

RÉU REVEL NÃO CITADO, “QUERELA NULLITATIS” E AÇÃO RESCISÓRIA

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO

1. Considerações gerais sobre os vícios da sentença. 2. Notícia histórica. 3. Abrangência da ação rescisória no Direito brasileiro atual. 4. Réu revel nulamente citado ou não citado. 5. Falta ou nulidade da citação seguida de revelia: natureza do vício. 6. Situação especial do litisconsorte passivo não citado ou mal citado. 7. Eficácia sanatória da coisa julgada e seus limites. 8. Os embargos do art. 741, I, do CPC. 9. Sobrevivência da querela nullitatis. 10. Arguibilidade do vício mediante ação rescisória. 11. Fungibilidade dos remédios processuais utilizáveis. 12. Conclusões.

1. Considerações gerais sobre os vícios da sentença

Sempre que se fala de ato viciado, está-se a pensar em ato existente, no sentido físico e no jurídico. A propósito daquilo que não se manifestou no mundo ou, manifestando-se, não penetrou na esfera jurídica, descabe pensar-se em validade ou invalidade, em eficácia ou ineficácia.¹ O “não-ato” há de ser, no máximo, aparência de ato, embora se possa imaginar que, por razões de clareza e segurança, alguém promova em juízo a declaração de inexistência dele, a fim de que a suposição de existência não cause prejuízos ou embaraços ao interessado. A ação correspondente - e a sentença que a acolher - será das mais típicas declaratórias negativas dentre quantas se possam conceber.

Em se tratando de sentenças, a distinção entre os planos da existência, da validade e da eficácia continua a ter a relevância de sempre. Sobretudo quando se cogita de ação rescisória, importa muito ter-se presente que a sentença rescindível não é sentença *nula* (como afirmava o Código de Processo Civil de 1939, art. 798), nem inexistente, ou simplesmente ineficaz. Por hipótese, ela transitou em julgado (sem o que não seria passível de rescisão); existe, pois, vale e tem plena eficácia enquanto não lhe sobrevenha a desconstituição. Aliás, a sentença inexistente não precisa de rescisão nem sequer é passível dela, pois o que jamais entrou no universo jurídico só pode ser nele tomado em consideração a fim de acertar-se, declarar-se, tornar-se certo que não entrou, caso a tal respeito se instale razoável dúvida. Também prescinde de rescisão a sentença cuja eficácia não alcança determinado lugar, ou certa pessoa, ou não se opera em dadas circunstâncias. Nada preciso fazer para forrar-me aos efeitos de sentença proferida por jurisdição à qual não estou submetido, ou em processo no qual não assumi formalmente a posição de parte, ou dispôs sobre bens que não estão e nunca estiveram em meu patrimônio. A buscar-se alguma aproximação entre rescindibilidade, de um lado, e inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia, de outro, ter-se-ia de admitir que a única identificação possível seria com a *anulabilidade*. “Rescindir, como anular, é desconstituir”.² Advirta-se, porém, que também a sentença “nula” (como, e. g., a que julgou *ultra* ou *citra petita*), transitando em julgado, como pode transitar ao contrário da inexistente, converte-se em simplesmente rescindível, até por não dispor o Direito de outro remédio que não a rescisão para desconstituí-lo, mas, também, por outras razões que em tempo serão analisadas.³ Nem há motivos para surpresa nessa identidade de tratamento entre atos nulos e anuláveis, pois, ao contrário do que supuseram alguns doutores,⁴ a rigorosa aplicação dos princípios e critérios importados do Direito Privado quanto às nulidades *lato sensu* é impossível no campo do processo,⁵ inclusive porque neste a sanção, o aproveitamento e o suprimento têm ensanchas bem mais largas de utilização, a ponto de apagar em magna parte a distinção entre nulidade e anulabilidade.⁶

Aliás, as imensas dificuldades encontradas nas tentativas de transposição da teoria das nulidades (erichada já na origem de graves controvérsias e incertezas) para o direito

processual agudizam-se sobremaneira quando se cuida de sentenças. Seria empreendimento deveras meritório a construção de uma teoria própria das nulidades processuais desatrelada dos critérios, conceitos e preconceitos consagrados na esfera do direito material. Enquanto se espera uma tal sistematização, pode-se aproveitar, no pertinente à sentença, uma fecunda meditação em torno dos seus vícios, que conduziu a este interessante resultado: “Lembraremos apenas, em termos intencionalmente esquemáticos, e levando em conta os dados do nosso direito positivo, que, do ponto de vista dos efeitos, os vícios que elas podem apresentar são agrupáveis em três grandes classes: a) a dos que não resistem à eficácia preclusiva da coisa julgada e, por isso, não alegados em recurso, se tornam irrelevantes; b) a dos que, após o trânsito em julgado, podem servir de fundamento à desconstituição, mediante ação rescisória, mas não impedem a decisão de produzir, nesse ínterim, todos os efeitos normais; c) a dos que, dispensando o exercício da rescisória, são alegáveis como óbices à execução, através de embargos”.⁷

Não cabe duvidar-se de ser esse um critério discretivo mais útil e mais adequado ao exame do tema sob análise. Talvez fosse possível ajustá-lo à classificação tradicional dos vícios do ato jurídico, mas o empreendimento não seria ameno e suas dificuldades poderiam superar a utilidade dos frutos que se colhessem. Desde logo se pode antecipar o protesto dos que se recusam a ver na hipótese sob letra “c” caso de inexistência, como se dá com o próprio autor citado. Parece acertado, pois, tomar-se aquela tripartição como base para as considerações seguintes.

2. Notícia histórica

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. Importa rememorar, ainda que muito aligeiramente, a evolução histórica desembocou nessa tendência hodierna.

Em direito romano, os *errores in procedendo* de mais alta gravidade, infringindo regras processuais de máxima importância, e bem assim alguns erros no julgar de seriedade igualmente (*contra ius constitutionis*) conduziam à denominada *nulla sententia*, defeito cuja alegação prescindia do emprego de qualquer recurso ou ação. Ao interessado era lícito permanecer inerte e simples monte resistir aos efeitos do julgado, inclusive opondo o vício da sentença à *actio iudicati*. Essa *nulla sententia*, gravemente viciada do ponto de vista processual, excepcionalmente podendo, também, ser uma sentença (ainda gravemente) injusta, não era, como leitura apressada talvez sugerisse, o que hoje chamaríamos sentença nula, mas o equivalente do que a doutrina hodierna denomina sentença *inexistente*. É a “sentença nenhuma”, aquela “não-sentença” a cujo respeito sequer cabe falar-se de preclusão ou coisa julgada.

O direito intermédio, no seu vezo conhecido de vestir institutos germânicos com a terminologia romana e colorir-los com a técnica judicial romana, produziu um remédio específico para a impugnação dos erros de procedimento, já que a *appellatio* se havia firmado a partir do período da *cognitio extra ordinem* como via de ataque principalmente (se bem que não exclusivamente) ao julgamento de mérito. Surgiu, assim, a *querela nullitatis*, que não assumia a feição completa da *actio* mas gozava de autonomia como *imploratio officii iudicis*. Objetivava a correção do *error in procedendo*. Naturalmente, seu aparecimento correspondeu a uma idéia mais expandida de preclusibilidade, alargada a decisões cujo vício até então se havia considerado como oponível a todo tempo, independentemente de prazo e de forma.

