

de execução⁵⁴¹. A sentença que extingue o processo de execução poderá ter conteúdo decisório diverso, amplo ou restrito, de acordo com a sua intensidade.

No caso de reconhecimento de carência de ação fora dos embargos à execução, ou seja, nos autos do processo de execução, o pronunciamento judicial terá conteúdo decisório amplo.

Nos casos em que o juiz da execução cumpre apenas decisão proferida em outro processo, o conteúdo decisório será restrito. Isso ocorre, por exemplo, quando os embargos à execução são julgados procedentes, é reformada ou rescindida a sentença que constitui o título hábil para a execução, ou é revista a sentença penal condenatória.

67. Embargos do executado e condições da ação executiva

A matéria relativa às condições da ação jamais preclui (CPC, art. 267, § 3º), devendo ser desde logo reconhecida pelo juiz e sem até mesmo provocação das partes. Entretanto, não sendo manifesta a ausência de uma delas, o juiz deve receber a petição inicial do processo de execução, para depois de necessária atividade instrutória, a se realizar em sede de embargos do executado, sobre ela se pronunciar.

No processo de embargos do executado, com maior possibilidade de desenvolver ampla cognição, essa carência de ação no processo executivo poderá ser também decretada, extinguindo-o se for o caso. É claro que tal situação acarretará a procedência dos embargos com julgamento do mérito, que por sua vez provocará a extinção do processo de execução por ausência de uma das condições da ação.

Com isso, o processo de execução não terá atingido a sua finalidade, pois o Estado-juiz está impossibilitado de conceder o provimento satisfativo relativo a determinada situação concreta.

68. Irregularidade de citação no processo de conhecimento (CPC, art. 741, I)

Na hipótese prevista no art. 741, I, do Código de Processo Civil, a execução iniciou-se regularmente, porquanto presente o título executi-

541. Cf. José Raimundo Gomes da Cruz, *Observações sobre o processo de execução*, in *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*, p. 247 e s.

vo judicial e presentes, *prima facie*, todas as condições da ação. A sentença proferida sem regular citação do réu porta uma aparência externa de regularidade.

Ao contrário do sustentado por grande parte da doutrina⁵⁴², a sentença condenatória dada num processo para o qual o réu não foi chamado por meio de citação válida não é uma sentença inexistente, pois, nas palavras de Couture, “el acto inexistente (hecho) no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado”⁵⁴³.

Somente uma sentença que existe pode produzir efeitos; ao reverso, aquela que não existe não produz efeitos processuais, substanciais, primários ou secundários⁵⁴⁴. “Na realidade, todos os efeitos da sentença se produzem apenas porque são dispostos pela lei, tantos os secundários quanto os principais. Neste sentido, é exato dizer que são queridos pelo Estado.”⁵⁴⁵

Assim é que esse gravíssimo vício processual não impede que a sentença venha a ulteriormente receber eficácia executiva. Tanto isso é verdadeiro que se o vício não for alegado ou reconhecido de-ofício, os atos de constrição se efetivarão⁵⁴⁶. Destarte, “ao ser citado para a execu-

542. Cf. Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, cit., v. 2, n. 507.1, p. 955; Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., n. 345, p. 361; Liebman, Nulidade da sentença proferida sem a citação do réu, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 179-84, e *Processo de execução*, cit., n. 90, p. 218; Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, cit., n. 2.3, p. 161-4; Teresa Arruda Alvim Pinto, *Nulidades da sentença*, n. 3.1.4, p. 183-204; Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, cit., v. 3, n. 16, p. 113.

543. *Fundamentos del derecho procesal civil*, n. 234, p. 377. Essa também é a posição de Antônio Janyr Dall’Agnol Jr., pois “não se tratando o inexistente de ato jurídico, mas de simples fato, não integra o regime das invalidades processuais” (cf. *Invalidades processuais*, n. 2.1, p. 21).

544. Cf. Dinamarco, *Liticonsórcio*, cit., n. 38, p. 202.

545. Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 73.

