

Entretanto, uma sentença que *realmente* aprecie *parte* do pedido (por exemplo, se se pleiteia verba indenizatória de dez mil cruzeiros e o juiz concede seis, e *só aprecia estes seis*, nem mencionando os outros quatro na sentença) aí sim, caso esta decisão se torne definitiva, tratar-se-á de decisão indubitavelmente *nula*, passível de rescisão, por infração a literal disposição de lei.

Cumpra ressaltar, finalmente, que a sentença sem *decisum* não padece, propriamente, do vício de nulidade por não preencher o requisito do art. 458, III (já comentado e criticado).

A sentença sem decisum é inexistente, como se verá abaixo,¹³⁵ porque se descaracteriza enquanto sentença.

De nada adiantaria todo o cuidado que se tem em nível de doutrina, direito positivo e jurisprudência com as nulidades processuais, *lato sensu*, se se considerasse simplesmente *nula a sentença, objetivo do próprio processo, que carecesse de decisório.*

Isto porque de sentença rescindível se trataria. E, dois anos após seu trânsito em julgado, nada mais se poderia tentar contra ela.

3.1.2 *Vícios extrínsecos (do processo em que foi proferida) – A falta de pressupostos genéricos de admissibilidade do julgamento de mérito – Ausência de citação – Citação de pessoa falecida (ou extinta) – Teoria da aparência*

Será nula a sentença que provier de processo nulo.¹³⁶⁻¹³⁷

Segundo o que pensamos, o que, com mais vagar se verá no item subsequente, as sentenças nulas são precisamente, e *por excelência*, o objeto da ação rescisória.

(135) Item 3.1.4.

(136) As nulidades da sentença dizem respeito à sentença como atividade do juiz ou à sentença como ato escrito, diz Chiovenda. Das hipóteses

As que estão fora do âmbito de cabimento desta ação desconstitutiva são ou as inexistentes (em si mesmas, ou que tenham sido proferidas em processos inexistentes), ou são aquelas provenientes de processo, em que tenha havido vícios em relação aos quais se tenha operado preclusão, ou seja, *anulabilidades*.

Não há, portanto, na terminologia que propomos, sentenças eivadas de “nulidade relativa”. Elas só terão herdado do processo em que foram proferidas nulidades absolutas (as outras estarão preclusas) e os *vícios intrínsecos*, que como há pouco vimos, *consustanciam-se, sempre, em nulidades absolutas*. São, pois, sempre, decretáveis de ofício.

Embora nosso pensamento, como um todo, não coincida com o de M. I. Carvalho de Mendonça, este autor assevera que “seja como for, a origem, o fundamento da ação rescisória é a sentença nula”.¹³⁸

que cita este autor, estas nos parecem interessantes:

- a) da falta de pressupostos processuais (não sendo válida a relação processual, não haverá sentença válida);
- b) de ter havido nulidades não sanadas no processo (porque o nexo que liga os atos processuais entre si torna nulo todo o segmento subsequente à nulidade);
- c) de faltarem condições próprias de validade da sentença;
- d) de haver contradição interna na sentença.

Referem-se as letras *a* e *b* aos vícios que chamamos de extrínsecos. Já as letras *c* e *d* dizem respeito aos vícios intrínsecos, há pouco examinados (*Principii...*, *op. cit.*, p. 897).

(137) Sobre a relação entre nulidades processuais e sentença, ver Adolfo Gelsi Bidart, *op. cit.*, p. 79 e 80.

(138) *A vontade unilateral nos direitos de crédito – Ação rescisória das sentenças e julgados*, Anotações de Eduardo Spinola Filho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 299.

Neste mesmo trabalho, o Prof. M. I. Carvalho de Mendonça elenca casos de sentenças nulas e, pois, rescindíveis.¹³⁹

Dentre elas, está a sentença proferida em processo em que não houve citação, prolatada contra sentença já dada, dada por peita, fulcrada em falsa prova etc.

Há, como se vê, acentuada semelhança dessas hipóteses com as hipóteses alistadas no art. 485 do vigente CPC.