Ao lado desses institutos, é bem conhecida dos romanistas a *restitutio in integram*, que viria

a alcançar seu máximo desenvolvimento e mais ampla utilização no Direito Comum. Por esse meio era a iniquidade da decisão o que se argüia, não sua deficiência formal, ou a do processo que a tinha gerado.⁸

Retraçado esse quadro, desconsideradas as distâncias, inclusive cronológicas, e postas de lado as interferências recíprocas, identificam-se três distintos remédios para igual número de imperfeições do julgado. A injustiça substancial da sentença corresponderia a *appellatio*; ao vício formal, a *querela nullitatis* e à iniquidade a *restitutio*. Não seria possível, nesse quadro, sistematizar a distinção hoje corrente (mas nem por isso uniforme na legislação) entre recursos e ações impugnatórias. Outro dado a ter-se em mente com especial atenção é este: os três institutos interinfluíram, contribuindo cada qual deles para a formação e desenvolvimento dos demais.⁹

No direito europeu de hoje, a combinação dessas várias fontes produziu resultados díspares. Assim, entre os povos germânicos costuma ser facilmente identificável a distinção entre o remédio de revisão oriundo da *querela nullitatis* e aquele proveniente da *restitutio in integrum*, a cada qual correspondendo denominação e disciplina diversas. O traço distintivo que se pode perceber ainda na própria legislação brasileira (confrontem-se, p. ex., as disposições dos incs. I e VII do art. 485 do CPC) lá costuma aparecer mais nítido.¹⁰ No direito francês e no italiano, várias hipóteses que nos habituamos a considerar como de rescisão aparecem como objeto de recurso de cassação ou de outros mais delimitados, como o *recours en revision* (antiga *requête civile*) e a *revocazione* peninsular. A legislação portuguesa, por largo tempo, manteve-a dicotomia (entre nós ainda presente) entre recursos (meios de impugnação obstativos do trânsito em julgado) e ações autônomas de revisão (que pressupõem aquele trânsito). Recentemente, porém, aderiu à tendência dominante na Europa central, incluindo entre os recursos o de *revisão*, conquanto interponível de sentença passada em julgado (CPC português de 1967, arts. 676, 2, e 677).

3. Abrangência da ação rescisória no direito brasileiro atual

Quanto ao direito brasileiro, continua muito claramente gizada a bifurcação até aqui aludida. E, embora não se deva perder de vista ser obra do legislador a de dizer o que é ou não recurso, parece mais aceitável essa solução, seja em perspectiva histórica, seja do ponto de vista sistemático.

Com efeito, o marco a todas as luzes mais adequado para separar os recursos (impugnação no mesmo processo) das ações impugnativas (originadoras de nova relação processual) há de ser o trânsito em julgado da sentença, momento da formação da coisa julgada formal e ao qual em regra corresponde a constituição da *res judicata* em sentido material. É aí que se dá a plenificação da eficácia do ato de julgamento e, o que mais importa, a efetiva realização concreta da própria finalidade do processo. Desde então, as possibilidades de impugnação da sentença têm-se de reduzir a casos excepcionais, rigidamente delimitados, sob pena de se ter de abrir mão da idéia mesma de estabilidade dos julgados e de termo final dos litígios. A idéia foi excelentemente exposta ao longo de fundamentada crítica à inclusão da *revisión* espanhola no elenco dos recursos, com este destaque: “La interposición de un recurso impide precisamente la producción de la cosa juzgada, cuando, por el contrario, la revisión se da contra las sentencias firmes, esto es, aquellas que, al menos externamente, han ganado la fuerza de cosa juzgada. (...) No se trata por lo tanto de una nueva fase del proceso, sino de la apertura de un nuevo proceso”.¹¹

Essas considerações têm a mais completa procedência, e *de lege ferenda* dariam orientação excelente ao legislador. Mas cabe lembrar que a já referida “contaminação” entre os remédios impugnativos é constatável invariavelmente nos textos normativos. A pureza do objeto da *appellatio* (impugnação do julgado injusto), da *querela nullitatis* (argüição de um vício de forma) e da *restitutio in integrum* (insurgência contra a iniquidade), a rigor jamais

realizada por inteiro, não é de esperar-se nos sistemas jurídicos resultantes da evolução mais recente, inclusive no brasileiro. Por via de recurso, tanto se pode inquirir o decisório de injusto como de viciado ou formalmente imperfeito, para pedir-se, ao invés de sua reforma, a sua anulação (*lato sensu*) ou cassação, se esta, em terminologia rigorosa, for considerada coisa diversa daquela.¹² Outrossim, há casos de rescindibilidade indistinguíveis de motivos de apelação, como os dos primeiros incisos do art. 485 do CPC, em contraste com os dois últimos, que são só fundamentos de rescisão. E, dentre todos, alguns guardam a marca visível da querela de nulidade (v. g., ofensa à coisa julgada), enquanto outros denunciam facilmente sua filiação à *restitutio in integrum* (como o da sentença fundada em erro de fato).

A ação rescisória brasileira é eminentemente constitutiva. Como ficou dito antes, rescindir é anular, desconstituir (na perspectiva, única ora importante, do *judicium rescindens*). Não importa muito se, na classificação acadêmica, o vício apontado seria de nulidade ou de anulabilidade. Para os fins aqui considerados, as duas situações se equivalem, pois ninguém duvida de que o trânsito em julgado, com seu poder de sanação, cobre também o defeito maior desses dois, de tal sorte que também a sentença “nula” produz efeitos *enquanto não seja rescindida*. As contradições já apontadas¹³ são apenas o indesejável porto ao qual conduz a insistência na adoção de critérios incompatíveis com a índole do direito processual e sobretudo das sentenças.

Desconsideradas, por atípicas e submetidas a disciplina compreensivelmente específica, as sentenças “transparentes” cuja anulação (ao invés de rescisão) o art. 486 do CPC autoriza, poderia parecer que a ação rescisória, com o conjunto dos recursos, compõe um sistema fechado completo de vias de impugnação aos julgados. Com efeito, parecem absorvidas por esse esquema todas as hipóteses provindas ou derivadas das três matrizes históricas antes analisadas.¹⁴

Há, contudo, uma especialíssima situação a reclamar exame mais detido, a fim de que se apure sua inclusão ou não entre os casos de rescindibilidade e, por outro lado, se investigue a possibilidade de utilização de outro remédio processual que a resolva, isso significando não ser completa a aludida absorção. Trata-se da sentença proferida em processo no qual foi omitida, ou, se realizada, foi nula a citação do réu depois caído em revelia. (Por simplicidade de linguagem, desconsidera-se, como a própria lei desconsiderou, que, não havendo citação válida, também, não pode haver a *verdadeira* revelia).

4. Réu revel nulamente citado ou não citado

A citação é a garantia primeira e maior do contraditório processual. A consagração legal, via obrigatoriedade absoluta da citação, do princípio da bilateralidade da audiência, representa uma especificação do princípio constitucional da isonomia.¹⁵ Daí a imperatividade com que, sob cominação enfática de invalidade, a lei impõe a realização do ato; daí a acentuação incomum do rigor formal a que se acha submetido, rigor pouco afinado com a tendência geral à liberalização das formas processuais presente em todo o Código. É que processo sem citação não assume a feição de *actum tria personarum*, é procedimento unilateral, negação da garantia do contraditório.

Naturalmente, não é a citação em si mesma que importa, mas a finalidade a que ela se presta. Dupla finalidade: convocação do réu a juízo (*in jus vocatio*) e sua cientificação do teor da demanda formulada (*edictio actionis*).¹⁶ Cumprida que seja a finalidade, como demandado presente e ciente da postulação, abre-se mão da forma e até da existência material da citação. A falta ou nulidade do ato, porém, assume importância enorme se o citando permanece em silêncio e indiferença, caindo em revelia: a sentença que porventura se venha a proferir em detrimento dele constitui verdadeira violência ao seu direito, maior e mais grave em sistema processual, como o nosso, onde vastíssimas são as conseqüências da revelia.

