

Artigos originais

Teoria crítica do direito processual civil: a substanciação e a autonomia da ação no contexto do estado capitalista

Critical theory of civil procedural law: substantiation and autonomy of action in the context of the capitalist state

  Moisés João Rech¹

  João Ignacio Pires Lucas²

Resumo: Este artigo discute as dimensões funcional e estrutural do Estado capitalista à luz do Direito Processual Civil na tradição romano-germânica. Com isso, objetiva-se analisar a intersecção entre o Direito Processual Civil e o Estado capitalista e fornecer uma leitura crítica na formação das categorias processuais civis. Trata-se, portanto, de investigar quais são as funções desempenhadas pelo Direito Processual Civil para a reprodução das relações de produção, tendo como hipótese a atuação da substanciação e da autonomia da ação como garantidoras da troca no livre mercado. A pesquisa é bibliográfica, com a adoção da Teoria Crítica do Direito e do Estado como marco teórico, em especial as obras de Nicos Poulantzas (2019) e de Guillermo O'Donnell (1978). Como resultado, é possível afirmar que o Direito Processual Civil desempenha importante papel na reprodução das relações de produção, através da teoria da substanciação – que fornece a previsibilidade e segurança jurídica às decisões judiciais –, e pela teoria autônoma da ação – que, ao outorgar ao Estado o monopólio legítimo da violência, fornece a garantia para as trocas no mercado. Em caráter conclusivo, a pesquisa confirma a hipótese a respeito da interlocução entre Direito Processual Civil

¹ Doutorando em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito e Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), com bolsa Capes. E-mail: mjrech7@gmail.com

² Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Adjunto do departamento de Humanidades e do Programa de Pós-Graduação em Psicologia - Mestrado Profissional pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). E-mail: jiplucas@ucs.br

e Estado capitalista, permitindo desenvolver em pesquisas futuras as categorias processuais a partir de uma chave crítica.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Estado capitalista; reprodução das relações de produção; teoria autônoma da ação; teoria da substanciação.

Abstract: This article discusses the functional and structural dimensions of the Capitalist State in the light of Civil Procedural Law in the Roman-Germanic tradition. With this, the objective is to analyze the intersection between Civil Procedural Law and the Capitalist State and provide a critical reading in the formation of civil procedural categories. It is therefore a matter of investigating the functions performed by Civil Procedural Law for the reproduction of production relations, having as a hypothesis the performance of substantiation and the autonomy of action as guarantors of exchange in the free market. The research is bibliographical, with the adoption of the Critical Theory of Law and the State as a theoretical framework, especially the works of Nicos Poulanzas (2019) and Guillermo O'Donnell (1978). As a result, it is possible to affirm that Civil Procedural Law plays an important role in the reproduction of production relations, through the theory of substantiation - which provides predictability and legal certainty to judicial decisions -, and through the autonomous theory of action - which, by granting to the State the legitimate monopoly of violence, it provides the guarantee for exchanges on the market. Conclusively, the research confirms the hypothesis regarding the dialogue between Civil Procedural Law and the Capitalist State, which allows the development of procedural categories in future research from a critical point of view.

Keywords: Civil Procedure Law; reproduction of relations of production; the capitalist State; theory of the autonomy of the action; theory of substantiation.

Submetido em: 17 de fevereiro de 2022

Aceito em: 29 de maio de 2023

1 Introdução

A dogmática jurídica nos acostumou à ideia de que o direito processual seria a cristalização do avanço civilizatório. Sem autotutela, a sociedade moderna poderia usufruir da paz social diante do controle dos excessos cometidos pelo Estado e pelos indivíduos, e o processo judicial, mediante o devido processo legal, seria a tábua de salvação do ser humano em relação a si. A mesma dogmática jurídica conta a história do direito processual como o desdobrar de ideias que, acumuladas, forneceram as bases para torná-lo uma ciência autônoma, cujo objeto de estudo era a relação jurídico-processual constituída a partir de determinados pressupostos.

Chiovenda afirmava que, no Estado moderno, ao contrário das formações políticas pretéritas, a jurisdição emana de sua soberania, por esse motivo, “hoje já não se admite mais que institutos ou pessoas, que não o Estado, constituam juízes, como acontecia em outras civilizações, particularmente a favor da Igreja.” (Chiovenda, 1923, p. 292, tradução nossa); exemplo disso é a redação do art. 54 do *Codice di Procedura Civile* do Reino da Itália, ao afirmar que “*As sentenças das autoridades judiciais são pronunciadas em nome do rei*”, ou seja, a jurisdição oriunda da soberania do Estado moderno é ministrada com o objetivo de pacificação social pela atuação da vontade da lei.

É notável como a literatura jurídico-processual está presa a uma concepção idealista de história e de processo, atribuindo apenas à força das ideias os novos arranjos institucionais e os avanços científicos que a teoria processual do século XIX conquistou. Para amplos setores da doutrina processual, o Estado é uma entidade racional antagônica à sociedade civil, responsável pelo controle dos conflitos sociais por representar, de forma neutra, a vontade geral. Em suma, para o jurista moderno, o Estado é a cristalização hegeliana da razão.

Desse modo, o artigo busca se inserir no debate a respeito da Teoria Crítica do Direito e do Estado capitalista, tendo como recorte metodológico o Direito Processual Civil. A pesquisa justifica-se em

razão das lacunas na literatura a respeito do desenvolvimento de uma Teoria Crítica do Direito Processual Civil, além de buscar contribuir para a Teoria do Estado capitalista. O objetivo geral é analisar os pontos de contato entre Direito Processual Civil e o Estado capitalista, a fim de identificar o papel das categorias processuais na reprodução das relações de produção. Em caráter específico, objetiva-se: a) reconstruir a teoria da substanciação e da autonomia da ação, vinculando-as à dimensão funcional e estrutural do Estado capitalista; e b) fornecer elementos para a construção de uma teoria crítica do Direito Processual Civil.

Partindo dos estudos sobre o Estado capitalista realizados por Poulantzas (2019) e O'Donnell (1978), o problema central de pesquisa é: quais são as funções desempenhadas pelo Direito Processual Civil na reprodução das relações de produção? Com base nisso, a pesquisa sustenta, como hipótese, que o Direito Processual Civil exerce função de destaque na reprodução das relações de produção, pois é através de suas categorias que o sistema jurídico se torna previsível, se adquire segurança jurídica e, acima de tudo, exerce o monopólio da violência para a garantia das trocas. Para responder ao problema de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, com técnica de análise de conteúdo da literatura marxista e da historiografia jurídica.

Por fim, o artigo está estruturado em duas partes, além da introdução, conclusão e referências. A primeira busca apresentar, em linhas gerais, as características do Estado capitalista e sua função como reprodutor das relações de produção. A segunda parte busca traçar, do ponto de vista da historiografia jurídica, a formação, direito subjetivo e sua implicação na estrutura jurídica moderna, culminando com a reestruturação do Direito Processual Civil à luz da teoria da substanciação e da autonomia da ação. Os resultados indicam que a autonomia do Estado capitalista está relacionada com a publicização da jurisdição e do desenvolvimento da teoria autônoma da ação, e, além disso, a necessária segurança jurídica exigida para a reprodução das relações de produção está assentada na teoria da substanciação.

2 A autonomia relativa do Estado capitalista

Durante o século XIII, a Itália setentrional foi o palco do surgimento de uma ordem social. As feiras, embora ainda integradas à ordem feudal, foram o início de uma transformação que tomaria conta da Europa séculos depois. Nas cidades italianas, a livre troca de mercadorias, antes periódica, torna-se permanente, e, com o desenvolvimento de ordens de pagamento e das letras de câmbio, foi possível a constituição de um comércio de longa distância e da formação de bolsas. A emergência dessa forma social, com suas leis próprias, avocou os atributos daquilo que na tradição político-jurídica ocidental ficou conhecido como *oikos*, ou, em termos latinos, como o *privatum*, isto é, a esfera daquilo que é privado. A formação dos Estados nacionais no período renascentista ressignificou em termos jurídicos, políticos e administrativos a *polis* grega, e, em especial, a *res publica* romana. O contratualismo moderno apenas reforçou a dualidade antagônica que se forma entre Estado e sociedade civil, entre o direito público e o direito privado (Habermas, 2013, p. 93). Tal dualidade se consolidou mediante o desenvolvimento do núcleo jusnaturalista no interior do liberalismo político; uma doutrina que foi responsável por cunhar a categoria jurídica maior da sociedade burguesa: o direito subjetivo.

Em períodos pretéritos, o sistema feudal era caracterizado pela união orgânica de economia e de dominação política, ainda que houvesse um parcelamento do solo em cadeias de soberanias parcelares, fracionadas por um direito consuetudinário, o qual admitia uma multiplicidade de titulares sobre a mesma coisa, em diferentes situações reais. Assim como havia uma multiplicidade de situações reais sobre o solo, havia igualmente uma multiplicidade de jurisdições e cadeias de suserania e vassalagem que entrariam em crise nos séculos XIV e XV. Mas, à exceção da Inglaterra, o processo de centralização do poder nas monarquias europeias inicia no século XV, perpassando o período colonial e entrando em declínio somente com as revoluções burguesas no século XVIII. O rearranjo institucional do Estado absolutista refletiu as alterações na própria forma de extração do excedente pela divisão do

trabalho, mediante a destruição do *dominio diviso* da era feudal, que cede lugar à propriedade quiritária absoluta defendida pelo aparato estatal centralizado. Marx (2010a, p. 783) considerava que a comutação da renda em produto para a renda em dinheiro era a última metamorfose da renda feudal. Além disso, para ele, a mercantilização representou também o início da fratura sobre o amálgama de exploração econômica e autoridade política, ou seja, dissolveu-se o regime de servidão e da propriedade condicionada, que se fundamentava sobre a exploração extraeconômica.

Na esfera política, o “parcelamento da soberania” se tornou incapaz de reproduzir o modo de produção, e, somado a isso, os efeitos da monetarização da economia nas cidades e das revoltas camponesas acentuaram o rompimento do “político” e do “econômico” nas unidades feudais. O efeito final desse processo foi o “deslocamento ascendente” da coerção extraeconômica, uma característica essencial da dominação feudal, para o centro político representado pela monarquia, o que implica dizer que, à medida que o “parcelamento da soberania” pressupunha uma tensão latente no interior da nobreza fragmentada, essa tensão latente, em situações de crise, recompunha-se para formar uma unidade de classe dominante, uma vez que a fragmentação da soberania era incompatível com a própria unidade de classes da nobreza (Anderson, 1974, p. 429).

