

DOCTRINA

EVOLUÇÃO DO CONTRÔLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO BRASIL (*)

CELSO AGRÍCOLA BARBI
Professor Catedrático da
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de
Minas Gerais.

SUMARIO: I — NOÇÕES GERAIS. 1. A Constituição e a garantia dos direitos nela assegurados. 2. Sistemas e formas de controle da constitucionalidade das leis. **II — DIREITO BRASILEIRO.** 3. Constituição Imperial de 1.824. 4. Introdução do controle na legislação republicana de 1.890. 5. Constituição de 1.934 e suas inovações. 6. Carta Constitucional de 1.937. 7. Constituição de 1.946 e suas modificações. 8. Constituição de 1.967. 9. Princípios gerais sobre o controle no sistema brasileiro.

I

NOÇÕES GERAIS

1 — Na luta multissecular pela defesa dos direitos individuais contra os excessos do Poder Público, alcançou-se importantíssima etapa com o advento das Constituições escritas, em que foram fixados e garantidos alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais ficaram, assim, protegidos contra as investidas das autoridades públicas.

Essa garantia decorre da superioridade das normas constitucionais sobre as leis ordinárias, decretos e atos

(*) = Artigo destinado ao volume comemorativo do 20º aniversário da fundação da Sociedade Argentina de Direito Comparado.

administrativos, os quais têm de se limitar ao campo a eles deixado pelas Constituições. Sem a prevalência prática das Constituições sobre aqueles atos de categoria inferior, seria ilusória a garantia fixada na Lei Maior. Daí a necessidade de meios eficazes para conter o legislador ordinário e a administração, fazendo prevalecer as normas constitucionais.

Quando o ato ofensivo à Constituição procede de autoridade do Poder Executivo, não tem surgido dificuldades para fazer prevalecer a regra constitucional. O mesmo, porém, não se dá quando o ato contrário à Constituição fôr uma lei ordinária, emanada, portanto, dos Parlamentos.

Nesse caso, razões jurídicas e políticas foram, e são, invocadas para impedir o controle da constitucionalidade da lei. Argumenta-se com a separação e independência dos Poderes, o que impediria que um julgasse os atos de competência de outro, ou os anulasse.

Argumenta-se também com a soberania do Parlamento que é o representante do povo, intérprete da vontade nacional, que é o mais alto poder. Como o órgão controlador da constitucionalidade não procede do voto popular, admitir-se o controle seria submeter à vontade popular, entidade soberana, a um órgão politicamente inferior àquela.

Todavia, não se pode negar que os argumentos favoráveis ao controle da constitucionalidade das leis são irrefutáveis apesar de sua simplicidade: se a Constituição é lei fundamental, de categoria mais alta, e a ela deve subordinar-se o legislador ordinário, não se pode admitir a validade de lei ordinária contrária à Constituição. Se o fizermos, estaríamos admitindo a reforma da Constituição fora do procedimento estabelecido para isto, e negando a supremacia constitucional.

Mas as resistências ao controle, partidas dos Parlamentos, ciosos de

seus poderes, entravaram grandemente o desenvolvimento do instituto na Europa, notadamente até o fim da 2.^a Grande Guerra, quando então melhoraram as condições para seu mais eficaz funcionamento.

2. Ao longo da história, diversos meios foram experimentados para exercício do controle, ora para evitar a elaboração completa de leis inconstitucionais (controle preventivo), ora para anular, ou deixar de aplicar, leis com aquele vício (controle posterior).

O controle preventivo pode ser entregue a um órgão de natureza jurisdicional ou a um órgão de caráter político. Da primeira modalidade é exemplo o sistema instituído pelo artigo 138 da Constituição Austriaca, segundo a reforma de 1.925; a Alta Corte Constitucional, a pedido do Governo Federal ou Estadual deveria pronunciar-se sobre a competência constitucional para legislar sobre certos assuntos, evitando-se, assim, a publicação de leis viciadas de inconstitucionalidade por falta de competência constitucional para sua elaboração.

O controle preventivo por um órgão de natureza política foi instituído na França pela Constituição do ano VIII, pela qual o Senado Conservador tinha função de examinar previamente a constitucionalidade dos projetos de lei. O controle preventivo por órgão político continua merecendo a preferência da França, cuja Constituição de 1.946 ainda o consagra, se bem que por órgão diverso do criado naquela primeira tentativa.

Aponta-se, como exemplo dessa forma geral de controle, também o poder dado ao Presidente da República no Brasil de vetar projeto de lei que, a seu ver, seja inconstitucional. Convém, todavia, observar que este último exemplo caracterizaria um controle ainda sujeito à apreciação do Congresso, pois pode este, por maioria qualificada, rejeitar o veto presidencial (Const. de 1.937, artigo 66, § 3º; Const. de 1.946, art. 70, § 3º; Const. de 1.967, art. 62, § 3º).

A forma que hoje reúne maior preferência é a de controle posterior por órgão jurisdicional, pois nele se agrupam vários fatores, capazes de proporcionar melhor exame da questão constitucional: a profissionalidade dos magistrados, habituados longamente ao trato com os problemas jurídicos, e independência de que goza a magistratura; a amplitude da discussão no processo judicial; a maior facilidade em perceber a inconstitucionalidade da lei quando já completamente elaborada e quando melhor se descortina seu alcance. Dentro desse sistema, duas espécies surgiram: o controle por via de ação e por via de exceção.

Caracteriza-se o controle por via de ação em ser ele exercido através de uma ação judicial com a finalidade específica de examinar a constitucionalidade da lei, sem que nenhuma relação jurídica esteja em discussão. Se declarada a inconstitucionalidade, a ação terá como resultado a anulação da lei, ato este que, evidentemente, prevalecerá *erga omnes*, pois a lei deixou de ter validade jurídica. Assim, uma única decisão resolverá definitivamente a questão.

As vantagens desse sistema são grandes, pois localiza-se em um único Tribunal a discussão sobre a lei, especializam-se seus juizes na técnica constitucional, resolve-se o assunto em um único julgado e elimina-se a lei elaborada com inobservância da Constituição. Como consequência, ou como exigência desses fatores, há necessidade de que o órgão portador de tão alta missão seja apenas um e determinado pela própria Constituição.

Esse órgão pode ser o mais alto Tribunal ordinário do país ou então uma Corte especialmente destinada a essa missão. Escolheram a primeira fórmula a Suíça, Cuba em 1.934, Colômbia em 1.886, Venezuela em 1.931. A segunda fórmula foi preferida pela Constituição austriaca de 1.920, pela Tchecoslováquia em 1.920 e pela Itália em 1.947; parcialmente pela Alemanha em 1.949.

Os juristas, todavia, preferem o controle por via de exceção, entendida esta palavra no sentido de defesa, a qual pode ser tanto do réu como do autor. Por esse sistema, quando, no curso de qualquer ação judicial, pretender uma das partes a aplicação de uma lei, para regular a relação jurídica em discussão, poderá o outro contendor defender-se dessa pretensão, alegando a inconstitucionalidade da mencionada lei. Se procedente a alegação, a lei não será aplicada pelo juiz à relação jurídica em litígio. Como se vê, a alegação pode partir do autor ou do réu, isto é, não importa a posição do interessado na aplicação da lei inconstitucional, como iniciador ou não do processo judicial.

Caracteriza-se esse sistema por vários aspectos: a decisão judicial só prevalece entre as partes na demanda, como é regra nas ações em geral; logo, a lei continua em vigor em relação aos que não participaram da causa; a lei não é anulada nem desfeita, mas apenas se lhe nega aplicação na causa em que ela foi apreciada; não se susceptibiliza o legislador porque não se anula a lei; está na função normal do juiz escolher entre as normas legais aplicáveis ao caso em julgamento; qualquer juiz, mesmo o de menor categoria, pode negar-se a aplicar lei que ele considere inconstitucional.

Esse sistema foi criado pela jurisprudência norte-americana e teve início no famoso julgamento do caso *MARBURY V. MADISON*, realizado pela Suprema Corte dos EE.UU. em 1.803, no qual o juiz Marshall lançou as bases completas em que se assentaria a instituição do controle por via de exceção.

Desenvolvendo-se naquele país, o sistema passou a ser adotado em várias outras nações, ora introduzido pela jurisprudência (Canadá, África do Sul, Grécia, Austrália, România), ora introduzido através de legislação constitucional expressa (Portugal, em 1.911 e 1.913, Irlanda, em 1.937, Japão, em 1.946, Brasil, em 1.891). (1)

DIREITO BRASILEIRO

3 Na Constituição que vigorou de 1.824 a 1.889, durante o Império Brasileiro, certamente por sua marcada influência européia, e também por estar o controle da constitucionalidade de leis em sua fase inicial, não figuraram artigos que atribuissem ao Poder Judiciário aquela função. Nem procurou o Supremo Tribunal de Justiça seguir o exemplo da Suprema Corte Norte-Americana, com a introdução do instituto através de interpretação dos textos sobre suas próprias funções.

Essa conduta foi alvo de crítica posterior por LEVI CARNEIRO, adequadamente rebatida por C. A. LÚCIO BITTENCOURT, que demonstrou caber ao Legislativo a guarda da Constituição (art. 15, nº 9), além de existir o Poder Moderador, com função superior à dos demais Podêres do Império, com a missão de manter a independência, harmonia e equilíbrio daqueles — artigo 98. (2)

4. Com o término do Império e o advento da República, cessou o predomínio da influência do constitucionalismo europeu, substituído que foi pelas novas idéias, provindas dos Estados Unidos da América do Norte. Como consequência, os ideólogos do novo direito constitucional brasileiro procuraram, desde logo, introduzir o sistema de controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, na forma adotada por aquela Nação, isto é, o controle por via de "exceção", destacando-se nesse trabalho RUI BARBOSA, que contribuiu decisivamente para a implantação do instituto.