O defeito em menção é suficientemente grave para permanecer, ao longo do processo, imune a todas as preclusões, inclusive à maior delas, que é a coisa julgada, ou, quiçá, para impedir que esta se constitua. Seja por uma, seja por outra dessas razões, certo é que a lei permite erigir a correspondente objeção mesmo no ulterior processo de execução daquela sentença, pela via dos embargos. Isso significa que o vício sobrevive à sentença e à coisa julgada, se é que esta se formou - porque o vício é também da sentença, como de toda a relação processual irrita. O art. 741, I, do CPC, protege, pois, o executado que fora revel no processo de conhecimento onde não se lhe fizera citação válida.

Mas o mencionado passo legal não é suficiente para amparar todos os réus vencidos à revelia e sem atenção ao imperativo *audiatur et altera pars*. É preciso lembrar que nem todas as sentenças de procedência são passíveis de execução ensejadora dos embargos, mas só as condenatórias; que o prazo para embargar, mesmo havendo execução embargável, é peremptório e preclusivo; que os embargos eventualmente podem sofrer rejeição por defeito de forma ou de *legitimatío ad processam*; que a sentença, mesmo exequível, talvez jamais venha a ser executada, permanecendo sobre a cabeça do condenado qual espada de Dâmocles, a minar-lhe o crédito, o bom nome e a tranqüilidade.

Isso considerado, não se pode deixar de pensar em outras vias de dedução da pretensão a que se ligam os embargos do art. 741, I, fora desses embargos. A ação incidental de embargos do devedor, com tal fundamento, em verdade serve de veículo a uma argüição de nulidade e não seria aceitável a limitação de seu exercício a esse único e estreito caminho, posto na dependência de tantas variáveis, algumas sujeitas ao arbítrio da contraparte. Sobre admitir-se que o prejudicado pela falta de citação instaure “outro processo sobre a mesma lide irregularmente decidida”,¹⁷ o que implica afirmar apenas a imunidade dele à sentença, cabe examinar a admissibilidade de outros remédios, como a ação rescisória, a ação declaratória etc. Até mesmo os embargos de terceiro já foram cogitados.¹⁸

5. Falta ou nulidade da citação seguida de revelia: natureza do vício

Não há consenso na doutrina em torno da natureza do vício de falta ou nulidade da citação, no processo onde o citando vem a tornar-se revel. Sustentam alguns tratar-se de inexistência da sentença, enquanto outros vêem no caso nulidade *pleno jure*. Não são de excluir-se, de resto, situações especiais em que o defeito melhor se identificaria como ineficácia - segundo adiante se verá.

Talvez a controvérsia em foco não tenha a importância que lhe atribuíram alguns juristas,¹⁹ e pode ser até que a distinção entre ato inexistente e ato nulo *pleno jure* careça de repercussões práticas. Salvo para os seguidores de Pontes de Miranda (em escassa minoria no particular) quanto a ser a ação de nulidade de ato jurídico constitutiva e não declaratória, importa pouco, no plano das conseqüências práticas, se a declaração judicial é de inexistência ou de nulidade absoluta. Outrossim, cabe repetir, também, a este propósito o anteriormente dito sobre as reservas com que não de acolher na teoria do processo os critérios elaborados com vistas a referências no direito material. Também e principalmente no tenebroso e movediço capítulo das nulidades. É bem possível que se esteja a necessitar - permita-se a insistência - de uma elaboração inteiramente nova da teoria da validade dos atos processuais, liberta enfim dos conceitos (e preconceitos) importados de outros ramos do direito. A especificidade do objeto do direito processual, sua instrumentalidade, a perspectiva eminentemente teleológica pela qual se têm de mirar todas as suas regras e moldar todos os seus princípios, a perturbadora realidade da *res judicata* - tudo está a exigir pelo menos um esforço nesse sentido.²⁰ Mais: a distinção entre os casos de inexistência e nulidade plena é erichada de controvérsias e dificuldades tamanhas, sobretudo quando se trata de traduzi-las em exemplos, que a própria utilidade dela resulta comprometida. Se bem que não se possa chegar a ignorá-la por inteiro, é possível reservar a sua consideração para os

temas a cujo respeito se haja demonstrado a necessidade imperiosa de tê-la presente.²¹

Há, entretanto, motivos fortes para que, mesmo manejando-o com cautela máxima, o conceito de ato inexistente seja admitido. Primeiro, tenha-se em conta a terminologia do Código de Processo Civil, que pelo menos uma vez (art. 37, parágrafo único) emprega a expressão. Depois, considere-se que determinados atos (ou fatos) efetivamente não reúnem as condições mínimas de ingresso no mundo jurídico, à parte aqueles outros que nem mesmo no sentido físico existem, reduzindo-se a aparências ou potencialidade. A “sentença” proferida por quem não é juiz sentença não é; existe no mundo dos fatos mas permanece juridicamente inexistente. A que o juiz elaborou *in mente* e talvez até rascunhou, mas por qualquer motivo não chegou a ditar ou redigir, sequer teve existência no sentido físico, não adquiriu sequer a aparência exterior de sentença. Qualquer delas é inexistente.

Importante é conservar-se rigorosamente restrito e *eminentemente negativo* esse conceito, segundo as prudentes recomendações da doutrina mais autorizada. Algumas lições pertinentes merecem transcrição. Como esta: “... pelo menos como meio convencional para designar a pura e simples *inexistência do ato*, quando se depara com uma espécie de fato puramente ilusório, que não chegou a dar a vida a um ato qualquer e que por isso fica fora do âmbito de valoração das categorias da validade e da invalidade. O ato inexistente, por isso, deveria indicar uma realidade de fato que não conseguiu penetrar no mundo do direito; trata-se, pois, de um conceito meramente negativo, criado para caracterizar a linha extrema da realidade jurídica, cuja única razão de ser é eliminar do mundo do direito as manifestações da realidade fenomenológica que absolutamente não sejam suscetíveis de relevância ou de valoração jurídica, pelo menos para os efeitos que em cada caso concreto são tomadas em consideração”.²²

Ou esta outra, ainda sobre inexistência do ato em sentido jurídico: “A su respecto se puede hablar tan sólo mediante proposiciones negativas, ya que el concepto de inexistência es una idea absolutamente convencional que significa la negación de lo que puede constituir un objecto jurídico. (...) Una sentencia dictada por quien no es juez no es una sentencia, sino una *no sentencia* (Nichturteil). No es un acto sino un simple hecho”.²³

O ato dito inexistente, pois, é algo que se passa na ordem fenomenológica mas não afeta a escala jurídica nem ingressa na sua pauta de valoração, ainda que tenha assumido a aparência ou simulado os contornos e visos do ato jurídico, com cuja exterioridade pode apresentar-se.

Postos esses critérios, a sentença de que se ocupa este ensaio existe, mas é nula. É ato processual levado a cabo onde, quando, como e por quem devia ser praticado, dentro de uma estrutura processual constituída (ainda que irregularmente), portanto, existente, mas contaminado de vício que lhe é originalmente externo: o processo mesmo que a gerou é radicalmente nulo, pois a citação é requisito de sua *validade* (CPC, art. 214). Ver-se aí inexistência implicaria abertura perigosa do conceito, a ponto de o tornar incontrolável, difuso e por isso mesmo inservível a qualquer finalidade prática. Lembrando-se de que nulidade é a cominação legal para a espécie, não é demais repetir, também, que a opção legislativa se tem de supor consciente, pois a noção de ato inexistente foi igualmente contemplada pelo mesmo diploma normativo. A sentença proferida sem citação válida encerra suficiente componência de juridicidade para penetrar no mundo do direito, até porque o princípio *audiatur et altera pars* não é absoluto, comportando exceções consagradas em todas as legislações processuais modernas, bastando que se refiram às decisões liminares e aos procedimentos monitórios. Assim, o déficit de que padece o processo onde não se fez citação hábil diz respeito à validade, não à existência,²⁴ sem embargo do volume e da autoridade das opiniões em contrário.²⁵ Não deve impressionar o exemplo *ad torrorem* do morto citado por edital, pois aí o caso é mesmo de inexistência do processo e da sentença nele proferida - mas não por falta ou falta de de citação; sim por inexistência de

uma das partes (tecnicamente, *incapacidade de ser parte* da pessoa natural que se extinguiu pelo óbito).²⁶

6. Situação especial do litisconsorte passivo não citado ou mal citado

Cogitou-se até aqui da hipótese básica, esquematizada, da citação nula ou omitida do réu único. Importa verificar agora a validade do que ficou estabelecido para o caso de pluralidade de demandados.