Cumprido, a esse propósito, analisarmos o problema das condições da ação e dos pressupostos processuais (de existência, de validade e negativos), a respeito dos quais se discorreu na primeira parte deste trabalho.¹⁴⁰

Começemos por analisar a situação de uma sentença de mérito proferida em ação, sem que tenham sido satisfeitas as suas condições.¹⁴¹

⁽¹³⁹⁾ *Ibidem*, p. 314 *et seq.*

⁽¹⁴⁰⁾ Contemporaneamente, parte da doutrina alemã designa os pressupostos processuais e aquilo que chamamos de condições da ação (exceção feita à legitimidade, pertencente ao mérito) numa só expressão: pressupostos de sucesso da demanda (*Erfolgsvoraussetzungen*), e esta categoria compreende os pressupostos de admissibilidade (*Zulässigkeitsvoraussetzungen*) e os pressupostos relacionados com os fundamentos da ação (*Begründetheitsvoraussetzungen*) (Edhard Wieser, *Das Rechtsschutzinteresse des Klagers im Zivilprozess*, 1.º capítulo principal, "Fundamentos", 1.ª parte, A, p. 13). Esta expressão é, também, utilizada pelo Prof. Wolfgang Grunsky. No entanto, diversamente do autor precedentemente citado, observa este último que, atualmente, ditos pressupostos processuais são reportados, principalmente, à realidade de se constituírem pressupostos da sentença de mérito ("wird häufig vol 'Sachurteilsvoraussetzungen' gesprochen") (*Grundlagen des Verfahrensrechts*, 3.º capítulo, parágrafo 34, I, p. 319).

⁽¹⁴¹⁾ Considerou-se nula a sentença proferida contra quem carecia de legitimidade *ad causam*: TJSC – Ap. 30.314 – rel. Alcides Aguiar – v.u. – j. em 21.03.1989 – *Jurisp. Cat.* 63/142. Rigorosamente, em nosso enten-

Para Liebman, neste caso, não terá havido atividade jurisdicional autêntica, mas *aparência* de jurisdição, ou a forma externa de jurisdição.¹⁴²

Tem-se, então, de admitir a idéia de que haja um "processo, que todos tocam, que tramita pelos escaninhos dos cartórios e com base no qual as estatísticas mensais que o magistrado registra, podem, até mesmo, granjear-lhe uma promoção por merecimento – mas que não passa de um fantasma, onde não existe atividade jurisdicional".¹⁴³

Ovídio Baptista da Silva não diz esposar a corrente de Liebman, mas este texto sugere-nos não creia este professor ser a teoria mais convincente. Prossegue o citado autor, dizendo que para que se possa manter fidelidade à teoria de Liebman, só há o caminho consistente em que se proceda a uma separação, teoricamente concebível, entre os conceitos de *direito de demandar* e do *direito de ação*, sendo aquele mais amplo que este.

Assim, aquele que, de acordo com os princípios da inércia e dispositivo, tivesse posto em marcha a máquina judiciária, propondo uma "ação", ausente uma ou mais de suas condições, teria, em verdade, exercido o *direito de demandar*, mas não o *direito de ação*. Neste esquema, os limites do direito de ação ficam sujeitos ao delineamento estabelecido pela doutrina.

Se admitíssemos que as sentenças proferidas em ações, às quais teria faltado uma condição, fossem nulas, porque a falta de condição da ação teria gerado nulidade processual, teríamos de admitir

der, como veremos adiante, especialmente no item 3.1.4, está-se diante de sentença juridicamente inexistente.

⁽¹⁴²⁾ L'azione nella teoria del processo civile, *Problemi del processo civile*, p. 47.

⁽¹⁴³⁾ Ovídio A. Baptista da Silva, verbete "ação de execução", *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, RT (texto ainda não publicado).

por coerência que estariam sujeitas, para serem desconstituídas, ao prazo decadencial da ação rescisória.

Escoado este biênio, caberia perguntar-se, por exemplo, qual seria a situação jurídica de uma sentença que desconstituiu a relação jurídica gerada pelo casamento, entre homem e mulher que não são, e que nunca foram, cônjuges? Qual seria também a situação de uma sentença que, aos cônjuges verdadeiros, concedesse o divórcio antes que este instituto fosse acolhido pela legislação positiva brasileira? E a partilha de bens de pessoa viva, se se tivesse juntado aos autos uma certidão de óbito de um homônimo?