Assim, na denominada Constituição Provisória de 1.890, artigo 58, § 1º, "a" e "b", ao ser regulada a competência do Supremo Tribunal Federal, admitiu-se a possibilidade de ser examinada a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público.

No mesmo ano, o Decreto 848, de 11.10.1890, que organizou a Justiça Federal, fixou dois importantes princípios sobre o assunto ao dispor, no art. 3º que

"Na guarda e aplicação da Constituição e Leis Federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte".

Esse dispositivo, sem dúvida, consagra o sistema de controle por via de "exceção", ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação de parte. E no artigo 9º, ao regular a competência do Supremo Tribunal Federal, dispôs no § 1º, alíneas "a" e "b", de forma igual à Constituição Provisória.

A Constituição de 24.2.1891 reproduziu no artigo 59, § 1º, alíneas "a" e "b", as idéias da provisória de 1.890. E o Supremo Tribunal Federal, ao elaborar seu Regimento Interno em 8.8.1.891, repetiu esses dispositivos no seu art. 15, § 2º, alínea "b", ns. 2 e 3.

Três anos mais tarde, a Lei 221, de 20.11.1894, que completou a organização da Justiça Federal, introduziu mais um importante princípio legal, ao exigir que a inconstitucionalidade fôsse manifesta, ao dispor no seu art. 10, § 10,

"Os juízes e Tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais".

Na aplicação do novo sistema pela magistratura, foram decisivas as lições do grande constitucionalista RUI BARBOSA, profundo conhecedor da doutrina, legislação e jurisprudência norte-americanas.

Na reforma constitucional feita em 1.926, os artigos da Constituição de 1.891 relativos ao assunto foram melhorados em sua redação, figurando

no novo texto como art. 60, § 1º, alíneas "a" e "b".

5. Suprimida a Constituição de 1.891 pela Revolução de 1.930, veio a Constituição de 1.934 promover novos avanços no instituto, podendo-se considerar o desenvolvimento que ela lhe propiciou tão importante quanto a introdução em 1.890 e 1.891.

Manteve a nova Constituição, em seu artigo 76, III, alíneas "b" e "c", as disposições da Constituição anterior, e no art. 179, determinou que a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais só poderia ser feita pela maioria da totalidade de seus membros, evitando, assim, a flutuação decorrente de pequenas maiorias eventuais.

Grande novidade, porém, trouxe o art. 91, item IV, que atribuiu ao Senado competência para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Apesar da imprecisão revelada na expressão "Poder Judiciário", que levou a dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, o dispositivo era de grande alcance e correspondia a exigências decorrentes dos costumes da magistratura brasileira. É que, nos EE.UU., dada a submissão dos órgãos da justiça à jurisprudência da Suprema Corte, submissão essa que derivava da formação tradicional nos países do "common law", a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale, na prática, a inutilizá-la definitivamente, pois nenhum outro tribunal ou juiz irá aplicá-la, pela regra dos precedentes judiciais.

Mas a formação individualista do povo brasileiro, que se reflete, naturalmente, em sua magistratura, torna esta infensa à regra dos precedentes. De modo que leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão daquela alta Corte. Por outro lado, o sistema de declaração por via de ex-

ceção tem, logicamente, a consequência de que a decisão só vale entre as partes e na causa em que foi proferida, o que produzia multiplicação de demandas fundadas na mesma lei, uma vez que, apesar de declarada inconstitucional pela mais alta Corte do país, continuava ela em vigor.

A inovação trazida pelo citado art. 91, item IV, era feliz porque continha forma de dar efeitos erga omnes a uma decisão proferida apenas inter partes. Politicamente, a fórmula encontrada era hábil, porque deixava de violar o princípio da independência dos Podêres, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo.

Outra inovação importantíssima trazida pela Constituição de 1.934, em seu art. 12, § 1º, foi a seguinte: pelo art. 7º, item I, aos Estados da Federação competia elaborar sua Constituição e leis, mas observados vários princípios ali enumerados, como, v.g., a forma republicana representativa, a independência e coordenação de poderes, a temporariedade das funções eletivas, autonomia dos municípios etc.. A inobservância desses princípios por um Estado possibilitaria a intervenção federal, para fazê-los valer, nos termos do art. 12, item V. Mas essa intervenção dependeria, segundo o art. 12, § 2º, de haver o Procurador-Geral da República provocado manifestação do Supremo Tribunal Federal e de este haver declarado a inconstitucionalidade da lei estadual que justificara a intervenção.

Essa hipótese, como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de "exceção", mas sem constituir também tipicamente uma declaração por via de "ação". Não é por via de ação, porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer,

nem é simples fundamento do pedido: pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns (3).

Indiretamente, a Constituição de 1.934 concorreu grandemente para o desenvolvimento e aplicação do controle, ao criar, no art. 113, nº 33, o Mandado de Segurança, instituto destinado a facilitar ao cidadão a luta na defesa de direitos lesados por atos ilegais ou inconstitucionais do Poder Público. Podendo ser nêle alegada, como fundamento, a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a autoridade para praticar o ato acoimado de lesivo ao cidadão, e dada a simplicidade e rapidez do seu processo, multiplicaram-se grandemente as demandas fundadas em inconstitucionalidade de leis, firmou-se a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais, familiarizaram-se os juizes com os litígios relativos à inconstitucionalidade de leis (4).

6. Com o golpe de Estado de 1.937 e outorga da Carta Constitucional de 10.11.1937, que vigorou até 1.946, operou-se grave retrocesso no instituto do controle. Permaneceram de pé, no art. 101, item III, alíneas "b" e "c", os princípios vigorantes na Constituição de 1.891 e a exigência, nos Tribunais, para a declaração da inconstitucionalidade, do voto da maioria da totalidade dos seus membros (art. 96).

Mas o Mandado de Segurança, eficaz meio processual para o controle, foi retirado da Constituição e relegado à legislação ordinária. Código de Processo Civil de 1.939, no artigo 319, excluiu da apreciação judicial, por essa forma de processo, os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Intervenientes dos Estados. Com isto, a atividade de controle de constitucionalidade foi grandemente reduzida.

No art. 96, parágrafo único, introduziu-se regra segundo a qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fôsse necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Presidente submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se êste a confirmasse, por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Como se vê, o artigo contém no fundo, a possibilidade de coexistência de uma norma conflitante, pois aquela não seria revogada pela manifestação do Congresso: apenas persistiria a existência e validade da lei, apesar de infringente do texto constitucional, o qual prevaleceria em relação a outras leis, como norma limitadora.

7. O curto período de vigência da Constituição de 1.934 não permitiu que toda a potencialidade nela contida alcançasse pleno desenvolvimento. Mas a Constituição de 18 de setembro de 1.946, que vigorou até 15 de março de 1.967, manteve, com algumas modificações, todos os seus princípios.

No artigo 101, item III, alíneas "b" e "c", regulou os casos existentes desde 1.891; no artigo 200, permaneceu a exigência de maioria absoluta de votos para declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais.

No artigo 64, foi mantida a competência do Senado para suspender lei declarada inconstitucional. Melhorando o sistema de 1.934, especificou-se que seria nos casos de declaração pelo Supremo Tribunal Federal. Surgiram desde logo dúvidas sobre se o Senado poderia suspender também leis estaduais e municipais, ou se sua ação seria limitada às leis federais. Firmou-se, todavia, orientação no sentido de que o Senado poderia suspender tanto as leis federais, como as estaduais e municipais, declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal; dezenas de Resoluções do Se-

nado foram publicadas abrangendo todas aquelas leis (5).

No artigo 7º, item VII, permaneceu a possibilidade de intervenção federal nos Estados, para assegurar observância de determinados princípios, tal como na Constituição de 1.934. Segundo o parágrafo único desse artigo, a questão deveria ser submetida previamente pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal e, se êste declarasse a inconstitucionalidade do ato do Governo Estadual, seria decretada a intervenção. E, no art. 13, completando o sistema, prescreveu-se que o Congresso Nacional poderia limitar-se a suspender o ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, se essa medida bastasse para o restabelecimento da normalidade no Estado.

Esse caso especial de declaração de inconstitucionalidade foi regulado inicialmente pela Lei 2.271, de 22.7.54, e, posteriormente, pela 4.337, de 1º.6.1964. Denomina-o a lei "arguição de inconstitucionalidade" ou "representação" — êste último nome usado habitualmente pela Suprema Corte e é tipicamente uma ação declaratória, cujo objeto não é nenhuma relação jurídica ou fato, mas sim uma lei estadual, cuja compatibilidade com a Constituição Federal será julgada pelo Supremo Tribunal Federal (6).

Segundo a legislação citada, a legitimação para promover essa declaração de inconstitucionalidade é privativa do Procurador-Geral da República, o qual deverá fazê-lo quando tiver conhecimento de ato dos Poderes Estaduais que infrinjam o artigo 7º, inciso VII, da Constituição Federal.