Se o litisconsórcio passivo é facultativo, ao autor fora lícito, desde antes da propositura da demanda, escolher entre adotá-lo ou não. Continua sendo livre de abrir mão de alguma citação acaso não realizada ou mal efetivada, no curso do processo, com vistas a agilizar sua tramitação, de modo que o procedimento siga somente em face de um ou de alguns dos primitivos demandados. Certo, essa desistência, tácita que seja, relativamente a alguns dos réus, dependeria eventualmente da anuência daqueles outros já citados. Mas, na perspectiva deste estudo, o ponto é irrelevante, eis que se está a cogitar de processo onde já foi proferida sentença e, por hipótese, o problema da concordância ou divergência quanto ao desistimento já foi colocado e resolvido, por manifestação expressa ou por consentimento silencioso.

Em tais condições, não parece questionável a validade do processado, com base na falta ou nulidade de alguma das citações. O problema reduzir-se-á à identificação dos limites subjetivos da coisa julgada no caso concreto, restritos às pessoas que efetivamente figuravam como partes ao tempo do julgamento. Mas ainda aí não se deve olvidar a possibilidade de tentativa de execução da sentença em face de quem não fora citado, ou o fora nulamente, ao qual não se poderá negar acesso aos embargos do art. 741, I - nem, portanto, a alguma das outras vias que porventura correspondam, fora do processo de execução e dos correspondentes embargos, ao objetivo de liberar-se dela o executado.

Mais complexo, porque tratado de modo especial pela legislação e pela doutrina, é o caso do litisconsórcio passivo necessário em que algum dos litisconsortes não tenha sido validamente citado. Sabendo-se que, obrigatória a litisconsorciação, a sentença carece de eficácia seja quanto aos ausentes da relação processual, seja mesmo para os que a tenham integrado (CPC, art. 47 e seu parágrafo), porque, na expressão consagrada, *inutiliter data*²⁷ - parece livre de dúvida que igual tratamento tem de ser dispensado ao caso de omissão ou invalidade de alguma citação de litisconsorte necessário. Não importa, para esse efeito, que a citação tenha ou não sido requerida; que o juiz a tenha determinado, segundo o mesmo artigo, ou não; que haja ocorrido ou não alguma controvérsia intraprocessual a respeito da necessidade dela: onde quer e quando quer que se constate a omissão ou a invalidade da citação *obrigatória*, a conseqüência se há de produzir com a mesma intensidade e com o caráter automático que teria na formação e desenvolvimento do processo sem se haver percebido a necessidade do litisconsórcio. Também não afeta a conseqüência o tratar-se de litisconsórcio necessário “por força de lei” ou por incindibilidade lógica do julgamento.²⁸

A necessidade do litisconsórcio passivo - essa é a idéia que importa fixar - significa também a necessidade da citação de todos os litisconsortes, sob a mesma sanção do parágrafo citado. Desatendida essa necessidade, apresenta-se caso de “ineficácia absoluta” da sentença que venha a ser proferida, porque essa é a opção legislativa nacional, isso significando que não apenas os interessados cuja citação se omitiu, ou se fez deficientemente, mas, também, os demais permanecem aptos a resistir à “execução” (*latissimo sensu*, no sentido de imposição ao de efeitos) do julgado, pela via dos embargos, se cabíveis, ou por outras que a essa equivalham, como adiante se há de ver.

7. Eficácia sanatória da coisa julgada e seus limites

Com frequência e autoridade preocupantes, afirma-se que a sentença nula *pleno iure*, tanto quanto a inexistente, seria impassível de rescisão, porque a absoluta nulidade seria argüível a todo tempo, por qualquer pessoa e sem submissão a qualquer requisito formal. É tempo de repetir, ainda uma vez, que os critérios segundo os quais se faz a classificação dos vícios dos atos jurídicos em geral não são bastantes, e talvez sequer sejam bons, para os atos processuais e sobretudo para as sentenças. Quanto a estas, não se pode perder de vista que o trânsito em julgado, fenômeno que lhes é específico e exclusivo, tem uma potencialidade sanatória igualmente peculiar e exclusiva. Esse específico poder de sanção inerente à coisa julgada obriga a uma visão também diferenciada do problema da validade.

É preciso que se distingam, nessa linha de raciocínio, três graus de estabilidade, ou de imodificabilidade, do julgado. Grau mínimo, na sentença ainda recorrível, representativa da oferta, não ainda da entrega, da prestação jurisdicional, sujeita à crítica das partes e à reapreciação eventual de outro órgão da jurisdição. Grau médio, na sentença já irrecorrível, transitada formalmente em julgado, mas passível ainda, teoricamente ao menos, de rescisão. E grau máximo no julgado que sequer pela via rescisória pode ser mais atacado.

Os motivos pelos quais se pode hostilizar a sentença na via recursal coincidem em grande parte com os fundamentos invocáveis para pedir-se a rescisão das sentenças transitadas em julgado. Por outras palavras, as causas de rescisão, integrantes de um *numerus clausus* posto na lei, compreendem motivos de “mérito” e razões de forma, muitos dos quais, antes de passar a decisão em julgado, seriam igualmente motivos de pedir-se sua “reforma”. Os *errores* ocorrentes, *in judicando* ou *in procedendo*, talvez venham a ser apontados como base para o pedido rescisório, foram antes disso, em grande parte, fundamentos possíveis para recorrer.

O trânsito em julgado, pois, nada mais é do que técnica de estabilização, mais atenta a necessidades práticas do convívio social do que a imperativos de ordem estritamente jurídica ou de preservação do valor justiça. Não é por outro motivo que se mostram tão insatisfatórias todas as tentativas de justificar a coisa julgada em bases rigorosamente jurídicas, sem apelo a considerações de ordem política. Ora, como técnica de estabilização, voltada antes de tudo para o interesse da segurança e fixidez, não poderia deixar de estender sua força preclusiva também às “nulidades” acaso existentes mas não detectadas em qualquer instância. 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 outra converte-se, indiferentemente, em rescindibilidade, e ainda assim nos limites estreitos ditados pelas razões de política legislativa. Com a passagem da sentença em julgado, em nulidades absolutas ou relativas, propriamente ditas ou simples anulabilidades, ou são de lodo apagadas ou assumem a feição de mera rescindibilidade. Essa idéia, posta em palavras inexcitavelmente claras e por isso dignas de transcrição, foi assim exposta: “A nulidade do ato comporta consideração exclusivamente “endo-processual”, para que, pendente o processo ainda, o ato imperfeito (ou contaminado por defeito anterior) receba a sanção consistente na *anulação*: essa anulação só pode ser *imposta mediante outro ato processual* (o que é característico do sistema de nulidade em direito processual, que é ramo do direito público...). As nulidades são vicissitudes da vida do processo e perdem todo significado e razão de ser quando ele se extingue, tornando-se irrecorrível a sentença dada: com o trânsito em julgado, a preclusão máxima que sobre ela se abate impede que qualquer questão relevante para o processo ou seu resultado (sentença, seus efeitos) venha ainda a ser proposta, ou reproposta. Trata-se da eficácia preclusiva da coisa julgada formal, expressa no art. 474 do CPC”.²⁹

Visto o problema por esse ângulo, pode-se dizer que a invalidade acaso presente na sentença deixa de existir como tal a partir do seu trânsito em julgado. Ou, com melhor expressão, “em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui de modo algum se preexclui), a nulidade

converte-se em simples *rescindibilidade*”.³⁰ Isso - cabe acrescentar - quando não desaparece de todo, sepultada pela preclusão máxima, pois nulidades há que não sobrevivem à coisa julgada formal sequer sob essa singular configuração de rescindibilidade e extinguem-se com o processo em cujo bojo se haviam manifestado: basta que não estejam arroladas entre as causas de rescisão.

