

ISSN 1678-3778

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO PROCESSUAL (RDDP)

Repositório autorizado de jurisprudência dos seguintes tribunais:

- do Supremo Tribunal Federal (Despacho do Exmo. Sr. Presidente no Processo nº 318.189, publicado no DJU 1 de 8 de novembro de 2004, página 1; inscrição sob nº 035-04, em 9 de novembro de 2004, conforme Ofício nº 074-SDO/2004);

- do Superior Tribunal de Justiça (sob nº 54 - Portaria nº 1, de 30 de junho de 2003, do Exmo. Sr. Ministro Diretor da Revista do STJ, publicada no DJU 1 de 7 de julho de 2003, página 51);

- do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Portaria COJUD nº 3, de 30 de junho de 2003, do Exmo. Sr. Juiz Diretor da Revista do TRF da 1ª Região, publicada no DJU 2 de 3 de julho de 2003, página 2);

- do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Processo nº 97.02.16454-0, autuado em 30 de maio de 1997, julgado em 5 de junho de 1997; Ofício 920/2003-PRES e Protocolo 591/06/2003-ADM);

- do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Portaria EMAGIS nº 8, de 20 de junho de 2003, da Exma. Sra. Desembargadora Federal Diretora da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, publicada no DJU 2 de 27 de junho de 2003, página 489); e

- do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sob nº 7 (Despacho do Exmo. Sr. Juiz Diretor da Revista do TRF da 5ª Região, publicado no DJU 2 de 24 de julho de 2003, página 88).

Falta ou Nulidade de Citação, Vício da Sentença e Meios de Impugnação após o Trânsito em Julgado

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa
Advogado em São Paulo.

I. Introdução

O presente estudo tem por objeto a natureza do vício ou defeito de que padece a sentença em caso de falta ou nulidade de citação¹ do réu no processo de conhecimento e dos meios de sua impugnação após o trânsito em julgado, em especial o exame da sobrevivência da *querela nullitatis* (ação declaratória de nulidade ou de inexistência da sentença) no direito positivo brasileiro.



II. Entendimento Doutrinário a Respeito da Natureza do Vício da Sentença Proferida em Processo sem a Citação do Réu ou com Citação Nula

Escrevendo sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, defendeu Liebman que a falta de citação é causa de nulidade *ipso iure* do processo, que torna inexistente a sentença nele proferida², invocando, em apoio a suas conclusões, o Direito romano (*nulla sententia*) e as Ordenações Filipinas (“sentença que é per Direito nenhuma”):

“Primeiro e fundamental requisito para a existência de um processo sempre foi, é e sempre será a citação do réu, para que possa ser ouvido em suas defesas. *Audiatur et altera pars*. É com a citação que se instaura o processo.

Sem esse ato essencial não há verdadeiramente processo, nem pode valer a sentença que vai ser proferida. Um cidadão não pode ser posto em face de uma sentença que o condena, quando não teve oportunidade de se defender. Sempre foi assim e fazamos votos para que sempre assim seja.”³

No mesmo sentido manifestam-se, por exemplo, Egas Dirceu Moniz de Aragão⁴, Humberto Theodoro Júnior⁵, Nelson Nery Junior⁶, Roque Komatsu⁷ e Teresa Arruda Alvim Wambier⁸.

Para outros, todavia, a sentença não é inexistente e sim nula.

¹ Para os fins do presente estudo pode-se equiparar as duas situações, apesar de distintas, vez que idênticas as consequências à luz do direito positivo. “Citação não feita ou citação inválida acabam sendo a mesma coisa.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51)

² Na realidade, Liebman parece equiparar a nulidade à inexistência (“... falta de citação inicial ... torna radicalmente nulo, juridicamente inexistente o processo, igualmente nula e inexistente a sentença proferida”), utilizando a expressão nula no sentido que ela tinha no Direito romano (*i.e.*, inexistente).

³ Cf. “Nulidade da Sentença Proferida sem Citação do Réu”. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. pp. 181-186.

⁴ Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. II. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 259.

⁵ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 20ª ed. São Paulo: Leud, 2000. p. 407.

⁶ Cf. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004. p. 516.

⁷ Cf. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991. p. 163.

⁸ Cf. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006. p. 152; *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003. p. 28; *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998. p. 276.

Segundo Pontes de Miranda⁹,

“se o réu foi revel, a sentença mesma é nula, e não inexistente; relação jurídica processual existiu, e cai a angularidade com eficácia mandamental negativa da sentença nos embargos do devedor, ou com a *actio nullitatis*, aplicada à desconstituição da sentença nula proferida em processo *nullo*, nulidade da extensão que a *actio* ataca como pedido básico”.

O entendimento é compartilhado, entre outros, por Adroaldo Furtado Fabrício¹⁰, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹¹, Celso Neves¹², José Roberto dos Santos Bedaque¹³ e Paulo Henrique dos Santos Lucon¹⁴.

Em posição isolada, ao menos pelo que pudemos constatar, encontra-se José Maria Tesheiner, segundo o qual a sentença seria ineficaz¹⁵.

III. Meios de Impugnação da Sentença Viciada após o Trânsito em Julgado segundo a Doutrina e a Jurisprudência

Para aqueles que entendem que a sentença é inexistente, a falta ou nulidade da citação pode ser alegada a qualquer tempo e em qualquer processo, como matéria de defesa ou em ação declaratória de inexistência da sentença, bem como, é claro, no novo incidente de impugnação à execução (artigo 475-L do CPC) ou em embargos à execução (artigo 741, I, do CPC), ficando afastado o cabimento da ação rescisória, pois não há decisão a ser rescindida.

A resultado semelhante chegam os que consideram nula *ipso iure* a sentença, sob o argumento de que a nulidade é insanável, podendo ser alegada após o trânsito em julgado em ação declaratória de nulidade (identificada com a *querela nullitatis*). Alguns, no entanto, também admitem o cabimento da ação rescisória. O réu revel, assim, poderia valer-se, em tese, de três meios de impugnação: ação rescisória, impugnação ou embargos à execução e ação declaratória de nulidade da sentença.

Não é outro o entendimento dominante nos Tribunais Superiores.

Com efeito, a partir da promulgação do atual Código de Processo Civil¹⁶ passou o STF a entender que a falta ou vício de citação torna a sentença nula e que tal

⁹ Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XI, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 81-82.

¹⁰ Cf. “Réu Revel não Citado, *Querela Nullitatis* e Ação Rescisória”. *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 254.

¹¹ Cf. “Execução de Título Judicial e Defeito ou Ineficácia da Sentença”. *Revista de Processo* nº 80, São Paulo: RT, ano 20, out./dez. 1995, p. 71.