Tudo se passava como se a coerção extraeconômica do senhor feudal saísse de suas mãos para vir a se centralizar no Estado, com o intuito de preservar o poder da classe nobiliárquica diante das tensões internas. Assim, para Anderson, as monarquias territoriais do final da Idade Média eram, essencialmente, “um aparelho de dominação feudal recolocado e reforçado, destinado a sujeitar as massas camponesas à sua posição social tradicional” (Anderson: 1974; p. 18, tradução nossa), em razão da nobreza sentir-se ameaçada diante da difusão das trocas mercantis e de seu potencial de dissolução gradual da servidão no campo. A burguesia, por outro lado, não foi apenas uma coadjuvante nesse processo de centralização do poder contra o campesinato; a conquista da manufatura

pré-industrial e os constantes avanços técnicos e mercantis fizeram com que houvesse uma “sobredeterminação” da arquitetura institucional do Estado absolutista. Como se nota, Anderson (1974; p. 40) apresenta uma visão dialética do Estado absolutista durante o período de transição, pois, por um lado, o Estado salvou o feudalismo e, por outro, incubou o capitalismo.

A centralização do poder político foi contemporânea ao processo de acumulação primitiva, cujo resultado foi, entre outros, a produção da sociedade civil burguesa. Ou seja, uma esfera privada isenta de intervenção estatal e que permitiu a livre negociação contratual entre indivíduos livres; nessa esfera, as relações sociais “privadas” vinculam sujeitos sociais sem que o Estado assuma qualquer poder coercitivo (O’Donnell: 1978; p. 1161; Poulantzas: 2019; p. 261). São tipicamente as relações contratuais entre duas vontades que podem pactuar livremente dentro de certos padrões legais. Entretanto, o caráter privado dessas relações é apenas aparente. O’Donnell (1978, p. 1162) pontua que nenhuma relação jurídica realizada na esfera privada dispensa um terceiro elemento “ausente”, um “algo a mais” que subjaz à habitual vigência e execução dos contratos, ou seja, toda relação jurídica realizada na esfera privada pressupõe – ainda que de forma inconsciente – a existência das instituições estatais de coerção, nomeadamente os Tribunais.

São poucas as relações jurídicas que necessitam da atuação das instituições coercitivas para que sejam cumpridas, mas em todos os casos a garantia de sua efetivação resulta da possibilidade de provocar a atuação de um Tribunal – pois, de outro modo, a relação contratual dificilmente seria celebrada em razão da ausência de quaisquer garantias. Dessa forma, a presença tácita e subjacente das instituições do Estado nas relações privadas é constitutiva dessa mesma relação, caso contrário, ela seria algo diferente, sem o componente garantidor; por essa razão, a garantia fornecida pela atuação das instituições do Estado, em especial nas relações de produção, as quais são o núcleo da sociedade capitalista e da articulação das classes, não é “externa” ou *a posteriori*, mas intrínseca à própria relação jurídica privada (O’Donnell, 1978, p. 1162).

Weber igualmente destacou a função que o processo judicial assumiu para o desenvolvimento do capitalismo. Em seus estudos de sociologia do direito, ele chamou a atenção para o papel assumido pelo direito, em especial os modelos decisórios e de resolução de disputas, para a ascensão do capitalismo “burguês” na Europa. Embora Weber (2009, p. 14) acreditasse que tenha sido, em grande medida, o direito europeu o elemento condutor da modernização capitalista na Europa (ao contrário dos modelos jurídicos de outras civilizações), a ponto de ele mesmo afirmar que “o direito pode também funcionar de tal modo [...] que somente com ações coativas possibilite a criação de determinadas relações económicas”, é possível extrair elementos importantes de sua sociologia, sem comungar com os seus pressupostos epistemológicos individualistas. Explicar o motivo de o capitalismo ter surgido em solo europeu sem recorrer à própria dinâmica da economia política e da luta de classes levou Weber a analisar com mais detalhes os sistemas jurídicos e os respectivos papéis nesse processo.

É significativo observar como a sociologia do direito de Weber (2009, p. 13) identificou, mais no processo judicial romano do que no sistema de contratos e obrigações, os mecanismos necessários para que o capitalismo pudesse se desenvolver, à medida que, para ele, era necessário, por um lado, que os mecanismos que garantissem que os negócios jurídicos – as trocas – fossem respeitados, e, por outro lado, que houvesse previsibilidade sobre as transações no mercado. Em linhas gerais, são duas as principais exigências do modelo jurídico capitalista, que apenas o direito romano seria capaz de fornecer: a previsibilidade e a coação, isto é, uma ordem jurídica que seja previsível e confiável – por criar e aplicar regras universais – é uma ordem jurídica considerada racional.

Mas o direito romano, ao contrário do que se poderia observar em um primeiro contato, não era propício à economia capitalista em ascensão. Primeiro, porque a pouca publicidade da hipoteca prejudicou a organização e criação do crédito imobiliário. Além disso, pouco havia no direito romano de institutos para a formação de sociedades de capitais ou de títulos de crédito –

que eram as células elementares da economia de livre mercado. Também o direito marítimo e mineiro teve que ser construído a partir do direito germânico e do *ius commune*. Ademais, a própria *Lex Mercatoria* foi formada pelos usos e costume medievais. A contribuição do direito romano para a economia capitalista não se deve propriamente aos seus institutos privados, mas à superioridade técnica e metodológica do pensamento jurídico e, em especial, ao processo judicial que permitia a extração de uma decisão pautada na materialidade do conjunto de fatos e das provas racionalmente produzidas, além de sua forma racional de abordar a problemática especificamente jurídica dos conflitos sociais (Wieacker, 2010, p. 160; Weber, 2009, p. 214).

O caráter racional do processo judicial romano, ao contrário do germânico – assistemático e irracional –, permitiu aos juízes a construção de uma jurisprudência relativamente coerente e um corpo doutrinário apreensível nas Universidades. É necessário que haja, do ponto de vista de uma pessoa que tenha poder de dispor sobre uma coisa ou sobre uma pessoa, certas garantias jurídicas de que esse poder jurídico perdure; e do ponto de vista daquele a quem a coisa foi prometida, a segurança de que essa promessa seja cumprida (Weber, 2009, p. 14). Não há direito que subsista sem uma autoridade que garanta a segurança mediante técnicas de pacificação social, e é nesse sentido que o processo judicial e a jurisdição (*iurisdictio*) exercida pelos Tribunais são os “garantidores” da ordem jurídica burguesa.

A centralidade do processo judicial e, por consequência, da jurisdição, para a reprodução das relações de produção é pouco retratada pela literatura marxista. É necessário, portanto, avançar nesse caminho. Assim, muitas foram as transformações que o processo judicial teve de passar para atingir a forma necessária para adequar-se às exigências do capitalismo, como o desenvolvimento de um sistema racional de provas, uma teoria racional da decisão, a racionalização do processo executivo, o rigoroso princípio dispositivo, a transição da *litis contestatio* para a litispendência, a construção da categoria da lide, a vedação ao *non liquet* etc. Entretanto, duas

foram as principais transformações sofridas pelo processo judicial moderno, que desempenharam – e desempenham – significativa contribuição para a reprodução das relações de produção: a teoria da substanciação e, em especial, a teoria autônoma da ação.

De uma parte, a teoria da substanciação revolucionou o papel dos Tribunais no exercício da jurisdição, por tornar as decisões jurisdicionais previsíveis e, por consequência, fornecer segurança aos agentes de mercado. De outra, a teoria da ação autônoma impôs uma reestruturação do direito processual moderno para a família da *civil law*, na medida em que consolidou no Estado capitalista o monopólio legítimo da violência ao ressignificar a *actio* romana à luz da queixa (*Klage*) germânica. O cerne dessas duas transformações está no processo da acumulação primitiva, a saber da separação do camponês de suas condições de produção e, conseqüentemente, da constituição do indivíduo moderno. Assim, a autonomia do Estado capitalista representou a ascensão do individualismo e, por consequência, a moderna teoria processual.

3 Indivíduo e Direito Processual Civil

A dissolução da relação orgânica do produtor com suas condições de produção, como analisada por Marx, foi o ponto inicial da formação do indivíduo moderno. É sintomático que os primeiros textos a tratarem do indivíduo sejam de Hobbes e Locke na Inglaterra do século XVII, o mesmo local no qual o processo de acumulação primitiva havia iniciado a transformação das relações feudais em relações protoburguesas. Para compreender as guerras religiosas, Hobbes (1998, p. 33-42) desenvolveu uma teoria antropológica que sustentou a ideia de indivíduo, a partir dos conceitos de desejo e medo, que seriam as bases para uma teoria da guerra civil. Dessa forma, a figura jurídica do contrato se tornou o vínculo privilegiado de uma sociedade cujos indivíduos eram refratários a qualquer forma associativa. Posteriormente, Locke desenvolverá uma concepção de liberdade tendo como base o conceito de propriedade, ou seja, da liberdade como autopertencimento, afirmando que ainda “que a terra e todas as criaturas inferiores

pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela.” (Locke, 2010, p. 19, tradução nossa). Portanto, Locke estabeleceu uma relação entre o indivíduo e sua liberdade, assim como a propriedade é resultado de seu trabalho.

O mesmo indivíduo livre que emergiu na era moderna foi o produtor “libertado” de suas condições de produção (Marx, 2010, p. 413). Com a dissolução do vínculo entre produtor e suas condições de produção, a coação extraeconômica dos senhores feudais entrou em declínio e concentrou-se no Estado nacional. Daí que não foi apenas o trabalhador que se tornou despossuído dos meios de produção, mas também o capitalista ficou despossuído dos meios de coação (O’Donnell, 1978, p. 1163). A figura que representava esse poder extraeconômico era o *merum imperium*, por exemplo, o poder originário da magistratura romana de impor penas capitais, mas que, no período da baixa Idade Média, era conferido pela *iurisdictio* (LEE, 2016, p. 86). Esse poder era exercido pelos senhores feudais e seus magistrados, mas após a reforma realizada no século XVI pelos juristas da Escola Humanistas, em especial Andrea Alciato, a *iurisdictio* – e, por consequência, o *merum imperium* – passou a centralizar-se e pertencer exclusivamente à monarquia (Lee, 2016, p. 100).