8. Os embargos do art. 741, I, do CPC

Nem todos os defeitos do processo, entretanto, submetem-se a essa alternativa entre o desaparecimento e a sobrevivência sob a nova forma de rescindibilidade. Como referido anteriormente, a excepcional gravidade da falta ou nulidade da citação, seguida de revelia do demandado, conduziu o legislador a uma solução única e altamente diferenciada para a anomalia. A fim de permitir ao revel subtrair-se aos efeitos de um julgamento desfavorável lançado em processo ao qual foi ele de fato estranho, porque suprimida a possibilidade de efetiva instauração do contraditório, assegurou-se-lhe a faculdade de opor-se à própria execução da sentença, pela via dos embargos, sob invocação da falha ocorrida no processo de conhecimento.

Esse o caminho normal de que dispõe o vencido, portanto, o único, aliás, explicitamente mencionado na lei do processo. Mas, como, também, já foi ponderado, o emprego possível desse remédio é consideravelmente limitado por condicionantes que podem estar, inclusive, na dependência do arbítrio da contraparte. Antes de tudo, é preciso que haja uma execução, envolvendo o pressuposto de ser condenatória a sentença. E não se duvidará de que julgados altamente gravosos para o revel possam ser meramente declaratórios ou constitutivos: pense-se, p. ex., na sentença de divórcio ou na negatória de paternidade. Em casos tais, e também quando o provimento judicial seja exequível em estrito sentido mas nunca chegue a ser efetivamente executado, a oportunidade para os embargos não se apresenta. Não seria razoável, pois, limitar o exercício da pretensão veiculável segundo o art. 741, I, a essa via manifestamente insuficiente e sujeita, de resto, a um prazo curto e peremptório.

9. Sobrevivência da “querella nullitatis”

Todas as considerações já alinhadas conduzem à conclusão de continuar admissível no direito brasileiro contemporâneo a ação autônoma de desconstituição da sentença proferida contra o revel não citado, que representa a continuidade e a sobrevivência, pelo menos nessa limitada hipótese, da *querela nullitatis*. Significa isso que a postulação em juízo pela nulidade da sentença independe, no caso, tanto de sua rescisão como do uso de embargos à execução, com algumas conseqüências relevantíssimas. A primeira é a de não se precisar dirigir a arguição a um juízo de grau ou hierarquia superior à do prolator da sentença, mas a este mesmo. Outra é a de não se submeter a ação cogitada ao curto prazo decadencial em que é proponível o pedido de rescisão.

A absorção das velhas hipóteses de *querela nullitatis* pela moderna ação rescisória, portanto, não se fez por completo no direito brasileiro. O vício em causa continua a ser considerado suficientemente grave para resistir à absorção, assim como resistiu à eficácia sanatória da *res judicata*.³¹ Como a doutrina, a jurisprudência tem consagrado a admissibilidade da *querela nullitatis* sob essa forma moderna, tratando-a como ação autônoma, “ordinária” (no sentido de atípica, sem referência ao procedimento) e declaratória. Merece particular atenção um antigo acórdão paulista, por haver tratado com notável exatidão os temas envolvidos, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939. O enunciado principal da ementa merece transcrito: “Subsiste em nosso direito, como último resquício da *querela nullitatis insanabilis*, a ação declaratória de nulidade, quer mediante embargos à execução, quer por procedimento autônomo, de competência funcional do juízo do processo original. A sobrevivência, em nosso direito, da *querela nullitatis*, em sua formação primitiva, restrita aos vícios da citação inicial, corresponde a uma tradição histórica, cujo acerto, na moderna

conceituação da relação jurídica processual, adquire flagrante atualidade. Na evolução do direito luso-brasileiro, a *querela nullitatis* evoluiu até os contornos atuais da ação rescisória, que limitou a antiga prescrição trintenária para o lapso quinquenal de decadência. Todos os vícios processuais, inclusive os da sentença, uma vez transitada esta em julgado, passaram a ser relativos e, desde que cobertos pela *res judicata*, somente são apreciáveis em ação rescisória, específica à desconstituição do julgado. Um deles, porém, restou indene à transformação da *querela nullitatis* em ação rescisória: a falta de citação inicial, que permaneceu como nulidade *ipso jure*, com todo o vigor de sua conceituação absoluta de tornar insubsistente a própria sentença transitada em julgado”.³²

A mesma tese tem prevalecido no STF, dentre cujos arestos sobre o tema pode ser destacado o seguinte, emitido por seu plenário e contendo em alguns dos votos proferidos análise excelente do tema: “Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que foi proferida: 1. Para a hipótese prevista no art. 741, I, do atual CPC - que é a da falta ou nulidade da citação, havendo revelia - persiste, no direito positivo brasileiro, a *querela nullitatis*, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, a rigor, não é a cabível para essa hipótese”.³³

Esses julgados, citados a título meramente exemplificativo, traduzem filiação unânime dos tribunais pátrios aos pontos básicos da doutrina aqui sustentada.

10. Arguibilidade do vício mediante ação rescisória

A apontada sobrevivência da *querela nullitatis* para a hipótese em foco, evidentemente, não significa só por si a exclusão de outros remédios jurídico-processuais voltados para o mesmo objetivo. Desde logo, está apontada na lei a via dos embargos à execução, na regra da qual, de certo modo, se infere tudo o mais que vem sendo afirmado. Não falta, aliás, quem defenda a arguibilidade do vício sob qualquer forma, como mero incidente, até mesmo “por simples petição”.³⁴

Interessa particularmente indagar, por razoável a dúvida sobre o ponto e porque já eventualmente questionado, da admissibilidade da própria ação rescisória para o caso. Observe-se, inclusive, que o citado aresto do Pretório Excelso sugere certa reticência a respeito, *verbis*: “... ação rescisória que, em rigor, não é a cabível para essa hipótese”. Anote-se, mais, que alguns setores da doutrina rejeitam mais direta e enfaticamente o cabimento da rescisória, sobretudo a partir da idéia de tratar-se de sentença *inexistente* que por isso mesmo não precisa de rescisão nem a comporta, ou de que sua nulidade seria *pleno jure*, daí decorrendo a mesma conseqüência.³⁵ Mas, de outra banda, pode-se encontrar abundância de julgados que rescindiriam sentenças por esse fundamento, muita vez sem sequer discutir a admissibilidade do remédio. E, também, essa admissibilidade, quando examinada como questão proposta, tem inclinado pela afirmativa os pretórios, ao modo do que se pode também constatar na doutrina.³⁶

À objeção segundo a qual não se pode rescindir, desconstituir, desfazer o que não existe, facilmente se responde que o caso é de sentença existente, embora nula. E a de ser igualmente impassível de rescisão o ato nulo de pleno direito, porque desnecessária, igualmente se pode contrapor que a distinção entre *nulo* e *cinulável*, ou entre nulidade absoluta e relativa, não tem a importância que lhe atribui a doutrina presa aos critérios discretivos acadêmicos: os vícios da sentença, mesmo os de nulidade dita *pleno jure*, são primeiro alegáveis mediante recurso, mas o superveniente trânsito em julgado em regra os transmuda em simples rescindibilidade, se é que não os apaga de todo - como já foi demoradamente analisado. 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.