¹² Cf. NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 265.

¹³ Cf. *Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização*. Tese apresentada ao concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, pp. 447 e 458.

¹⁴ Cf. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 164.

¹⁵ Cf. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 23-24.

¹⁶ Ao tempo do CPC/39 decidiu o STF, precisamente em caso relativo a vício de citação, que o único meio de impugnar uma sentença transitada em julgado (admitia-se, pois, a formação da coisa julgada apesar do vício) era a ação rescisória, não sobrevivendo no direito então vigente a querela de nulidade. No voto proferido no Recurso Extraordinário nº 62.128-SP, afirmou o Ministro Oswaldo Trigueiro, citando pareceres firmados por Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, que a *querela nullitatis* convertera-se em “obsoletismo processual”, pois “foi substituída, nas legislações modernas, por outras formas de impugnação”, tal como a ação rescisória. Aduziu S. Exa., ainda, que “a coisa julgada, entre nós, goza de proteção constitucional, de modo que os seus efeitos somente podem ser ilididos nos casos e pela forma que a lei expressamente estabelecer” e que “não é curial admitir-se a persistência de remédio processual do qual não mais se lembraram os legisladores contemporâneos”.

nulidade pode ser reconhecida em ação declaratória, independentemente do prazo para a ação rescisória, eis que o ato judicial não passa em julgado¹⁷.

Sob a ordem constitucional vigente, também prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a sentença proferida em processo sem citação ou com citação nula pode ser impugnada, a qualquer tempo, através de ação declaratória¹⁸.

IV. Da Ausência ou Nulidade da Citação como Causa de Nulidade (e não Inexistência) do Processo e da Sentença

O exame da doutrina e da jurisprudência nacionais demonstra ser amplamente majoritário, quase unânime, o entendimento de que a falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento pode ser alegada a qualquer tempo, através de ação declaratória.

A unanimidade, no entanto, é mais aparente do que real, eis que não há uniformidade a respeito dos argumentos com base nos quais se chega a tal resultado. Como visto, para alguns a sentença é inexistente; para outros, nula. Segundo alguns, o vício impede a formação da coisa julgada; de acordo com outros, por sua gravidade, ele sobrevive ao trânsito em julgado.

Aliás, a circunstância de, com base em argumentos tão diferentes (e por vezes contraditórios), chegar-se a uma mesma conclusão, leva-nos a questionar se, em certa medida, a tese da sobrevivência da *querela nullitatis* não é produto de uma espécie de “engenharia reversa” (parte-se da “necessidade” de que o vício, reputado gravíssimo, possa ser argüido a qualquer tempo, não se submetendo a um prazo decadencial como o da ação rescisória, e não dos argumentos que conduziram a tal conclusão).

Por tal razão, impõe-se reexaminar a natureza do defeito de que padeceria a sentença (inexistência ou nulidade) para, em seguida, verificar quais seriam as consequências (quaisquer que sejam elas) quanto aos meios de sua impugnação após o trânsito em julgado.

Não há como confundir inexistência com nulidade¹⁹. “Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade.”²⁰ Ou seja, o ato jurídico inexistente é um não-ato, que existe apenas como fato e portanto não pode produzir qualquer efeito jurídico. No primeiro caso o exame do ato começa e termina no plano da existência; no segundo, passa-se ao plano da validade, para verificar a sua regularidade (conformidade com o modelo previamente estabelecido).

No caso da sentença, a inexistência pode decorrer de defeitos da própria sentença (causas intrínsecas) ou do processo em que ela foi proferida (causas extrínsecas).

¹⁷ Cf. STF - Tribunal Pleno - RE nº 97.589-SC - Rel. Min. Moreira Alves - j. 17.11.82 - v.u.; STF - 2ª Turma - RE nº 96.374-GO - Rel. Min. Moreira Alves - j. 30.08.83 - v.u.

¹⁸ Cf., entre outros: STJ - 4ª Turma - REsp nº 200-GO - Rel. Min. Bueno de Souza - j. 28.11.89 - v.u.; STJ - 3ª Turma - REsp nº 7.556-RO - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - j. 13.08.91 - v.u.; STJ - 1ª Turma - REsp nº 138.725-SP - Rel. Min. Garcia Vieira - j. 07.11.97 - v.u.

¹⁹ Como ser verá a seguir, é irrelevante, para os fins do presente trabalho, estabelecer alguma diferença entre os vocábulos invalidade, nulidade (absoluta ou relativa) e anulabilidade.

²⁰ Cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. 4. Campinas: Bookseller, 2000. p. 39.

As causas intrínsecas de inexistência da sentença podem se referir ao autor (a sentença deve ser proferida por um juiz - a autoria é determinada, em regra, pela assinatura - no exercício da função jurisdicional), ao objeto (deve conter um julgamento) ou à forma (a sentença deve ter forma escrita e ser publicada).

As causas extrínsecas são aquelas que acarretam a inexistência do processo e, com ele, de todos os atos processuais nele praticados, inclusive a sentença.

Como a falta ou nulidade de citação é anterior à sentença, a sua inexistência somente pode decorrer da inexistência do próprio processo.

Ocorre, contudo, que a citação não é pressuposto de existência do processo.

Com efeito, antes mesmo da citação já existe processo, o qual, inclusive, pode ser extinto, com ou sem julgamento de mérito, em caso de indeferimento da petição inicial:

“Citação não é requisito de existência da relação processual, tanto que, indeferida a inicial mediante sentença, o autor poderá recorrer e o procedimento passará a desenvolver-se em segundo grau, sem participação do sujeito passivo, que sequer é intimado para acompanhar o recurso, como ocorria antes (CPC, art. 296 e parágrafo único). Estamos diante de processo sem citação.”²¹

Para contornar tal dificuldade, costuma-se alegar que antes da citação o processo existe, mas não “para o réu”. Enquanto não aperfeiçoada a citação, a relação processual seria linear (entre o autor e o juiz) e não angular ou triangular (entre autor, juiz e réu).

O argumento, no entanto, não nos convence²², por duas razões.

Em primeiro lugar, porque não é admissível, logicamente, que o processo exista parcialmente, isto é, exista para algumas pessoas e não para outras. Se mesmo os terceiros, isto é, aqueles que não são partes no processo e não precisam ser citados, podem ser atingidos pelos efeitos da sentença²³, não há como negar a sua existência (e eventualmente eficácia) “em relação” ao réu não citado.