546. Dinamarco entende que o juiz não pode “negar-se a dar início à execução forçada proposta com base em sentença condenatória passada em julgado (CPC, art. 584, inc. I), sob o argumento de que fora proferida contra revel mal citado: essa sentença não é inexistente e é eficaz, com toda a chamada eficácia abstrata do título executivo, até que desconstituída mediante a oposição de embargos (art. 741, inc. I) ...” (*Liticonsórcio*, cit., n. 38, p. 213, nota 375-G).

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao estudar o sistema de Herbert L. A. Hart (*O conceito de direito*, cf., principalmente, p. 37-8), sustenta com precisão que as normas

ção *pode* o executado argüir mediante embargos, a nulidade da execução, pelo comprometimento visceral do título que lhe serve de base"⁵⁴⁷.

Os atos inexistentes não chegam sequer a adentrar o mundo jurídico. Portanto, nunca podem convaler, ou com a coisa julgada, ou com o decurso do prazo para a ação rescisória, tal como ocorre com os atos absolutamente nulos⁵⁴⁸. A falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento está no plano da validade e não no da existência ou da eficácia, pois caso não seja verificado tal vício, a sentença existe e produz efeitos.

Portanto, a sentença que julgar procedentes os embargos à execução, com fundamento no disposto no art. 741, I, do Código de Processo Civil, terá eficácia constitutiva negativa. Concordando com essa posição, embora defendendo que a sentença condenatória proferida nessas circunstâncias seja inexistente, Roque Komatsu afirma que a função dos embargos será a de "desconstituir a eficácia do título executivo"⁵⁴⁹. Frederico Marques corretamente sustenta que a nulidade da sentença faz com que o provimento jurisdicional obtido nos embargos *anule* o título executivo judicial⁵⁵⁰.

"genuinamente" de natureza processual têm caráter *potestativo*, atuando "como saneadoras da inidoneidade de algum ato à obtenção das conseqüências atribuídas pela ordem jurídica. Em outras palavras, em tais hipóteses, o ato continua com a eficácia que normalmente exibiria, mesmo sendo inválido" (Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade, in *Saneamento do processo*, n. 6, p. 139).

547. Celso Neves, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., n. 105, p. 264 (grifos nossos). É dele também: "não se pode dizer que a falta de citação seja causa de inexistência do processo e, pois, da sentença que nele se proferir. O que ela acarreta é a nulidade, do processo e da sentença, como acentuavam os praxistas e decisionistas a que se reportava Pontes de Miranda" (in *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., n. 105, p. 265).

Assim, entre os praxistas e os decisionistas citados por Pontes de Miranda, está Manuel Antônio Monteiro (*Tratado prático jurídico cível e criminal*, ed. 1765, p. 7) sustentando que "a falta de citação não era causa de inexistência, mas era-o de 'nulidade por direito'" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 6, p. 414).

548. Cf. Bedaque, Nulidade processual e instrumentalidade do processo, *Revista de Processo*, p. 32-3, com arrimo na doutrina de Sergio Costa, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 225.

549. *Da invalidade no processo civil*, cit., n. 2.3, p. 161 e nota 42.

550. Cf. *Manual de direito processual civil*, cit., n. 919, p. 233. Frederico Marques observa também que "justa ou injusta, certa ou errada, proferida em processo condenatório válido, ou em processo anulável, a sentença se faz intangível como título executivo. Daí por que somente podem ser alegados e aduzidos (*ex vi* do art. 739, II) os fatos discriminados no art. 741" (*Manual de direito processual civil*, cit., n. 919, p. 232).

É um equívoco pensar que nessa hipótese se declara nos embargos a inexistência do título. Na verdade, o juiz reconhece nos embargos a nulidade de citação (reconhece, *incidenter tantum*, a existência dessa invalidade processual), e, *principaliter*, com eficácia predominante, desconstitui o título⁵⁵¹.