A relação de honra e proteção que caracterizava o período feudal, juntamente com seus instrumentos militares, transformou-se em uma relação contratual e assalariada entre indivíduos formalmente livres e iguais, cujo mecanismo de garantia e proteção passou a ser os Tribunais modernos. A relação de vassalagem e de servidão era direta e pessoal, sendo garantida por meios militares; a relação moderna entre os capitalistas entre si e entre os trabalhadores é mediada por mercadorias, e, por essa razão, indireta e contratual, cuja garantia são os Tribunais mediante o processo judicial – fica nítida a exigência para a reprodução das relações de produção o desenvolvimento de um processo judicial racional e de magistrados profissionais.

Entretanto, que o processo de expropriação da acumulação primitiva tenha contribuído para o surgimento do indivíduo moderno, e que isso tenha influenciado na formação do Estado capitalista pela autonomização da coação, não é mais do que o início de um processo de transformações radicais que o direito, e, em especial, que o Direito Processual Civil sofreu. Nesse momento, é importante lembrar que o Estado absolutista não era, propriamente, um Estado capitalista, pois foi necessário que a burguesia revolucionária tomasse o poder político para impingir mudanças na forma de Estado renascentista.

Com atenção à dimensão jurídica, é necessário analisar, em primeiro lugar, como a categoria “indivíduo” assumiu o núcleo fundamental da teoria racionalista do direito natural nos séculos XVII e XVIII. A tese central dessa mudança foi a atribuição de direitos inatos ao indivíduo reputado como racional. Nesse contexto, o significado de jusracionalismo consiste, entre outras coisas, em uma doutrina jurídico-política, com bases antropológicas, que busca investigar a existência de uma sociabilidade anterior à vida na *polis* ou *civitas*, de forma a postular a existência de leis naturais anteriores às leis civis (Bobbio; Bovero, 1994, p. 50). É verdade que o direito natural já estava presente desde *Antígona*, de Sófocles, e no capítulo V da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles – e mesmo nos textos dos estoicos introduzidos no direito romano por Cícero –, mas foi sua reinterpretação nos séculos XVII e XVIII que estabeleceu as coordenadas do absolutismo e, posteriormente, a formação da sociedade burguesa.

O direito natural retomado pelos teóricos do absolutismo monárquico teve diferentes conotações em relação ao direito natural reinterpretado pelos liberais. Para os absolutistas, o direito natural estava vinculado à soberania e fundava a escolha divina dos monarcas, como em Bodin e Bossuet – embora em Grotius e Hobbes haja um desvio dessa concepção por fundar o Estado na razão; para os teóricos liberais, tanto racionalistas como empiristas, o direito natural é reposicionado no interior da razão e incorporado na interioridade do indivíduo – daí a atribuição moderna dos direitos

fundamentais à personalidade e o desenvolvimento de categorias como a de capacidade e legitimidade. O direito natural deixaria de ser o referencial de fundamentação da soberania para passar a ser o regulador das relações privadas entre os indivíduos, assim, o jusnaturalismo desloca-se do eixo teológico para o eixo humanista, da racionalidade individualista, ao mesmo tempo que serve aos desígnios da burguesia na construção de garantias individuais contra o absolutismo monárquico (Bobbio, Bovero, 1994; p. 93).

Esse movimento reproduziu no campo jurídico o que já havia se operado nas ciências naturais com Copérnico e na filosofia com Descartes e posteriormente Kant – a revolução entre sujeito e objeto. Esse reposicionamento do *jus* no campo do sujeito se deve a, pelo menos, duas razões: a primeira consiste na intensificação dos regimes de atomização social pelo capitalismo liberal, que não poderia se desenvolver em uma estrutura jurídica objetivamente orientada e que não permitisse mobilidade social entre indivíduos; a segunda se trata da necessidade de defesa dos direitos naturais inatos frente ao poder político e econômico de orientação absolutista e mercantilista, respectivamente. A defesa da propriedade, da liberdade e da igualdade como direitos naturais e inatos era um pressuposto para destravar o capitalismo em marcha (Habermas: 2013; p. 143). Por essa razão, o jusnaturalismo moderno é o reflexo teórico e, ao mesmo tempo, o projeto político da sociedade burguesa em formação.

Nesse projeto político é possível destacar alguns traços característicos: o estado de natureza é o produto de uma visão socialmente nominalista cujos vínculos entre indivíduos deixam de ser naturais para serem artificiais, nesse momento o *zoon politikon* é substituído pelo *homo homini lúpus* – essa visão sobre o estado de natureza reflete o individualismo da antropologia e da ética burguesa. A esfera das relações econômicas é regida por leis naturais de crescimento, e, enquanto tal, representa o momento em que a burguesia se prepara para se tornar economicamente dominante. Por fim, a consequência geral do pressuposto atomista é a necessidade lógica da fundação contratualista do Estado e dos vínculos sociais, ou

seja, é o reflexo abstrato da tendência concreta de uma classe que se move em direção à emancipação econômica, social e política, para tomar para si o controle do maior instrumento de dominação e de criar o Estado à sua imagem e semelhança (Bobbio, Bovero, 1994; p. 45). Pouco a pouco, e ao seu modo, a burguesia aproximou o direito romano ao direito natural, cujo principal responsável pela união das categorias do direito privado romano à própria estrutura *noumênica* da individualidade será Kant – que ignorava a formação histórica das categorias romanas do direito privado –, para o qual o direito romano e suas figuras jurídicas eram o protótipo do direito natural de cada indivíduo no estado de natureza.³

Enquanto o direito natural antigo e medieval estava presente na estrutura do objeto – o cosmos para o primeiro e Deus para o segundo –, o direito natural moderno desenvolvido pelo pensamento burguês ressaltava a dimensão subjetiva, o que abriu caminho para as teorias contratualistas. Portanto, os sistemas jurídicos pré-modernos eram concebidos como sistemas de ações (*actio*), enquanto o direito moderno é estruturado como um sistema de direito; ou seja, não havia para os primeiros a noção de indivíduo e, por consequência, de direito subjetivo que pudesse ser exercido judicialmente – tanto o direito antigo quanto o medieval eram o resultado dos costumes, dos pareceres dos juriconsultos, das decisões dos magistrados, mas não um atributo da razão dos indivíduos que se manifestasse em sua vontade – a *actio* era a extensão e o exercício dos *jus* diante do pretor.

Villey (1962, p. 227) nota que, para o direito romano, *jus* é definido como aquilo que é justo (*id quod justum est*), em relação à parte que deveria ser atribuída a cada indivíduo (*jus suum cuique tribuendum*) em relação a outros, bem como o viver honestamente (*honeste vivere*) e não prejudicar a ninguém (*alterum non laedere*); disso se segue que, em sua visão, o direito era menos um atributo inerente ao indivíduo e mais uma relação social orgânica. Em síntese, o desenvolvimento da categoria de direito subjetivo provo-

³ “A divisão suprema do Direito natural não pode ser (como às vezes sucede) a divisão em Direito natural e Direito social, o primeiro dos quais é denominado Direito privado e o segundo Direito público. Porque ao estado de natureza não se contrapõe o estado social, mas o civil: pois que naquele pode muito bem haver sociedade, mas só que não é civil (que assegure mediante leis públicas o meu e o teu) e daí que o Direito se denomine no primeiro caso Direito privado.” (Kant, 2017, p. 64).

cou profundas transformações no direito moderno. Destacaremos três delas, por três motivos: primeiro, por estarem diretamente relacionadas com o surgimento do indivíduo moderno como sujeito de direito; segundo, pela utilidade ao objetivo de desenvolver uma teoria crítica do Direito Processual Civil; e, terceiro, pela limitação de espaço. As três transformações são: a) a codificação moderna; b) a reforma judiciária burguesa; c) a reconstrução do processo judicial e do Direito Processual Civil.

A primeira transformação se realizou pelo processo de codificação moderno, que suplantou as ordenações e compilações renascentistas. As ordenações das monarquias absolutistas foram um fator determinante para a unificação dos reinos, para a centralização política e para a constituição de um Estado nacional; entretanto, essas ordenações, como a *Commentaria in Consuetudines Parisienses*, escrita em 1539, por Du Moulin, e a *Ordonnance de Saint Germain em Laye* (Code Louise), escrita por Colbert e promulgada por Luís XIV em 1667, ainda traziam a expressão dos estamentos políticos através do particularismo jurídico, pois, ainda que o direito romano fosse aplicável em caráter subsidiário, os direitos particulares tinham superioridade nos Tribunais.

Segundo Tarello (1976, p. 29), o particularismo jurídico consistia em um regime diferenciado de regras para cada pessoa (nobre, mercador, claro, servo, judeu, católico e protestante), como também um tipo particular de regime sobre os objetos (terras do soberano, terras dos nobres, terras do clero, florestas etc.), além de tipos particulares de relações (vendas comerciais, relações servis, transporte marítimo etc.) e sexo ou idade (homem, mulher; criança e adulto). Esse particularismo jurídico trouxe problemas de incerteza e produziu dúvidas acerca de qual era a lei que deveria regular as relações e, ao mesmo tempo, qual jurisdição teria competência para julgar os conflitos. Tratava-se, conseqüentemente, de um sistema jurídico incerto, antinômico, incoerente e produtor de conflitos jurisdicionais.

Diante disso, as soluções empregadas pela burguesia para reduzir a complexidade jurídica e as contradições normativas foram três: a) introdução de critérios econômicos na formulação das regras jurídicas; b) que o direito reformado por critérios econômicos não fosse um ajuntamento do direito precedente, mas que revogasse esse último e que não fosse heterointegrável; e c) que fosse um direito simplificado. O terceiro requisito, embora em uma primeira leitura pareça apenas uma condição técnica e de menor importância, quando comparado aos outros dois, é, na verdade, um requisito político: um sistema jurídico simples é aquele que unifica os indivíduos em um sujeito de direito que não possua qualquer predicado, isto é, um sistema que elimine os estamentos e tenha um único regime de tratamento a todos os sujeitos e objetos. É evidente que uma tal transformação da estrutura jurídica não poderia ser feita sem uma revolução política no sentido liberal-burguês (Tarello, 1976, p. 37). A expressão teórica desse processo de universalização do indivíduo e abstração do sujeito de direito se deu, em primeiro lugar, com Leibniz no século XVII e, posteriormente, com Montesquieu no século XVIII.