Em segundo lugar, porque equivale, no fundo, a alegar que o réu só se torna parte no processo após a citação (ou, em outras palavras, que antes da citação há processo sem réu), o que a nosso ver não se conforma com o direito positivo brasileiro.

De fato, a citação é apenas o ato processual pelo qual se comunica a existência da ação ao réu (ou interessado) para que ele, caso queira, possa se defender (artigo 213 do CPC). O réu, antes mesmo de ser citado, já é parte no processo, pelo simples fato de ter sido apontado como tal pelo autor²⁴.

²¹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização*. Tese apresentada ao concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. pp. 459-460.

²² Reformulamos, assim, o entendimento manifestado em trabalho anterior (“Inconstitucionalidade da Citação por Edital na Ação Popular (artigo 7º, § 2º, II, da Lei nº 4.717/65)”. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 33, São Paulo: Dialética, dez. 2005. p. 13).

²³ Conforme demonstrou Liebman, em lição (*Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984) acolhida pela doutrina nacional. Tanto é assim que “admitem-se a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a ação rescisória do terceiro” (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: RT, 2005. p. 160).

²⁴ Não é outra a lição de Calamandrei: “A qualidade de parte se adquire, com abstração de toda referência ao direito substancial, pelo só fato, de natureza exclusivamente processual, da proposição de uma demanda perante o juiz: a pessoa que propõe a demanda, e a pessoa contra quem se a propõe, adquirem sem mais, por este só fato, a qualidade de partes no processo.” (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1999. p. 229)

Se havia alguma dúvida a esse respeito, ela foi eliminada pelo novo artigo 285-A do Código de Processo Civil (introduzido pela Lei nº 11.277/2006), que autoriza seja dispensada a citação e proferida sentença de mérito julgando improcedente o pedido “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”. Ora, parece inequívoco que o objetivo do legislador foi permitir que o réu, em determinadas circunstâncias, pudesse ser beneficiado com o julgamento de mérito, sem a necessidade (ou incômodo) de ter de ser citado e apresentar defesa²⁵. Ora, se o processo não existe, para o réu, até que ele seja citado, de que adiantaria o preceito em questão? O réu não seria parte no processo e, portanto, não se sujeitaria, nem poderia invocar em seu benefício, a coisa julgada²⁶ (artigo 472 do CPC), o que permiti-

Se é através da demanda que se atribui a qualidade de parte, pode-se definir parte como “o sujeito que propõe ação em seu próprio nome, ou o sujeito contra o qual a ação é proposta” (SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. p. 132). Definição semelhante, de Chiovenda, é criticada por Dinamarco, sob o argumento de que ela não explica a aquisição da qualidade de parte no curso do processo, após a propositura da demanda (v.g., o assistente). Para Dinamarco não se confundem os conceitos de parte na demanda e parte no processo, distinção com base na qual o mestre procura demonstrar como o processo pode existir sem que o réu seja parte nele (o réu é parte na demanda e não no processo) (*Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 269-271; *Litisconsórcio*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. pp. 22-23). Embora a crítica de Dinamarco seja precedente, indagamos se não é ir longe demais desvincular o conceito de parte na demanda do de parte no processo (o fato de alguém poder ser parte no processo sem ser parte na demanda não significa que o contrário também possa ou necessariamente deva ocorrer). A afirmação de que o réu, enquanto não citado, é apenas parte na demanda, a nosso ver, não pode ser aceita. Embora o enfrentamento do problema ultrapasse os limites do presente trabalho (e a capacidade do autor), arriscamo-nos a tentar fornecer uma solução (que não simplesmente abandonar a idéia de processo como relação processual...). A relação jurídica entre o juiz e o réu existe desde a propositura da demanda e é com base nela que se determina a citação, ato processual ao qual o réu se encontra sujeito. Como observou Calamandrei, o demandado é precisamente a parte “que sem sua vontade se encontra envolvida na relação processual e constrangida a sofrer seus efeitos” (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. 2. Campinas: Bookseller, 1999. p. 234). A sujeição do réu ao Estado-juiz antes mesmo da citação, que explica a inevitabilidade do ato processual, demonstra a nosso ver a existência de relação processual. Além do poder de fazer com que o réu seja citado, lembra o próprio Dinamarco a possibilidade de decisões do juiz afetarem o réu antes mesmo da sua citação (antecipações de tutela e medidas cautelares concedidas *inaudita altera parte*) (*Litisconsórcio*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 27). Ora, como é possível entender tais decisões, a não ser que o réu já seja parte no processo? Permitir, por exemplo, o seqüestro de bens de alguém que não é parte no processo não é uma ofensa ainda maior ao contraditório do que considerá-lo parte antes mesmo da sua citação? Passando do processo de conhecimento para o de execução, o entendimento ora combatido poderia até mesmo colocar em dúvida a legitimidade da realização de atos de constrição patrimonial (penhora, arresto) antes da citação, como já havíamos ressaltado (“Do Caráter Objetivo da Fraude à Execução e suas Consequências”. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 25, São Paulo: Dialética, abr. 2005. pp. 45-46).

²⁵ Há quem sustente, o que para nós é surpreendente, que o preceito seria inconstitucional, por ofensa ao princípio do contraditório. Sem razão, contudo. O contraditório existe para evitar que alguém seja prejudicado por uma decisão judicial sem que tenha tido a oportunidade de influir no resultado do julgamento, risco que, automaticamente, deixa de existir quando o resultado é favorável ao réu. O contraditório é um meio e não um fim em si mesmo (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização*. Tese apresentada ao concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. pp. 472-474).

²⁶ Nem se alegue, como faz Eduardo Talamini, que o réu se beneficiaria apenas da eficácia da sentença, o que ocorre, por exemplo, no caso do “sócio que aproveita da sentença anulatória de deliberação societária proferida no processo que teve como autor outro sócio” (TALAMINI, Eduardo. *Cosa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 341). Ora, que eficácia é essa, se o julgamento é de improcedência? O exemplo fornecido não vale, eis que no caso da improcedência o que há é precisamente a negativa da produção dos efeitos pretendidos pelo autor (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: RT, 2005. p. 159). A única maneira pela qual o réu pode se beneficiar da sentença é podendo argüir a coisa julgada, o que, como visto, pressupõe que ele tenha sido parte no processo.

ria ao autor propor a mesma ação novamente, tornando inútil a inovação legislativa²⁷.

Mas não é só. Há outros argumentos que demonstram que a citação não é requisito de existência da sentença.

