevente, tanto acadêmica como na prática forense, e as constatações feitas durante o III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual, inclusive no GT3.

¹⁴ Trata-se, aqui, de mais uma ideia trabalhada no texto de tipo “ensaio”, com o único intuito de se prestar a provocação da reflexão.

¹⁵ “Entende-se por bacharelismo a situação caracterizada pela predominância de bacharéis na vida política e cultural do país” (KOZIMA, 2007, p. 378), presente na história do Brasil ao menos desde sua Independência e com ênfase na formação em Direito, inclusive como forma de acesso às carreiras públicas (CARVALHO, 1980), até os dias atuais, sendo um dos fatores responsáveis pela centralidade da judicialização para a resolução de conflitos sociais (PEREIRA, 2015).

na instituição e instrumentalização de mecanismos aptos a garantir o equilíbrio entre os sujeitos em conflito.

Essa nova configuração do significado das categorias "Estado" e "casa", por si só aberta a questionamentos, amplia as perspectivas de análise crítica do CPC/2015 pela ótica das tradições (que resistem à inovação) da solução de conflitos pelo Estado-Juiz (em oposição ao consensualismo), do protagonismo processual do juiz (em oposição ao sistema de colaboração entre as partes) e da importância institucional da magistratura na prestação da jurisdição (em oposição aos mecanismos de uniformização da jurisprudência), no relevante contexto do imaginário social.

Destacam-se nesse imaginário social o estamental, institucional, corporativo, mas também, e talvez principalmente, "popular", em especial pelos significados da garantia fundamental de acesso à justiça (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV), identificada (a justiça) com o Poder Judiciário.

Uma outra importante linha de questionamento que pode ser extraída da análise crítica de Cerqueira-Leite sobre o Esboço de Augusto Teixeira de Freitas diz respeito à capacidade dos sujeitos do campo do direito que se identificam e atuam como "doutrina" atuarem como protagonistas na implementação de um novo paradigma, em especial diante da forte presença e peso na atuação do elemento tradicional que insistiria na continuidade de seu protagonismo, o juiz.

"Será que a 'doutrina'¹⁶ seria capaz de vencer a tradição via desenvolvimento da técnica e diante de resistências de ordem prática?", "Quem está autorizado a falar sobre o que representa o CPC/2015?", "De quem seria a fala autorizada sobre esse tema?", "Como lidar com o peso de ordem prática da jurisprudência¹⁷?", são algumas das possíveis questões nesse contexto.

Novamente, está-se diante de sinalizações advindas da mudança de paradigmas instituída pelo Estado.

Conclusão

A análise quanto às possibilidades de efetivação ou não do novo paradigma de prestação da atividade judicial instituído pelo CPC/2015 pode abrir interessantes caminhos se se servir de análises de outros momentos de transição de paradigmas instrumentalizados por

¹⁶ Por doutrina entende-se uma posição ocupada por agentes do campo do direito que são responsáveis por refletir sobre seus vários elementos e institutos, discuti-los, criticá-los, disseminá-los, alterá-los propositivamente, entre outras práticas e estratégias interessadas, nem sempre exercidas de forma coordenada, homogênea, inclusive diante da possibilidade de ocupação dessa posição por agentes que ocupam outras, como, por exemplo, a magistratura, a advocacia. A referência é Pierre Bourdieu (1989), no quadro de sua definição e reflexão sobre o campo e os agentes que nele atuam.

¹⁷ Utiliza-se o termo como sinônimo de decisões de agentes do campo jurídico que integram a categoria dos magistrados, singularmente ou coletivamente (como integrantes de órgãos colegiados que em geral compõem Tribunais).

institutos do Direito posto pelo Estado, refletidos em marcos não necessariamente inerentes ao campo do direito ou à dogmática jurídica.

Este ensaio serviu-se de uma crítica ao Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, feita por Cerqueira-Leite a partir de uma chave de análise centrada na tensão entre “casa” e “Estado”, respectivamente identificadas como tradição e novidade, reveladora das dificuldades de implementação de mudanças de paradigma impostas pelo Estado, para sugerir perspectivas de análise sobre o CPC/2015 no marco da mesma tensão, só que invertida, agora entre “Estado”, associado a tradição, com foco no protagonismo dos juízes, e a “casa”, retornando ao debate como novidade, mas não mais estruturada pelo poder patriarcal, mas no pressuposto do equilíbrio entre aqueles que se envolvem num conflito e buscam uma solução não judicializada.

A pretensão, com isso, não é reler o passado, nem iluminar o futuro, mas aproveitar “chaves” para reflexão do presente, desde que não deslocadas do contexto histórico, social e político, contribuindo assim, no contexto específico desse texto, para o debate sobre a efetividade do CPC/2015.

Nos restritos marcos desse ensaio, “o que deseja o Código” dependerá do resultado da tensão entre a novidade e a tradição no embate entre os diversos sujeitos do campo do direito que os representam.

Referências

- BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- CARVALHO, José Murilo de. A construção da ordem. A elite política imperial. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo caminho. 12. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- CATANI, Afrânio Mendes et al. (Org.). Vocabulário Bourdieu. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.
- CHARTIER, R. A história cultural: entre práticas e representações. Lisboa: Difel, 1987.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil. Esboço. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1952.
- KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Fundamentos de História do Direito. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MOREIRA, Francisco Inácio de Carvalho Moreira. Discurso em homenagem ao primeiro ano do Instituto dos Advogados Brasileiros. In: Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Anno I, Tomo I, n. 3, Parte Quarta, Rio de Janeiro: Typographia de Quirino & Irmão, 1862.
- PEREIRA, Paulo Fernando Soares Pereira. O bacharelismo está no meio de nós! Rogai por nós contendores! In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPENDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPENDI, 2015.

SANTOS, N. M. P. Ensaio e Artigo: confluências e divergências entre dois gêneros da esfera acadêmica. Dissertação (Dissertação de Estudos Linguísticos). UFU, Uberlândia, 2014.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à Modernidade. In: Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Rio de Janeiro, ano 178 (473): 327-424.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 1. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.