Ter-se-iam de admitir absurdos como, por exemplo, o de, depois de dois anos, escoados a partir do trânsito em julgado — e não sendo mais possível o uso da ação rescisória, ficassem divorciados (num país onde não houvesse divórcio, como o caso do Brasil, antes de 1977) pessoas que nunca foram casadas!... Esta sentença teria sido proferida, apesar da falta de duas condições da ação: possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam*.

Ora, “procura-se a hermenêutica com o resultado provável de cada interpretação”. “O direito deve ser interpretado inteligentemente, e não de modo que a ordem legal envolva absurdos”.¹⁴⁴

Indubitavelmente, admitir que o sistema possibilitasse eternizarem-se sentenças com vícios desta ordem, seria admitir que o sistema alberga soluções absurdas, o que não é, *em absoluto*, desejável.

Parece-nos, então, que as sentenças proferidas em processos instaurados por meio de ação, *sem que tenham sido satisfeitas* uma ou mais condições de ação: legitimidade, interesse e possibilidade

⁽¹⁴⁴⁾ Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 210.

jurídica do pedido, não podem ser consideradas nulas, mas *inexistentes*.¹⁴⁵⁻¹⁴⁶

Passemos ao exame das nulidades das sentenças enquanto reflexo de falta de pressupostos processuais, ou de existência de pressupostos processuais negativos.

A citação, como já se viu anteriormente, figura entre os pressupostos processuais de existência.

Entretanto, a esta altura do desenvolvimento deste trabalho, cabe perguntar se basta que tenha havido citação, ainda que viciada, para que se repute existente a relação processual e, portanto, também o processo. A resposta é negativa.

⁽¹⁴⁵⁾ Lino Enrique Palacio cita como exemplo de sentença inexistente aquela que contém “dispositivo impossível ou absurdo” (*Manual de derecho procesal civil*. 12 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996 n. 153, p. 328). Semelhante exemplo (sentença com “conteúdo impossível”) também é dado por Federico Carpi e Michele Taruffo, (*Commentario breve al codice di procedura civile, op. cit.*, 4. ed., 2002, p. 486) e por Attilio Guarneri, *L'azione di nullità (Riflessioni sistematiche e comparatistiche)*, *Rivista di diritto civile, op. cit.*, 1993, n. 1, p. 54).

⁽¹⁴⁶⁾ Já se sustentou, em sede doutrinária, que não é nulo o processo em que faleça ao autor alguma das condições da ação... o que sucederia é que a apreciação do pedido, do autor, se faz inviável, ficando o juiz desobrigado de prestar a tutela jurídica pleiteada.

Mas, e se proferida tal sentença? O vício é de nulidade, inegavelmente, diz Cândido Rangel Dinamarco, “diretamente decorrente do vício caracterizado pela omissão no procedimento [por não se ter extinguido o processo sem julgamento do mérito, cf. art. 267, VI do CPC], não da carência de ação em si mesma” (*Litisconsórcio, op. cit.*, n. 63.1, p. 253). São hipóteses em que os Tribunais, mesmo de ofício, têm anulado as sentenças. É um caso de nulidade decorrente, conseqüência de vício anterior.

Perfeito, de acordo com a nossa posição, estaria o enfoque referido, se se substituísse o termo *nulidade* por *inexistência*.

Os conceitos de que anteriormente cuidou-se de separar, de eficácia e de nulidade, agora têm de ser examinados *conjuntamente* para que se possa responder a esta indagação.

Como já se viu, a *diferença entre existência, nulidade e anulabilidade, sob um certo prisma*, consiste numa gradação. Entretanto, no que diz respeito especificamente à citação, a eficácia, no sentido de *produção efetiva de efeitos*, é o critério para delimitar os contornos das áreas da nulidade e da inexistência.