Embora se trate de nulidade absoluta, essa invalidade processual somente existirá depois do pronunciamento jurisdicional⁵⁵². Porque, segundo Couture, “el acto absolutamente nulo tiene una especie de vida artificial hasta el día de su efectiva invalidación; pero la gravedad de su defecto impide que sobre el se eleve el acto válido”. E continua sentenciando: “la formula seria, pues, la de que la nulidad absoluta no puede ser convalidada, pero necesita ser invalidada”⁵⁵³.

Assim é que “no que diz com a invalidade do ato, limita-se a sentença a reconhecer uma situação jurídica preexistente e nessa parte sua natureza é eminentemente declaratória. Mas, desde que dotado de eficácia (aptidão para irradiar efeitos jurídicos), o provimento do juiz desconstitui essa excepcional propriedade do ato nulo. A desconstituição não é do próprio ato ou dos efeitos, pois em relação a eles o provimento do juiz é meramente declaratório de sua juricidade, ou não, mas, sim, de

551. Em sentido contrário, é a posição de Amílcar de Castro:

“o juiz executor não tem competência para anular a sentença exequenda, porque a ação rescisória é de competência privativa dos tribunais (arts. 493 e 494).

Se não tem competência para anular a sentença mediante ação rescisória, com maior razão não tem competência para anulá-la, julgando embargos do executado. Deverá, entretanto, recusar efeitos à sentença, isto é, declará-la inoperante naquele processo de execução” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., v. 8, n. 536, p. 394). Nesse sentido, cf., ainda, TARS, 1ª Câm. Cív., AP 192.219.715, Rel. Juiz Leo Lima, j. 3-11-1992, v.u., *Revista de Processo*, v. 68, p. 267-8.

Em que pese tal entendimento, não há como se negar que a eficácia da sentença proferida em sede de embargos, com fundamento no art. 741, I, do Código de Processo Civil, é a mesma da decisão que rescinde sentença ou acórdão em ação rescisória.

552. A invalidade “não se identifica com o vício, mas é o ‘estado’ conseqüente à decretação judicial (‘Realmente, a nulidade não existe antes de sua pronúnciação pelo juiz. Esquecer isto é fazer tormentoso um dos mais relevantes problemas do direito processual’ — Calmon de Passos, *A nulidade no processo civil*, p. 104). Não há invalidade sem pronunciamento judicial...”. “E esse consiste não apenas em reconhecer (= declarar) a existência de vício invalidante, mas em *desconstituir* o ato e seus efeitos...” (Antônio Janyr Dall’Agnol, *Invalidades processuais*, cit., p. 43).

553. *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., n. 235, p. 378.

sua aptidão, mesmo excepcional, para irradiar efeitos. Vale dizer, de sua eficácia”⁵⁵⁴.

A sentença proferida nos embargos retirará a eficácia executiva de que era dotada aquela sentença condenatória⁵⁵⁵. Em consequência, o processo de execução não poderá prosseguir, porque, uma vez desconstituído o título executivo, o ordenamento jurídico não aceita essa via *inadequada* para a satisfação do direito que o seu titular possa eventualmente ter.

No entanto, é preciso se fazer a ressalva de que, em se tratando de vício por falta ou nulidade de citação, em função de sua gravidade, todo e qualquer processo é adequado para comprová-lo⁵⁵⁶.

A citação é um modo pelo qual uma pessoa adquire a condição de parte no processo. Antes da citação, ou se for ela portadora de algum vício, o “réu” apenas figura na demanda do autor, não estando no processo. Assim, não pode ser considerado titular de situações jurídicas e passivas.