Todavia, qualquer interessado poderá representar ao Procurador-Geral para que êste promova a arguição, hipótese em que êle terá prazo de trinta dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição. Evidentemente, deve-se entender que o Procurador-Geral poderá não apresentar a arguição, se enten-

der que não existe a infração daquele artigo.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, a quem fôr distribuída a arguição como relator, mandará ouvir os órgãos que hajam elaborado a lei, ou praticado o ato arguido, os quais terão trinta dias para sua defesa (art. 3º). Findo êsse prazo, o relator deverá elaborar, em trinta dias, relatório, do qual será remetida cópia a todos os Ministros, designando o Presidente dia para julgamento, que se fará em sessão plenária, com ciência prévia dos interessados (art. 4º). Na sessão de julgamento, após o relatório, poderão usar da palavra o Procurador-Geral para sustentar a arguição, e o procurador dos órgãos estaduais interessados, para defender a constitucionalidade do ato. (artigo 4º, parágrafo único). O art. 5º permite que o relator, *in limine*, ou no curso de processo, se entender que a decisão é urgente face ao relevante interesse de ordem pública, requeira, com prévia ciência das partes interessadas, a imediata convocação do Tribunal, e êste, sentindo-se esclarecido, poderá suprimir os prazos de audiência dos órgãos estaduais, julgando desde logo o caso. Do julgamento final, o único recurso cabível é o de embargos, para o próprio Tribunal, se tiver havido pelo menos três votos divergentes, devendo os embargos ser processados na forma da legislação em vigor para êsse recurso (art. 6º). Se reconhecida a inconstitucionalidade, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente comunicará a decisão aos órgãos estaduais interessados. Após a publicação do acórdão, será êle levado ao conhecimento do Congresso Nacional, para que êste suspenda a execução do ato arguido, na forma do artigo 13 da Constituição Federal, caso essa medida baste para o restabelecimento da normalidade no Estado, ou decrete a intervenção, caso aquela suspensão se mostre insuficiente (art. 7º).

Esse processo vem sendo largamente utilizado, com os melhores resultados, e a suspensão do ato ou lei

estadual tem-se revelado suficiente para restabelecer a normalidade nos Estados, sem ser o Poder Central compelido ao recurso extremo da intervenção federal.

A Constituição de 1.946 contribuiu indiretamente, e de forma decisiva, para a ampliação das oportunidades de controle de constitucionalidade de lei, ao elevar novamente à categoria constitucional o mandado de segurança, admitindo-o contra ato de qualquer autoridade, sem distinguir a sua hierarquia (art. 141, § 24), abrangendo, assim, os atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores dos Estados etc.. Além disto, o aludido inciso suprimiu a exigência anterior de ser o ato atacado pelo mandado de segurança manifestamente ilegal ou inconstitucional, o que ampliou a área de ação do remédio constitucional (7). Munidos desse processo rápido e simplificado, os cidadãos têm aumentado grandemente o número de ações em que se alega a invalidade de atos, porque fundados em leis inconstitucionais. A jurisprudência e a doutrina nacionais admitem pacificamente essas demandas, salvo quando o objetivo da ação seja a própria lei, isto é, quando a inconstitucionalidade seja o objeto e não o fundamento da ação (8).

A arguição de inconstitucionalidade na forma acima exposta era específica para exame de legislação estadual ofensiva da Constituição Federal. Mas o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 16, de 26.11.65, ao modificar a alínea "k" do inciso I do artigo 101 da Constituição, deu maior amplitude ao instituto. Por essa nova redação, compete ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento de

"representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República".

Criou-se, assim, o exame da inconstitucionalidade, por via de ação, também de lei federal, o que, sem dú-

vida, nada tem a ver com o problema de intervenção federal, que é matéria do art. 8º, parágrafo único da Constituição.

O dispositivo da Emenda Constitucional trouxe profunda modificação no sistema constitucional brasileiro, ao instituir o exame da constitucionalidade de leis federais, assim como estaduais, por iniciativa do Procurador-Geral da República, sem distinguir entre leis de direito público e de direito privado, sem vincular o juízo constitucional a uma finalidade determinada, como fazia o art. 8º, parágrafo único da Constituição, que se destinava a preparar ou a evitar a intervenção federal nos Estados.

A Emenda Constitucional nº 16 foi mais além, em seu caminho, para ampliação do controle, ao prever a instituição, em lei, de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Municípios, contrários à Constituição dos Estados (artigo 19, que acrescentou um inciso, de nº XIII, ao artigo 124 da Constituição Federal). Essa legislação ordinária prevista na Emenda não foi, todavia, elaborada, e a inovação não chegou a ser posta em prática.

8. A Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor a 15 de março do mesmo ano, reproduziu todos os artigos da de 1.946, referentes ao controle, e parte das inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 16, havendo omitido, apenas, o dispositivo que permitia a criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. E, no caso de intervenção nos Estados, por inobservância de princípios contidos no art. 10, item VII, transferiu do Congresso para o Presidente da República o poder de suspender o ato ou lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Fe-

deral, quando essa suspensão fôr suficiente para restabelecer a normalidade no Estado.

Merece referência especial, a disposição contida no art. 114, item I, alínea "l", segundo a qual compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente

"a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual".

Esse dispositivo, que repete a inovação introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 26.11.65, criou, como já se disse a respeito desta, a possibilidade de ser intentada ação com a finalidade exclusiva de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não apenas dos Estados, mas também dos elaborados pelo Legislativo federal. Com o novo campo aberto ao exame das leis contrárias à Constituição, adiantou-se um grande passo no aperfeiçoamento do instituto e no aprimoramento dos meios destinados a manter a supremacia efetiva da Constituição Federal sobre o restante do ordenamento jurídico do país.

O sistema vigorante no regime das Constituições de 1.934 e 1.946, que só previam esse exame da lei em tese quando fôsse emanada dos Estados-membros e como preliminar do processo de intervenção federal, já abria salutar perspectivas para a ampliação dos meios de controle. Certos juristas propugnaram mesmo por uma interpretação extensiva, que permitisse o uso da arguição de inconstitucionalidade mesmo quando não estivesse em jogo o problema de intervenção federal. Agora, a questão ficou definitivamente resolvida, não só com relação a leis estaduais, mas também com relação a leis federais.

O dispositivo é também de grande relevância para o reforço dos poderes do Executivo Federal, pois frequentemente vetava estes projetos de lei que

entendia inconstitucionais, mas o Congresso rejeitava o veto e não tinha o Chefe do Governo meios legais simplificados de evitar a aplicação da lei que considerava inconstitucional. Sustentou mesmo a Presidência da República, como meio de evitar a aplicação dessas leis, a legalidade do procedimento do Executivo em negar aplicação a leis que considerasse contrárias à Constituição, ficando ao interessado o caminho de reclamar ao Judiciário contra a atitude daquele Poder. Nessa oportunidade, examinariam os juizes a constitucionalidade da lei que o Executivo se recusava a aplicar. A tese logrou aceitação, máxima porque não subtraía ao Judiciário a oportunidade de dar a última palavra a respeito da questão (9).

Até agora ainda não foi expedida nenhuma lei complementar regulando o citado art. 114, I, "l". Parece-nos, porém, que essa omissão não impede a execução do inciso, que é auto-aplicável. Acresce, ainda, que as normas da Lei 4.337, de 1º.6.1964 são perfeitamente aplicáveis, salvo quanto à parte relativa à intervenção federal. Ademais, o texto constitucional fixou desde logo 2 (dois) pontos importantíssimos, que são capitais para a aplicação do princípio: atribuiu a legitimação para agir apenas ao Procurador-Geral da República e a competência apenas ao Supremo Tribunal Federal. Eliminou-se, assim, um grave problema, que seria o de estabelecer quais as pessoas habilitadas a postular perante a Suprema Corte o exame da constitucionalidade. Conjugados aqueles dois princípios fundamentais com o que atribui ao Senado Federal (artigo 45, item IV) a competência para suspender lei considerada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ter-se-ão todos os elementos básicos. As normas da Lei 4.337 fornecem os pormenores processuais, que podem ser completados ou mesmo adotados pelo Regimento Interno. A Emenda Regimental aprovada em sessão de 16.3.1967 inclui, no art. 2º, item VII, a nova hipótese de declaração de inconsti-

Trib. Justiça S. Paulo — in Revista Forense — vol. 152, pág. 266.

14. Conforme Nota 9 acima.
15. Acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal — in Revista Forense — vol. 112, pág. 125; vol. 121, pág. 493; vol. 125, pág. 499; Revista de Direito Administrativo — vol. 65, pág. 67. Ac. Trib. Justiça São Paulo — in Revista Forense — vol. 123, pág. 176. C. A. LÚCIO BITTENCOURT — op. cit. — pág. 115. **Contra:** CASTRO NUNES — Teoria e Prática do Poder Judiciário — pág. 601 — Rio, 1.943.
16. Acórdão do Trib. Justiça do Dis-

trito Federal — in Revista Forense — vol. 97, pág. 647. Acórdão do Trib. Justiça de Pernambuco — in Rev. Forense — vol. 109, pág. 523. MARIO GUIMARÃES — op. cit. — pág. 259. **Contra:** C. A. LÚCIO BITTENCOURT — op. cit. — pág. 118.

17. Acórdão do Supremo Tribunal Federal — in Revista Forense — vol. 103, pág. 464. Acórdão do Trib. Justiça do Distrito Federal — in Rev. Forense — vol. 96 — pág. 641. MARIO GUIMARÃES — op. cit. — pág. 259. LÚCIO BITTENCOURT — op. cit. — pág. 113.
18. FRANCISCO SA FILHO — Relações entre os Podêres do Estado — pág. 309 — Rio, 1.959.

HONORÁRIOS DO ADVOGADO DO FALIDO

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA,
Catedrático de Direito Judiciário
Civil da Faculdade de Direito
de Pelotas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. —

É norma tradicional no direito brasileiro a que impõe ao comerciante (pessoa física ou jurídica) o dever de, faltando ao pagamento de alguma obrigação mercantil, requerer sua autofalência, “expondo as causas desta e o estado dos seus negócios”, como dispõe o art. 8º do vigente Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1.945. CARVALHO DE MENDONÇA frisava, com ênfase, a expressão legal: “deve requerer”, que já aparecia na Lei nº 2.024, subsistindo no Decreto nº 5.746 e na aquele diploma (1).