Considerando que a citação é ato de *comunicação*, deve a informação de que há ação judicial em trâmite chegar ao seu destinatário. A expedição da carta, mandado ou edital de citação, assim, é apenas *parte* da citação, que somente se perfaz quanto o demandado *recebe* a informação.¹⁴⁷

Por isso que, tão ou mais importante que a emissão da informação e sua validade, em si mesma considerada, é o conhecimento por parte daquele que ocupa o pólo passivo da relação jurídico-processual. Por isso, o comparecimento espontâneo do réu supre a falta ou nulidade da citação, consoante dispõe o art. 214 do CPC.¹⁴⁸

Assim, a *citação nula, somada à revelia*, deixará de ser *nula*, para ser *inexistente*: neste sentido, *deve considerar-se inexistente a citação nula somada à revelia*.¹⁴⁹ Não ocorre, neste caso, uma *transformação*

(147) Afirma André de Luiz Correia, com inteiro acerto, que “a citação é, ainda, ato unitário, mas complexo. Apesar de compreender dois elementos (daí ser complexa): oferta do libelo, que muitos chamam de comunicação do pedido à outra parte em todos os seus termos, e também o chamamento do réu a se defender – que, para a doutrina italiana, são elementos distintos – só se aperfeiçoa mediante a integração desses dois elementos (daí ser ato unitário)” (*A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2003, n. 2.3, p. 35-36).

(148) No mesmo sentido, André de Luiz Correia, *op. cit.*, n. 8, p. 260-261.

(149) Foi considerada, pelo Superior Tribunal de Justiça, nula a citação de pessoa jurídica quando quem assinou a contra-fé foi um funcionário

da nulidade em inexistência.¹⁵⁰ O que ocorre é que, se antes havia ato nulo – porque a emissão da citação não foi realizada validamente – este vício deixa de ser considerado diante do vício mais grave, consistente no fato de a informação veiculada por meio da citação não ter chegado ao réu (= ausência de citação).¹⁵¹

O problema da eficácia deixa de ter relevância se a citação, em si mesma, é absolutamente regular, não padecendo de vício algum. Separadamente, consoante a regra geral, devem-se colocar ambos os planos, o da validade e da eficácia. Neste caso, havendo revelia, este fenômeno por nada e em nada afetará a validade da citação.

A situação concernente à citação é, portanto, peculiar. Não pode ser considerada separadamente de sua “eficácia”, cujo “sintoma” seria a ausência de revelia. Assim, diante de uma citação viciada há que se perguntar: houve revelia? Se houve, a situação será equivalente à da inexistência de citação. Se não houve, fica como se o vício não tivesse havido, por força do art. 214, parágrafo 1.º, ou do expediente previsto no parágrafo 2.º do mesmo artigo.

*Concretamente, pois, não se configura a situação da citação nula: ou é inexistente, se, quando nula (isto é, tendo sido emitida de modo viciado), soma-se à circunstância da revelia, ou o vício se sana, com o comparecimento espontâneo.*¹⁵²

(advogado) da empresa, e não seu representante, e, ademais, houve revelia (REsp. 2.979 – RJ – 900.004.162-7 – 4.ª T. – rel. Min. Sálvio de Figueiredo – v.u. – j. em 29.05.1990 – TJSP e TFR-Lex 19/169). Outros exemplos de nulidade de citação serão citados adiante.

(150) José Maria Tesheiner, *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*, *op. cit.*, p. 23.

(151) Consoante se viu no item 2.2.5, *havendo dois vícios numa mesma situação, deve aplicar-se o regime jurídico do mais grave*.

(152) No mesmo sentido, Federico Carpi e Michele Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, *op. cit.*, 4.ª ed., 2002, p. 487, com referência à doutrina e jurisprudência italianas.

Do ponto de vista estritamente técnico, não se pode, realmente, dizer que o *contestar* seja o efeito da citação. O efeito típico e específico deste ato processual é o de levar ao conhecimento do réu a circunstância de que contra ele está sendo movida uma ação, na jurisprudência contenciosa. A lei processual, então, estabelece *formas*, cuidadosamente, para que este objetivo seja efetivamente atingido. O alcance deste objetivo é de capital importância para a estrutura do processo civil do mundo ocidental, de regime democrático, de que deriva um princípio a que convergem a grande maioria dos dispositivos do Código: *o do contraditório*. Sendo obedecidas, de forma ortodoxa, as regras que a lei impõe para que se proceda à citação, dá-se o objetivo por cumprido, pois as formas são integralmente reguladas, de molde que, por meio delas, quase que se *garanta a eficácia do ato*. Todavia, se tendo *afastado dos cânones formais* estabelecidos, resta saber se a *sua finalidade foi atingida*: ora, a forma mais simples de sabê-lo é a ausência da revelia, ou seja, é o fato de o réu ter contestado a ação.

