

4

AS PERSPECTIVAS DA AÇÃO E DA EXCEÇÃO¹

4. 1. Ação e tutela jurisdicional

Parte importante deste estudo foi dedicada ao exame do alcance da locução *tutela jurisdicional* que, a principiar pelo título, integra o núcleo da investigação. Contudo, além do quanto já foi expendido, outras considerações precisam ser feitas. É que o método de exame da matéria — com base nos chamados *institutos fundamentais* do direito processual — impõe o confronto entre ação, primeiro dos institutos eleitos, e tutela jurisdicional; sempre com vistas na determinação do típico e do atípico nesta última.

Portanto, quando doravante se tratar da *ação*, pensar-se-á na iniciativa (do interessado) de estimular a função ou atividade jurisdicional e, a partir daí, no ato de invocação da tutela jurisdicional contida no exercício da jurisdição. Por outras palavras, a busca da tipicidade ou atipicidade da ação restringir-se-á, deliberadamente, às formas e ao momento de instauração de um processo, pelo exercício do direito de ação e pela consequente propositura de uma demanda. Para usar uma imagem², o exame da tipicidade da ação contentar-se-á com a identificação das portas de ingresso no Judiciário. Tudo mais que venha depois desse momento — o

¹ É preciso justificar o porquê de se principiar pelos institutos da *ação* e da *exceção*, e não pela jurisdição, que se reputa o instituto em torno do qual gravitam todos os demais — sem que, com isso, se enverede para o perigo do unilateralismo, conforme advertência da autorizada doutrina (cf. Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do processo*, p. 1). É que na análise das vias ou canais de acesso à tutela jurisdicional, parece mais lógico principiar pela invocação dessa tutela, examinando não apenas o direito ou poder de invocá-la (ação), mas bem ainda o próprio ato em que se consubstancia a invocação (demanda). Portanto, antes de cogitar da própria atividade estatal (jurisdição e tutela jurisdicional), é preciso examinar de que forma essa atividade é estimulada e desencadeada. E a exceção vem como contraposto da ação.

² Parece impossível, na matéria sob exame, fugir das imagens!

exercício da *exceção* pelo réu, o da jurisdição pelo Estado (e o provimento por este editado) e, bem ainda, o processo e o procedimento que instrumentalizam tudo isso — será deliberadamente tratado na seqüência, de forma separada. Por ora, será preciso determinar apenas se existem formas típicas (ações típicas) de invocar a tutela jurisdicional, e se a tipicidade é idéia que se harmoniza com o ato de invocação da tutela jurisdicional³.

4. 2. Ação e demanda: a regra geral da atipicidade

Embora básica, a distinção entre *ação* e *demanda* é um bom ponto de partida para o exame proposto: a primeira, como cediço, designa o direito ou poder de estimular o exercício da jurisdição e de invocar um provimento jurisdicional seja ele de qualquer natureza, de mérito ou favorável ao autor⁴; já a segunda corresponde ao ato que se pratica quando do exercício daquele direito ou poder, isto é, o ato inaugural do processo e do procedimento que nele se contém⁵.

Enquanto a *ação* se configura como uma posição jurídica de vantagem, a *demanda* não é mais que um ato, que, por sinal, é pressuposto de instauração e desenvolvimento do processo⁶. A ação, portanto, é marcada — em maior ou menor intensidade, conforme a perspectiva doutrinária —

³ A separação proposta no texto não desconhece que a ação, visualizada apenas pelo ângulo do ingresso ou da instauração do processo, corresponde a um conceito *sinético* desse instituto, desconsiderando sua perspectiva *analítica*, que põe em evidência os desdobramentos daquele direito ao longo de todo o processo. Contudo, para os fins do estudo, e considerando justamente a imprecisão conceitual reinante, tomar-se-á a ação naquele sentido mais restrito, para que se possa divisar eventual tipicidade ou atipicidade sem confusões conceituais, por exemplo, entre ação e procedimento.

⁴ Como se vê, fuge-se — ao menos por ora — do exame da controvérsia acerca da natureza do direito de ação, seja ele visto sob o ângulo abstrato (puro ou eclético) ou mesmo concreto. Contudo, as considerações feitas no texto descartam a ação de direito material, de que tratam Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva e Arakem de Assis (vide, por todos, este último, *Cumulação de ações*, nºs 10-12, p. 66-72). No sentido assim repudiado, realmente não se pode falar da ação como um direito, porque ali se pensa no agir do titular do direito, que não o constitui, antes expressa o modo dinâmico da obtenção de um efeito frente ao *sujeito passivo* (cf. Arakem de Assis, *ob. cit.*, nº 12, p. 71).

⁵ Demanda, como lembra Barbosa Moreira: "ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação jurisdicional" (cf. *O novo processo civil brasileiro*, § 1º, p. 9).

⁶ Conforme observou Marco Tullio Zanzucchi, a ação, como poder tendente a instaurar a atividade jurisdicional, existe primeiro e independentemente da demanda judicial. A ação é o poder sobre o qual está assentada a demanda, que é um ato de invocação (cf. *Diritto processuale civile*, I, nº 56, p. 64).

por uma
um carát
nos resp
tos e fun
perante i

Partin
clida con
porte tip
parte pr
essencial
co-subst
apenas a
proposit

Com
qualque

⁷ Isso vale
típica do
Judiciário
direito d
direito d
Couture,
o princí
brou e a
mas pro
nº 45, es
estudo -
donde f:
Dessa fo
petição,
sistema.
petição;
rompida
o tema.
p. 58, e:

⁸ Certo qu
Contudo
cada qu
contexto

⁹ Como :
abstrata
se na p:
determi

¹⁰ Já con:
tópicos

do (e o provimento) que decorre do procedimento que se segue, tendo em vista a seqüência, apenas se existirem condições legais, e se a tipificação da tutela

é um bom ponto de partida, designa o direito de invocar um provimento jurídico favorável quando do exercício da tutela processual do processo e

jurídica de vantagem, é pressuposto de validade. Portanto, é marcada pela doutrina doutrinária —

realizada apenas pelo conceito *simultâneo* de evidência os fatos, para os fins do processo, tomar-se-á a ação típica ou atípica de evidência.