Para Montesquieu (1831, p. 296, tradução nossa), o princípio da organicidade do Estado burguês exigia que o poder executivo e legislativo não fossem “exercidos sobre nenhum [sujeito] particular; sendo apenas a vontade geral do Estado”. Tarello (1976, p. 287) acredita que essa forma de pensar marcou um ponto de inflexão no pensamento político moderno, pois a lei passou a ser concebida como geral e abstrata, correspondendo às exigências da equivalência identitária da troca mercantil. O processo de codificação civil, penal e constitucional, que se desenvolveu entre o século XVIII e início do século XIX, foi resultado de um processo econômico-político desenvolvido na Europa continental, em especial na França, com o *Code Napoleon* de 1804 e com a Constituição de 1791.

A segunda transformação foi a reforma judiciária por meio da unificação das justiças renascentistas e medievais, atrelada à independência e à profissionalização da magistratura. No período pré-moderno, a justiça não estava unificada sob uma unidade na-

cional organizada, ao contrário, a estrutura fragmentada da soberania parcelar e do pluralismo jurídico medieval – do *dominio diviso* e da *arbor iurisdictionis* – refletia na estrutura caótica dos tribunais, que não raro sobrepunham-se e concorriam entre si (Lee, 2016; p. 90; Tarello, 1976, p. 52). A transformação do pluralismo em monismo jurídico, com a introdução da igualdade formal e, por consequência, a eliminação do *status* jurídico e dos estamentos políticos, exigiu a construção de uma justiça igualmente universalista para corresponder à estrutura formal do sujeito de direito. Os tribunais modernos possuem estrutura piramidal, o que elimina as justiças não estatais e, mais importante, essa construção monolítica dos tribunais permite a aplicação do direito igualitário, para um sujeito de direito formalmente igual (Boito Junior, 1998, p. 74).

Durante o *ancien régime* na França, o direito inigualitário e pluralista era exercido por uma miríade de tribunais com hierarquias e competências diferentes, mas muitas vezes sobrepostas (Caenegem, 1996, p. 95). No século X, a França contava com três espécies de justiças: a senhorial, a eclesiástica e a real; mas no século XIII, o rei Luís IX estabeleceu a submissão da justiça senhorial à real, embora a estrutura feudal impedisse sua realização plena. Desse modo, foi desenvolvida a justiça delegada (*justice déléguée*), que consistia na justiça real realizada por magistrados nomeados pelo rei, e era composta pelo tribunal de prebostados (*tribunaux de prévôté*), o tribunal dos bailios (*tribunaux du bailliage*) ou senescais (*sénéchaussée*) espécie de corte de apelação das decisões dos prebostados. Além disso, havia os *présidiaux*, e a última instância era composta pelo *Parlement* – que desenvolveu, inclusive, o poder de editar leis (*arrêts de règlement*) (Seligmna, 1901, p. 44). Não obstante, a justiça senhorial permaneceu ativa até o final do *ancien régime*, e apenas foi extinta com o início da Revolução Francesa, entre os anos de 1790-1791, com a Lei nº 1624, de agosto de 1790, que criava uma justiça de paz para cada região, o que implicou na criação de uma corte de primeira instância para cada *arrondissement*, e de uma corte de apelação para cada vinte e sete jurisdições, além de uma única Corte de Cassação (*Cour de Cassation*) (Caenegem, 1996, p. 105).

No mesmo sentido, a Alemanha, que, em razão da fragmentação política e territorial, possuía justiças de diversas ordens, apesar de haver um tribunal imperial desde a baixa Idade Média (*Hofgericht*), posteriormente substituído pela Câmara da Corte Imperial (*Kammergericht*) no século XV, o que demonstrava o insipiente processo de unificação da justiça territorial e da substituição das instituições medievais. Apesar disso, foi somente após a unificação bismarckiana que a Lei de Organização Judiciária do Império (*Reichsjustizgesetz*) instituiu o Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) em 1879 para toda a Alemanha, unificando a justiça. A unificação dos tribunais, portanto, tornou possível eliminar as contradições e os conflitos decisórios entre os tribunais das jurisdições medievais. Esse foi um passo essencial para eliminar o pluralismo e consolidar a estatização do direito. Não havia mais justiças especiais para cada estamento social. Após as reformas liberal-burguesas, havia somente *uma* justiça, que aplicava *um* direito a *um* sujeito universal. Além da unificação judiciária, outras duas características foram importantes para a estabilização jurisdicional e para a reprodução das relações de produção: a reforma do processo judicial e a profissionalização da magistratura – essa é a terceira transformação a ser analisada.

Com exceção da Inglaterra, o processo judicial da Europa continental a partir do século XIII era o *ordo iudicarius*, consistente na junção de regras processuais romanas, germânicas e canônicas sob um procedimento formalista, burocrático, dispendioso, escrito e com formação de autos, e, além disso, incompreensível para os não iniciados em razão da especialização dos magistrados – muito diferente do processo dos povos germânicos da alta Idade Média, que, sob a *Lex Salica*, desenvolveram um processo público, oral, formalista com protagonismo das partes (*e.g.* citação e execução da sentença), assentado sob a ideia de revelação da vontade divina através do juízo de Deus produzido pelos *ordálios*, que sempre decidia a disputa corretamente pelo rito processual; assim, ao contrário do processo romano, o processo medieval era próximo à comunidade, pois ela compunha o tribunal (Wieacker, 2010, p. 97; Caenegem, 2020, p. 32).

Na Alemanha, a formação de autos no processo do *ordo iudiciarius* resultou em que os fatos não reduzidos a auto estavam, em geral, excluídos da apreciação do juiz (*quod non est in actis non est in mundo*); além disso, a formação dos autos permitiu que eles fossem remetidos a uma faculdade para análise dos juriconsultos, acarretando na gradual especialização das decisões e, conseqüentemente, na perda do poder dos juizes germânicos. No mesmo sentido, a hierarquização dos tribunais medievais acentuou o processo de enfraquecimento dos magistrados germânicos, pois a preparação recursal implicava a redução da matéria da controvérsia à que foi alegado nos autos – o processo oral não possui limites precisos sobre a controvérsia, o que, por conseqüência, fortalecia o poder dos juizes (Wieacker: 2010; p. 200). O recurso deveria, portanto, ser preparado a partir da matéria da controvérsia contida nos autos, o que impulsionava o desenvolvimento mais nítido das *questões de fatos* e *questões de direito* e, por conseqüência, permitiu que as partes pudessem decompor as alegações em *pontos* a serem discutidos durante o rito – a *actio*, a *exceptio* e a *replica* (Wieacker: 2010; p. 203).

Nesse período, o processo comum germânico estava dividido em duas fases distintas e autônomas: a primeira, pela qual as partes suscitavam suas alegações e encerrava-se com uma sentença sobre as provas (*Beweisurtheil*); e a segunda, destinada à produção das provas, finalizava com uma sentença final (*Endurteil*). Essa modelagem do rito germânico implicava em lentidão e complexidade, o que apenas mudou com a reforma processual no século XVII através da introdução do princípio da eventualidade (*Eventualmaxime*), ou seja, a regra que restringia as alegações das partes a uma única fase processual e que, por conseqüência, eliminava decisões desnecessárias dinamizando o procedimento (Millar: 1923; p. 25; p. 108; Caenegem: 2020; p. 117-8).

Em uma primeira análise, a estrutura procedimental do processo comum germânico da baixa Idade Média pouco tem a contribuir na análise sobre as relações entre Estado capitalista e processo judicial. Entretanto, em um exame mais atento é possível observar

que a reforma processual realizada pelo Recesso Imperial de 1654, ao eliminar as duas fases do rito, estabeleceu a concentração das alegações na primeira fase processual e, por consequência, as condições para o desenvolvimento da teoria da substanciação (Millar, 1923; p. 29). Essa mudança procedimental permitiu uma profunda reestruturação do direito sob bases jusracionalistas. Para Weber (2009; p. 94), a substanciação (*Substantiierungsprinzip*) exigia que o litigante apresentasse todos os fatos relevantes em um único momento procedimental (*causa petendi remota*), independente de uma qualificação jurídica rigorosa (*causa petendi proxima*). Dessa forma, caberia ao magistrado analisar os fatos narrados e atribuir um enquadramento conceitual de acordo com a legislação previamente criada – essa operação lógica transformou qualitativamente a decisão do juiz, que era anteriormente concebida como uma construção, para passar a ser uma subsunção, por exemplo, em um juízo lógico do tipo Se A, então deve ser B. Ainda segundo Weber (2009, p. 94), o “magistrado instrutor vinculava suas instruções processuais a puras situações de fato (*actionem in factum*), a interpretação, em virtude daquela técnica do pensamento jurídico, assumia um caráter jurídico rigorosamente formal.”

A França seguiu o mesmo caminho por conta da rivalidade com o Império Alemão. As regiões do Norte da França foram pouco romanizadas, e cultivavam seu próprio direito consuetudinário, mas ao sul o direito havia sofrido influência romana pela colonização; portanto, era necessário – além de estabelecer a unificação do poder político sobre a monarquia – eliminar o direito romano imperial do solo francês e, conseqüentemente, a influência do Sacro Império sobre a monarquia franca. Com efeito, isso foi levado a cabo pelas diversas compilações dos costumes, mas, em especial, a compilação de Colbert, que resultou do *Code Louise*. Picardi (2008, p. 82) destaca que com a *Ordonnance civile* de 1667 o *ordo iudiciarius* passou a ser controlado pela coroa, constituindo um passo fundamental para a consolidação da jurisdição sob os Tribunais absolutistas e, o mais fundamental, consolidando o controle real sobre a magistratura francesa. Dentre os principais mecanismos desenvolvidos para o controle dos juízes, o mais importante foi a criação de *Council du*

Roi – presidido pelo rei e composto por magistrados especializados e fiéis à coroa – para que se julgassem em última instância os recursos contra as decisões dos *Parlements*. Assim, era possível a um só tempo controlar as decisões dos juízes e garantir que o direito consuetudinário fosse aplicado no solo francês.