Assim, uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e em que o réu tenha sido revel é *inexistente*, porque o foi, também, o processo.¹⁵³

Merece menção o caso de a citação se dar em *pessoa já morta*.

Citação de pessoa falecida ou de *pessoa jurídica extinta* é citação inexistente, por falta de elemento essencial: o sujeito passivo. Não se aplica o 247: o ato não é simplesmente nulo, por não terem sido obedecidas as formalidades legais. Dispõem, expressamente, a este respeito os art. 195 e 198 do CPC português, considerando como hipótese de *falta* de citação o caso de se evidenciar que foi feita depois do falecimento do citando.

⁽¹⁵³⁾ No mesmo sentido, André de Luiz Correia, *op. cit.*, n. 4, p. 92 *et seq.*

Não se trata de hipótese acadêmica já que a citação pelo correio, por edital e por hora certa podem sim realizar-se em já tendo falecido aquele que deveria ser citado.¹⁵⁴

Citação é ato de comunicação. É impossível falar-se em *comunicação* sem que haja alguém, no outro pólo, para receber a comunicação (ser comunicado).¹⁵⁵

Estar-se-á, portanto, num caso como este, diante de sentença de mérito que não tem aptidão para produzir coisa julgada,¹⁵⁶ não sendo, portanto, rescindível.

Isto porque, conforme observa Flávio Cheim Jorge:¹⁵⁷

“Ação rescisória, normalmente, serve para desconstituir uma sentença que mesmo eivada de nulidade transitou em julgado. Se não houvesse transitado em julgado, não haveria que se falar em ação rescisória. Pois como visto, o trânsito em julgado é pressuposto de cabimento da referida ação. (...)”

Seria caso para a ação declaratória de inexistência jurídica. Ainda, no mesmo trabalho, prossegue Flávio Cheim Jorge:

“Essa distinção comporta algumas conseqüências. No caso de sentenças nulas, o prazo para atacá-las será de 2 anos, como estipula o art. 495 do CPC, enquanto que para as sentenças inexistentes não existe prazo para tanto. E, ainda, enquanto a ação rescisória será proposta no segundo grau, a ação declara-

⁽¹⁵⁴⁾ A hipótese de citação por edital de pessoa falecida foi examinada pelo STJ no seguinte julgado: REsp 16391-RJ – 4.^a T. – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 04.05.1993 – DJU 21.06.1993, p. 12370.

⁽¹⁵⁵⁾ Barbosa Moreira, Citação de pessoa falecida, *RePro* 70/7.

⁽¹⁵⁶⁾ STJ – 4.^a T. – ROMS 8865-RJ – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 19.02.1998 – DJU 30.03.1998 – p. 65. Neste caso a citação também havia sido feita por edital.

⁽¹⁵⁷⁾ Ação rescisória – Ausência de citação do réu, *RePro* 78/258.

tória de inexistência deverá ser proposta no primeiro grau de jurisdição.”

Argumento que vem fortalecer a equivalência da situação da não citação à da citação nula somada à revelia é a própria redação do art. 741, I, do CPC, que imprime a ambas o mesmo regime jurídico, que é o da *inexistência*.

Assunto que abordaremos com mais vagar e minúcia no último item deste estudo, mas que merece, agora, rápida referência, é o âmbito do art. 741. Conforme pensamos, a inexistência, no processo, e especificamente a inexistência das sentenças, pode ser alegada a *qualquer tempo*, por meio (ou no bojo) de *qualquer ação*, inclusive a ação de execução (embora exista a possibilidade de se intentar ação própria, com fito de declarar tal inexistência).