Controvérsia acerca da natureza (puro ou eclético) ou da essência da ação de direito de invocar um provimento jurídico favorável (Arakem de Assis, p. 72). No sentido assim entendido porque ali se pensa no processo dinâmico da obtenção do direito (ib. cit., nº 12, p. 71). O direito pede ao Estado a tutela (p. 9).

Entendendo a instauração da demanda judicial. A ação é ato de invocação (cf.

por uma nota de generalidade⁷, ao passo que a demanda é marcada por um caráter concreto, sendo inclusive passível de identificação, com base nos respectivos elementos: alguém (parte), fundado em determinados fatos e fundamentos (causa de pedir), reclama uma providência do Estado, perante um órgão do Judiciário (pedido).

Partindo dessa clara distinção, desde logo nega-se que a ação — entendida como direito ou poder de invocar o provimento jurisdicional⁸ — comporte tipicidade ou tipificação em qualquer dos sentidos examinados na parte precedente. Cada vez que se exercita esse poder ou direito, ele é essencialmente o mesmo, embora relacionado a diferentes situações jurídico-substanciais. Essa relação, contudo e de volta ao início, estabelece-se apenas a partir do exercício em concreto do direito ou poder e conseqüente propositura de uma demanda, que veicula uma situação concreta da vida⁹.

Com efeito, não há como distinguir diferentes modelos de ação¹⁰ e qualquer categorização que aí se pretendesse obter acabaria invariavel-

⁷ Isso vale mesmo para os que, como Eduardo Couture, qualificam a *ação* como "forma típica do direito de petição". Para o referido processualista, não há por que excluir o Poder Judiciário dos órgãos e autoridades perante os quais os particulares podem exercer o *direito de petição*, que é "inseparável de toda organização em forma de Estado". Quando o direito de petição foi formulado como no direito individual, no *Bill of rights* de 1869, diz Couture, não havia ainda nítida distinção entre Judiciário, Legislativo e Executivo. Quando o princípio de separação dos poderes começou a firmar-se, o direito de petição se desdobrou e assumiu caracteres específicos ante cada um desses poderes, mantendo-se as formas processuais, mas mudando a condição dos juizes (cf. *Fundamentos del derecho procesal*, nº 45, especialmente, p. 74-76). O que teria ocorrido — e isso é relevante para o presente estudo — é que, no âmbito judicial, teria havido uma mais escrupulosa *regulamentação*, donde falar-se em ação como espécie do gênero direito de petição (cf. *ib. cit.*, p. 76-77). Dessa forma, mesmo se considerada a ação como uma especificação (= tipo) do direito de petição, ainda assim aquela não perde seu caráter de generalidade e de cobertura geral do sistema. Ela, a ação, pode ser considerada mais concreta se comparada ao direito de petição; isso, contudo, não infirma sua largueza e generalidade (da ação), que somente são rompidas, por assim dizer, quando da propositura, em concreto, de uma demanda. Sobre o tema, veja-se, ainda, Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de direito processual civil*, v. 1, p. 58, especialmente nota nº 21.

⁸ Certo que delimitação dessa ordem corresponde ao chamado conceito *simultâneo* de ação. Contudo, o conceito analítico de ação remete-nos ao exame das posições jurídicas de cada qual dos sujeitos da relação processual. Portanto, o tema há que ser analisado no contexto do *processo* e da *relação jurídica processual* que nele se contém.

⁹ Como se percebe, não se põe em discussão — não aqui — se a ação tem natureza abstrata ou concreta. Quando se fala no *exercício em concreto* do direito de ação, pensa-se na propositura de uma demanda, isto é, no exercício do direito de ação relacionado a determinada situação jurídica.

¹⁰ Já consideradas as diversas funções a que a tipificação se presta, conforme exposto em tópicos precedentes.

mente desaguando em institutos afins ou relacionados à ação, ou mesmo em elementos de direito material. Não há como descrever a ação que — para empregar o que foi examinado em tópicos precedentes — é essencialmente conceitual e funciona como *cobertura geral* do sistema, apta a conduzir ao controle de alegações de lesão (ou ameaça) de direito¹¹. Eventualmente, poder-se-ia pensar no modelo da ação civil (não penal) por oposição ao da ação penal, desde que a cada uma delas se pudesse atribuir função diversa, dadas as peculiaridades do direito material em uma e outra situação¹². Contudo, aceita a unidade conceitual de ação, como direito ou poder de invocar um provimento jurisdiccional, afigura-se inviável qualquer forma de tipificação, no sentido indicado.

Nem mesmo com o objetivo de estabelecer *limites*¹³ para o controle jurisdiccional, poder-se-ia pensar em modelos para a ação, no sentido restrito ora analisado. Esse limite é feito essencialmente a partir da técnica da coisa julgada, visto que o sistema, como regra, repele e fecha as portas para o exame de situações — bem ou mal — por ele já examinadas. Ao menos em princípio, ninguém deixa de obter a tutela jurisdiccional por falta de tipos de ação, mas essencialmente porque a situação já foi objeto de controle. Há também outras formas de limite à universalidade do controle jurisdiccional — a serem oportunamente examinadas — mas que em nenhuma hipótese podem ser qualificadas adequadamente como falta de um tipo de ação¹⁴.