Não se veja dificuldade, outrossim, em emoldurar a hipótese na casuística do citado artigo. Seu inc. V tem espectro suficientemente largo para acolher a espécie. Está amplamente vitoriosa na literatura e na jurisprudência de hoje a tese da inclusão nesse prospecto legal das infrações à lei processual,³⁷ do que se chegou a duvidar em outros tempos. Ora, a sentença proferida à revelia do réu cuja citação não se fez validamente, ou de todo não se fez, é sentença lançada com afronta a literal disposição de lei.

Também o argumento por vezes invocado da falta de interesse, capaz de conduzir à carência de ação, pode ser rebatido sem maior dificuldade. A objeção seria esta: não se poderia explicar a propositura da ação de rescisão, quando se sabe que o autor dela não se acha de modo algum afetado pela sentença rescindenda, e portanto não se beneficiaria de qualquer “utilidade” da sentença rescindente. Ora, no fundo, o problema é ainda da suposta “indiferença” da sentença relativamente à parte cuja citação não se fez validamente. Ocorre que, mesmo imune aos efeitos *jurídicos* dela, podem ser inevitáveis os efeitos práticos sobre o crédito, o bom nome e a tranqüilidade da pessoa em causa. O restabelecimento desses valores, que sem dúvida são juridicamente relevantes e dignos da tutela jurisdicional, representa utilidade suficiente para a configuração do interesse processual no sentido chiovendiano.

Mesmo que se questionem todos esses argumentos, de resto, permanece o fato de que a

jurisdição tende a ampliar a esfera de seu exercício, com gradativa supressão das restrições existentes, na medida em que se vê cada vez mais. como mecanismo de tutela de interesses, e não apenas como manifestação do poder estatal. Aos indivíduos, aos grupos e ao próprio Estado convém que o exercício do poder jurisdicional cubra a mais extensa gama possível de conflitos a cuja solução seja adequado. Ora, se é verdade que, mesmo duvidosa a presença, a do “interesse processual” no mais rigoroso sentido que a doutrina dá à expressão, é certo que a parte tem benefício a extrair da sentença pretendida (no caso, a de rescisão), não há por que se lhe fechem as portas do pretório. Em atenção essa ordem de considerações relevantíssimas, e não somente “em obséquio ao princípio da instrumentalidade do processo”, é que se tem “admitido a rescisória como via hábil para a declaração da nulidade *pleno jure* (v. g., quando nula a citação, segundo espécime jurisprudencial recente e representativo de uma clara tendência).³⁸

Não se trata, pois, de simplesmente admitir que, incidental ou acidentalmente, nos autos de uma ação rescisória proposta com fundamento outro se venha a declarar a nulidade do processo anterior e, pois, da sentença rescindenda, por falta ou nulidade da citação correspondente.³⁹ Admissível é, isto sim, a propositura da ação rescisória com o específico objetivo de desconstituir aquela sentença, pelo referido motivo.

11. Fungibilidade dos remédios processuais utilizáveis

À vista do exposto, não há por que limitar-se ou condicionar-se o emprego de qualquer desses diversos remédios processuais segundo o momento ou a eventual preclusão acaso ocorrida em relação a algum deles.

Desde o momento em que transita em julgado a sentença, o réu, que não foi validamente citado e caiu em revelia, está habilitado a servir-se da *querela nullitatis* como ação “ordinária”, declaratória e autônoma ou da ação rescisória, sem restrição alguma na escolha que exercerá segundo sua melhor conveniência. Se, ao demais, a sentença está sendo executada, e flui o prazo para os embargos do devedor, ajunta-se a essa alternativa dita ação incidental segundo o art. 741, I, do CPC. Esse conjunto de “ações” (no impróprio mas usual sentido de remédios jurídico-processuais) se oferece ao interessado em típico “concurso eletivo”,⁴⁰ sendo-lhe lícito servir-se indiferentemente de qualquer dos vários remédios a cujo respeito não se haja consumado ainda alguma modalidade de preclusão.

Não cabe invocar-se o art. 245 do CPC para excluir-se o exercício da ação rescisória, ou o da *querela nullitatis*, tendo a parte perdido o prazo para embargar, quando cabível. Essa preclusão é exclusivamente “endo-processual”, dizendo respeito só à arguibilidade das nulidades no próprio processo onde ocorreram.⁴¹ Menos ainda se haveria de supor que após findar o prazo de decadência da rescisória também decairia a parte da ação de nulidade, o que implicaria, na prática, reduzir-se a hipótese a um caso a mais de rescisão.

Assim, mesmo dispondo dos embargos (que, a toda evidencia, em princípio lhe convém melhor, mercê de sua eficácia suspensiva da execução), a parte pode preferir a ação rescisória (se não fluiu ainda o biênio decadencial) ou a ação autônoma de nulidade. Esse concurso eletivo só deixará de existir, portanto, quando se haja extinto ou não se haja aberto o prazo para embargar e também o prazo decadencial do pedido de rescisão tenha-se esgotado. Isso ocorrendo, restará a *querela* de nulidade como via única remanescente.

É oportuno ponderar, contudo, que, como em regra ocorre nos concursos eletivos de “ações”, *electa una via, non datur regressas ad alteram*. Portanto, veiculada a pretensão por qualquer dos caminhos disponíveis (embargos, ação rescisória ou *querela nullitatis*), fecham-se os demais.

12. Conclusões

Se é exato o que ficou exposto, podem-se estabelecer algumas conclusões relevantes quanto aos temas discutidos:

a) Quando se trata da validade de atos processuais, e em particular da sentença, o esquema classificatório dos vícios fixado pela doutrina tradicional, se aproveitável, tem de ser tomado com cautela, tendo-se em cuidadosa linha de conta a especificidade daqueles atos e sobretudo a eficácia sanatória peculiaríssima da coisa julgada. Daí decorre que a distinção clássica entre nulidade *pleno jure*, nulidade relativa e anulabilidade perde relevo quando se fala da sentença *transitada em julgado*, pois desde então os vícios dela ou desaparecem ou convertem-se em simples *rescindibilidade*, em regra.

A essa sanabilidade faz exceção, por imperativo legal atento aos princípios basilares do processo, a hipótese da sentença proferida à revelia do réu que não fora citado, ou cuja citação fora nula. Em tal caso, a sentença existe, mas é nula, podendo ser sua invalidade declarada mediante *querela nullitatis*, assim como pode ser rescindida segundo o art. 485, V, do CPC, ou ainda neutralizada em sua execução pela via dos embargos do executado (CPC, art. 741, I).

Essas diferentes vias de manifestação da pretensão do revel não citado ou mal citado correspondem em realidade a uma ação de nulidade, ou *querela nullitatis*, que, portanto, para o caso e com caráter excepcional, sobrevive no direito brasileiro atual.

O concurso de remédios jurídico-processuais é eletivo, dispondo o interessado de qualquer deles, à sua escolha, enquanto não ocorra a respeito de cada qual alguma forma de preclusão.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. V. II, São Paulo, 1978.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed., v. II, Rio, 1983.

BARROS, Hamilton Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. IX, Rio, 1974.

CALAMANDREI, Piero. “Cassazione Civile”. Verbete no *Nuovo Digesto Italiano*, v. II.

_____. *La Cassazione Civile*. Vs. VI e VII das *Opere Giuridiche*, Nápoles, 1976.

CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. VIII, São Paulo, 1974.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio, 1959.

COSTA, Moacyr Lobo da. “A revogação da sentença - perfil histórico”. Separata da *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. LXXII, 2º fascículo.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Drecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1975.

DALL'AGNOL JR., Antonio Janry. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. III, Porto Alegre, 1985.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Notas à edição brasileira do *Manual de Direito Processual Civil* de E. T. Liebman. Rio. 1984.