Segundo Calamandrei (1945, p. 299), a *Ordonnance* de 1302, aprovada por Filipe IV, previa a *proposition d'erreur* – que recebeu com o *Code Louise* o nome de *requête du roi*, sem, contudo, apresentar alterações – como mecanismo de impugnação das decisões do *Parlement*, mas o ponto fundamental estava em que a matéria de impugnação não poderia direcionar-se às questões de direito (*quaestio iuris*), apenas a questões de fato (*quaestio facti*) ou eventual vício de forma (*error in procedendo*). Isso se deve ao fato de que o rei não poderia estar errado a respeito de sua própria vontade e a respeito da lei. Com o tempo, vigorou a máxima *iura novit curia* (o tribunal conhece a lei), o que limitava aos procuradores qualquer discussão sobre o direito, cabendo-os apenas narrar as questões de fato – referido adágio, embora originalmente presente nos textos romanos,⁴ apenas foi sistematizado e difundido entre os séculos XVI e XVII como forma de atribuir ao juiz a função de enquadramento jurídico aos fatos trazidos pelas partes, evitando, assim, que o direito romano imperial fosse aplicado em solo francês (Capone, 2010, p. 18).

Essa arquitetura jurídica favoreceu a burocratização e profissionalização da magistratura, para a qual cabia com exclusividade aplicar a lei do soberano de forma subsuntiva, e, assim, modelando o pensamento e o comportamento do jurista europeu mediante a decomposição analítica e ordenação formal dos pontos controversos da disputa (Wieacker, 2010, p. 205; Tarello, 1976, p. 69; Grossi, 2007, p. 5). A especialização do conhecimento jurídico permitiu a racionalização burocrática da administração pública e judicial, mas afastou da vida do Estado o cidadão que via no jurista moderno o mesmo oráculo que o homem antigo e medieval via em suas disputas judiciais.

⁴ “Não há dúvida de que o juiz, se os litigantes ou seus ajudantes de negócios falarem menos, pode fornecer e apresentar o que ele sabe pertencer às leis e ao direito público” (C 2.11.1, tradução nossa).

Portanto, ao contrário do *ordo iudicarius*, cuja influência da dialética-tomista levava a conceber a sentença judicial como o resultado de uma construção dialógica, como uma *descoberta* realizada pelo magistrado à luz dos debates entre as partes e das fontes plurais da Idade Média – a sentença era a ordenação que transformava a desordem em ordem de acordo com a tradição e o costume –, o processo judicial burguês separa de forma artificial os fatos e o direito; ele elimina a lógica dialética em prol da lógica apodítica e remodela a posição do magistrado para que *aplique* o direito pré-constituído ao conjunto de fatos trazidos pelas partes. A natureza sapiencial do direito medieval cede espaço para que, na modernidade, emergja o direito como razão. Esse novo direito aspira previsibilidade, certeza, segurança, simplicidade e uma clarividência geométrica, permitindo, assim, a construção de proposições jurídicas unívocas (Tarello: 1976; p. 69; Grossi: 2010; p. 71). Inicialmente, sob as bases platônicas da Escola Humanista, o jusracionalismo liberal reconstruiu o direito como uma ordem fechada em si, coerente e unitária – todas as características de um direito igualitário a ser aplicado a um sujeito de direito abstrato correspondem, em última instância, ao individualismo burguês.

No campo judicial, a figura maior do jusracionalismo liberal foi o juiz *bouche de la loi*, de Montesquieu. As exigências do capitalismo mercantil por um direito igualitário e seguro conduziram à vinculação entre liberdade política (direitos subjetivos) e certeza jurídica (previsibilidade), pois a liberdade apenas seria assegurada se os magistrados aplicassem o direito igualitário sem qualquer margem de interpretação.⁵ Assim, era necessário ao individualismo burguês que o sistema jurídico fornecesse a liberdade, através dos direitos subjetivos, e a segurança jurídica, mediante a previsibilidade da jurisprudência dos tribunais, para que fossem construídas as condições jurídicas para a realização das trocas no mercado. Por essa razão, Montesquieu definia o juiz como a “boca da lei”, ao mesmo tempo que buscava depurar do conceito de jurisdição

⁵ Na França revolucionária de 1790, os juízes foram proibidos de interpretar a lei pelo art. 12 do Título II da Lei 16-24 de agosto de 1790. “[Os juízes] não poderão fazer regulamentos, mas dirigir-se-ão ao corpo legislativo todas as vezes que que o julgarem necessário, seja para interpretar uma lei ou para fazer uma nova” (tradução nossa).

– que fora reconstruído pelos juristas humanistas nos séculos XVI e XVII – todo o poder de *imperium* que os magistrados tinham para executar suas próprias decisões, por outro motivo, Montesquieu (1831, p. 296) concluiu que o poder de julgar tornar-se-ia nulo.

Weber chamou esse modelo jurídico moderno e europeu de racional-formal, tanto por se tratar de um modelo caracterizado pela universalidade na resolução de disputas judiciais, através do uso de regras pré-existentes e claramente definidas em textos normativos, quanto pela abstração no uso de critérios decisórios intrínsecos à ordem jurídica – e, por esse motivo, previsíveis. A primeira característica apresenta a qualidade *racional* do direito europeu; a segunda, a qualidade formal cuja função é definir as atribuições juridicamente relevantes de fatos e regras jurídicas “mediante uma interpretação lógica do sentido” para então construir e aplicar “conceitos jurídicos fixos em forma de regras rigorosamente abstratas” (Weber, 2009, p. 13). Em outras palavras, a previsibilidade necessária ao capitalismo é fornecida pelo modelo decisório que utiliza de técnicas lógico-dedutivas a partir da fixação do sentido jurídico de regras previamente existentes nos códigos ou textos normativos.

A especialização da magistratura (burocratismo) e o desenvolvimento das codificações (direito formal), foram, a um só tempo, o amálgama necessário para a construção de um modelo jurídico calculável e, acima de tudo, coercível pelos Tribunais – função que fornece a garantia necessária para a reprodução das relações de produção. Assim, a “racionalização e a sistematização do direito significaram [...] a calculabilidade crescente do funcionamento da justiça”, que, para Weber, assegura “uma das condições prévias mais importantes para empresas econômicas permanentes, especialmente aquelas de tipo capitalista, que precisam da ‘segurança de tráfico’ jurídica” (Weber, 2009, p. 144). Em última instância, a teoria da substanciação correspondeu às exigências de certeza jurídica e liberdade formal do mercado capitalista, sem as quais seria impossível aos indivíduos realizarem o intercâmbio de trocas, isto é, a reprodução das relações de produção não estariam garantidas.

A emergência do individualismo burguês e sua expressão jurídica no sujeito de direito provocou a transição do *iudicium* ao *processus*. Entretanto, é oportuno destacar, nesse momento, que a força necessária para efetivar as decisões da magistratura deve-se à centralização da jurisdição nos Tribunais modernos e, concomitantemente, à estatização do direito. A autonomia do Estado frente a sociedade civil conduz a uma aparência de igualdade das trocas no mercado, assim, a dominação torna-se opaca na sociedade capitalista. Toda a troca realizada no mercado, seja para a compra e venda da força de trabalho ou para relações intercapitalistas, está formalizando uma relação constitutivamente impregnada de relações não-econômicas, em especial relações político-estatais. A despossessão que o capitalista sofreu do controle direto da coação conduz sua monopolização pelo Estado em instituições de repressão, e, para O'Donnell (1978, p. 1164), o ponto fundamental é que o Estado capitalista é o garantidor dessas relações e não dos sujeitos sociais que mediante elas se constituem, isso porque o Estado não respalda diretamente o capitalista, seja como sujeito concreto ou como classe, mas as relações sociais que o fazem um capitalista.

Como anteriormente referido, para a teoria marxista, a especificidade da forma política sob o capitalismo está em sua autonomia frente ao econômico, devido à separação dos produtores diretos de suas condições de produção, mas também dos capitalistas em relação aos meios coercitivos. A apropriação do excedente é realizada sem violência física imediata, apenas mediante o cumprimento de um contrato de trabalho garantido judicialmente, como também todas as demais relações intracapitalistas contratualizadas são garantidas em termos jurisdicionais. A transição da coerção extraeconômica para a econômica se cristalizou, dentre outras formas, na jurisdição dos Tribunais modernos de oitocentos, cujo ponto de inflexão foi a promulgação do *Code Napoleon*; entretanto, ainda que a consolidação do monopólio da jurisdição sob o Estado tenha se realizado na França pós-revolucionária da primeira metade do século XIX, sua sistematização e legitimação ideológica foi apenas concretizada na Alemanha da segunda me-

tade do mesmo século, com a Escola Histórica do direito. O processo de autonomização do Estado capitalista a que se referem Poulantzas (2019) e O'Donnell (1978), por exemplo, a formação do monopólio da violência legítima iniciado com a Escola Humanista no século XVII apenas se consolida e legitima-se no século XIX com o *Code Napoleon* seguido pelo debate a respeito da *actio* romana realizado pela pandectística.

O declínio do jusnaturalismo francês abriu espaço para o surgimento das primeiras escolas juspositivistas em solo europeu, a da exegese na França, da jurisprudência analítica na Inglaterra e a Escola Histórica na Alemanha. A vitória da burguesia revolucionária na França desencadeou uma série de reformas jurídicas inspiradas no jusnaturalismo liberal, dentre as principais, como visto, a unificação jurisdicional e a codificação civil, penal e constitucional sob a unidade do sujeito de direito. Porém, as ideias revolucionárias da burguesia francesa não tiveram penetração imediata nos demais territórios europeus. A situação da Alemanha, em particular, seguiu rumos diferentes. Ao contrário da França, após as guerras napoleônicas, a formação da Confederação Germânica iniciou o período da Restauração política sob a hegemonia austríaca, adiando a unificação alemã para 1871, com Bismarck. Nesse contexto histórico, a Escola Histórica alemã contribuiu, teórica e ideologicamente, contra a unificação alemã, na medida em que foi a expressão jurídica reacionária da Restauração e de sua resistência aos desejos de unificação nacional dos liberais.