E, se a ação — entendida como direito ou poder de invocar o provimento estatal — decididamente não comporta tipificação, tampouco comporta a demanda que, sendo um ato, apenas se identifica por seus elementos

¹¹ Comentando a amplitude da garantia constitucional da ação, perante o direito italiano, Adolfo di Majo observa que, sob a óptica do Constituinte, pretendeu-se afirmar um princípio de "generale tutelabilità di ogni diritto al soggetto riconosciuto", sendo dever do legislador ordinário ordenar meios de tutela suficientes para cada um dos interesses juridicamente tuteláveis (cf. *La tutela civile dei diritti*, p. 68). Substancialmente nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco qualifica a ação, sob o prisma constitucional, como "uma cobertura integral do mundo jurídico-substancial" (cf. *Das ações típicas*, nº 148, p. 271-272).

¹² Sob a óptica não-penal, a ação apresenta-se como garantia, a fim de permitir o acesso à tutela jurisdiccional. Sob a óptica penal, contudo, é discutível que se possa raciocinar da mesma forma porque para o acusado a garantia não reside propriamente na ação, mas na *defesa* (ampla) e no *processo* (devido e legal).

¹³ Sobre a questão dos modelos como técnica para *limitação* ou *ampliação* do acesso ao controle jurisdiccional, remete-se ao capítulo acerca da *universalidade* da tutela jurisdiccional.

¹⁴ Nem mesmo a falta de uma das chamadas condições da ação poderia ser equiparada à falta de qualquer tipo de ação, no sentido da falta de meios para invocar o reconhecimento ou atuação de um direito ou interesse alegadamente existente.

(partes, causa de ação de uma de indicadas. Ou, p típica — no ser seus elementos i em si mesmo, c tutela jurisdiccional

No entanto, c ações típicas e, traduzir por tal

O que se p categoria é que concreto do dir substancial — c é considerada c o exercício, en apoiada na pr dessa situação.

Portanto, en do processo — (baseados na a uma situação c considera típico

Convém len (fundamentada sificação proce pela doutrina é pedido imedia algum dado lig processo por t

¹⁵ Enrico Redenti tipo e as "figura formal (módulo livre), diverso s desse esquema da causa de pec *Diritto processu* volvido no text *pada: tutelas st* 2001, 3ª ed., p.

os à ação, ou mesmo crever a ação que — dentes — é essencial- / do sistema, apta a ça) de direito¹¹. Even- civil (não penal) por delas se pudesse atri- to material em uma e ral de ação, como di- rial, afigura-se inviável

ites¹³ para o controle ação, no sentido res- : a partir da técnica da ele e fecha as portas ele já examinadas. Ao tutela jurisdicional por a situação já foi objeto iversalidade do con- nadas — mas que em lamente como falta de

er de invocar o provi- cação, tampouco com- fica por seus elementos

o, perante o direito italiano, tendeu-se afirmar um princí- zuto”, sendo dever do legis- dos interesses juridicamente ente nesse sentido, Cândido onal, como “uma cobertura , nº 148, p. 271-272). a fim de permitir o acesso à l que se possa raciocinar da ropramente na ação, mas na

ou *ampliação* do acesso ao *validade* da tutela jurisdicional. ção poderia ser equiparada à os para invocar o reconheci- e existente.

(partes, causa de pedir e pedido), não se podendo dizer que a identifica- ção de uma demanda lhe confira tipicidade, em qualquer das formas indicadas. Ou, por outro lado: toda demanda até pode ser aceita como típica — no sentido de ser particularizada, de ser especial — pois, por seus elementos identificadores, distingue-se das demais; mas isso não traz, em si mesmo, qualquer acréscimo útil ao exame das vias de acesso à tutela jurisdicional¹⁵.

No entanto, o fato é que, sob os ângulos teórico e prático, fala-se em ações típicas e, portanto, é preciso identificar que fenômeno se pretende traduzir por tal designação e em que residiria essa tipicidade.

O que se pode extrair das referências normalmente feitas a essa categoria é que ela está, de alguma forma, associada ao exercício em concreto do direito de ação, vinculado a determinada situação jurídico-substancial — e não a uma prerrogativa abstrata. A tipicidade, portanto, é considerada com base em uma projeção, por assim dizer, do que seria o exercício, em concreto, do direito de ação diante de uma situação, e apoiada na projeção da demanda ou demandas proponíveis em face dessa situação.

Portanto, embora a demanda — entendida como mero ato inaugural do processo — não comporte tipificação, seus elementos identificadores (baseados na aludida projeção do exercício do direito de ação, em face de uma situação concreta) abrem caminho para que se identifique o que se considera típico em uma ação.