Não se trata de considerar a denúncia, participação ou confissão do devedor como simples “declaração da falência”, como mencionavam o Código Comercial, artigo 805, o Decreto nº 917, de 1.890, e a Lei nº 859, de 1.902. Desde a citada Lei nº 2.024, de 1.908, que “não há a declaração da falência pelo devedor; há, simplesmente, o **requerimento da falência**”, conforme, ainda, aquele tratadista. (2).

Nem é preciso que o falido promova a autofalência somente depois de faltar ao pagamento da obrigação, podendo fazê-lo antes mesmo da cessação, desde que o devedor sinta ser perigoso o seu estado econômico diante de certos fatos, como a **quebra** de um seu devedor por quantia avultada, a baixa repentina nos preços, etc.. Na observação de WALDEMAR FERREIRA, que sustentava aquela tese, “insensato seria o juiz que mandasse aguardar o vencimento das dívidas” (3).

2. Por conseguinte, ante o descalabro de sua atividade, o comerciante **deverá requerer sua autofalência**, ain-

da que não haja deixado cessar os pagamentos de suas obrigações. Quando isso acontece, então o motivo imperativo é muito mais forte, não havendo desculpa pela omissão, que impedirá até o pedido de concordata (art. 139, II, do Decreto-Lei nº 7.661).

Não é a apresentação de um simples demonstrativo, nem mera comunicação ao juiz, para que declare a autofalência: a iniciativa é mais complexa, pois importa em **requerer**.

A comunicação ao juiz, portanto, em regra, envolve várias e importantes questões, de ordem jurídica e contábil, que não se pode presumir que um leigo faça dentro dos padrões legais. Deverá ser confiada a um técnico, ou seja, a um advogado.

3. A representação em juízo é privativa dos advogados ou de pessoas assemelhadas, (solicitadores e provi-

(1) — “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, 3a. ed., vol. VII, pág. 281, nº 213, nota nº 1.

(2) — loc. cit.

(3) — “A Falência”, 1a. ed., pág. 92, nº 1.445. Da mesma forma: PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Privado”, vol. 28, pág. 101, § 3.303; TRAJANO MIRANDA VALVERDE, “Comentários à ‘Lei de Falências’”, vol. I, pág. 105, nº 71; SAMPAIO DE LACERDA, “Manual de Direito Falimentar”, 2a. edição, pág. 62, nº 23. **Contra**, sustentando a necessidade de esperar a cessação do pagamento — CARVALHO DE MENDONÇA, op. cit., pág. 282, nº 213.

sionados), mas estas últimas nos casos restritos permitidos por Lei. O "Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil" (Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1.963) estabelece no art. 67: "O exercício das funções de advogado, estagiário e provisionado somente é permitido aos inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, "na forma desta lei" (art. 56)".

O art. 75 do mesmo diploma indica os casos expressos em que a própria parte pode requerer em juízo sem outorga de mandato a advogado, isto é, por si mesma ou com poderes conferidos a procurador apto, que não seja profissional. E o art. 71, § 1º, faculta apenas a impetração do "habeas-corpus" pelo próprio paciente ou em favor deste por qualquer pessoa, mesmo estrangeiro. Fora disso, todos têm de estar em juízo por intermédio de profissional inscrito na Ordem dos Advogados. Não há outras exceções ou ressalvas. É um privilégio concedido à classe, em favor da segurança dos clientes e da própria justiça.

4. Em face da orientação legal, extremamente parcimoniosa nas exceções à regra geral da exigência do patrocínio das partes por profissionais inscritos na Ordem dos Advogados, a autofalência também exige aquela formalidade. O mesmo acontecerá nas falências não requeridas pelo devedor (art. 9º), se o falido tiver de postular, e não, apenas, manifestar-se sobre as habilitações de crédito. Na autofalência, porém, a atividade do falido se desdobrará em dois tempos: a) — no pedido de falência; b) — e no acompanhamento do feito, postulando no que fôr de seu interesse e, também, no da massa; intervindo nas ações em que a massa seja autora ou ré; etc..

5. No processo de falência, apenas quanto à habilitação de créditos, é que se permite não serem as declarações subscritas por advogado, de vez que, a rigor, não são dirigidas ao Juiz, mas, sim, apresentadas, em cartório,

ao escrivão (art. 82). Mas a exceção fica circunscrita ao ato em si mesmo, pela sua finalidade e natureza. Entretanto, se ocorrer qualquer incidente, como impugnação, recurso, etc., é indispensável a presença de advogado. Eis a lição de PONTES DE MIRANDA sobre o assunto: "Para a apresentação do crédito, o credor não precisa de advogado. O credor comparece e declara. Não precisa ter capacidade postulacional. Se há impugnação, a presença do advogado faz-se necessária, salvo se o credor entende, e tem razão, que não lhe é preciso contestar a impugnação não é lide sobre o crédito. Tanto assim que havendo a impugnação, a lei emprega, para a resposta do credor declarante, a expressão contestar (Decreto-lei nº 7.661, art. 90, verbis: "contestar a impugnação. Nos recursos, é sempre indispensável o advogado". (4).

No mesmo sentido, TRAJANO MIRANDA VALVERDE (5).

6. Não se pode equiparar a situação do credor que apenas declara seu crédito em mero documento, que nem petição é no sentido técnico, entregue em cartório, na qual nada se expõe ou argumenta do ponto de vista jurídico, com a do falido, em que requer a autofalência, ou com sua atividade no decorrer do processo, mesmo que a falência não haja sido por ele promovida. Sobretudo quando o falido requer a autofalência, como a lei lhe impõe, desde que a situação de seu negócio exija aquela atitude, antecipando-se à iniciativa dos credores, a atividade do falido é complexa e, dificilmente, dispensa o patrocínio de profissional.

7. Por mais simples que seja a declaração sobre seu estado, o falido não pode requerer, contudo, sua autofalência sem a assistência de profissional inscrito, porque, como vimos, a

(4) — op. cit., vol. 29, pág. 139, nº 6.
(5) — op. cit., vol. II, pág. 108, nº 554.

lei não inclui esse ato entre as exceções que dispensam a colaboração dos causídicos. TRAJANO VALVERDE, porém, admitindo que o pedido possa ser feito por procurador, sustenta, que o mesmo não precisa ser advogado. "Já que se trata de confissão de um fato — a falência" (6), no que é acompanhado por SAMPAIO LACERDA (7).

8. Entretanto, o pedido de autofalência não é uma simples confissão por parte do comerciante insolvente. Isso assim seria, se fosse realizada por via de escritura pública ou outro documento para ser utilizado por qualquer interessado. A autofalência é um verdadeiro pedido judicial, que tem de obedecer a requisitos e a condições legais. Tudo isso exige antídoto que, normalmente, os falidos não podem ter. Além disso, no decorrer da falência, há o exame das habilitações, nas quais podem surgir questões intrincadas de direito, sem que o falido tenha capacidade para pronunciar-se a favor do credor ou da massa, conforme as circunstâncias, exigindo conhecimentos técnicos e especializados, às vezes de alta monta.

9. Por conseguinte, ainda que, aparentemente, o requerimento aparecesse formulado apenas pelo devedor, que o subscreveria, é evidente que o mesmo foi elaborado por um profissional, que, na realidade, se ocultou, se admitida a tese de dispensa. Se a falência é requerida por credor, o ato que a ilide, mediante o depósito, não importa em nenhum ato postulatório ou judicial. O devedor apenas paga, como o executado em ação executiva pode liquidar a dívida junto ao oficial de justiça ou mediante entrega do numerário em cartório, assinando o respectivo termo; ou o inquilino que deseja purgar a mora, nas ações de despejo por falta de pagamento, solvendo a dívida e mais honorários e custas. É um ato simples, rotineiro, de mero pagamento, em que nada se alega nada se discute, nada se exige do Juiz para decidir. É simples ato de comunicação, sem qualquer postulação. Um errado, lacunoso ou irregu-

lar pedido de autofalência poderá gerar consequências drásticas para o devedor, levando-o, quicá, à responsabilidade penal, sujeitando-o aos crimes falimentares. Não se pode equiparar, portanto, o ato do pedido da autofalência com o que ilide a falência. São atitudes diferentes, com origens e com efeitos diversos.

10. A falência, quer promovida pelo próprio falido, quer requerida pelo credor (ou outro terceiro), é um típico processo judicial, ainda que haja divergência sobre sua natureza. A falência é instituto idêntico ou similar ao concurso de credores civil! Valha-nos o ensinamento do ALFREDO BUZAID, ao cotejar as duas espécies: "A falência e o concurso particular de credores são execuções". (Omissis). — "Ambos são juízes concursais: um tem por sujeito passivo o devedor civil; o outro, o comerciante. A falência é, portanto, concurso de credores, com a distinção que abrange todo o patrimônio do comerciante para o fim de proceder à liquidação em benefício de todos os credores. Historicamente, o concurso civil e a falência têm a mesma origem e dogmáticamente há entre eles inegável unidade" (8).

11. — Realmente, tanto o concurso de credores, regulado pelo Código de Processo Civil, referente, apenas, a dívidas civis como a falência, regulada por legislação especial, são demandas, nos precisos termos técnicos. São valiosas as passagens de PONTES DE MIRANDA conceituando a autofalência: "Trata-se de ação, de demanda, por parte do devedor, sujeito ativo da pretensão à tutela jurídica, da ação que resulta do exercício daquela e da ação de execução forçada, no plano de direito material (o Estado não exerce o poder de executar somente a

(6) — op. cit., vol. I, pág. 108, nº 74

(7) — op. cit., pág. 63, nº 24.

(8) — "Concurso de Credores", pág. 33, nº 10.

pedido dos credores, mas, sim, também, do devedor, dos sócios do devedor, do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros do devedor). Já vimos que não se pode pensar em simples comunicação, nem em mera denúncia, nem em confissão, nem em perícia (?). Nem, tão pouco, em exceção do devedor, o que seria dependente de ação do credor" (9).