Ao contrário da França, para a qual o legalismo era o resultado, entre outros fatores, da unificação nacional e da concepção iluminista da lei como a representação racional da vontade geral, e, como consequência, as codificações eram concebidas como a positivação do jusracionalismo, na Alemanha, não havia um Estado-nação unificado que congregasse as vontades particulares em uma unidade, pois a cultura alemã estava marcada pelo romantismo anti-iluminista e pelo historicismo que insistentemente apegavam-se ao atraso. Era natural, portanto, que a concepção jusnaturalista francesa de um Estado a-histórico concebido artificialmente pelo

contrato social e de uma codificação que representasse a universalidade da razão, indiferente a qualquer particularidade cultural, fossem rechaçadas pela Escola Histórica. Na verdade, seu programa jurídico era justamente a busca das fontes não estatais ou legislativas do direito, em função de seus pressupostos filosóficos serem, entre outros, o da filosofia organicista e evolucionista de Herder, a qual levava a conceber a sociedade como um corpo vivo em evolução, e cujo “espírito do povo” (*Volksgeist*) manifesta-se em sua cultura pela tradição (Wieacker, 2010, p. 444; Grossi, 2010, p. 100). O desenvolvimento da Escola Histórica alemã demonstrou-se um contraponto ao ímpeto revolucionário do jusracionalismo francês e sua concepção a-histórica do direito.

O exemplo maior da reação à unificação e da codificação por parte da Escola Histórica foi o texto de Savigny, *Sobre a vocação de nosso tempo para a legislação e ciência do direito*, de 1814, que, ao rivalizar com Thibaut – o qual era favorável à codificação alemã –, considerava tal possibilidade inorgânica (Savigny, 1968, p. 106). Através das ideias de antilegalismo, valorização do elemento consuetudinário e doutrinal do direito – falava-se, inclusive, em um direito dos professores (*Professorenrecht*) –, havia, acima de tudo, uma valorização da história do direito e da dogmática jurídica. Essa última característica foi particularmente desenvolvida pela pandectística, um dos ramos da Escola Histórica, que buscava reconstruir o direito à luz do formalismo kantiano.

Em linhas gerais, a pandectística substituiu a *adaequatio intellectus rei* como critério da verdade do sistema jurídico para a ideia de *coerência interna* entre as categorias jurídicas – além da unidade e completude –, desvalorizando o fato social em benefício da construção de conceitos jurídicos universais e abstratos (Wieacker, 2010, p. 420; Grossi, 2010, p. 106); e dentre esses conceitos universais figura o princípio da vontade (*Willensprinzip*), ou seja, o princípio kantiano no qual a liberdade de cada um é garantida por um sistema de direitos subjetivos que, em última instância, permite ao jurista permanecer neutro em relação a qualquer critério voluntarista de justiça ao mesmo tempo que garante o rigor científico

do direito pelo formalismo. Ao contrário do transindividualismo da primeira geração da escola histórica, a pandectística tardia assumiu o individualismo como um de seus eixos metodológicos fundamentais, cujo resultado foi, paradoxalmente, uma atualização do jusracionalismo liberal e sua concepção de sociedade como o conjunto de indivíduos livres e portadores de direitos inatos – o cidadão na esfera pública e o direito subjetivo na esfera privada (Wieaker, 2010, p. 491). Portanto, era central para a pandectística construir uma teoria do direito subjetivo alinhada à teoria política do individualismo liberal.

A concepção do direito como atributo de um sujeito (*subjectum iuris*) tem sua raiz no nominalismo de Occam do século XIV, o seu desenvolvimento inicial com *O direito da guerra e da paz* de Grotius e sua incorporação definitiva no léxico jurídico-político com o *Leviatã* de Hobbes e o *Segundo tratado* de Locke no século XVII, mas o seu apogeu filosófico apenas se deu com a *Metafísica dos costumes* de Kant no século XVIII e sua sistematização jurídica definitiva com a pandectística alemã no século XIX. O cerne da transformação do *ius* romano em *facultas agendi* moderna está no nominalismo de Occam e em sua ausência de atribuição de propriedades às coisas em caráter universal, o que resultava em uma visão de ordem jurídica precedida por uma vontade particular; o *ius* deixou de ser concebido como a parte justa (*id quod justum es*) e passou a ser *potestas*, ou seja, o poder e, em última instância, a vontade de cada indivíduo (Villey, 1962, p. 240) – nos textos legislativos, o *Code Napoleon* foi o primeiro a atribuir ao indivíduo e sua personalidade o exercício de direitos civis, “*O exercício dos direitos civis independe da cidadania, que é adquirida e mantida apenas de acordo com a lei constitucional*”, assim como o Código Civil italiano de 1865 é exemplar na vinculação dos direitos aos indivíduos, “*Todo cidadão goza de direitos civis, desde que não tenha sido privado deles por condenação criminal.*”

No século XVII, Grotius (2005, p. 138, tradução nossa) definiu o direito subjetivo como “Direito é uma qualidade moral anexada à pessoa, permitindo-lhe ter ou fazer algo com justiça”. Portanto,

o direito subjetivo seria a qualidade pertencente a uma pessoa de agir por meios jurídicos de acordo com sua vontade. A definição inicial de Grotius foi um passo significativo, mas foi com Hobbes que o pensamento individualista foi propriamente incorporado na teoria jurídico-política moderna. No capítulo quatorze do *Leviatã*, o *jus naturale* é caracterizado como “a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza” (Hobbes, 1998, p. 86, tradução nossa), ou seja, o direito deixa de ter sua fonte na objetividade, para passar a ser uma atribuição do indivíduo. Por esse motivo, Hobbes (1998, p. 86, tradução nossa) pôde defender que uma “Lei da Natureza (*lex naturalis*,) é o preceito ou regra geral, estabelecida pela razão”, ou seja, a fonte do direito passa a ser a vontade racional dos homens livres associados no contrato social. Apesar disso, foi apenas com o sujeito kantiano, cuja vontade é determinada pela própria razão, que o direito subjetivo se consolidou no interior da subjetividade moderna (Villey, 2003, p. 139). Para Kant, a heteronomia do direito exige que a liberdade de cada indivíduo seja limitada pela liberdade de outro, por isso ele pôde afirmar que a lei do direito é: “age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal” (Kant, 2017, p. 44), o que significa dizer que o objetivo do direito é a liberdade da vontade.

Não será outro o pressuposto filosófico utilizado pela pandectística para definir os contornos jurídicos do direito subjetivo (Wieacker, 2010, p. 402). Com base na autonomia da vontade de Kant, a pandectística construiu o sistema jurídico mais avançado de seu tempo, concatenando as definições de direito subjetivo, autonomia privada, negócio jurídico e vontade negocial dadas por Savigny à exigência posta por Kant daquela liberdade que coexiste com a liberdade de todos os outros. Assim, para Savigny, o direito aparece como “poder do indivíduo”, e afirma ainda que “dentro dos limites desse poder, reina a vontade do indivíduo, e reina pelo consentimento de todos. Esse poder ou faculdade nós chamamos de direito, e alguns o chamam de direito no sentido subjetivo”

(Savigny, 1855, p. 7, tradução nossa). Como Kant, Savigny atribuiu ao direito subjetivo o espaço no qual a vontade é livre para manifestar-se, e, dessa forma, o direito assume a função de regular o livre arbítrio – consolidando, no campo da dogmática, o direito subjetivo como categoria axial do direito moderno e, acima de tudo, vinculando-o com a teoria da ação.

Esse foi o ponto de inflexão sob o qual Windscheid em 1856 lançou as bases para que Adolf Wach, trinta anos depois, legitimasse a autonomia da ação e por consequência o monopólio legítimo da violência do Estado moderno. O debate realizado entre Windscheid e Muther a respeito da *actio* romana e sua correspondente germânica, *Klagesrecht*, abriu caminho para o Direito Processual Civil se tornar uma ciência autônoma em relação ao direito material, mas, sobretudo, cristalizou no campo da dogmática jurídica o que havia iniciado dois séculos antes com a Escola Humanista de Alciato e consolidado no início do século XIX com o *Code Napoleon*: a autonomia do Estado no exercício da jurisdição, ou, em outras palavras, o monopólio da violência legítima.

Isso apenas foi possível mediante a ressignificação da *actio* no sistema jurídico romano-germânico. Na definição de Celso, “nada é a ação senão o direito de perseguir em juízo o que lhe seja devido” (*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat judicio persequendi*) (D 44.7.51), escrita no século II d.C e repetida por Justiniano em suas instituições, embora em sentido pouco diferente, mas com redação semelhante. Para ele, “a ação nada mais é que o direito de perseguir em juízo o que lhe seja devido” (*actio autem nihil aliud est quam ius persequendi judicio quod sibi debetur*, Inst. IV. 6). A *actio*, como substantivo, desdobrava-se no agir como verbo, um agir enquanto autotutela direcionado contra o adversário diante do pretor, pois se trata do único mecanismo de exercício do *ius* em um período marcado pela ausência de um poder público soberano e forte o suficiente para preservar a paz e executar suas próprias decisões.

A definição romana de *actio* sobreviveu aos séculos e foi estampada nos Códigos modernos – como no art. 75 do Código Civil brasileiro de 1916, ao estatuir que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” – e na literatura jurídica, em especial a fran-

cesa com Pothier, a alemã com Savigny e a italiana com Pescatore. Para o primeiro, “chamamos de ação o direito que cada um tem de perseguir o que lhe pertence, ou o que lhe é devido: *actio est jus perseguendi in judicio*” (Pothier, 1821, p. 80, tradução nossa), ou seja, embora Pothier mantivesse a estrutura romana da *actio*, ele atribuía a ela a qualidade de um direito de perseguir algo em juízo, antecipando, ainda que de modo irrefletido, a posição da doutrina alemã; para Savigny, a *actio* era o resultado da violação de um direito subjetivo previamente atribuído ao sujeito pelo direito objetivo. Por esse motivo, ele sustentou que “essa relação decorre da violação, ou seja, o direito conferido ao lesado, denomina-se direito de ação ou ação”, ou, melhor dizendo, “a violação de nossos direitos só é concebível pelo ato de determinada pessoa, fato que estabelece entre nós e essa pessoa uma relação jurídica especial e nova; o conteúdo desta relação é geralmente a reparação da violação” (Savigny, 1859, p. 4-5, tradução nossa) – como se a *actio* fosse o direito material em seu estado dinâmico. A consequência dessa posição é óbvia, se “o direito não existe, a violação não é possível, e se não há violação, o direito não pode assumir a forma especial de uma ação” (Savigny, 1859, p. 6, tradução nossa). Por outro lado, a existência do direito subjetivo repercutirá em uma estrutura processual marcada pela *litiscontestatio*, ou seja, o acordo entre as partes para a estabilização da demanda e respeito à decisão final, característico dos modelos processuais privatistas do Estado liberal.