Se a falta ou nulidade de citação acarretasse a inexistência da sentença, a inexistência haveria de ocorrer independentemente do resultado do julgamento, isto é, também em caso de julgamento de improcedência do pedido, algo de que não costuma cogitar a maior parte da doutrina. É bem verdade que, em tal hipótese, o réu não teria interesse em argüir o vício, mas o mesmo não se pode dizer a respeito do autor. Contudo, a presença ou falta de interesse em alegar o vício nada diz a respeito da inexistência de um ato jurídico, qualquer que seja ele²⁸. Deveras, ainda que ambas as partes desejassem preservar a sentença, ela continuaria a ser um nada, da mesma forma que é inexistente um casamento celebrado por quem não tem poderes, ainda que os supostos “cônjuges” desejem o contrário.

Outrossim, não haveria razão para que a argüição do defeito após o trânsito em julgado dependesse, igualmente, de o processo ter corrido à revelia, como expressamente exige a lei (artigos 475-L, I, e 741, I, do CPC) e reconhece a doutrina, sob o argumento de que, comparecendo o réu, ou se alega a existência do vício, ficando ele sanado, ou não se alega, hipótese em que tal possibilidade é atingida pela preclusão e a existência do defeito não pode ser invocada no processo de execução²⁹.

Ora, se se tratasse de inexistência, novamente seria irrelevante a ocorrência ou não de prejuízo para o réu (= revelia) e tampouco se poderia cogitar de preclusão, caso não alegada, eis que, como cediço, nem a vontade das partes³⁰ nem o tempo têm o condão de transformar o inexistente em existente.

Se a sentença fosse inexistente, o próprio juiz que a proferiu poderia reconhecer o vício, sem a necessidade da interposição de recurso, o que, no entanto, encontra óbice no artigo 463 do CPC³¹.

Tampouco se poderia cogitar da necessidade³² de declaração do vício, o que pressupõe a eficácia e, conseqüentemente, a existência da sentença³³.

²⁷ O artigo 285-A do CPC guarda semelhança com o indeferimento da petição inicial com base na prescrição ou decadência (artigo 295, IV, do CPC) (WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006. p. 65).

²⁸ Não é correto, pois, falar que “não há nulidade sem prejuízo”. A nulidade existe, mas não pode ser alegada pela parte ou declarada de ofício.

²⁹ Cf. BELTRAME, José Alonso. *Dos Embargos do Devedor*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 160.

³⁰ Se demandante e demandado resolvessem “cumprir” uma sentença inexistente a causa de eventuais direitos e obrigações não seria o pretense ato judicial, mas a vontade das partes.

³¹ “Despejo. Argüição de Nulidade da Citação. Decretado o despejo, labora em equívoco a locatária que, ao invés de apelar da sentença, comparece a Juízo tão-só para argüir a nulidade de sua citação. Aplicação do art. 463 do CPC. Recurso especial não conhecido.” (STJ - 4ª Turma - REsp nº 19.208-GO - Rel. Min. Barros Monteiro - j. 24.03.92 - v.u.)

³² Ainda que se admita que, diante da incerteza a respeito da existência ou inexistência da sentença, pode haver interesse em obter tal declaração. “Uma coisa é a *utilidade* do pronunciamento, outra coisa é a sua necessidade.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicadas às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 101)

³³ “A maior demonstração de que a sentença neste caso existe e é eficaz, está na possibilidade de ser executada e embargada à luz do art. 741, I, CPC.” (SOUZA, Gelson Amaro de. “Efeitos da Sentença que acolhe Embargos à Execução de Sentença por Falta ou Nulidade de Citação”. *Revista de Processo* nº 93, São Paulo: RT, ano 24, jan./mar. 1999. p. 288)

Por tais razões, entendemos que a falta ou nulidade da citação é causa de nulidade, e não-inexistência, do processo e da sentença, como, aliás, expressamente dispõe o artigo 214 do CPC: “Para a *validade* do processo é indispensável a citação inicial do réu.” (grifos nossos)

V. Reflexos sobre os Meios de Impugnação da Sentença Viciada após o Trânsito em Julgado

A sentença, como visto acima, é nula, razão pela qual, em nossa opinião, com o trânsito em julgado, a nulidade converte-se em causa de rescindibilidade³⁴, somente podendo ser argüida, ressalvadas as hipóteses dos artigos 475-L e 741, I, do CPC (a respeito das quais se discorrerá abaixo), em ação rescisória.

Alguns podem alegar, não obstante, que a nulidade seria insanável (frequentemente é utilizada a expressão nulidade *pleno iure*) e que, portanto, sobreviveria ao trânsito em julgado ou até mesmo o impediria, podendo ser invocada a qualquer tempo, tal como ocorreria com uma sentença inexistente.

Sem razão, porém.

Por maior que seja o defeito que torna uma sentença nula, ele não tem como obstar o fato jurídico do trânsito em julgado³⁵ e, conseqüentemente, a formação da coisa julgada formal, uma vez esgotados os recursos previstos em lei para impugnar o ato judicial, o que, automática e inexoravelmente, cedo ou tarde, ocorrerá³⁶. Caso a sentença tenha apreciado o mérito da causa haverá também, automática e necessariamente, a formação da coisa julgada material.

Por outro lado, é irrelevante procurar distinguir, após o trânsito em julgado, nulidades insanáveis de nulidades sanáveis³⁷, eis que tanto umas como outras con-

³⁴ “Não há que se confundir nulidade com rescindibilidade. Dos incisos I a IX do artigo 485, nem todos se referem a decisão nula ou decisão proferida em processo nulo. No caso do inciso VII, aliás, a decisão não só não é nula como, em sentido amplo, não é portadora de nenhum vício, consoante bem observou José Maria Tesheiner (*Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 22). “Seria melhor dizer, portanto, que a nulidade, nas hipóteses legais, transforma-se (e não ‘sobrevive’) com o trânsito em julgado em rescindibilidade.” (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “Em Defesa da Coisa Julgada”. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 29, São Paulo: Dialética, ago. 2005. p. 27) Expliquemo-nos melhor. Quando se fala que as sentenças dividem-se em inexistentes, nulas e rescindíveis, faz-se referência a qualidades distintas da sentença (ou da não-sentença) em momentos distintos do tempo (algo como afirmar que os seres humanos dividem-se em mulheres, arquitetos e idosos). A sentença pode existir ou não. As existentes, do ponto de vista da sua regularidade (= inexistência de *error in procedendo*), antes do trânsito em julgado, podem ser válidas ou inválidas (categoria que incluiria as absoluta ou relativamente nulas e as anuláveis, para os que admitem tal distinção). As existentes, após o trânsito em julgado, dividem-se em rescindíveis e não rescindíveis. Uma sentença, dependendo da fase da sua “vida”, poderá ser nula ou rescindível.