Convém lembrar, a propósito da escolha desse método de investigação (fundamentada nos elementos identificadores da demanda), que, na classificação processual das ações, o critério distintivo normalmente aceito pela doutrina é o provimento jurisdicional invocado, isto é, o denominado pedido imediato. Nas demais classificações, o critério é invariavelmente algum dado ligado ao plano substancial do ordenamento, que vem para o processo por meio dos fatos e fundamentos expostos pelo demandante,

¹⁵ Enrico Redenti desenvolveu raciocínio próximo ao combatido no texto, ao relacionar o *tipo* e as “figuras das ações privadas civis”. Segundo Redenti, a ação teria um “esquema formal (módulo) típico”, o qual se prestaria a “receber um conteúdo material” (tradução livre), diverso segundo cada caso. Nessa linha de raciocínio, os elementos constantes desse esquema típico formal consistiriam na identificação dos sujeitos (ativos e passivos), da causa de pedir e do pedido (vale dizer, os elementos identificadores da demanda) (cf. *Diritto processuale civile*, I, nº 10, p. 48). Aderindo expressamente ao pensamento desenvolvido no texto, vide José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 2001, 3ª ed., p. 69-70, especialmente nota nº 19.

isto é, pela causa de pedir¹⁶. Ambos os critérios de classificação, portanto, ligam-se aos elementos identificadores da demanda.

4. 3. Da *actio romana* à concepção atual de ação

Antes que se passe ao exame proposto no tópico precedente, convém examinar — mesmo que sem caráter exaustivo — a tipicidade da *actio* no sistema romano, e respectiva evolução. Incursão dessa ordem tem por objetivo não apenas reafirmar o caráter essencialmente atípico da ação (entendida como poder de invocar um provimento jurisdicional) no sistema jurídico atual, mas buscar mais e melhores subsídios para o exame que se pretende fazer na seqüência, investigando-se a tipicidade nos elementos identificadores da demanda.

É asserção reiteradamente colhida na doutrina a de que, da óptica do direito romano, a *actio* era conceito relacionado à própria titularidade do direito subjetivo material, de tal maneira que, naquele contexto, afirmar-se a existência de um direito era o mesmo que afirmar a existência de uma ação¹⁷. Daí dizer-se que o sistema romano era um sistema de ações, e não propriamente de direitos, não se cogitando de um emprego processual do vocábulo *actio*¹⁸.

¹⁶ Sob a aludida óptica, poder-se-ia falar em ações agrupadas segundo sua *causa de pedir*, ou ainda segundo seu *pedido mediato*, que reiteradamente é indicado como o “bem da vida” perseguido pelo demandante.

¹⁷ Cf. Giovanni Pugliese, *Actio e diritto subiettivo*, p. 346: “... le fonti provano in modo indiscutibile che l'*actio* spetta soltanto a chi ha ragione, talché l'appartenenza dell'*actio* sta spesso ad indicare la titolarità del diritto”. Mais adiante, observa, nesse mesmo contexto, que “l'attore non era titolare di un diritto subiettivo verso il magistrato. Il remedio comune contro la pronunzia del magistrato era l'intercessio di un altro magistrato dotato di par maiorve potestas e dei tribuni della plebe; l'intercessio, a sua volta, doveva bensì venire provocata dal privato com apposita richiesta (*appellatio*), ma intorno alla opportunità od alla necessità di intercedere il potere del magistrato era pienamente discrezionale” (cf. ob. cit., p. 352).

¹⁸ Conforme autorizada lição de Carlo Augusto Cannata, os juristas romanos da época clássica elaboraram uma noção substancial de ação, que corresponde à de direito (subjetivo) de perseguir em juízo o que nos é devido, mediante um processo (*iudicio*). Nas palavras de Cannata, “nel linguaggio dei giuristi romani, infatti, ‘avere azione’ (*actionem habere*) per qualcosa contro qualcuno equivale a dire ‘avere fondate ragioni’ per vincere un processo per quella cosa contro quel qualcuno” (cf. *Profilo istituzionale del processo privato romano*, v. 1, p. 7-8). Sobre o tema, na doutrina pátria: Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia, *Manual de direito romano*, p. 72-73; José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, v. 1, p. 193; Cândido Rangel Dinamarco, *Das ações típicas*, nº 146, p. 267-268; Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e execução*, p. 166 e ss.; José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, nº 2, p. 22-24; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, v. 1, nº 7, p. 39-40.

Alé
comu
que se
das a
dade,
possil
Se:
breve
dá cc
desig
jurídi
cuida
tos à
subje
marc:
Já
mais
cimer

¹⁹ Cor
subs
pera
²⁰a Cf.
^b A tí
carít
men
ção
cont
cont
30).
fira-
²¹ Seg
períc
relig
ca a
²²a Cf.

José
expe
Liçõ
Insti
^b Con
dad
denr
do c
sole

Além disso, e até como decorrência do que foi exposto, é também comumente destacada em doutrina a tipicidade da *actio* romana, visto que somente eram tuteláveis as pretensões que se enquadrassem em uma das *actiones* reconhecidas, segundo um rígido modelo legal¹⁹. Essa tipicidade, segundo se extrai das fontes doutrinárias, residia nas causas que possibilitavam a alguém agir contra outros^{20 a, b}.

Sem prejuízo dessa constatação, mais genérica, convém incursionar brevemente pela evolução do tema no direito romano. Assim, conforme dá conta a doutrina, no denominado período das ações da lei — assim designadas porque se originavam de um texto legal e porque as situações jurídicas tuteladas estavam fundadas em uma lei cujas palavras deviam ser cuidadosamente repetidas²¹ —, tais ações configuravam instrumentos postos à disposição do cidadão romano, com vistas na tutela de seu direito subjetivo previsto no *ius quiritarium*. As *legis actiones* eram escassas e marcadas pela tipicidade já indicada^{22 a, b, c}.

Já o subsequente período formular surge como alternativa menos formalista, mais ágil e funcional, sendo essencialmente pretoriano, isto é, sem reconhecimento legislativo e destinado a suprir as lacunas das ações da lei, como uma

¹⁹ Conforme observação de José Rogério Cruz e Tucci, a doutrina identifica na *actio* a substituição da reação privada mediante autotutela, conforme um “rígido modelo legal, perante o magistrado” (cf. *A causa petendi no processo civil*, p. 25).