- ____ *Fundamentos do processo civil moderno*. 2ª ed., São Paulo, 1987.
- ____ *Litisconsórcio*. São Paulo, 1984.
- FURTADO, Paulo. *Execução*. São Paulo, 1985.
- GRECO Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2º v., São Paulo, 1984.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito Processual Civil*. São Paulo, 1974.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Limites Objetivos do Recurso de Apelação*. Rio, 1961.
- JOBIM, Nelson. “A sentença e a preterição de litisconsorte necessário”. *AJURIS* 28/32.
- KOMATSU, Roque, e SANSEVERINO, Milton. *A Citação no Direito Processual*. São Paulo, 1977.
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre, 1953.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo, 1947.
- ____ *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Dinamarco, v. I, Rio, 1984.
- ____ “Notas” às *Instituições de Direito Processual Civil de Chiovenda*. 2ª ed. bras., São Paulo, 1965.
- ____ *Processo de Execução*. 4ª ed., São Paulo, 1980.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 3, São Paulo, 1976.
- MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. III, Rio, 1940.
- MÉNDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona, 1980.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)*. 5ª ed., Rio, 1979.
- ____ *Tratado da Ação Rescisória*. 5ª ed., Rio, 1976.
- ____ *Tratado de Direito Privado*. 2ª ed., t. 4, Rio, 1954.
- MOREIRA, J. C. Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed., v. V, Rio, 1985.
- MOURA, Mário Aguiar. *Embargos à Execução*. 4ª ed., 2ª tir., Rio, 1987.
- NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed., v. VII, Rio, 1984.
- NILSSON, Jurandyr. *Nova Jurisprudência de Processo Civil*. V. II, São Paulo, 1976.
- PACHECO, José da Silva. *Direito Processual Civil*. São Paulo, 1976.
- ____ “Nulidade processual”, verbete no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. V. XXXIV.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed., v. III, Rio, 1983.
PAULA, Alexandre de. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência - nova série*. V. IV, Rio, 1983.

PINTO, Nelson Luiz. *Ação de Usucapião*. São Paulo, 1987.

REZENDE Filho, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 9ª ed., v. I, São Paulo, 1968 (corrigida e atualizada por Benvindo Aires).

SANSEVERINO, Milton, e KOMATSU. Roque. *A Citação no Direito Processual*. São Paulo, 1977.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 5ª ed., v. I, São Paulo, 1977.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *O Processo de Execução na Doutrina e na Jurisprudência*. Rio de Janeiro, 1986.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Pádua, 1951.

SILVA, Antonio Carlos da Costa e. *Tratado do Processo de Execução*. 2ª ed., Rio, 1986.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. V. I, Porto Alegre, 1987.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed., Rio, 1986.

THEODORO JR., Humberto. *A Execução de Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal* (tese). Rio, 1987.

____ *Curso de Direito Processual Civil*. V. I, Rio, 1985.

____ “Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença”. *RePro* 19/23.

____ *Processo de Conhecimento*. 2ª ed., Rio, 1981.

TUCCI, Rogério Lauria, “Ação rescisória”. *Da Ação e do Processo na Teoria e na Prática*, São Paulo, 1978.

VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VI, São Paulo, 1974.

____ *Da Ação Rescisória de Julgados*. São Paulo, 1948.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*, 5ª ed., v. II, Milão, 1955.

1. Dificilmente algum autor, entre os nacionais, terá sido mais rigoroso e preciso, a propósito da separação entre os planos da existência, da validade e da eficácia, do que Pontes de Miranda, v. g., nos *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t.III/ 449 e ss. e no *Tratado de Direito Privado*, t. 4/3-6 e *passim*.

2. Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V/113, 5ª ed., 1985.

3. Cf. Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. II/338 4ª ed., 1983.

4. Batista Martins, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III/232 e ss. Aparentemente, também Moraes e Barros, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. IX/428.
5. Dizer-se que o ato nulo “não produz efeito algum” é “afirmação de pequeno alcance no direito processual, porque, mesmo nulos, produzem efeitos “normais até serem invalidados...” (Moniz de Aragão, ob. cit. p. 340). A inadequação do binômio clássica nulidade-anulabilidade ao ato processual e sobretudo à sentença conduz a equívocos como o do exímio especialista Bueno Vidigal, que viu na rescisória uma declaratória de nulidade (*Ou Ação Rescisória de Julgados*, p. 16). Mas o mesmo autor classifica a ação, corretamente, como constitutiva, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI/39 e 227.
6. Vira-o já Galeno Lacerda, *Despacho Saneador*, p. 69, provavelmente a primeira e ainda melhor sistematização da matéria na literatura nacional.
7. Barbosa Moreira, ob. cit., p. 294.
8. “Do exame das fontes não resulta que a *restitutio in integrum* tivesse tido aplicação contra o julgado nulo, mas, tão-somente, contra os efeitos iníquos de julgados formalmente válidos. O fundamento da *restitutio praetoria* é sempre a equidade. Nem a nulidade formal, nem a injustiça substancial... Lobo da Costa, “A revogação da sentença - perfil histórico”, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. LXXII/201 e ss., 2º fascículo.
9. Por isso, não se pode estabelecer correlação rígida entre recurso e injustiça da decisão, de um lado, e ação impugnatória e vício formal, de outra banda, como, entre outros, pretendeu Zanzucchi, *Diritto Processuale Civile*, v. II/175 e ss.. 5ª ed., 1955. Cf., sobre isso e o mais que vem sendo exposto, a excelente resenha histórica feita por Calamandrei, *La Cassazione Civile*, vs. VI e VII das *Opere Giuridiche*, ou, mais abreviadamente, no verbete “Cassazione civile” do *Nuovo Digesto Italiano*, v. II. Cf., outrossim, Liebman, nota 4 às *Instituições* de Chiovenda, v. III/200; Machado Guimarães, *Limites Objetivos de Recurso de Apelação*, p. 50.
10. Anotando a constatação, Barbosa Moreira observa, entretanto, que a ZPO da Alemanha Oriental, de 1975, abandonou esse padrão ao reunir as hipóteses sob o nome e a disciplina unificada de revisão (ob. cit., p. 107, nota 147).
11. A idéia foi assim excelentemente exposta por Ramos Méndez, que se rebela contra a inclusão da *revisión espanhola* (na verdade, uma rescisória) entre os recursos: *Derecho Procesal Civil*, p. 737.
12. A sentença *reformada* é substituída por outra, de teor diverso, emitida pelo juízo *ad quem*; a sentença *anulada* (ou declarada nula) é suprimida do mundo jurídico pelo órgão recursal, e deve ser substituída por outra no juízo *a quo* ou por outro do mesmo grau; a sentença *cassada* é simplesmente suprimida, sem que nada a substitua, como no caso de haver sido proferida prematuramente.
13. Retro, nota 5.
14. Pode-se certamente pensar em outras “formas não recursais de impugnação às sentenças e acórdãos”. Ovídio Baptista da Silva - quem cunhou essa designação genérica - p. ex., alinha: uniformização de jurisprudência, reexame necessário, correição parcial, avocatória (RISTF, art. 252), reclamação (RISTF, art. 156), mandado de segurança, embargos de terceiro, ação cautelar inominada, e *habeas corpus* (*Curso de Processo Civil*, v. I/408 e ss.). Mas tais cogitações situam-se, por certo, fora do círculo de idéias a que se: até o presente estudo.