³⁵ “Não há nulidade capaz de comprometer a relação processual de maneira irreversível, impedindo definitivamente a formação da coisa julgada, mesmo aquelas que afetam o processo na sua origem - como a falta de citação, por exemplo.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização*. Tese apresentada ao concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. pp. 432-433)

³⁶ “Toda resolución será *inimpugnable* desde el primer momento o lo será más adelante.” (ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. t. II. Buenos Aires: Ejea, 1955. p. 441) Logo, “todas as sentenças, em certo momento, fazem coisa julgada formal” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 238).

³⁷ “A imperiosa necessidade de que os litígios findem algum dia, sobrepondo-se a outros interesses e valores, também supera a distinção acadêmica entre nulidade e anulabilidade: uma e outras convertem-se, indiferentemente, em rescindibilidade, e ainda assim nos limites estreitos ditados pelas razões de política legislativa.” (FABRÍCIO, Adroaldo

tinuam a existir³⁸ (juntamente com eventuais *errores in iudicando*) se os atos viciados não foram corrigidos ou repetidos antes da extinção do processo.

A coisa julgada, ao contrário do que freqüentemente se afirma, não tem efeito sanatório³⁹, pois não é essa a sua função. Como bem ressaltou Chiovenda⁴⁰, a coisa julgada funciona como uma “*semplice preclusione dell’impugnazione di nullità*” (simples preclusão da possibilidade de impugnação de nulidades). A *res judicata* apenas impede a apreciação dos defeitos do ato jurisdicional⁴¹, fenômeno que, aliás, pode ocorrer, em menor extensão, antes mesmo do trânsito em julgado⁴². A coisa julgada não resolve o problema da (in)validade da sentença, torna-o irrelevante, faz com que perca a importância⁴³.

Uma nulidade que impedisse o trânsito em julgado ou por ela não fosse afetada, permitindo a impugnação da sentença a qualquer tempo, não seria outra coisa que inexistência, com outro nome, defeito do qual a sentença não padece, o que impede a ela seja aplicado o mesmo regime jurídico⁴⁴.

Destarte, não podemos admitir a existência de uma ação declaratória de nulidade de sentença, em substituição ou em adição à ação rescisória.

À semelhança do que se afirmou, no Direito alemão, a propósito do instituto da revisão, o direito de impugnar a sentença transitada em julgado através da ação rescisória cria, simultaneamente, a obrigação de que a impugnação seja feita mediante a ação rescisória:

“La ley no puede decir al mismo tiempo: el vicio debe ser hecho valer en una forma y dentro de un término establecidos, pero puede también ser hecho valer en la forma y en el término que más convengan.”⁴⁵

A evolução do Direito Processual ocorreu no sentido contrário (a invocação do Direito romano e das Ordenações do Reino bem demonstra tratar-se de uma visão arcaica). No confronto entre a idéia romana de inexistência da sentença e a idéia

Furtado. “Réu Revel não Citado, *Querela Nullitatis* e Ação Rescisória”. *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 257-258) As nulidades comportam consideração apenas endoprocessual, como demonstrou Dinamarco, o que nem sempre é levado em consideração pelos que estudam o tema: “As nulidades são vicissitudes da vida do processo e perdem todo significado e razão de ser quando ele se extingue, tornando-se irrecurável a sentença dada.” (*Litisconsórcio*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 262)

³⁸ Cf. KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991. p. 272.

³⁹ Incensurável, assim, a conclusão a que chegou Teresa Arruda Alvim Wambier: “a coisa julgada *nada sana*” (*Nulidades do Processo e da Sentença*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998. p. 356).

⁴⁰ Cf. “Sulla Cosa Giudicata”. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. v. II. Milano: Giuffrè, 1993. p. 404.

⁴¹ Segundo Liebman, “a coisa julgada opera através de processo muito semelhante ao bem conhecido da *abstração*, no sentido de liberar e tornar autônomos os efeitos da sentença, que ela torna imutáveis, dos pressupostos de validade e de eficácia da própria sentença” (*Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 133).

⁴² Lembra Dinamarco a impossibilidade de reconhecimento da nulidade pelo STJ e pelo STF, em sede de recurso especial e extraordinário, sem que haja pedido da parte ou sem que esteja presente o requisito do prequestionamento, ou pelo próprio juiz que a prolatou (*Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 593-594).

⁴³ Cf. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. t. I e II. Buenos Aires: Ejea, 1955. p. 440.

⁴⁴ “Certamente, o legislador é livre no incluir, ou não, no conjunto da inexistência, ou no *conjunto* da existência (mundo jurídico), o nulo. Porém terá de o tratar, sempre, como inexistente, se naquele conjunto o incluiu, ou como existente, se o incluiu nesse. Não pode classificar o nulo como não sendo e tratá-lo como ser; nem classificá-lo como ser e tratá-lo como não sendo. São exigências elementares de lógica, a que não se pode furtar qualquer jurista digno do seu ofício.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. 4. Campinas: Bookseller, 2000. pp. 46-47)

⁴⁵ Cf. CALAMANDREI, Piero. “Vícios de la Sentencia y Medios de Gravamen”. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. p. 423.

germânica da sua validade formal⁴⁶, foi a última que, com o tempo, prevaleceu⁴⁷, com reflexo sobre os meios de impugnação:

“O conceito romano de nulidade (inexistência jurídica) do julgado foi, pois, substituído pelo conceito de anulabilidade, entendida como possibilidade de frustrar toda eficácia jurídica à sentença, viciada de certos defeitos: injustiça e nulidade produziram a impugnabilidade.”⁴⁸

“A tendência do Direito moderno é no sentido de reduzir a duas classes os meios de ataque à decisão judicial: a dos que objetivam impedir seu trânsito em julgado (*recursos*) e a outra dos remédios que se voltam contra a própria coisa julgada já constituída (*rescisão*), em regra estabelecidos critérios mais estreitos de admissibilidade e fundamentação vinculada para esta última.”⁴⁹

Realmente, se a *querela nullitatis* deu origem à ação rescisória⁵⁰, como cogitar da sua “sobrevivência” no direito atual⁵¹? Os institutos jurídicos, tal como as espécies, sofrem alterações ao longo do tempo, fruto da necessidade de adaptação, deixando de ser o que eram originalmente. Quando tal fenômeno ocorre, a resistência em aceitar a mudança implica atribuir aos conceitos doutrinários valor absoluto, fazendo-os prevalecer sobre o direito positivo, quando o que deve ocorrer é precisamente o contrário:

“Afim, as *regulae*, ou seja, os conceitos jurídicos, nada mais são do que hipóteses de trabalho, cuja exatidão deve ser constantemente verificada à luz do direito positivo, o único que ministra os dados, isto é, os materiais para a construção do sistema do direito.”⁵²

Demais disso, a eficácia preclusiva da coisa julgada, que exclui a alegação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença⁵³, somente pode ser afastada com expressa autorização legal, que não existe no caso da ação declaratória de nulidade.