Assim, pode o executado por título judicial, se for o caso, alegar por meio de embargos a falta ou a nulidade da citação, somada à revelia e qualquer vício da sentença que a torne inexistente (ter sido proferida por quem não era juiz, por exemplo, *pois a Jurisdição é pressuposto processual de existência*). Como dissemos atrás (item 1.2.1), trata-se de assunto passível de ser discutido até independentemente de estar seguro o juízo e de apresentarem-se os embargos, em exceção de pré-executividade.¹⁵⁸

Para aqueles que não admitem a exceção de pré-executividade, pode-se dizer que, sem dúvida, em todos estes outros casos, aplicar-se-á não o art. 741, I, mas o inciso seguinte, *pois de título inexigível se tratará*. Isto porque as sentenças (estas sentenças, proferidas em processo a que esteve ausente um ou mais dos pressupostos processuais de existência, ou as que proferidas em processos instaurados sem que houvesse uma, ou mais de uma, das condições da ação) não são títulos executivos, pois não terão passado em julgado.

⁽¹⁵⁸⁾ Nesse sentido: TJSP – 2.ª Câmb. – AgIn 207.342-4/4-00 – rel. Des. Cezar Peluso – j. 19.02.2002 – RT 800/262.

Outro argumento de que se pode valer para defender a posição segundo a qual todo e qualquer caso de sentença inexistente pode ser argüido pelo menos por meio de embargos é a redação do próprio *caput* do art. 741, que se refere a título judicial (sentença).

Ora, a execução que se pretende seja fundada em “sentença”, no caso de a *sentença ser inexistente*, não é, “na verdade”, fundada em sentença! Evidentemente, os vícios que terão dado origem a esta inexistência podem e devem ser alegados em embargos, até porque são mais graves que os alistados nos incisos do art. 741 (com exceção do inciso I, de igual gravidade).¹⁵⁹

Por outro lado, uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação inválida, mas a que o réu tenha comparecido *espontaneamente*, e tempestivamente contestado, o vício não terá chegado a ocorrer, ou ter-se-á “sanado” por força da lei. O art. 214 do CPC, que disciplina esta situação, vai ao encontro dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual e, de modo algum, *desfigura* vícios enquanto *nulidades típicas*.

Com ressalvas terminológicas, a jurisprudência tem decidido exatamente neste sentido: tendo havido citação com hora certa, não sendo o caso, e não tendo havido contestação, “nulo” é o processo e “nula” é a sentença.¹⁶⁰

⁽¹⁵⁹⁾ Liebman não se refere expressamente à hipótese de se poderem atacar sentenças inexistentes nos embargos à execução por título judicial. Mas, aludindo aos motivos que podem servir de base a esta “oposição”, admite necessária e implicitamente que de sentença trãnsita em julgado se trate (no caso de execução definitiva). Afirma, entanto, que “a oposição tem por objetivo imediato a questão da ilegitimidade de um ato de execução. Este, porém, não é senão um modo escolhido pelo legislador para atingir escopo muito mais vasto” (grifos nossos) (*Embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 158).

⁽¹⁶⁰⁾ Segundo pensamos, *inexistente* – 2.º TACivSP – Ap. 163.940 – 2.ª C. – rel. Pécio Mancebo – v.u. – j. em 12.12.1983.

A nulidade de forma da citação que consiste na falta de afixação do edital na sede do juízo, somada à revelia, geram vício decretável de ofício a qualquer tempo.¹⁶¹

Há decisões, embora raras, no sentido de que se a nulidade de citação não for argüida na primeira oportunidade em que o réu fala nos autos, fica vencida pela preclusão.¹⁶² Só seria correta esta solução se de anulabilidade se tratasse, segundo pensamos.

Cumprido, neste passo, considerar-se a função dos embargos do devedor, quando interpostos com base no art. 741, I, do CPC.