^{20 a} Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *A causa petendi no processo civil*, p. 25.
^b A tipicidade, no direito romano, não é característica exclusiva da *actio*; até mesmo pelo caráter sincrético de que ela se reveste. Em matéria contratual, por exemplo, é comumente destacada na doutrina a marcante tipicidade do sistema romano, embora a evolução pretoriana tenha atenuado essa rigidez (cf. Mario Talamanca, *La tipicità del sistema contrattuale romano*, especialmente, p. 44-45 e 54 e ss.; Rodolfo Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, p. 785; Mário Figueiredo Barbosa, *Sobre os contratos atípicos*, p. 29-30). Sobre a tipicidade dos direitos reais, e respectiva evolução no direito romano, confira-se Alessandro Natucci, *La tipicità dei diritti reali*, p. 33 e ss.

²¹ Segundo observação de Anna Maria Giomaro, o fenômeno da tipicidade das ações no período mais antigo da história de Roma está relacionado à imprescindibilidade mágico-religiosa das formas, onde o rito assumia relevância independentemente da situação jurídica a tutelar e da lide que se pretendia dirimir (cf. *La tipicità delle legis actiones*, p. 17).

^{22 a} Cf. Giovanni Pugliesi, *Istituzioni di diritto romano*, nº 28, p. 62. Essa também a lição de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, que lembram o preâmbulo da exposição de Gaio, cuja versão — feita por Alexandre Corrêa — é por eles anexada (cf. *Lições de história do processo civil romano*, nº 2-4, p. 51-53; e p. 198, para o trecho das Institutas de Gaio, retomadas).

^b Conforme observa José Rogério Cruz e Tucci, em Roma a jurisdição nasceu como atividade exclusiva dos pontífices. Daí o motivo pelo qual o sistema das *legis actiones* era por demais formalista, “mormente com aquela casta de sacerdotes detentora do monopólio do direito, que, auxiliando o *rex*, ditava o comportamento dos cidadãos, bem como o solene ritual a ser observado pelos litigantes” (cf. *Jurisdição e poder*, p. 13-14).

GUILHERME SERRAVALLO

evolução destas nas hipóteses não tipificadas²³. O *processo formular*, consoante observação da doutrina, surge como próprio da jurisprudência romana laica, sendo o aparato característico daquele sistema de ações, com um elevado tecnicismo substancial (de definição da pretensão), em que o judicante — que no período precedente era dotado de escassa discricionariedade e poderes bem definidos — passa a ter poderes bem mais amplos²⁴.

Por derradeiro, adveio o período da *cognitio extraordinem*, surgido em Roma para dirimir questões de natureza administrativa ou policial em que, não se tratando de matéria submetida à jurisdição civil, os magistrados não estavam sujeitos às regras do *ordo iudiciorum privatorum*. Não se fazia necessária a elaboração de fórmula, nem a nomeação de um *iudex* privado e todo o processo se desenrolava perante o magistrado. Daí a aplicação desse modelo aos litígios submetidos à jurisdição civil foi apenas questão de tempo²⁵.

De sua parte, o direito moderno está calcado na autonomia da relação jurídica processual e do próprio direito de ação²⁶. Nesse contexto, o processo não se reputa integrante do direito privado e a atuação da vontade da lei

^c Anna Maria Giomaro faz ressalva a essa tipicidade. Partindo da prioridade cronológica da *legis actio sacramenti* em relação às demais formas de *legis actiones* (ao menos aquelas de caráter declaratório), Giomaro conclui que não se pode falar de um fenômeno de tipicidade de ações no período arcaico. Razões práticas aconselharam, depois, a introdução de novos e mais ágeis ritos processuais. E diz: "solo allora la storia della 'tipicità delle azioni' ha avuto una sua origine e si è venuta sviluppando nel senso di un inarrestabile prodursi di nuovi riti per risolvere le nuove esigenze, o addirittura per sostituire, com'è nel caso della *legis actio per condictionem*, il precedente rito in uno spirito nuovo" (cf. *La tipicità delle legis actiones*, p. 14-15).

²³ Cf. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, *Lições de história do processo civil romano*, p. 75-77. Consoante observação de Carlo Augusto Cannata, os romanos usavam para indicar essas formas processuais o termo *actio*, que era a forma ritual prevista em abstrato para desenvolvimento do processo. Nas palavras do referido autor: "si trattava di un numero limitato di forme, in tutto cinque ad evoluzione compiuta, che, per celebrare un processo dovevano essere necessariamente adottate, nel senso che un processo non poteva svolgersi se non in una dita tali forme". Assim, tem-se que as *legis actiones* foram a primeira forma identificada de processo público, isto é, do Estado (cf. *Profilo istituzionale*, v. 1, p. 10-11).

²⁴ Cf. Carlo Augusto Cannata, *Profilo istituzionale*, v. 2, p. 2-3. Segundo observação de Giovanni Pugliese, a introdução desse processo não exclui a sobrevivência das *legis actiones*, anotando a respectiva inevitável decadência — a partir da *lex Aebutia* — em razão da inidoneidade dos antigos esquemas para fazer frente às situações jurídicas resultantes da vida econômica mais moderna e aos grupos sociais mais ativos (cf. *Istituzioni di diritto romano*, nºs 88 e 90, p. 266-274 e ss.).

²⁵ Cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, v. 1, nº 133, p. 264.