⁴⁶ Cf. CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. v. I. t. I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. pp. 124-126.

⁴⁷ A própria *querela nullitatis*, como lembra Calamandrei (*La Casación Civil*. v. I. t. I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945. pp. 216-219), é baseada no princípio germânico da validade formal da sentença. “A instabilidade advinda do aumento significativo de casos em que a sentença poderia ser revista levou as cidades italianas a prever em seus estatutos mecanismos e limites para o ataque à sentença.” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005. p. 218) Assim, no direito estatutário, uma vez decorrido o prazo para interpor a *querela nullitatis*, todos os vícios da sentença deveriam ser considerados sanados (KOMATSU, Roque. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991. p. 60).

⁴⁸ Cf. KOMATSU, Roque, *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991. p. 61.

⁴⁹ Cf. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu Revel não Citado, *Querela Nullitatis* e Ação Rescisória”. *Ensaios de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 245-246.

⁵⁰ Segundo Moacyr Lobo da Costa, a *querela nullitatis* sobreviveu no Direito português, adotando, no meio do século XIX, o nome de “ação de nulidade e rescisão de sentença”. A partir de então, passou a ser conhecida na doutrina portuguesa como ação rescisória, denominação adotada no Brasil pelo Regulamento 737, de 1850 (*A Revogação da Sentença*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 258).

⁵¹ “A *actio nullitatis* em si mesma, a nosso ver, não é harmônica com o sistema processual brasileiro vigente, visto que as nulidades das sentenças de mérito são atacáveis através de ação rescisória. O único vício de sentença que escapa do âmbito deste remédio é a inexistência.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1998. p. 368)

⁵² Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. xi.

⁵³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 323.

Só nos casos expressamente previstos em lei se deve permitir o ataque à sentença transitada em julgado:

“O C.P.C. só admite a reabertura da controvérsia, definitivamente resolvida por sentença transitada em julgado, nos casos excepcionais que individualiza, singulariza e especifica, os quais, por sua própria índole, não comportam nenhuma ampliação.”⁵⁴

Ainda assim, certamente haverá quem alegue, como fazem ilustres processualistas, mesmo reconhecendo a procedência no todo ou em parte dos argumentos já apresentados, que em razão da gravidade do vício de que se cogita não se pode estabelecer um prazo decadencial para a sua argüição⁵⁵, o que ocorreria caso o único meio de impugnação após o trânsito em julgado fosse (como é) a ação rescisória.

E por que não?

A falta ou nulidade de citação, não se nega, é vício gravíssimo. Não é, porém, o único vício grave de que pode padecer a sentença e talvez não seja o mais grave.

Imagine-se, por exemplo, uma sentença absolutamente desprovida de motivação. O ato judicial, em tal hipótese, viola, de forma flagrante, a Constituição Federal e o CPC, pois não permite às partes (e a quem quer que seja) saber se e em que medidas seus argumentos e as provas eventualmente produzidas foram considerados pelo juiz⁵⁶. O ato judicial torna-se apenas um ato de vontade, de puro arbítrio, do julgador.

Ou, ainda, a sentença proferida por juiz corrupto. Ora, no caso da falta ou vício de citação, ainda é possível, apesar da revelia, um julgamento de mérito favorável ao réu, eis que o juiz, sendo imparcial, pode vislumbrar alguma razão de direito que obste o acolhimento do pedido⁵⁷. No caso do juiz corrupto, porém, de nada adianta

⁵⁴ Cf. BUZAID, Alfredo. “Da Ação Rescisória Fundada em Documento Novo”. *Ajuris* nº 24, Porto Alegre, mar. 1982, p. 39.

⁵⁵ Na realidade, o “problema” não parece ser a existência de um prazo, mas o fato de tal prazo ser considerado “curto”.

⁵⁶ “De nada valeria o direito à prova, de nada valeria o direito ao contraditório, se o juiz não tivesse a obrigação de apreciar com cuidado as alegações e as provas produzidas.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “O Sistema de Nulidades Processuais e a Constituição”. *O Processo em Evolução*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 41)

⁵⁷ Por outro lado, não se pode ignorar que, independentemente da falta ou vício de citação, talvez fosse inevitável a derrota do réu revel. A sentença viciada não é, assim, necessariamente injusta, eis que o resultado pode não ser contrário ao direito material. Imagine-se, por exemplo, um caso de ação de cobrança em que o devedor, pura e simplesmente, não tenha efetuado o pagamento da dívida na data aprazada. O resultado final, com ou sem a citação do réu, tende a ser o mesmo. Por tal razão, defendemos, *de lege ferenda*, que, nas hipóteses em que seja permitido argüir o vício, se imponha àquele que foi revel o ônus de alegar e demonstrar que, se tivesse sido validamente citado, outro teria sido (ou poderia ter sido) o resultado do julgamento. Deveras, não nos parece aceitável desperdiçar o tempo e o dinheiro gastos em um processo se o resultado não trouxe um prejuízo efetivo (considerado o direito material) ao réu, conclusão a que chegamos a partir da leitura da mais recente obra do Professor José Roberto dos Santos Bedaque (*Efetividade do Processo e Técnica Processual: Tentativa de Compatibilização*. Tese apresentada ao concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005). Realmente, “se o processo atingiu o resultado justo, a repetição dos atos já praticados será inútil, se a conclusão for idêntica e lamentável, se diversa” (TESHEINER, José Maria. *Pressupostos Processuais e Nulidades no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 170). A idéia também aparece, nos seguintes termos, na obra de Carnelutti: “Si una decisión obtenida de determinado modo es nula, ello sucede porque se estima que no es justa; pero si, a pesar de ello, es posible demostrar su justicia, entonces la duda acerca de su validez pierde todo valor. Esta es la vía lógica a través de la cual la cuestión de la validez de la decisión queda absorbida por la cuestión de su justicia; de ahí que si existen los presupuestos para reputarla justa, no haya razón para no considerar subsanada cualquier nulidad suya.” (*Sistema de Derecho Procesal Civil*, v. I. Buenos Aires: Uteha, 1944, p. 327) É bem verdade que a lei, em muitos casos, estabelece uma presunção de injustiça ou de prejuízo em decorrência do descumprimento de determinada formalidade, mas não há razão para que, no lugar de se presumir, se exija a demonstração da injustiça ou prejuízo.

o réu ter sido citado, ter apresentado defesa e ter produzido provas. Por mais que tenha alegado e provado, torna-se inevitável a derrota.