José Frederico Marques sustenta que a lei processual brasileira excepcionalmente regula remédios contra a sentença trânsita em julgado, e cita a ação rescisória e os embargos do executado, quando fundados em nulidade ou falta de citação, havendo revelia.¹⁶³

As considerações, anteriormente expendidas, prestam-se a sustentar posição contrária à de Frederico Marques. O vício da nulidade da citação, ou a sua falta, havendo revelia geram *inexistência*, não *nulidade*. Não se trata, pois, de função rescindente.¹⁶⁴ Isto porque, como já se mencionou, entendemos que, havendo citação nula, somada à circunstância da revelia, tem-se um caso de ausência de pressuposto processual de existência: a citação. Ter-se-á, nesta hipótese, processo inexistente e, por conseguinte, sentença (de mérito) inexistente. Se, também, não houver citação, e

(161) TJSP – 1.ª Câm. – AR 189751-1/0 – rel. Des. Alexandre Germano – j. 25.09.2001 – RT 796/238; TJSC – 2.ª C. – Ap. 18.642 – rel. Ernane Ribeiro – v.u. – j. em 01.09.1983.

(162) TJMS – TC – AI 404/82 – rel. Nelson Mendes Fontoura – v.u. – j. em 17.05.1982.

(163) *Manual de Direito Processual Civil, op. cit.*, V. 3, p. 257.

(164) Sobre o assunto e nesse sentido ver: Sérgio Rizzi, *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979, p. 5, e José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao CPC, op. cit.*, 10. ed., vol. 5, n. 68, p. 107-108..

houver revelia, estar-se-á diante do *mesmo fenômeno*, que consiste na inexistência do processo e da sentença (de mérito) nele proferida.

Assim, nada haverá a “rescindir”, propriamente, *pois sentenças inexistentes não ficam acobertadas pela autoridade da coisa julgada* (diferentemente do que ocorre com sentenças nulas, estas sim, eventualmente – se for o caso – passíveis de rescisão, pois, o que se rescinde não é a sentença, mas a coisa julgada).

Há decisões no sentido de que, em se tratando de litisconsórcio necessário, se não forem citados todos aqueles que, necessariamente, devem integrar o feito, a sentença é *inutiliter datur*, não podendo produzir efeitos, quer quanto *àqueles que participaram do processo*, quer quanto *aos que não participaram*.¹⁶⁵

Vale a pena, pelo interesse doutrinário que têm, transcreverem-se trechos do mencionado aresto:

“Por conseguinte, mostra-se insatisfatória a conclusão da r. sentença proferida nos embargos: se o título executivo subsistisse em relação ao marido – como decorre aparentemente da parte dispositiva da r. decisão recorrida – como poderia a mulher, que não foi parte na ação reivindicatória, discutir os pressupostos do pedido reivindicatório e sua extensão? De que lhe valeria a vitória obtida na presente demanda? De outra parte, se a sentença prolatada na ação rescisória é absolutamente ineficaz (como deflui do art. 47 do CPC), como poderia o reivindicante executá-la contra o réu varão?”

A solução que se impõe, por conseguinte, só poderá ser a postulada pela recorrente: a *declaração* da nulidade absoluta da sentença exequenda e, conseqüentemente, a anulação dos atos processuais que a precederam.

(165) TJSP – Ap. 62.616-1 – 2.ª C. – j. em 06.08.1985 – rel. Moretsohn de Castro – RT 602/92.

Isto se deve à circunstância de que esse vício é de fato de imensa gravidade (como já se viu, pode-se falar na inexistência jurídica, sob certo aspecto, como um vício) e, ao que nos parece, a *teoria da aparência* não deve ser aplicada para que se o considere “sanado”.

O *Zweipartei Prinzip*, o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório têm evidente conotação política, sendo, necessariamente, contextualizados num Estado democrático. Significaria perigoso precedente considerar sanado o vício de citação, porque esta se teria realizado em pessoa que aparentaria ser quem deveria efetivamente ter recebido a citação.

Merece transcrição, a propósito, julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, em que esta preocupação ficou registrada: “o sistema jurídico moderno muito embora prestigie as relações sociais que se baseiam na confiança legítima e na boa-fé, a teoria da aparência em caso tal, não se aplica, face à citação ser ato de essencial importância, diretamente vinculado à plenitude do direito assegurado pela Carta Magna.”¹⁷²

Parece-nos ser, de fato, *ônus do autor desincumbir-se de saber quem efetivamente deve receber a citação*. Abrir exceções à esta regra é, a nosso ver, pernicioso para o sistema jurídico brasileiro, objetivamente considerado e põe, obviamente, em risco o valor *segurança*, embora até se possa admitir que, em certos casos, possa ser justa a decisão.¹⁷³

⁽¹⁷²⁾ STJ – 2.^a T. – REsp 364292-MG – rel. Min. Francisco Peçanha Martins – j. 15.05.2003 – DJU 16.06.2003, p. 280.