15. Cf. Antonio Janyr Dall'Agnol Jr., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III/262.
16. Milton Sanseverino e Roque Komatsu, *A Citação no Direito Processual*, p. 36.
17. Humberto Theodoro Jr., *A Execução de Sentença e a Garantia do devido Processo Legal*, p. 240.
18. Por Theodoro Jr., ob. e loc. cit. Mas não parece acolhível a sugestão, aparentemente embasada em confusão entre os conceitos de parte em sentido de direito material e em aceção de direito processual. Citado ou não, foi parte no processo desde o momento em que contra ele se voltou a demanda.
19. V., p. ex., a crítica ácida de Pontes de Miranda a Bueno Vidigal, em um dos raros momentos em que abandonou sua olímpica indiferença pela literatura nacional (ob. cit., t. VI/250).
20. Alinha-se com essa idéia a interessante sugestão de Calmon de Passos para subordinar-se todo o capítulo das nulidades processuais, em visão rigorosamente teológica, aos “fins de justiça do processo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III/443 e ss. da 4ª ed., 1983), segundo já propunham Satta (*Diritto Processuale Civile*, n. 112) e Zanzucchi (ob. cit., p. 409). A crítica abalizada de Moniz de Aragão (ob. cit., p. 336) quanto ao demasiado subjetivismo do critério tem sua razão, mas o filão aberto merece exploração mais profunda.
21. Como, p. ex., Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, v. contentando-se com afirmar que a sentença “não terá valor jurídico”. Ou Liebman, ao dizer que o vício “torna radicalmente nulo, juridicamente inexistente o processo, igualmente nula e inexistente a sentença proferida” (*Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 185). E, no entanto, o mesmo Liebman preocupou-se alhures em fixar com rigor o conceito de inexistência (adiante, nota 22).
22. Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, trad. Dinamarco, v. I/627 e 628, n. 124.
23. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 377.
24. Assim, entre outros, Pontes de Miranda, ob. cit., t. XI/94, além da passagem citada à nota 19 e várias outras; Barbosa Moreira, ob. cit., p. 112; Bueno Vidigal (este algo confuso e contraditório), *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI/36-39, ir. 27 a 29, e *Da Ação Rescisória de Julgados*, p. 16; Celso Neves, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VII/254; Humberto Theodoro Jr., *A Execução...* cit., p. 240; idem, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I/312; Dall'Agnol Jr., *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III/262; José da Silva Pacheco, *Direito Processual Civil*, p. 429; idem, verbete “Nulidade processual”, no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, XXXIV; Antonio Carlos Costa e Silva, *Tratado do Processo de Execução*, v. 2º/1.341, 2ª ed., 1986; Ulderico Pires dos Santos. *O Processo de Execução na Doutrina e na Jurisprudência*, p. 476; Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 3/233; Mário Aguiar Moura, *Embargos à Execução*, p. 216, 4ª ed., 2ª tir., 1987.
25. Entre outros, sustentam a inexistência dessa sentença, com firmeza e convicção, Moniz de Aragão, ob. cit., p. 339; Amílcar de Castro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII/393; Costa e Silva, ob. cit., p. 1.341; Vicente Greco Fº, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2/364; Nelson Luiz Pinto, *Ação de Usucapião*, 81. Em alguns passos, também Liebman, como em *Processo de Execução*, p. 218, 4ª ed. 1980, e “Parecer” in *RT 152/443*, depois incluído nos *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 186; Cândido Dinamarco,

nota 167 do tradutor ao *Manual de Direito Processual Civil*, de Liebman; Bueno Vidigal, *Da Ação Rescisória* cit., p. 33; idem, ob. cit., p. 218.

26. O exemplo é de Moniz de Aragão, ob. e loc. cit. à nota 23.

27. Tenham-se em conta, porém, importantes ressalvas e objeções como as de Dinamarco, *Litisconsórcio*, pp. 196 e ss., e Nelson Jobim, “A sentença e a preterição de litisconsorte necessário”, in *AJURIS* 28/32.

28. A distinção foi sugerida por Jobim, art. cit., para limitar a ineficácia à segunda classe. Mas não parece procedente a distinção. O próprio exemplo da ação de usucapião, com o qual se ilustrou a tese em menção, contém a inaceitável idéia de que a aquisição por usucapião estaria declarada por sentença com plena eficácia, relativamente a alguns confrontantes (citados), mas não em face de outros (não citados). Ora, a natureza mesma do instituto da usucapião impõe a eficácia (ou ineficácia) *erga omnes*. Sem radicalizar, Theodoro Jr. também parece sugerir tratamento diferenciado (*verbis* “...mormente quando, além de *necessário*, tratar-se de litisconsórcio *unitário*...”) no seu excelente estudo sobre “Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença”, in *RePro* 19/23.

29. Dinamarco, *Litisconsórcio*, cit., p. 196.

30. Barbosa Moreira, ob. cit., p. 111; Liebman, *Manual...* cit., p. 266; Rogério Lauria Tucci, “Ação rescisória”, in *Da Ação e do Processo Civil na Teoria e na Prática*, p. 26.

31. Costa e Silva, ob. cit., p. 1.341; Silva Pacheco, “Nulidade processual” cit.; Pontes de Miranda, ob. cit., t. XI/92 e 93, com amplíssima ilustração bibliográfica dos velhos praxistas e decisionistas; Celso Neves, ob. cit., p. 256; Liebman, “Nulidade da sentença proferida sem a citação do réu”, in *Estudos* cit., p. 181 e ss.; idem. *Processo de execução* cit., p. 217.

32. 4ª Câm. Cív. do TACivSP, in *RT* 386/211.

33. Ac. un. do Tribunal Pleno, no RE 97.589-6-SC, j. 17.11.1982, rel. Min. Moreira Alves, in *Lex-JSTF* v. 56/177. Cf. tb. *RTJ* 110/210, 104/826 e 107/778, STF.

34. Cf., Arruda Alvim, ob. cit., v. II/157.

35. V. g., Theodoro Jr., “Nulidade, inexistência... cit., à nota 28, p. 28: “O que não será correto é pronunciar julgamento com o sentido de *rescisão* de sentença nula ou inexistente”. É visível o condicionamento a que já aludimos ao rígido esquema classificatório acadêmico dos vícios, com invocação de ensinamento de Pontes de Miranda - autor que, entretanto, *admite* a rescisória para a hipótese (adiante, nota 36). Também, em termos ainda mais definitivos, Costa e Silva, ob. cit., p. 1.341.

36. Assim, como antes referido. Pontes de Miranda, para quem a rescisória apenas deixa de ser a única via aberta para a desconstituição, sendo, portanto, uma delas (ob. cit., p. 94). Também Arruda Alvim, ob. cit., p. 157; Moniz de Aragão, ob. cit., p. 338; Greco Filho, ob. cit., p. 364.

37. Cf. Barbosa Moreira, ob. cit., p. 133; Pontes de Miranda, ob. cit., t. VI/303 e ss.; idem, *Tratado da Ação Rescisória*, § 24, p. 303; Dinamarco, *Litisconsórcio* cit., p. 236; Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. I/220; Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 3/261; Theodoro Jr., *Processo de Conhecimento*, v. 2/807. Contra, Bueno Vidigal, *Da Ação Rescisória...* cit., pp. 58 e 59, idem, *Comentários* cit., P 100 103, seguido por Ada Pellegrini Grinover, *Direito Processual Civil*, p. 165; Lopes da Costa, *Direito*

Processual Civil Brasileiro, v. III/453. A ampla adesão da jurisprudência à tese do texto pode ser conferida em Alexandre de Paula *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência (nova série)*, v. IV/330-336, ns. 8.553, 8.568, 8.573, 8.573-A e 8.550, e em Jurandyr Nílsson, *Nova Jurisprudência do Processo Civil*, v. II/589-591, ns. 543 e 546.

38. AR. 853. TJMG, j. 20.11.1985, *apud* Sálvio Figueiredo Teixeira, *Código de Processo Civil Anotado*, p. 217, 3ª ed., 1986.

39. É o que sugere, em tom de concessão, Theodoro Jr. (v. nota 35).

40. Cf. Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. I/160 e 161; Gabriel Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I/178-179.

41. Poder-se-ia extrair a inferência, contudo falsa, da leitura de Paulo Furtado, *Execução*, p. 294.