Ora, em ambas as hipóteses a sentença, apesar de padecer de vício gravíssimo, é considerada (pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência) “apenas” rescindível⁵⁸, de modo que, passados dois anos do seu trânsito em julgado, se torna impugnável, não havendo, s.m.j., quem defenda o contrário. Por que, então, a disparidade de tratamento doutrinário? Não são a citação válida e a imparcialidade do juiz ambos necessários para a validade do processo? Por que a indignação seletiva? A gravidade do vício, por si só, não fornece uma solução satisfatória, a não ser que se proponha, contra o que dispõe a lei, a “relativização” da coisa julgada *em todas* as hipóteses acima.

VI. A Nulidade da Sentença e a Arguição da Falta ou Nulidade de Citação no Processo de Execução (artigos 475-L, I, e 741, I, do CPC)

Demonstrado que a sentença proferida em processo sem citação ou com citação nula padece do vício de nulidade e que o meio previsto pelo direito positivo para impugná-la, após o trânsito em julgado, é a ação rescisória, resta examinar a compatibilidade de nossa posição com os artigos 475-L, I, e 741, I, do CPC, que autorizam a arguição do vício a qualquer tempo e que, no entender da doutrina e da jurisprudência, representa um resqúicio da *querela nullitatis* no Direito brasileiro.

A possibilidade de alegar a falta ou nulidade de citação como matéria de defesa na execução não se encontra em contradição com o entendimento de que a nulidade, após o trânsito em julgado, converte-se em causa de rescindibilidade da sentença, a qual somente pode ser desconstituída através de ação rescisória.

Isto porque a função do incidente defensivo ou dos embargos à execução de sentença não é desconstituir a sentença, o que deve ser pleiteado através da ação rescisória e o juiz de primeiro grau não teria competência para fazer⁵⁹, e sim desconstituir (a mera declaração não é suficiente⁶⁰) a sua eficácia executiva⁶¹ (e com ela a fase ou processo de execução)⁶².

É a posição de Alfredo Buzaid⁶³, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁶⁴, Eduardo

⁵⁸ “Nula *pleno jure* seria, à luz de todos os critérios consagrados, a sentença proferida por juiz peitado, e isso não impede que ela abra o elenco das rescindíveis, no art. 485, I, do CPC.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Réu Revel não Citado, *Querela Nullitatis* e Ação Rescisória”. *Ensaios de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 262)

⁵⁹ Cf. CASTRO, Amílcar de. *Do Processo de Execução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 299.

⁶⁰ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 161.

⁶¹ A sentença não é ineficaz, pois em direito processual “os defeitos do ato não o impedem de produzir efeitos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 588). Aliás, se assim não fosse, como se poderia falar em eficácia abstrata do título executivo?

⁶² Também se pode falar que os embargos desconstituem o título executivo. Realmente, privada a sentença condenatória de sua eficácia executiva, título executivo deixará de haver, embora a sentença continue a existir e a produzir, eventualmente, outros efeitos (v.g., declaratórios, constitutivos).

⁶³ “Os embargos constituem uma ação do devedor contra a eficácia do título executivo representado pela sentença condenatória.” (*A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 256)

⁶⁴ “A sentença será executivamente eficaz, tanto que imprescindível o aforamento dos embargos do art. 741, I, do CPC para, justamente, cortar-se essa eficácia.” (“Execução de Título Judicial e Defeito ou Ineficácia da Sentença”. *Revista de Processo* nº 80, São Paulo: RT, ano 20, out./dez. 1995. p. 65)

Talamini⁶⁵, Enrico Tullio Liebman⁶⁶, Moacyr Amaral Santos⁶⁷, Paulo Henrique dos Santos Lucon⁶⁸ e Roque Komatsu⁶⁹.

O exame da natureza da decisão que acolhe o incidente defensivo ou julga procedentes os embargos à execução, entretanto, não esgota o tema.

O que fazer, por exemplo, se o vício não for oportunamente alegado (*i.e.*, dentro do prazo para apresentação de impugnação ou embargos) no processo de execução? Poderia o executado pleitear, através de ação autônoma, resultado idêntico ao que seria obtido através do incidente defensivo ou dos embargos? Tendemos a afirmar que não, por duas razões.

Em primeiro lugar, deve-se lembrar que, no regime anterior ao novo “cumprimento de sentença” (que subsiste apenas em caso de execução contra a Fazenda Pública), o réu era citado (novamente) para pagar ou nomear bens à penhora. Ora, se o réu foi citado e, depois de ter bens penhorados, ainda assim não se vale da impugnação ou dos embargos, a falta da citação deve ser tida por suprida ou o vício deve ser tido por sanado⁷⁰. Em segundo lugar, argumento que se aplica a todos os tipos de sentenças, porque, como já ressaltado, a possibilidade de modificação dos efeitos de uma sentença transitada em julgado já é excepcional⁷¹, não podendo ser admitida sem previsão legal específica (a previsão do artigo 4º, I, do CPC não é suficiente).

De qualquer forma, ainda que fosse cabível (= possibilidade jurídica) uma tal ação autônoma para desconstituir a eficácia da sentença, não haveria, muitas vezes, interesse em ajuizá-la, diante do exaurimento dos seus efeitos⁷².

⁶⁵ O autor ressalta que a diferença entre os efeitos da ação rescisória e dos embargos à execução: “Poder-se-ia supor que o decurso do prazo do art. 495 apenas extinguiria a possibilidade de emprego de uma das vias de rescisão, mas não o direito à invalidação do julgado, eventualmente ainda possível de ser alcançado por outras vias. Em resposta, é possível dizer que, além de excepcionais, tais outros mecanismos conferem à parte um regime de invalidação sem as mesmas características daquele vigente para a ação rescisória (p. ex., limitado à eficácia condenatória, no art. 741, par. ún.; ou à proteção da liberdade, no caso do *habeas corpus*).” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005. pp. 191-192)

⁶⁶ “A oposição não se dirige, nem se pode dirigir contra a sentença como tal, mas somente contra sua força de título executório.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 185)

⁶⁷ “De conseguinte, os embargos têm o caráter de *ação* pela qual o devedor formula uma pretensão consistente na anulação da execução ou no desfazimento ou restrição da eficácia do título executivo.” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 3º v. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 400)

⁶⁸ “A sentença proferida nos embargos retirará a eficácia executiva de que era dotada aquela sentença condenatória.” (*Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 167)

⁶⁹ Cf. *Da Invalidade no Processo Civil*. São Paulo: RT, 1991. p. 161.