²⁶ Segundo observação de Ugo Mattei, a passagem da tipicidade das ações que caracterizaram a experiência do direito romano para um sistema fundado na enucleação de direitos subjetivos acionáveis atipicamente parece ter-se iniciado na tradição continental européia com os primeiros esforços reconstitutivos dos pós-glosadores e completado com a obra de classificação do direito natural (cf. *Diritto e remedio nell'esperienza italiana e statutense*, nº 2, p. 342).

está volt: gantes, r Portanto no, cind de um l: outro lac assentad aquela i verificac necessá 75 do C

²⁷ Conso: progres: assumir: hoje pe:

²⁸ O tema: *sulla pr*: ção da: a *actio*, tantas v: que, so: que a p:

²⁹ Ainda: Diname: Muther, negaçã: corresp: direito. *Diritto e Polê.* p. 46-47. Ovídio o conc: corresp: tutela j: preocu: direito.

³⁰ Contro: e ação: abstrat: quer e: cogitar: ou ecl: são es: penos: direito: mostr: não h: Códig

está voltada para a satisfação de um objetivo que não é exclusivo dos litigantes, mas do próprio Estado, fonte de onde emana o direito objetivo²⁷. Portanto, rompendo com o sincretismo contido na óptica do direito romano, cindiu-se o conceito da *actio*, para se distinguir a existência do direito, de um lado, e o poder de invocar a respectiva declaração ou atuação, de outro lado²⁸. Daí por que se dizer que o direito contemporâneo já não está assentado em um sistema de ações, mas de direitos, em que já não vigora aquela idéia de tipicidade; não ao menos com aquela dimensão outrora verificada. Não se aceita — sob o ângulo conceitual — a correspondência necessária entre direito e ação²⁹, tal qual outrora descrita, entre nós, pelo art. 75 do Código Civil de 1916³⁰.

²⁷ Consoante observação de Alexandre Corrêa e Gactano Sciacia, no direito moderno, "a progressiva diversificação das normas de caráter processual e a contínua tendência delas a assumir caráter publicístico levou à autonomia dos princípios relativos à atividade jurisdicional, hoje pertencentes à esfera do direito público" (cf. *Manual de direito romano*, p. 72-73).

²⁸ O tema foi parcialmente examinado por Carnelutti, a propósito da prescrição (cf. *Appunti sulla prescrizione*). Conforme observou o referido jurista, o hábito de se falar em prescrição da ação é ainda seqüela do pensamento jurídico romano, em que a prescrição atingia a *actio*, entendida como aspecto ativo das relações jurídicas. Lembrando a identidade tantas vezes destacada pela doutrina, entre *actio* e direito subjetivo, Carnelutti observou que, sob a óptica do direito moderno, falar-se em prescrição é certamente um erro, visto que a prescrição é fenômeno que atinge o direito material (cf. ob. cit., p. 32-35).

²⁹ Ainda a propósito da correspondência da *actio* romana no direito moderno, Cândido Rangel Dinamarco lembra que a questão esteve à base da célebre polêmica entre Windscheid e Muther, de onde resultou maior prestígio para a tese defendida pelo primeiro, no sentido da negação da identidade da *actio* romana e a ação moderna, concluindo-se que aquela corresponderia à pretensão, situação jurídica substancial distinta, quer da ação, quer do direito subjetivo, consistente na "faculdade de impor a própria vontade em via judiciária" (cf. *Direito e processo*, nº 13, p. 14, *Institutos fundamentais do direito processual*, nº 33, p. 54-56 e *Polêmicas do processo civil*, nº 121, p. 222-224; ainda Carnelutti, *Appunti sulla prescrizione*, p. 46-47). Sobre o tema discorreu profundamente — com amplas referências bibliográficas — Ovídio Baptista da Silva, apontando o equívoco em se tentar transportar para o processo civil o conceito de ação de direito material, "através do conceito romano de *actio*", como se ele correspondesse à moderna idéia de ação (no sentido de pedido abstrato e indeterminado de tutela jurídica). Segundo observa esse jurista, "os romanos jamais pretenderam ou sequer preocuparam-se em conceituar uma faculdade ou, como modernamente se pretende, o direito, de estar em juízo como autor" (cf. *Jurisdicção e execução*, p. 166-173).

³⁰ Controverte-se, ainda hoje, acerca da aludida regra legal, que exprime a relação entre direito e ação. Para aqueles que, de alguma forma, fazem reserva ou mesmo oposição ao conceito abstrato da ação justapondo-a ao próprio direito material (quer em perspectiva concreta, quer em perspectiva sincretica), não haveria por que reter esse dispositivo e, menos ainda, cogitar-se de que poderia ter sido revogado. As críticas que lhes dirigem os abstratistas (puros ou ecléticos) residem na confusão metodológica própria da óptica romana. A esse propósito, são expressivas as palavras de Ovídio Baptista da Silva: "A redescoberta, quase sempre penosa, da *relação de direito material* e processo fez com que ressurgissem as ações de direito material, através do que a doutrina italiana denomina *tutela differenziata*, pondo à mostra o colossal equívoco que a ciência processual cometera, ao imaginar que a cada direito não haveria de corresponder uma ação (de direito material), supondo que o art. 75 do Código Civil brasileiro estivesse revogado..." (cf. *Jurisdicção e execução*, p. 172-173).

4. 4. Ações típicas: busca de delimitação conceitual

Em doutrina, não são pouco freqüentes as alusões a *ações típicas*, das quais fala-se com maior ou menor precisão, com maior ou menor cuidado³¹. Paradoxalmente, não se detecta, no mesmo âmbito, maior preocupação em definir o que seja uma *ação típica* ou dar ao tema um tratamento sistemático mais rigoroso. Quando muito, fala-se que esta ou aquela ação devem assim ser qualificadas, mas sem propriamente esclarecer-se o que distinguiria uma *ação típica* de uma *ação atípica*.