Mais adiante, firmando sua opinião, o mesmo jurista sustenta: "O devedor exerce ação, porque a pretensão a liberar-se lhe dá a *provocatio ad agendum*, que é ação" (10). "A iniciativa do devedor, no tocante à abertura do concurso de credores, civil ou falencial, é imposta, de *lege ferenda* e de *lege lata*, pelo fato mesmo de seu dever de adimplir de acordo com a lei, de modo que não tema consequências jurídicas ou adimplementos que possam ser acoimados de criminosos ou em fraude de credores" (11).

Finalmente, focando o tema deste estudo, o mestre assevera: — "As pessoas jurídicas são representadas por seus órgãos ou, se em liquidação, pelo liquidante; MAS O PEDIDO TEM DE SER EM PETIÇÃO, COM OS REQUISITOS LEGAIS, INCLUSIVE EXIGIDA A CAPACIDADE POSTULACIONAL DE QUEM A ASSINA" (12), e afirma, a seguir, de modo categórico: "O pedido do devedor há de ser assinado por advogado (certo, PAULO DE LACERDA, "Da Falência no Direito Brasileiro", nº 44; sem razão, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, "Comentários à Lei das Falências", I, 95).

Concluindo seu pensamento, expõe: "Se o pedido foi por pessoa que não pode postular, processualmente, pedido não houve, mas simples comunicação de conhecimento, de jeito que o deferimento posterior não seria deferimento do pedido, que, *ex hypothesi*, não foi feito, e, sem abertura de ofício, do concurso de credores civil ou falencial. A dispensa do advogado corresponderia à concepção já superada do ato do devedor, determinador

da abertura ou concurso de credores" (13).

As observações, ainda que expostas no capítulo referente ao concurso de credores civil, sempre procuram mencionar, também, o concurso falencial pela identidade dos dois institutos, pelo menos quanto às origens e similitude de finalidades.

13. Ora, pelas lições acima, dada a natureza incontestável do concurso de credores, como "ação", "demanda", qual o juiz que permitiria ao devedor promover o processo por ato próprio, sem a intervenção de advogado? Se, portanto, o concurso de credores exige a capacidade postulacional, a falência — concurso de credores comercial — também exige a mesma formalidade. Um e outro caso não estão contidos nas exceções expressas e mínimas do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, para prescindir-se do patrocínio do profissional devidamente habilitado.

E capacidade postulacional é a capacidade de postular ou de pedir em juízo, atribuída a pessoa legalmente habilitada a postular, que tem o *jus postulandi*. A parte, assim, deve representar-se no processo por advogado, que é o mais legítimo titular do direito de exercer o *jus postulandi*.

14. A atividade do advogado do falido, requerendo a autofalência, foi um benefício para todos os credores, porque foi o modo de o devedor comum cumprir o dever imposto em lei. O credor tem a faculdade ou o direito de requerer a falência do devedor. Mas o devedor, nos casos do art. 8º, tem o dever de requerer sua própria falência. Não se trata, portanto, de um benefício apenas para o requere-

(9) — op. cit., vol. 28, pág. 95, § 3.301, nº 1

(10) — op. cit., bol. 27, pág. 299, § 3.268, nº 2

(11) — op. cit., vol. 27, pág. 300, idem

(12) — loc. cit., pág. 301

(13) — loc. cit., pág. 302

rente, mas de uma obrigação, de dever, em favor, sobretudo, de seus credores, para solver as dívidas.

15. No curso da falência, a intervenção do falido é necessária e imprescindível, não só em atos a serem praticados pessoalmente, sem caráter processual ou jurídico, mas de cunho administrativo, como, também, em várias situações que exigem conhecimentos técnicos e especializados, e que somente podem ser exercidos por profissionais habilitados na forma legal.

16. Apenas por artifícios se pode pensar que os autos do falido, ainda que realizados, na aparência, pessoalmente, sejam o resultado de trabalho dele. Como impugnar créditos, apreciando sua classificação legal; assistir em causas judiciais o síndico, inclusive em questões trabalhistas, que, agora, sempre avultam; examinar as questões jurídicas que surgem; etc., sem a representação profissional do advogado?

17. Onde há ato processual, todo o pessoal da falência necessita de representante com capacidade postulacional, isto é, o advogado. Os próprios credores, que se podem habilitar pessoalmente, necessitam do patrocínio profissional do advogado, se precisarem contestar a impugnação e, se fôr o caso, recorrer, na lição antes exposta de PONTES DE MIRANDA (nº 6 supra).

18. Se, portanto, é imprescindível, por força de lei (desde que não prevista a exceção) e pela própria realidade, a assistência profissional do advogado ao falido (sobretudo no pedido de autofalência), no interesse da própria massa, é evidente que os honorários do causídico devem correr por conta da massa. A atividade do advogado não se presume gratuita, pela natureza do mandato (art. 1.290, § único). É, portanto, normalmente, onerosa, devendo ser remunerada.

19. Entretanto, pela própria situação do falido, impossível admitir-se

que ele terá meios de remunerar seu advogado, pois, em caso afirmativo, isto criaria, até, suspeita em tórno de seu estado financeiro ou econômico. Desde que o falido não está em condições de remunerar seu advogado e desde que a atividade do profissional interessa à massa, é evidente que a essa cabe a responsabilidade pelo pagamento dos honorários respectivos.

20. Não se pode comparar a situação do falido com a do síndico, no sentido de que os honorários do advogado deste último não são pagos pela massa. (art. 61, § único da Lei de Falências) E por que isso acontece? Porque o síndico ganha remuneração, às vezes elevada, com a qual pode contratar o seu advogado, para os atos processuais que não dispensam aquele patrocínio. Mas o falido nada tem (ou não deve ter...), e, se recursos tivesse, isso, possivelmente, o comprometeria quanto à lisura de seu procedimento.

21. Tanto deve existir a remuneração do advogado do falido, que a Tabela dos Honorários da Seção do Estado do Rio Grande do Sul — diploma que serve de base para a fixação daquela obrigação entre o profissional e o cliente, e acolhido em todas as demais entidades regionais da Federação, segundo os usos locais — a prevê no item C, 16, b: "requerimento de falência e seu acompanhamento até a decretação: M = 2,0 (Mínimo 2 salários mínimos). O fato, portanto, de aquela Tabela (como deverá acontecer nas similares) prever os honorários a serem pagos pelo falido revela que a remuneração é devida aos profissionais, porque não há motivo plausível e lógico para que o trabalho seja gratuito, mormente pela natureza do mandato judicial (nº 18, supra). Se o falido não a pagar, pela própria situação financeira em que se encontra, quem deverá fazê-lo? A massa, principalmente porque usufrui vantagem com aquele patrocínio, necessitando, até, de seu concurso.

22. Por conseguinte, é fora de dú-

vida que os procuradores do falido devem ser remunerados pelos serviços prestados ao cliente no processo de falência, máxime quando a intervenção ocorreu desde o pedido da autofalência, poupando aos credores a iniciativa e, consequentemente, os ônus decorrentes.

23. Entretanto, é evidente que o falido, em hipótese alguma (salvo se, inexplicavelmente, ficar com recursos, efetuando, assim, pagamentos escusos...), terá meios de saldar os compromissos com seu advogado. Então, o trabalho do causídico do falido ficaria sem remuneração, apesar da grande responsabilidade; da sua atuação em favor da massa; da sua atividade intensa, como no caso de habilitações de crédito numerosas, algumas com complexas questões de direito e de fato, a serem examinadas cuidadosamente; nas ações contra a massa ou desta contra terceiros; etc. E tudo isso seria feito gratuitamente?

24. No art. 208, § 2º, a atual Lei de Falência se refere à circunstância de que "a massa não pagará **custas** a advogados dos credores e do falido", assim como não pagará os honorários do advogado do síndico (nº 20 supra). Mas não há qualquer referência aos honorários do falido.

25. Presentemente, está em desuso o pagamento de custas pelos atos que os advogados praticam, como era prescrito habitualmente em todas as unidades da Federação nos seus Decretos de Custas. Pelo menos no Estado do Rio Grande do Sul, de longa data isto desanareceu, sendo notável que ainda haja em outros Estados. As custas constavam daqueles diplomas fiscais e eram fixadas pelos atos praticados pelos profissionais, dando-se-lhes um valor preestabelecido, muito módico, aliás. Mas a Lei de Falências atual, que é de 1.945, refere-se ao fato, porque era o sistema imperante na época, inclusive no Rio Grande do Sul. A expressão "custas", porém, tem sentido menos amplo do que despesas processuais. Custas "a-

brangem as despesas previstas e taxadas pelo "Regimento de Custas", de cada organização judiciária. COMO CUSTAS, não se contam, entre outras, as despesas referentes a **honorários de advogados**, indenizações devidas a testemunhas" (14). Portanto, se a lei exclui apenas "custas" relativas também ao "falido" e não menciona "honorários", é porque tal remuneração pode e deve ser paga pela massa.

26. A referida proibição ao pagamento de custas vem de longa data: Decreto nº 917, de 1.890, arts. 25, § 1º; e 131; Lei nº 2.024, de 1.908, art. 187; Decreto nº 5.746, de 1.929, art. 190. Mesmo porém, na vigência daqueles diplomas — em cuja época o patrocínio do advogado, em qualquer causa, não era exigência legal, situação somente surgida pelo Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1.930, e pelo Decreto nº 22.478, de 1.930, com vigência a partir de 31 de março de 1.931 —, já se permitia o pagamento dos honorários do advogado do falido como credor quirografário, conforme decisão do antigo Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de 4 de janeiro de 1.918, reiteradamente repetida:

"O advogado do falido não é credor privilegiado e está sujeito aos efeitos da concordata como **quirografário**". (15)

No mesmo sentido, aliás, já decidira, anteriormente, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em pleno século passado, em três oportunidades: 28 de julho de 1.896; 13 de julho de 1.897 e 5 de fevereiro de 1.898:

(14) — MOACYR AMARAL DOS SANTOS, "Direito Processual Civil", 1ª. ed. vol. II, pág. 227, nº 486.