Em razão desse grave vício, acerca da falta de citação no processo de conhecimento, se a ação correu à revelia, afirmou Liebman que ela “ofende tão profundamente o direito reconhecido a todo cidadão de defender-se perante o juiz que vai julgá-lo, que torna radicalmente nulo, juridicamente inexistente o processo, igualmente nula e inexistente a sentença proferida”⁵⁵⁷. Por isso, se a nulidade *ipso iure* já não puder ser

554. Kazuo Watanabe, Breve reflexão sobre a natureza jurídica da sentença de nulidade de casamento, *RT*, 542:25-6.

555. “No processo, mesmo quando eivado de vício, o ato processual considera-se válido e eficaz, deixando de sê-lo apenas quando um pronunciamento decreta a nulidade” (Roque Komatsu, *Da invalidade no processo civil*, cit., n. 2.2, p. 208).

556. Liebman defende a posição expressa no texto, mas sustenta equivocadamente que a sentença assim proferida é inexistente, muito embora reconheça sua eficácia executiva (Nulidade da sentença proferida sem citação do réu, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 179-84). Com o mesmo entendimento constante do texto, cf. Adroaldo Furtado Fabrício, Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória, *Revista de Processo*, p. 27 e s., e Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., n. 39, p. 232-6. No mesmo sentido, decidiu também o Supremo Tribunal Federal (Pleno, RE 97.589, Rel. Moreira Alves, j. 17-11-1982, v.u., *DJU*, 3 jun. 1983).

557. Nulidade da sentença proferida sem a citação do réu, in *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, cit., p. 183-4. Cf., ainda de Liebman, *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 269.

alegada em embargos à execução, há ainda a possibilidade de se promover demanda com fundamento na *querela nullitatis insanabilis*, de caráter perpétuo, não prejudicada pelo biênio da ação rescisória⁵⁵⁸.

Não obstante essas observações, o fato é que não se pode negar a existência de sentença proferida nessas circunstâncias, pois efeitos processuais se produzem.

A sentença proferida à revelia do réu, que não fora regularmente citado, existe e é eficaz, mas é absolutamente nula, podendo ser reconhecida a sua invalidade (ou nulidade) por qualquer meio, com a sua conseqüente desconstituição através da concreta aplicação da sanção de ineficácia⁵⁵⁹.

Na verdade, exceção feita à hipótese prevista no inciso I do art. 741 do Código de Processo Civil, faltando uma das condições da ação, a sentença de mérito nos embargos do executado apenas reconhece e *declara* uma situação de carência de ação no processo de execução.

69. Inexigibilidade do título (CPC, art. 741, II)

Ainda prosseguindo no exame dos embargos relativos às condições da ação, é sabido que somente a partir do momento em que a obrigação se torna exigível está preenchido o requisito da *necessidade*⁵⁶⁰.

558. Sobre a *querela nullitatis* no direito brasileiro contemporâneo, cf., novamente, Adroaldo Furtado Fabrício, Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória, *Revista de Processo*, p. 27-44, esp. p. 37. Nessa linha, cf. TACSP, 4ª C. Cív., AgP 81.876, Rel. Batalha de Camargo, j. 21-6-1966, m.v., JTA, 2ª sem. 1967, p. 171 e s., in Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 238. Essa também é a posição do Supremo Tribunal Federal, nas palavras do Min. Rel. Moreira Alves, no já citado RE 97.589 (j. 17-11-1982, v.u., DJU, 3 jun. 1983).

559. Cf. Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, n. 220, p. 289.

560. Exigibilidade não se confunde com o inadimplemento, pois enquanto este depende de cognição exauriente, aquela depende apenas de cognição sumária, isto é, da análise, *prima facie*, dos elementos constantes da inicial. O inadimplemento faz parte da causa de pedir da ação executiva e será conhecido mediante o oferecimento de embargos relacionados ao mérito do processo de execução (*embargos ao mérito*). No julgamento dos embargos é que se concluirá se houve ou não adimplemento. Se houve adimplemento, a obrigação está extinta e os embargos deverão ser julgados procedentes (CPC, art. 741, VI). Portanto, equivocado o entendimento de que o inadimplemento constitui condição da ação executiva. Nesse sentido, Dinamarco, *Execução civil*, cit.,