Ao contrário do que ocorre com outros institutos jurídicos em que a tipicidade faz-se presente, não se pode dizer que *ação típica* é aquela *prevista em lei*, isto é, conforme um modelo legal. Consoante realçado, o que é estabelecido — aliás, no plano constitucional — é o poder ou direito amplo de ação, de invocação de provimento jurisdicional, ainda que de forma sempre conexa a uma situação jurídico-material. Portanto, a lei ou outras normas jurídicas não estabelecem ações que, desse modo, pudessem ser reputadas típicas. Os modelos estabelecidos em lei — ou outra fonte de direito — não dizem respeito à ação, mas a institutos a ela relacionados que com ela não se confundem³².

Aliás, essa associação entre ação e modelos de ação tem o grave inconveniente de reforçar a falsa idéia — presente ainda com força em nossa cultura jurídica — de que, não havendo previsão desta ou daquela ação, não há como fazer valer a posição jurídica de vantagem resultante do ordenamento substancial.

Sob aspecto semelhante ao retroexaminado, algumas asserções encontradas em doutrina sugerem que uma ação é típica quando suas *hipóteses de*

³¹ As referências estão feitas ao longo do estudo.

³² Gian Antonio Micheli emprega raciocínio ligeiramente diverso. Ao tratar da tutela jurisdicional dos direitos e, dentro dela, dos remédios jurisdicionais, Micheli afirma que as várias formas de tutela, no ordenamento italiano, não são deixadas à discricionariedade do juiz — exceto em limites precisos, como é o caso do art. 700 do CPC, que estatui medidas de urgência —, mas são estabelecidas pela lei, que prevê um sistema de remédios, cuja atuação pode ser obtida mediante recurso ao juiz, via processo. Esses remédios, esclarece Micheli, não constituem algo de intrínseco ao direito subjetivo, mas são meios, instrumentos que a lei oferece ao indivíduo para obter a atuação do direito objetivo. Contudo, Micheli deixa clara a atipicidade da ação ao afirmar: "I remedi che sono attuabili attraverso il processo civile sono dunque tipici perchè previsti e disciplinati dalla legge, ma essi hanno in genere un ambito di applicazione non rigido e formale; in quanto essi non presuppongono l'esercizio di azioni 'tipiche' (come avveniva in altri stadi dell'evoluzione storica dell'ordinamento giuridico), bensì del potere d'azione (...), inteso come potere (strumentale), rivolto a rendere attuale il dovere del giudice di provvedere sulla domanda, di concedere la tutela, in quanto ne sussistono i presuposti". Micheli conclui, nesse particular, observando que a particularidade dos *remédios judiciais* se reflete diretamente na estrutura dos vários procedimentos, disciplinados pela lei (cf. *Corso di diritto processuale civile*, v. I, nº 11, p. 41-42).

cabimen
parece s
nessa tip
peita ao j
pelo pro
ordem c
de ação
Essa
ratifica a
do a ser
tem o n
pode re:
dos — c
afere no

³³ Embora obstante acaba si ação ad propósito (...), o i expresso postula
³⁴ Embora ações tíj ce a lei" a propé sentido ação e Código que a p em que Mortara e dei m
³⁵ É prec ainda (aprove Junque são os tal ente objeto tos cat de for e ss.). para o ou neg proces pedir e trato d

Situational

As ações típicas, das maiores ou menores cuidados, maior preocupação com um tratamento de esta ou daquela ação para esclarecer-se o que

atos jurídicos em que a ação típica é aquela. Consoante realçado, o formal — é o poder ou ato jurisdicional, ainda co-material. Portanto, as ações que, desse modo, selecionadas em lei — ou não, mas a institutos a ela

ação tem o grave inconveniente com força em nossa ordem desta ou daquela ação, vantagem resultante do

algumas asserções encontrando suas hipóteses de

Ao tratar da tutela jurisdicional, ele afirma que as várias formas de atuação do juiz — exceto as medidas de urgência —, mas cuja atuação pode ser obtida parece Micheli, não constituem elementos que a lei oferece ao juiz, deixa clara a atipicidade no processo civil e sono dunque in genere un ambito di protezione l'esercizio di azioni a dell'ordinamento giuridico). Ele, rivolto a rendere attuale il vedere la tutela, in quanto ne servando que a particularidade dos vários procedimentos, disciplina nº 11, p. 41-42).

cabimento estão taxativamente estabelecidas pela lei³³. Isso, contudo, não parece ser muito esclarecedor, não permitindo que se distinga o que é, nessa tipicidade, pertencente ao direito material e o que, efetivamente, respeta ao processo. De forma análoga, fala-se na *ação típica* como identificada pelo procedimento especial estabelecido pela lei, em evidente confusão de ordem conceitual, eis que modernamente são inconfundíveis os conceitos de ação e procedimento³⁴.

Essa breve alusão a algumas das posições colhidas na doutrina apenas ratifica a insuficiente sistematização do tema. Conforme já realçado, um método a ser seguido é o de considerar os elementos identificadores da demanda: tem o mérito de buscar a tipicidade da ação pelo que, eventualmente, ela pode realmente ter de típico — em algum ou alguns dos sentidos examinados — que é propositura de uma demanda, em que o exercício da ação se afere no confronto (concreto) de uma dada situação jurídico-substancial³⁵.