(15) — "Decisões", ano de 1.918, pág. 640; 2 "Da falência", de EDUARDO CARAVANTES, pág. 320.

"O advogado, que presta serviço ao falido, é quirografário; só tem preferência o que presta serviço à massa". (16)

27. Naquele tempo — antes da regulamentação profissional da classe dos advogados — era natural que houvessem dúvidas sobre a legitimidade do pagamento dos honorários de advogado do falido, porque a intervenção profissional era facultativa, sendo legalmente dispensável. Mesmo assim, o crédito era considerado "quirografário", isso é, reconhecia-se direito ao pagamento, desde que o advogado houvesse tido intervenção, apesar de facultativa. Com muito mais razão agora, o pagamento deve ser satisfeito pela massa, porque a intervenção é obrigatória e imprescindível. Senão como encargo da massa — solução mais justa, para não depender dos azares da liquidação, quando, normalmente, pouco ou nada resta aos quirografários, pela extensão dada aos privilegiados de toda ordem — ao menos como credor — quirografário.

28. Todos que contribuem com sua atividade em favor da massa percebem remuneração liquidada com recursos da própria massa: síndico; peritos; serventuários da justiça; jornais que publicam os editais; etc.. Por que excluir um elemento também indispensável ao funcionamento da massa, qual seja o advogado do falido, mormente quando atuou no pedido de autofalência, para o cumprimento do dever legal imposto ao comerciante? A restrição não tem fundamento jurídico nem ético.

29. Se o falido contratou honorários com seu patrono, o Juiz poderá não homologar o ajuste, podendo fixar outra remuneração ou mandar arbitrá-la, para maior salvaguarda dos interesses da massa, evitando abusos. Mas, de qualquer forma, a remuneração dos honorários deve ficar a cargo da massa, pelos benefícios que a atividade origina em favor de todos. A falta de remuneração — presumida se

ficar a cargo do falido — é que não tem sentido. Argumenta-se, ainda, que o falido pode tomar atitudes contra a massa, não sendo justo, então, que tal atividade seja remunerada pela massa. Nessa hipótese, o Juiz poderia reduzir os honorários, se o falido fôsse vencido em sua pretensão contra a massa, numa aplicabilidade do princípio e da norma que regula a sucumbência (Lei nº 4.632, de 1.965); se, porém, fôsse vencedor, não haveria justificativa para qualquer diminuição na verba. Seria um modo, naquele primeiro caso, de o vencido pagar os honorários ao vencedor, configurando-se no corte de remuneração devida pela massa.

A matéria não é, a rigor, focada pelos doutrinadores; e a jurisprudência limita-se, segundo parece, àqueles julgados antigos, mas que, para a espécie, têm grande significação, porque são de uma época em que imperava a liberdade profissional. Ou outros processos nunca foram levados aos Tribunais ou a questão foi suscitada e as massas pagaram sem qualquer objeção, sem haver controvérsia, que originasse o pronunciamento dos órgãos judiciais superiores.

30. Pelos termos da legislação falencial, desde os diplomas mais antigos, e da que regula a atividade profissional; assim como pelo sentido ético e social da questão, os honorários do advogado do falido (principalmente se requer a autofalência) pelos serviços durante o processo devem ser pagos pela massa, ou como **encargos** art. 124, § 1º, III) solução mais justa; ou como **crédito quirográfico** (art. 102, IV, e § 4º), solução de resultado aleatório e, portanto, podendo ser injusto. O Juiz, contudo, poderá homologar o contrato escrito entre o falido e o advogado ou, o que é mais razoável, mandar arbitrar o **quantum**, segundo

(16) — "Repertório de Jurisprudência" — LEI DE FALÊNCIAS, de JOSÉ L. V. FRANCESCHI-NI, vol. II, nº 1.160.

as regras legais, para coibir possíveis desmandos.

E a solução que mais se coaduna com os princípios jurídicos e com as

disposições legais que disciplinam o trabalho e sua necessária remuneração, como fonte normal de subsistência na vida social.

NOTA

Depois de escrito o presente estudo, foi dado à publicidade acórdão de 2a. Câmara Civil Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no agravo de petição nº 6.821, de 26 de junho de 1.969, cujo teor é o seguinte:

"Mantêm a decisão agravada por seus jurídicos fundamentos. Versava a hipótese sobre a autofalência e, como bem destacaram o douto Juiz "a quo" e os pareceres do dr. Curador e dr. Procurador da Justiça, a autofalência é confissão de fato, tornando desnecessário que o respectivo requerimento seja feito por advogado (J. C. Sampaio de Lacerda, Manual de Direito Falimentar, pág. 55, 5a. ed.), e proibindo a Lei que a Massa responda por honorários do procurador do Síndico (art. 61, parágrafo único) e este não pode con-

tratar honorários advocatícios sem prévia autorização judicial (art. 59), ao mesmo tempo em que a lei veda o pagamento pela Massa de Custas (art. 208, par. 2º), parece evidente que é inadmissível a pretensão dos agravantes.

"O advogado constituído pelo falido para defendê-lo não é pago pela massa, mas pelo próprio falido, sendo irrelevante que o Síndico não tenha discordado integralmente do pedido, pois, como bem fundamentou a decisão agravada, o Juiz não está adstrito às condições das partes, podendo ir além (Trajano de Miranda Valverde, Comentários à Lei de Falências, vol. II, nº 588, págs. 266 e 267; e Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial, vol. VIII, nº 778)".

O aresto acima, porém, ainda não foi inserto em nenhum periódico, nem mesmo na "Revista" do próprio Tribunal, por ser muito recente.

DA CITAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

OSWALDO AFFONSO BORGES
Professor de Direito Judiciário
Civil na Faculdade de Direito de
Uberlândia.

SUMÁRIO: 1. Confusão dos conceitos de citação, intimação e notificação. 2. Necessidade de distinguir a citação, da intimação da citação. 3. Distinção sem separação. 4. Citação como ato do Autor; intimação como ato do Juiz. 5. Citação como relação processual direta entre Autor e Réu. 6. Efeitos sobre a prescrição e a mora. 7. Efeitos da intimação da citação sobre a prevenção, litispendência e litigiosidade. 8. Nulidade da citação de pessoas desconhecidas e incertas. 9. Validade e efeitos da intimação a pessoas desconhecidas e incertas. 10. Conclusão.

É vulgar a distinção entre citação, intimação e notificação. JOÃO MENDES JUNIOR, "Dir. Jud. Bras.", 2a. ed., Tit. VI, cap. IV, pág. 409, ensinava que

"o chamamento a Juízo, feito pela primeira citação na pessoa do Réu, impõe-lhe a frequente presença a todos os atos e termos da ação; e nisto difere essencialmente a citação da notificação, que é a cientificação de um preceito para a prática ou não prática de um ato (por exemplo, para não continuar na turbação de uma posse, para se abster de um ato de turbação, para vir depor em Juízo, etc.), e da intimação, que consiste na cientificação de um ato já praticado (por exemplo, de um despacho, de uma sentença, de um protesto etc.)."

O certo é, porém, que

"tais distinções nem sempre são observadas na prática, nas leis e até mesmo pelos praxistas na exposição da doutrina" (CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, "Curso de Prática do Processo", vol. 1º, nº 60, pág. 207), fato, aliás, que JORGE AMERICANO, "Com. ao Cód. de Proc. do Brasil", art. 161, considera "de somenos importância".

2. — ALFREDO ARAÚJO LOPES DA COSTA, no Brasil, foi o primeiro a advertir na real importância da distinção, quando, escrevendo seu livro de estréia, "Da Citação no Processo Civil", editado em 1.927, livro que tantos subsídios trouxe aos profissionais, salientou sobretudo a diferença entre citação e intimação da citação. Mais tarde, volta a insistir nessa diferença ("Dir. Proc. Civ. Bras.", 2a. ed., vol. 1º, nº 234; "Manual Elem. de Dir. Proc. Civil", nº 203).

A distinção é nitidamente feita no direito alienígena, especialmente no italiano, que a consagra, tanto no antigo "Codice di Procedura" (Art. 135: "La citazione deve essere notificata alla persona del convenuto"), como no atual (Art. 163: "L'atto di citazione... è consegnato dalla parte... all'ufficiale giudiziario, il quale lo notifica...").

Há, portanto, dois atos distintos: o ato da citação — "l'atto di citazione", — e a "intimação da citação" — "la notificazione della citazione", — o primeiro particado pelo Autor, o segundo, pelo Oficial de Justiça, por incumbência da parte, ou por ordem do Juiz. Um é o chamamento a Juízo, o outro é o aviso que dêsse chamamento recebe o citando (A. A. LOPES DA COSTA, "Da Cit. no Proc. Civ.", pág. 70, cap. VI, nº 1). O aviso, ou intimação da citação, é ato complementar do chamamento, ou da citação.

3. — Entre nós, porém, observa LOPES DA COSTA no lugar citado, nunca se fez essa distinção. O próprio Código de Processo contribuiu para a confusão, quando colocou as intimações e notificações no título da citação. Teria sido mais lógico que, assim como tratou das precatórias no título referente aos atos processuais, aí colocasse também o modo e a forma das intimações e notificações, como comunicações que são de atos processuais, especificando o tempo, ou lugar e os requisitos dessa comunicação, e deixando somente a citação, com a especificação de seus efeitos e de quem deve ser citado, para o título em que está, em seguida ao da petição inicial, para observar a sequência cronológica, como o fez o Código de Processo Civil italiano.