Para a sociedade romana, o direito era uma arte de dar a cada um o que lhe é devido (*suum cuique tribuere*), e, por esse motivo, tratava-se de uma tarefa que competia sobretudo aos juízes mediante o uso da razão prática encontrar a parte justa em uma relação (Villey, 1962, p. 230). O decisivo para os romanos não era o que o direito escrito perfilhava, mas o que os pretores reconheciam como direito. No texto *A ação do direito civil romano do ponto de vista do direito atual*, escrito em 1856, Windscheid observara que o direito romano estava estruturado sobre *ações* – no plural – a serem exercidas junto ao pretor, ao contrário do sistema jurídico moderno que está baseado nos direitos subjetivos do indivíduo exercidos mediante o direito de queixa (*Klagerecht*).

Tudo se passava como se para o pensamento jurídico moderno o que “vêm primeiro [é] o direito, a ação depois; o direito é o gerador, a ação o gerado” (Windscheid: 2017, p. 61, tradução nossa), ou seja, para os modernos, o direito atribui a cada indivíduo uma esfera de liberdade de vontade que se faz lei para os demais, e se dentro dessa esfera o indivíduo não for reconhecido como senhor de sua própria vontade estará apto a prestar queixa (*Klages*) ao Estado – por isso que Windscheid pôde definir o direito subjetivo como “uma potestade ou senhorio da vontade conferida pela ordem jurídica” (Windscheid, 1925, p. 108, tradução nossa). Para os romanos, entretanto, a *actio* ocupava o lugar dos direitos subjetivos, na medida em que “o ordenamento jurídico não diz ao indivíduo: tem um tal e tal direito, mas: tem tal e tal *actio*” (Windscheid, 2017, p. 61, tradução nossa). Diferentemente de Savigny, Windscheid observou que a *actio* romana não era derivada da violação de um direito subjetivo, mas algo independente dele e originário. O desdobramento dessa constatação seria a tese de que o ordenamento jurídico romano era constituído por ações exercitáveis contra o adversário diante do pretor, e não um sistema de direitos subjetivos que, violados, produzem uma ação contra o Estado.

Mas Windscheid buscava conciliar o “direito [germânico] atual” com o direito romano justinianeu mediante a assimilação da *actio* à figura da pretensão (*Anspruch*) – esta seria um desdobramento do direito subjetivo diante de sua violação, uma “tendência do direito de subjugar a vontade dos outros como tal” (Windscheid, 1925, p. 121, tradução nossa) –, o que manteve o jurista alemão fiel à tradição romana. Para ele, dizer que alguém possui *actio* significa que se “tem uma pretensão juridicamente reconhecida, ou, simplesmente, que tem uma pretensão” (Windscheid, 2017, p. 64, tradução nossa), a saber, a persecução jurídica do que lhe é devido (*sibi debeat*). Apesar de Windscheid estabelecer uma equivalência entre *anspruch* e *actio*, para ele, “não se pode dizer que a *actio* romana seja nossa pretensão [*Anspruch*]; no conceito de *actio* se compreende um elemento que não está contido em nosso conceito de pretensão, o elemento do tribunal, de sua au-

diência e da tutela judiciária”, ou seja, era claro para Windscheid que a *Klage* alemã contemplava a “possibilidade de obter do juiz o acolhimento do próprio pedido” e que a *actio* romana era desprovida dessa característica – por esse motivo “o que chamamos pretensão jurídica, para os romanos [é] pretensão judiciária” (Windscheid, 1925, p. 124, tradução nossa).

Segundo Chiovenda, “comumente os dois termos se fizeram combinar sob um único conceito, tolhendo sua característica determinante, o elemento da persecução judiciária do direito”, mas, continua o autor, o debate entre Windscheid e Müther foi importante para chamar a atenção entre essas duas expressões do poder de agir, porque “há uma sutil diferença entre elas, enquanto a *actio* se refere propriamente a uma atividade dirigida contra o obrigado, a *Klage* ou querela não se dirige se não ao Estado” (Chiovenda, 1993, p. 7, tradução nossa).

Em suma, o debate entre Windscheid e Müther tornou nítida a diferença entre a *actio* romana e a *Klagesrecht* do direito germânico medieval – na França e na Itália a *actio* romana foi aceita sem maiores reservas –, pois, para a primeira, seu exercício direcionava-se contra o adversário, e, para a segunda, contra o Estado. A concepção romana de *actio* apenas foi completamente superada com o texto de Adolf Wach *A pretensão de declaração*, publicado em 1888, e seguido da palestra de Chiovenda, em 1903, com o título *A ação no sistema do direito*. Para Wach (1962, p. 20), a pretensão declaratória era desprovida de uma relação jurídica subjacente, o que demonstraria que haveria uma “ação processual” de caráter público, direcionada contra o Estado que, por sua vez, passaria a dever a proteção da pretensão jurisdicional concreta por estar no polo passivo de uma relação jurídica.

Chiovenda (1993, p. 6), no mesmo sentido, afirma que a ação é “o poder jurídico de tornar incondicionada a vontade da lei em relação à sua atuação”, ou seja, para Chiovenda, o direito de ação era um direito potestativo de realização da vontade concreta da lei direcionado contra o adversário, mas também contra o Estado – “o poder jurídico de efetivar a condição para a atuação

da vontade da lei.” (Chiovenda: 1993; p. 6, tradução nossa). Dois milênios de tradição não poderiam ser facilmente superados, por isso Chiovenda ainda mantinha direcionada a *actio* contra o adversário e resistia em aceitar as posições de Degenkolb a respeito da teoria abstrata da ação.

Wach e Chiovenda foram os responsáveis por sepultar a teoria da *actio* romana ao mesmo tempo que desenvolveram a teoria autônoma da ação, cuja consequência foi a legitimação da atividade jurisdicional como função pública e dever do Estado. No final do século XIX, a *actio* deixava de ser concebida como uma pretensão direcionada contra o adversário, dentro de uma estrutura processual privatista própria do século XVIII e XIX, para passar a ser um direito subjetivo direcionado contra o Estado, cuja atribuição era aplicar a lei ao caso concreto em uma estrutura publicista de processo – durante a maior parte do século XIX, o modelo não-intervencionista de processo judicial dominou a cena legal na Europa, mas esse quadro começou a mudar, na doutrina, com o desenvolvimento da teoria autônoma da ação com Wach e a teoria da relação jurídica processual de Büllow, e, na legislação, com a elaboração do Código de Processo Civil austríaco (*Zivilprozessordnung*), por Franz Klein, em 1898.

Para Rhee (2005, p. 11), isso foi devido às ideias embrionárias do que se poderia chamar de *welfare state* bismarckiano, que fortaleceu o Estado e publicizou a relação processual, ou seja, a revolução burguesa pela via prussiana permitiu a unificação alemã com a centralização do poder político em um contexto de expansão do capitalismo industrial. Era esperado, portanto, que, em uma economia marcada por um processo de industrialização, o Estado saísse fortalecido em vista das exigências do novo ciclo de acumulação capitalista. As categorias jurídico-processuais privatistas, como a teoria imanentista da ação, teoria do processo como contrato, o protagonismo das partes, a *litiscontestatio* como formação da relação processual, o procedimentalismo etc., não eram mais adequadas para o novo contexto histórico. Não por outra razão, Chiovenda (1923, p. 296) definiu a essência da jurisdição como

uma atividade substitutiva, muito diferente das definições dos juristas humanistas do século XVII, como Donellus, que atribuiu à jurisdição um ofício do magistrado e não uma função estatal.⁶

Com Büllow, a relação processual recebeu tratamento científico, seus pressupostos de existência e validade foram desenvolvidos, o que acarretou sua completa autonomização face a relação de direito material e, por consequência, na emergência do Direito Processual como uma disciplina científica. O procedimentalismo francês, que mobilizava as categorias privatistas para construir seu edifício teórico, foi substituído pelo processualismo germânico, calcado na autonomia da ação de Wach e na relação processual de Büllow. O nascimento da teoria dos pressupostos processuais é contemporâneo da publicização da relação jurídica processual e forneceu as condições de possibilidade para a autonomização da ação. Além disso, entre as consequências a serem exploradas pela transição do procedimentalismo francês ao processualismo germânico, está a substituição da *litiscontestatio* – característica do processo privatista cujas partes estabeleciam um acordo para respeitar a decisão do magistrado diante da fragilidade do Estado em executar as próprias decisões – pela litispendência, o que implicava, além da antecipação da formação da relação processual, na sua independência de acordo prévio entre as partes e, por conseguinte, fortalecendo o caráter público do processo judicial.

Mas, o ponto fundamental da interseção entre Estado capitalista e direito processual civil está no desenvolvimento, iniciado pela Escola Humanista, consolidado pelo *Code Napoleon* e legitimado pela pandectística alemã, da vedação ao *non liquet*. Antes do século XVIII, o direito não era concebido como uma ordem coerente e completa, na medida em que ele não era capaz de oferecer uma resposta a todos os conflitos de interesse; a função do juiz era procurar uma solução ao caso de acordo com a relação dialógica com as partes, entretanto, a centralização da jurisdição sob o Estado absolutista mudou esse quadro. Por uma questão de soberania,

⁶ "A jurisdição que buscamos nos juízes é o poder de investigar e julgar questões combinado com o poder de executar uma decisão" (Donellus: 1794; p. 1087 [17.6.5], tradução nossa). No original: "*Iurisdictio quam in iudicibus quaerimus, de quo nunc agitur, est potestas de re cognoscendi iudicandique cum iudicati exequendi potestate conjunta.*"

era necessário que o Estado pudesse resolver todos os conflitos de interesse para combater as jurisdições senhoriais e consolidar sua unidade, portanto, se a jurisdição havia passado a ser função exclusiva do Estado – e não mais das partes através da autotutela os dos senhores feudais em seus territórios –, a consequência lógica foi proibir a indecisão dos magistrados nos casos de lacunas ou obscuridade do direito, pela vedação do *sibi non liquet*.