³³ Embora deixe claras suas ressalvas quanto ao emprego da locução *ação típica* e não obstante relacione a tipicidade da ação ao tema do procedimento, Antonio Carlos Marcato acaba sugerindo — ao ensejo do exame do interesse processual — que a tipicidade da ação advém da previsão legal das hipóteses de cabimento da ação. São suas palavras, a propósito da ação de consignação: "Aliás, considerada a tipicidade da ação de consignação (...), o interesse de agir estará presente quando concretizada qualquer uma das hipóteses expressamente previstas em lei, cabendo ao devedor, portanto, apenas adequar sua postulação ao procedimento específico" (cf. *Ação de consignação em pagamento*, p. 61).

³⁴ Embora fazendo ressalvas de ordem conceitual, Nelson Hanada acaba aceitando que "as ações típicas, portanto, são identificadas pelo procedimento especial (rito) que lhes estabelece a lei" (cf. *Ação de depósito*, nº 40, p. 66). Adroaldo Furtado Fabrício faz observações críticas a propósito do uso de ação para indicar, em sentido formal, uma série de *atos ordenados no sentido da solução do litígio*, lembrando que, dessa forma, "recai-se na identificação entre ação e processo, que terminologia atual e cuidadosa não pode tolerar" (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, nº 1, p. 1). Nesse particular, já Lodovico Mortara houvera observado que a palavra *ação* é usada largamente para designar o complexo de atos das partes e do juiz em que se integra a relação jurídica processual. Mas, em sentido restrito e específico, dizia Mortara, ela serve a "dinotare l'attività dell'attore, cioè la proposizione della pretesa in giudizio e dei mezzi necessari per sostenerla" (cf. *Istituzioni di procedura civile*, p. 74).

³⁵ É preciso atentar para as discussões travadas em torno da tipicidade do negócio jurídico, ainda que nem sempre as mesmas construções ali empreendidas sejam inteiramente aproveitáveis, dadas as particularidades do sistema processual. Conforme observa Antonio Junqueira de Azevedo, colhe-se na doutrina a idéia de que a causa e o elemento categorial são os elementos que conferem tipicidade ao negócio jurídico. Contudo, Junqueira refuta tal entendimento, afirmando que "tanto a forma (típica) nos negócios abstratos, quanto o objeto (típico) nos negócios causais, vão dar a tipicidade do negócio, através dos elementos categoriais inderrogáveis" (cf. *Negócio jurídico*, nota nº 222, p. 169; ainda sobre o tema, de forma ampla, vide Giovanni Ferrí, *Causa e tipo*, primeiro capítulo, especialmente, p. 249 e ss.). Como realçado, aparentemente, não é possível simplesmente transpor essas idéias para o direito processual porque não é viável tratar o processo como uma sucessão de atos ou negócios jurídicos. Contudo, o exame dos elementos da demanda — ato inaugural do processo, que resulta do exercício do direito de ação e fixa o objeto do processo (causa de pedir e pedido), aproxima-se das formas de detecção da *tipicidade* empregadas quando do trato do negócio jurídico. Nessa medida, portanto, o raciocínio parece ter valia.

Convém sempre lembrar que, nesse momento, busca-se a eventual tipicidade da ação, isto é, das formas de invocação do controle jurisdicional, considerando-se o momento inicial, de ingresso. Eventual tipicidade das formas de reclamar a tutela *jurisdicional* liga-se diretamente à idêntica qualidade da tutela propriamente dita, entendida essa como o provimento final do processo. Por isso a associação estreita entre ação e tutela típicas.

Observa-se que a expressão “ação típica” passa a ser empregada — sempre com a ressalva entre aspas — por mera conveniência, visto que afirmada, se não exatamente com repúdio, com considerável reserva.

4. 5. A busca da tipicidade nas partes

Em princípio, nenhuma tipicidade resulta, para as formas de invocação do controle estatal jurisdicional (para a ação), do elemento *partes*, exceto, eventualmente, se a ele se agregasse a idéia de *partes legítimas*.

Com efeito, o conceito de partes é estritamente formal, no sentido de que ostentam essa qualidade todos aqueles que estejam em contraditório, perante o juiz. De fato, conquanto reconhecido como elemento identificador da demanda, partes é dado ligado diretamente ao processo, de tal sorte que, até por isso, revela-se, em princípio, indiferente ao problema da tipicidade das formas de invocação da tutela jurisdicional³⁶.

Quando muito, poder-se-ia pensar em ações qualificadas e diferenciadas pelo elemento parte: a *reconvenção*, por exemplo, reputar-se-ia típica, pois que privativamente atribuída ao réu, devendo, segundo certo entendimento, ser dirigida exclusivamente àqueles sujeitos já situados no pólo ativo da relação processual (isto é, sem poder ser dirigida a terceiro estranho ao processo); a ação declaratória incidental reputar-se-ia típica, dado que conferida ao autor, em face da negativa do réu quanto ao fundamento do direito alegado em juízo; a *denúnciação da lide* — aceita sua natureza de demanda regressiva deduzida contra terceiro — seria típica porquanto conferida ao autor e ao réu, e só a eles.

Nada disso, no entanto, parece ser suficiente ou relevante para fazer com que uma dada ação, tão-somente pelas partes identificadas na correspondente demanda, possa considerar-se típica, no sentido de corresponder a um modelo (no caso, descrito pela lei). Não há como dizer, por exem-

³⁶ Isto é, todo *autor* — visto sob o enfoque exclusivamente processual — é igual, bem como todo *réu* e assim com cada um dos sujeitos que integram a relação processual.