Por isso, não faltam os que sustentam que a intimação da citação e a citação são um e mesmo ato, embora complexo e com participação de várias pessoas.

Mesmo que assim se considere, nada impede que, na análise dêsse ato,

façamos abstração dos demais elementos, para considerar somente um deles, como a natureza da participação do Autor e do Juiz na integração do ato. Portanto, nada impede que façamos a distinção, ainda que se não faça a separação, entre a citação e a intimação dela.

4. — Feita a distinção entre o chamamento — citação — e o aviso que ao réu se dá dêsse chamamento — intimação da citação, — é fácil compreender que a citação é ato do Autor, como elemento essencial da petição inicial (PAULA BATISTA, "Compêncio de Teoria e Prática do Proc. Civ.", 8a. ed., § 88: Petição inicial — É esta a primeira citação do autor... Citar, dizem os Dicionários, é mencionar o nome, e o nome do Réu é mencionado na inicial. Já a intimação da citação é, no nosso sistema, ato do Juiz, por intermédio do Oficial de Justiça, ou da Imprensa, ou por outros meios permitidos em lei.

Alguns juristas afirmam que a citação é ato do Juiz (JOSE FREDERICO MARQUES, "Instituições de Dir. Proc. Civil", 2º vol., nº 510, pág. 454; MOACYR AMARAL SANTOS, "Primeiras Linhas de Dir. Proc. Civ.", 2º vol., nº 385, pág. 115; JOSÉ DA SILVA PACHECO, "Curso Teórico-Prático do Proc. Civil", 2a. ed., vol. 2º, nº 407, pág. 151). É que encaram a "citação" no seu complexo de citação e intimação, chamamento a Juízo e aviso desse chamamento, em que sobressai o caráter do ato jurisdicional. Mas, se isolarmos somente o aspecto substancial do chamamento a Juízo, do aspecto formal do aviso, concluímos, com PEREIRA E SOUZA (TEIXEIRA DE FREITAS e PEREIRA E SOUZA, "Primeiras Linhas sobre o Processo Civil", § XCV, pág. 86), que "só pode fazer citar, quem pode ser Autor".

É ainda LOPES DA COSTA quem frisa este aspecto da citação: "A distinção tem grande importância para a forma da intimação, que, como veremos, é a comuni-

cação à parte de um ato processual da contraparte ou do juiz. "A citação inicial é ato processual do autor. É este quem chama o réu a juízo.

"Ouve-se na linguagem comum: "Vou chamá-lo a juízo".

"O art. 158 do Cód. de Proc. Civil, como um dos requisitos da petição inicial, exige:

"VI, o requerimento para a citação (rectius — intimação) do réu".

"É a in ius vocatio. É ato do autor.

"Pouco importa que o autor na inicial não diga que cita o réu, como se vê numa fórmula do processo alemão (Eu, F. cito etc., M. N. lade u. s. w.).

"Declara êle que quer propor contra o réu a demanda em que faz tal pedido e pede ao juiz mande intimar a contraparte a vir defender-se.

"Está evidentemente implícito o chamamento. O que pede ao juiz é mandar dar aviso ao réu (intimação)". LOPES DA COSTA, "Dir. Proc. Civ. Bras.", 2a. ed., vol. 2º, nº 236).

A intervenção do juiz não é essencial. JOÃO MENDES JUNIOR, obr. cit., pág. 412, observa que

"nos países que adotam o procedimento oral, oficiais, que correspondem aos nossos meirinhos, posto que com mais importantes responsabilidades, huissiers, em França, uscieri, na Italia, summoners, na Inglaterra, Gerichtsvollzieher, na Alemanha), procedem às citações, notificações e intimações, sem prévio despacho da autoridade judiciária, por simples incumbência das partes, salvo algumas notificações cominatórias, que as leis expressamente exce- tuam".

No direito romano antigo, o "in ius te voco", ou o "in ius ambula" era dito pelo próprio AUTOR ao Réu; pos-

teriormente o "viator" era encarregado de dar o aviso da citação, tal como o "saião" dos forais, ou o "usciere" italiano, e "huissier" francês, etc., independentemente de intervenção do juiz. No nosso direito mesmo, há casos de provocaciones ad agendum que não dependem de ordem do juiz, tais como os editais de proclamas de casamento (Código Civil, art. 181), os de loteamento de terrenos para venda com pagamento a prestações (Dec. lei nº 58, de 10.12.1937, art. 2º), os de instituição de bem de família (Código de Proc. Civ., art. 648), a intimação do protesto de título (Cód. Proc. Civ., art. 730), etc. São casos de autênticas intimações independentes de comando do juiz. Mas já tivemos, também, autênticas citações,

"sem licença do Julgador",

autorizadas pela Ordenação do L. 3, tit. I, § 1º, do Código Filipino.

Assim, se a petição inicial não con- tiver o pedido de intimação da citação que o Autor faz ao Réu, é ela inepta e o juiz não deve mandar, "ex officio", proceder à intimação, deven- do, pelo contrário, rejeitar "in limine" a inicial.

5. — Observa-se, desde logo, que, se o Autor pode, independentemente da autoridade do juiz, chamar o Réu a Juízo, êsse poder do Autor, a que corresponde da parte dêste o ônus de comparecer, é uma relação direta entre Autor e Réu, relação essa de direito público e caráter processual. Existe, pois, já no início da ação, entre as partes, uma relação processual direta.

Esta conclusão parece responder à objeção de PLANCK ("Lehrbuch des dentschen Civilprozessrechts", Bonn, 1896, I, págs. 200 a 206) e HELLWIG ("Lehrbuch des Civilprozessrechts", Berlim 1903, I, pág. 5 e 52; "Klagrech und Klagmoglichkeit", Leipzig, 1905, pág. 80) de que a relação processual "jamais se determina entre as partes mesmas" ("apud" LUIGI FERRARA, "Saggi di Diritto Processuale Civile", Napoli, 1914, "La Nozione dei Rapporti

Processual", págs. 22 a 27, ns. 10 e 11).

O Réu fica, pois, vinculado à relação processual desde o momento da **citação**, mesmo que esta não tenha ainda sido intimada e que a relação processual ainda não se tenha completado com essa **intimação**. Parece temerária, esta afirmativa; mas, veremos que não é.

6. — Sabe-se que é nulo o despacho de intimação da citação inicial dado por juiz incompetente (PIMENTA BUENO, "Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil 3a. ed., 1911, nº 15: "**nulla major nullitas invenire potes**"; nº 155, 2º). No entanto, a interrupção da prescrição e a constituição do devedor em mora se operam desde a citação ou seja desde a data do despacho. A **citação** é válida, embora nulo o despacho e nula a **intimação da citação**, e ineficaz para vincular as partes ao Juiz, deixando incompleta a relação processual, que, em seguida, se desfaz.

Dir-se-á que tais efeitos da citação são de direito material e podem até ter-se produzido anteriormente; não são efeitos necessários da citação, ou efeitos processuais. Somente o credor **pode** interromper a prescrição ou constituir o devedor em mora, por qualquer dos meios admitidos em lei. Nenhum dispositivo legal dá ao juiz, **esse poder**. Logo, tais efeitos não são processuais, isto é, a vinculação do Réu ao Autor é de direito material, não resultando de uma **direta relação processual** entre o Réu e o Autor.

A objeção, porém, esbarra no fato de que, qualquer que seja a natureza do vínculo, ele só foi obtido, "**ex hypothesi**", por via do processo e dentro do processo e não o teria sido sem o processo. Logo, só uma **relação processual**, embora linear entre o Autor e o Réu, pôde conseguir esse efeito, que é um efeito **processual** de direito material, como o é a sentença que decide a lide. E, tanto é processual, que ele se produz desde o momento de um ato eminentemente processual, embora nu-

lo, que é o despacho proferido por juiz incompetente.

Formulada esta hipótese, que é expressamente ressalvada em lei (Cód. Proc. Civ., art. 166 § 1º), de uma **citação** válida e **intimação** nula, bastaria ela para justificar a importância da distinção entre a **citação** (chamamento do Réu a Juízo) e a **intimação da citação** (aviso dêsse chamamento dado ao Réu).

7. — Os demais chamados "efeitos da citação válida" (prevenir a jurisdição, induzir litispendência e tornar a coisa litigiosa) devem ser considerados como efeitos de **ato do juiz** que manda fazer a **intimação da citação**.

A prevenção da jurisdição é **ato do juiz**. Não a parte, mas o juiz é que previne a sua jurisdição. Desde o momento em que o juiz defere a petição inicial, mandando fazer a intimação, a sua jurisdição fica preventiva. Logo este efeito se produz, não a partir da **intimação da citação**, mas a partir de qualquer ato do juiz que importe em exercício jurisdicional. Isto se torna claro, por exemplo no processo penal, onde a prevenção pode operar-se antes do oferecimento da denúncia, quando o juiz antecede aos outros "na prática de algum ato do processo" (Cód. de Processo Pen., art. 83), tal como o decreto de prisão preventiva. Logo, a prevenção da jurisdição não resulta da **citação** (chamamento do Réu a Juízo), mas, do ato jurisdicional.

A litispendência, porém, se opera a partir da **intimação da citação**, no momento em que se considera proposta a ação. Ela é a **existência da demanda** e quase se confunde com a instância, que é a "**existência fluens**" (PONTES DE MIRANDA, "Com. ao Cód. Proc. Civ.", 2a. ed., vol. III, art. 166, nota 10, pág. 64). Exige, portanto, uma **relação processual completa**, com a constituição das três titularidades: Autor, como titular da ação; Réu, como titular da defesa; e Juiz, como titular da jurisdição.