Para o jusracionalismo iluminista, a completude do direito deveria impedir ao magistrado não decidir, assim, coube, pela primeira vez, ao *Code Napoleon* romper a tradição romana secular e instituir o artigo 5. “O juiz que recusa julgar, sob o pretexto de silêncio, de obscuridade ou de insuficiência da lei, pode ser processado como culpado de denegação de justiça”. A pandectística alemã apenas aperfeiçoou a sistemática racionalista dos franceses, acrescentando ao ordenamento jurídico, além da completude, as características de coerência e unidade; mas a autonomia da ação de Wach foi o ponto final em um processo iniciado há três séculos com a doutrina de Alciato e consolida-se em um texto legislativo com Portalis – redator do *Code Napoleon*. Não foi por outro motivo que a literatura processual definiu a jurisdição, além de uma função ou um poder, mas, sobretudo, um *dever* do Estado. Portanto, a autonomia relativa do Estado havia sido, em parte, consumada pela publicização da função jurisdicional devido à autonomia da ação, resultando na remodelação da função do magistrado, que deveria, doravante, julgar todos os casos em razão da universalização da jurisdição estatal, ainda que houvesse lacunas ou obscuridade da lei.

É sintomático como a vedação ao *non liquet* tenha surgido, em alguma medida, paralelamente à emergência do adágio *iura novit curia*, durante a formação do pensamento jurídico burguês. Tudo se passa como se a consolidação da jurisdição no Estado imprimisse a necessidade de que todos os conflitos juridicamente relevantes fossem decididos pelos juízes, que não poderiam mais omitir-se em decidir justamente por conhecerem a lei, subsumindo a moldura jurídica aos fatos trazidos pelas partes. A autonomia do Estado capitalista exigia a vinculação do magistrado ao princípio

da legalidade, realizado pelas Constituições burguesas, para que a instância monopolizadora da violência – o Poder Judiciário – se apresentasse de forma neutra e, em última instância, garantisse a plena realização das trocas.

Assim, a própria construção conceitual da jurisdição pela dogmática jurídica sofreu modificações a partir dos séculos XVIII e XIX, adaptando-se às exigências do capitalismo mercantil e, posteriormente, no século XX, ao capitalismo industrial, chegando ao século XXI novamente reconstruída pela teoria constitucional do período neoliberal. Com efeito, as teorias da ação imanentista de Savigny, do procedimentalismo de Pothier e da jurisdição de Alciato, correspondiam ao incipiente capitalismo mercantil, onde o Poder Legislativo e a ideia burguesa de lei eram elementos centrais para a teoria jurídica liberal. Posteriormente, e já sob o capitalismo industrial e monopolista, as teorias da ação autônoma de Wach, do processo como relação jurídica de Büllow, da jurisdição como atividade substitutiva de Chiovenda e da instrumentalidade do processo de Dinamarco, substituíram as antigas categorias privadas e publicizaram a relação processual, ao mesmo tempo em que fortaleceram a figura do juiz. Nesse período, o Poder Legislativo cede espaço para a atuação do Poder Executivo, que passou a ser um agente econômico de industrialização e uma referência para a teoria jurídica do final do século XIX e início do século XX. Contemporaneamente, as teorias do processo como procedimento em contraditório de Fazzalari, da ação abstrata de Degenkolb e da jurisdição como atividade adscritiva oriunda dos estudos de Giovanni Tarello e Riccardo Guastini, estão alinhadas com as novas configurações do capitalismo financeiro e neoliberal, cuja centralidade do Poder Executivo é substituída pela atuação mais intensa do Poder Judiciário em todos os setores sociais. Este é, entretanto, objeto para pesquisas futuras.

4 Conclusão

A pesquisa confirma a hipótese levantada a respeito das funções desempenhadas pelo Direito Processual Civil na reprodução das relações de produção, como a garantia de previsibilidade, de segurança ao sistema jurídico e, acima de tudo, confere ao Estado o exercício do monopólio legítimo da violência para a garantia das trocas no livre mercado. A reprodução das relações de produção é uma das funções do Estado capitalista realizada pela atividade dos Tribunais modernos nos processos judiciais, através da teoria da substanciação e da autonomia da ação.

A teoria da substanciação forneceu as condições para a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica exigida pelo mercado capitalista, pois a decisão judicial deixou de ser uma construção dialógica para ser uma subsunção axiomática do direito aos fatos. A autonomia da ação, por outro lado, representou o momento da publicização da função jurisdicional, atribuindo ao Estado, definitivamente, o exercício legítimo da violência – ainda que essa função tenha iniciado no século XVI com a formação do Estado moderno e a centralização da jurisdição sob os Tribunais da monarquia absolutista. A autonomia da ação expressou a consolidação final desse processo iniciado com a Escola Humanista, e instituído no *Code Napoleon*. Uma das implicações da autonomia da ação, além da publicização da função jurisdicional, foi a necessidade de o Estado julgar todos os casos juridicamente relevantes para consolidar sua soberania. Por esse motivo, não era mais aceitável a um magistrado que deixasse de julgar sob pretexto de lacuna da lei.

Nesse sentido, este artigo teve como objetivo contribuir para a construção de um pensamento crítico a respeito do Direito Processual Civil, mediante uma leitura materialista da formação de suas categorias gerais, vinculando-as a uma teoria marxista do Estado capitalista. Essa leitura se contrapõe à extensa tradição da dogmática processual, que analisa a formação das categorias processuais modernas

como derivadas da sedimentação do conhecimento científico sobre a temática judicial – uma leitura de caráter idealista da formação do Direito Processual Civil como ramo científico.

O Direito Processual Civil burguês exige, além da previsibilidade, a segurança de que todas as questões levadas ao judiciário sejam julgadas. Trata-se de uma necessidade lógica em razão da autonomização do Estado frente à sociedade civil. Todas as relações contratuais, sejam elas quais forem, são garantidas não pela autotutela das partes, como no direito romano, ou pela coerção extraeconômica dos senhores no período feudal, mas pela jurisdição estatal a ser realizada nos processos judiciais. A formação do Direito Processual Civil, como ramo científico do direito, não apenas exerce uma função de pacificação social, de controle dos excessos dos indivíduos pelo *due process of law* como a tradicional doutrina processual sustenta, mas, especialmente, trata da reprodução das relações de produção mediante a garantia das trocas no mercado. Portanto, a construção de uma teoria crítica do Direito Processual Civil exigirá uma profunda revisão de suas principais categorias científicas – como a jurisdição e a própria ideia de processo judicial como mecanismo privilegiado de resolução de litígios no período moderno –, à luz do materialismo histórico.

Referências

ANDERSON, Perry. *Lineages of the Absolutist State*. London: NLB, 1974.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOITO JUNIOR, Armando. Os tipos de estado e os problemas da análise poulantziana do estado absolutista. *Crítica Marxista*, São Paulo, v. 7, n.7, p. 67-88, 1998.

CAENEGEM, Raoul Charles van. *An historical introduction to private law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

CAENEGEM, Raoul Charles van. *História do processo civil europeu*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CAPONE, Arturo. *Iura novit curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel process penale*. Padova: CEDAN, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. v. 1. Milão: Giuffrè, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Editrice, 1923.

Corpus Iuris Civilis: cuerpo del derecho civil romano. Trad. Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1889-1898. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/resultados?ti%20=cuerpo+del+derecho+civil&at=Justiniano>. Acesso em: 04 abr. 2021.

DONELLUS, Hugues. *Opera Omnia: commentariorum de iure civili*. t. 4. Florentia, 1794.

GROSSI, Paolo. *A history of european law*. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.

GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

GROTIUS, Hugo. *The rights of war and peace*. Book I. Indianapolis: Liberty Fund, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. New York: Oxford University Press, 1998.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

LEE, Daniel. *Popular sovereignty in early modern constitutional thought*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

LOCKE, John. *Second treatise of government*. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2010.

MARX, Karl. Capital: volume III *In*: MARX, Karl; ENGELS, Frederick. *Collected works*. v. 37. London: Lawrence & Wishart, 2010a.

MARX, Karl. Economic Manuscripts of 1857-61 [*Grundrisse*]. *In*: MARX, Karl; ENGELS, Frederick. *Collected works*. v. 28. London: Lawrence & Wishart, 2010.

MILLAR, Robert. Formative Principles of Civil Procedure. *Illinois Law Review*, Illinois, v. 18, n. 1, mai. 1923, p. 1-36.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*. t. 1. Paris: P. Pourrat Fres Éditeurs, 1831.

O'DONNELL, Guilherme. Apuntes para una teoría del Estado. *Revista Mexicana de Sociología*, México, v. 40, n. 4, oct./dec. 1978, p. 1157-1199.

PICARDI, Nicola. Introdução ao *Code Louis (ordonnance civile, 1667)*. *In*: PICARDI, Nicola; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69-126.

POULANTZAS, Nicos. *Poder política e classes sociais*. Campinas: Unicamp, 2019.

POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres complètes de Pothier*. t. 16. Paris: Chez Thomine et Fortic, 1821.

RHEE, Cornelis Hendrik van. Introductio. In: RHEE, Cornelis Hendrik van (Ed.). *European traditions in civil procedure*. Oxford: Intersentia, 2005, p. 3-24.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*. Bologna: Forni Editore, 1968.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de droit romain*. v. 1. Paris: Firmin-Didot Frères, 1855.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Traité de droit romain*. v. 6. Paris: Firmin-Didot Frères, 1859.

SELIGMAN, Edmond. *Justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*. Paris: Librairie Plon, 1901.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna, Italia: Il mulino, 1976.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962.

WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1962.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: UnB, 2009.

WIEACKER, Franz. *Introdução ao direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. v. 1. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925.

WINDSCHEID, Bernhard. La "actio" del derecho romano, desde el punto de vista del derecho actual. *In*: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polémica sobre la "actio"*. Argentina: Ediciones Olejnik, 2017, p. 59-204.