⁷⁰ Cf. SANSEVERINO, Milton e KOMATSU, Roque. *A Citação no Direito Processual Civil*. São Paulo, RT, 1977. p. 155.

⁷¹ A possibilidade de alegação da falta ou vício de citação no processo de execução não representa a sobrevivência, no direito atual, da *querela nullitatis*, que como visto deu origem à ação rescisória. Trata-se de um *plus* em relação à ação rescisória, pois permite, no caso das sentenças condenatórias, a impugnação, não da sentença, mas dos seus efeitos, a qualquer tempo, caso o autor tente executá-la. Ora, se a ação rescisória já é um remédio excepcional (YAR-SHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 271), pode-se afirmar que o incidente defensivo ou os embargos, na hipótese considerada, é “ainda mais” excepcional.

⁷² O entendimento é mencionado (embora não adotado) no voto proferido pelo Ministro Bueno de Souza no REsp nº 200-GO: “tudo, na verdade, se resume na inadmissibilidade de ação declaratória, como entendem as instâncias locais, ou por causa da coisa julgada (seria mister a rescisória), ou em virtude do exaurimento dos efeitos do julgado que se quer declarado nulo, por já canceladas as transcrições: daí a falta de interesse processual” (STJ - 4ª Turma - REsp nº 200-GO - Rel. Min. Bueno de Souza - j. 28.11.89 - v.u.).

Em se tratando de sentença condenatória, uma vez penhorados e alienados os bens do executado (réu revel no processo de conhecimento) e obtida a satisfação do crédito, a eficácia da sentença (ou, mais especificamente, sua eficácia executiva) já se exauriu, não podendo mais ser suspensa ou suprimida⁷³.

No caso das sentenças declaratórias e constitutivas é ainda mais difícil que se possa obter algum resultado, vez que, como salientava Liebman⁷⁴, tais sentenças “preenchem sua função e esgotam a tutela jurídica, pedida pelo autor, com o simples fato de terem sido proferidas”.

A restituição das coisas ao estado anterior, nas hipóteses acima, fica inviabilizada, tanto no próprio processo de execução, por força da preclusão, como em outro processo (= ação autônoma), eis que dependeria da prévia desconstituição da sentença, o que, como visto, encontra óbice no instituto da coisa julgada.

Demonstrado, então, que não é cabível a ação autônoma, usualmente identificada com a *querela nullitatis*, ficaria o réu não citado ou citado nulamente, privado de qualquer remédio, uma vez esgotado o prazo da ação rescisória (ou para apresentação de defesa na execução)? Sim e não. Não terá remédio específico para desconstituir a sentença ou seus efeitos, eis que os previstos pelo ordenamento jurídico não foram utilizados tempestivamente. Mas poderá, não obstante, obter da parte contrária ou do Estado reparação pelos danos que lhe foram causados em razão da revelia, com base no Direito Civil (responsabilidade extracontratual⁷⁵), solução que não afronta a coisa julgada⁷⁶ (não se contraria a declaração da existência do direito de crédito) e nos parece a única possível, ainda que, muitas vezes, seja uma forma imperfeita de reparação (nem sempre o prejuízo pode ser reduzido a pecúnia) e seja problemática a quantificação do dano (pois não há como se afirmar se o réu, caso pudesse ter se defendido, lograria obter um julgamento favorável).

VII. Conclusões

- A sentença proferida em processo no qual o réu não tenha sido citado ou tenha sido nula a citação é nula e não inexistente, eis que o vício não afeta a existência da própria sentença e do processo.
- A nulidade não impede o trânsito em julgado da sentença e, conseqüentemente, a formação da coisa julgada formal e material.

⁷³ “Terminada la ejecución, desaparece el interés [em propor a *demanda de oposición a la ejecución*], y en tal caso sólo queda al deudor la posibilidad de ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa o la de daños.” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labor, 1936. p. 618) No mesmo sentido manifesta-se Humberto Theodoro Júnior: “É claro, assim, que finda a execução não se tolere mais falar em embargos à execução, mesmo porque já, então, nem sequer existirá o que embargar.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 647)

⁷⁴ Cf. “Execução e Ação Executiva”. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 31.

⁷⁵ Esse também é o entendimento de Enrico Redenti, citado por Humberto Theodoro Júnior: “A falta de uma oposição (embargos) proposta em tempo útil não pode valer neste caso como uma espécie de aquiescência tácita à execução, que exclua qualquer possibilidade de remédio. Parece, portanto, que se deva conceder à vítima uma ação na forma e nos moldes ordinários, para obter a reparação que seja ainda possível, de par com o ressarcimento dos danos, salvo ou resguardado o direito adquirido pelos terceiros.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 646) A ação é de indenização, não de enriquecimento sem causa ou repetição de indébito, pois a coisa julgada impede o reconhecimento de que não houve causa para o deslocamento patrimonial ou que o pagamento foi indevido.

⁷⁶ Cf. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. t. I e II. Buenos Aires: Ejea, 1955. p. 516.

- Após o trânsito em julgado a nulidade resultante da falta ou nulidade de citação transforma-se em causa de rescindibilidade, podendo a sentença de mérito ser desconstituída através de ação rescisória (artigo 485, V, do CPC).
- Esgotado o prazo (dois anos) para a propositura da ação rescisória, não há como atacar a sentença.
- A possibilidade de argüir a nulidade da citação no processo de execução da sentença (em incidente defensivo ou embargos à execução) não é exemplo da sobrevivência da *querela nullitatis*.
- Ao reconhecer a nulidade da citação, nas hipóteses dos artigos 475-L e 741, I, do CPC, o juiz não desconstitui a sentença, apenas desconstitui a sua eficácia executiva.
- Ultrapassado o prazo para apresentação da impugnação ou dos embargos, não há como obter a desconstituição da eficácia da sentença através de ação autônoma.
- Ainda que, em tese, fosse possível cogitar-se da propositura de ação autônoma, na maioria das vezes não subsistiria legítimo interesse processual em atacar a eficácia da sentença, pois, uma vez produzidos os efeitos, não há mais o que se suspender ou afastar.
- Esgotado o prazo da rescisória e não existindo outro remédio para atacar a sentença (ou seus efeitos), resta ao réu, apenas, dentro do prazo prescricional previsto em lei, pleitear a condenação do autor ou do Estado a indenizar os prejuízos que lhe tenham sido causados em decorrência da falta ou nulidade de citação.