A litigiosidade da coisa é anterior à citação e consequentemente à ação. É pre-processual. Mas, quando se fala em "tornar a coisa litigiosa", procura-se situar a incontestabilidade desta litigiosidade. E essa situação é fixada na petição inicial. É a petição inicial que **fixa** o objeto e a natureza da ação (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Instituições de Dir. Proc. Civ.", III, nº 659, pág. 194). Ela é que diz se a coisa é ou não litigiosa. Mas, importando a litigiosidade, ou a situação de litigiosidade em **restrição da disponibilidade da coisa** por parte do Réu, o momento da incontestabilidade dessa situação é o da **intimação da citação**, quando, então, se presume que o Réu sabe dessa litigiosidade.

8. — Formulamos, agora, a hipótese válida, isto é, de uma **relação processual linear** entre o Réu e o Juiz, sem vinculação do Réu ao Autor. Verifiquemos quais os efeitos que pode produzir a **intimação** válida de uma **citação** nula. É evidente que os efeitos próprios da **citação** — **interrupção da prescrição** e **constituição do devedor em mora** — não se produzem, pois, sendo ela nula, não vincula o Réu ao Autor. Não há falar, também, em nenhuma hipótese, em **litispendência**, pois esta exige uma **relação processual completa**. Nem em litigiosidade, que resulta da litispendência e exige uma **relação processual entre o Autor e o Réu**, que só a válida **citação** (chamamento) pode produzir.

Mas, em certos casos, pelo menos, parece que a **prevenção** pode resultar da **intimação** válida de uma **citação** nula.

Ensina LOPES DA COSTA ("Direito Processual Civil", 2a. ed., nº 255, pág. 190) que a intimação inicial, que, no dizer de VELASCO, é o **principium et fundamentum iudicii**,

"tem por fundamento o princípio do recebimento e não o do conhecimento ou percepção.

"Produz plenamente seus efeitos desde que tenham sido observadas

todas as normas ordenadas na lei para que o ato a notificar chegue ao destinatário. Não é necessário provar que esse tenha tido notícia de seu conteúdo. Quando mesmo se provasse que tal notícia não tivesse (porque analfabeto; porque não soubesse a língua do país; porque houvesse perdido o escrito antes de o ler), isto não teria nenhuma consequência jurídica. Nem mesmo a lei exige que o ato tenha chegado às mãos do destinatário, o que bem pode acontecer com os substitutivos da intimação" (CHIOVENDA, "Principii", 856).

Mas, para que haja o **recebimento** da intimação é preciso que o destinatário da **citação** seja **individuado**. Essa individuação pode fazer-se, ou pela indicação do nome e prenome do citando, ou

"recorrendo-se a qualidades, que, contemporaneamente, não possam caber a outra pessoa (MARINI), requerendo-se, por exemplo, a **citação** da mulher individuada pelo nome do marido, a do agente executivo de tal município, a do presidente de tal sociedade, etc." (LOPES DA COSTA, "Da Citação no Processo Civil", págs. 75 a 76).

Se a falta de individuação "impede o conhecimento de quem seja exatamente a pessoa do citando",

ensina o mesmo LOPES DA COSTA, à pág. 70,

"a **citação** é evidentemente nula".

Outra não é a lição de Carlo LESSONA, "Manuale di Procedura Civile", 6a. ed., pág. 147, nº 129, que, com Ludovico MORTARA, CARNELUTTI considerava os dois mais eminentes processualistas pre-chiovendianos:

"A **citação** é nula, quando o juiz reputa que a inobservância das normas estabelecidas nos arts. 133 e 134 (excluída a assinatura

do oficial cuja falta importa em nulidade peremptória) induza **incerteza absoluta sobre as pessoas** ou sobre o objeto da demanda, ou sobre o termo para comparecer, ou sobre a autoridade judiciária perante a qual foi promovida a causa”.

Com efeito, diz LEO ROSENBERG, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, vol. 1º, § 40, I, pág. 220:

“Las partes deben siempre ser determinadas y designadas **individualmente**. No es posible un proceso a favor o en contra de un “desconocido” o de quien corresponda”; una demanda así entablada, debe ser rechazada por im-procedente”.

E conclui à pág. 444, considerando nula, ou melhor, ineficaz,

“uma sentença definitiva ante uma parte... que não pode ser determinada”.

Nos mesmos argumentos abunda EMANUELE CUZZERI, na 2a. ed., de seu “Il Codice Italiano di Procedura Civile”. Diz êle, no vol. 2º, pág. 16, nº 3:

“não pode haver juízo sem partes contendoras e a sentença deve indicá-las claramente. Por isso, é manifesto que elemento essencial da citação é a enunciação do nome do autor e do réu”.

E, à página 63, nº 6, falando especialmente da citação “**per publici proclami**”, ou citação por editais:

“... não creio que possa considerar-se válida a citação em que não sejam nomeados todos os réus”...

“Quem não é nomeado na citação não é réu e não pode considerarse parte no juízo”...

“Acresce que o escopo da citação por editais foi sempre considera-

do o de obviar a dificuldade, já não de conhecer os citandos, mas de **notificar** o ato a todos individualmente”... Finalmente, à pág. 199, nº 1, de vol. 4º, arremata:

“RICCI (Comm., II, nº 358) considera necessário que se mostre entre quais pessoas faz estado a sentença; a uma sentença de que não resulte, nem diretamente nem por meio de equipolentes, entre que pessoas é pronunciada, falta um elemento constitutivo de sua essência, e, por isso, é nula, segundo o disposto no art. 56. MATTIROLO (Tr., IV, nº 86) e GARGIULO (Comm., II, p. 670) ensinam que a sentença é nula se permanece absoluta incerteza sobre todas ou algumas das pessoas entre as quais foi proferida”.

9. — No entanto, o Código de Processo Civil permite a citação por edital “quando desconhecido ou incerto o citando”. É o que se chama de “procedimento-editoral”, ou “procedimento por éditos públicos”, de origem germânica, privativo da intimação de terceiros interessados incertos ou desconhecidos. Não se trata de verdadeira citação (chamamento a juízo para ver-se-lhe propor a ação), com poder vinculante do desconhecido à **relação jurídico-processual**, mas de meio legal de **publicidade**, publicidade esta bastante para **constituir de boa fé** o Autor e para fazer presumir a **ciência** do ato pelo público, e, portanto, pelos possíveis interessados desconhecidos ou incertos, provocando-os a agir. O edital não satisfaz o **princípio do recebimento** da citação, até porque não poderia **chamar a juízo** e vincular pessoas que nêle não podem residir (incapazes em geral) e que, portanto, não podem ser citadas, mas que podem ser capazes de direitos sobre o objeto da ação.

Esse procedimento-editoral (AUFGE-BOTVERFAHREN do direito alemão) e, em todas as hipóteses, um “provo-

catio ad agendum” (LOPES DA COSTA, “Dir. Proc. Civ. Bras.”, nº 296), de jurisdição voluntária, que dá origem a uma sentença de **preclusão** (Ausschlieszurteil) com relação ao terceiro incerto, (mesmo quando interessados certos hajam contestado), salvo se o terceiro incerto sai das brumas do anonimato e se individua em juízo, caso em que “actor fit”, apresentando a sua exceção e suprimindo a falta de citação pelo comparecimento espontâneo.

Trata-se, portanto, de **intimação** válida de **citação** nula, isto é, de intimação capaz de **prevenir a jurisdição**. É de criar a presunção de **ciência** dos interessados incertos, ciência esta bastante para que sejam considerados como se **fôssem partes** e, portanto, de fazer que tenham os mesmos prazos das partes para a prática de atos e interposição de recursos, e para tornar efetiva a cominação contida na “**provocatio**”. E, finalmente, de conduzir a uma sentença que faça **coisa julgada formal**, ou seja, a uma **sentença de preclusão** para com os interessados incertos, de natureza constitutiva “**erga omnes**”, com efeitos sentençiais “**adversus omnes**” JOÃO MONTEIRO, “Teoria do Proc. Civ.”, 5a. ed., § 236), mas, jamais a uma sentença com efeitos de **coisa julgada material**. E isto porque a citação, como chamamento vinculante ao Juízo, é nula, no sentido de que não tem força de vincular o réu desconhecido ao Autor; e a sentença, em nenhuma hipótese, poderá fazer “**res iudicata erga omnes**” (coisa, aliás, inadmissível no nosso sistema jurídico), não dando ao Autor a “**exceptio rei iudicati**” contra

quem não foi individuado, isto é, contra pessoas incertas ou absolutamente desconhecidas consideradas como se **fôssem partes**, mas não como partes.

10. — Por aí se vê que não é simples sutileza a distinção entre **citação** e **intimação da citação**, tão frisada por LOPES DA COSTA. Ela acentua a diferença entre **chamamento e ciência**; esta não importa naquele, mas tem efeitos próprios. O edital **publica**, faz **presumir a ciência** do público, constitui de **boa fé** o Autor e constitui a pretensão julgada em direito de outra natureza, como ocorre na ação de usucapião **sem título e sem boa fé**, cuja sentença, embora considerada predominantemente **declaratória**, constitui um **título de boa fé**, oponível “**erga omnes**” se levado à transcrição.

As questões aqui abordadas comportariam evidentemente explanação mais ampla e mais documentada, especialmente sobre as repercussões em todo o processo, como sobre o ônus da prova, sobre a natureza da sentença, sobre os recursos cabíveis, etc., incomportáveis, porém, no âmbito deste pequeno estudo, até porque, crendo que nos aventuramos muito, acabamos imbuídos daquela humildade intelectual de que nos dá exemplo EDUARDO COUTURE, no prefácio de sua “Introducción al Estudio del Proceso Civil”:

“Solo después de haberme pasado más de veinte años estudiando y pensando sobre lo mismo, creo haber comenzado a entender alguna cosa”.