⁽¹⁷³⁾ Em sentido contrário, já se admitiu como válida a citação de empresa de grande porte que, tendo mudado o endereço de sua sede, não tomou o “o cuidado elementar de garantir o normal recebimento da correspondência que lhe seria enviada nas semanas imediatamente posteriores à mudança”. Neste caso, admitiu-se a “citação feita na pessoa que se encontrava no local e recebeu, sem qualquer observação, a correspondência entregue pelo carteiro” (STJ – 4.^a T. – REsp

Neste sentido decidiu-se no STJ, no REsp. 35.198-8 – 1.^a T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – j. em 24.08.1994 – v.u. (*JSTJ e TRF-Lex 67/133*).

Ainda neste sentido, primoroso acórdão do STJ, cujo relator foi o Min. Eduardo Ribeiro (REsp. 40.291-3 – MG 93.0030627-8 – 3.^a T. – j. em 28.02.1994 – *JSTJ e TRF-Lex 59/273*). Por oportuno, transcrevemos pequeno trecho do corpo da decisão:

“Tenho dificuldade em aceitar, para ato de tal importância, entendimento que enseje dar-se por feita a citação quando, em verdade, não o foi em forma regular. Não se ignora que consequências graves podem advir da revelia, em nosso vigente direito processual. A contrapartida será a rigorosa observância das exigências legais, de maneira a que não se possa ter dúvida razoável de que o objetivo do ato foi alcançado.

“O fato de alguém encontrar-se em situação tal que leve o Oficial à errônea convicção de que é representante da empresa não me parece bastante. É de todo em todo irrelevante a boa ou má-fé daquele servidor. E não se evidenciando que a ré procurou deliberadamente enganá-lo, não se justifica pagar ela pelo erro. As pessoas jurídicas são representadas por quem os estatutos determinem e não por aqueles que simplesmente tenham a aparência de para isso estarem autorizados.

“Coloco-me de acordo com a assertiva de que não incumbe ao Oficial de Justiça pesquisar quem o representante da pessoa a ser citada. Ao autor, entretanto, é que cabe fazê-lo. Ele deverá indicar por meio de quem se deva praticar tão relevante ato de comunicação processual. Neste sentido autorizada doutrina, como se verifica de Lopes da Costa (*Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. II/313) e Moniz de Aragão (*Comentários*

259810-DF – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 21.09.2000 – DJU 27.11.2000, p. 171).

rios ao Código de Processo Civil. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, vol. II/176¹⁷⁴.

Aplicando o mesmo princípio, não se admitiu citação que, realizada por via postal, foi entregue à irmã do citando.¹⁷⁵ A jurisprudência, no caso de citação de pessoa física, tem exigido, corretamente, que a citação por via postal seja feita à pessoa do réu, e não a terceiro.¹⁷⁶

Ainda oportuna, finalmente, parece uma abordagem dos casos em que o mandado citatório não contém a advertência do art. 285, parte final, sobre os efeitos da revelia. Diante desta falha, nula é a citação? Ou, simplesmente, não se operam os efeitos da revelia?

A jurisprudência se divide.¹⁷⁷ Algumas decisões consideram nula a citação e outras são no sentido de que não havendo, no mandado citatório, a advertência do art. 285, não é nula a citação, mas não se podem aplicar os efeitos da revelia.

Esta última nos parece a posição correta. De fato, na doutrina, é a que conta com a maioria dos adeptos.

(174) Diferentemente se decidiu no TJSP – Ap. 198.031-2 – rel. Marcus Vinicius – j. em 16.03.1993 (JTJ-Lex 146/44); TJPR – A. Resc. 34.880-3 – rel. Des. Antonio Gomes da Silva – j. em 08.02.1996, TJPR – Ap. 19.643-4 – rel. Des. Osiris Fontoura – j. em 24.03.1992; TJPR – Ap. 1141/87 – rel. Des. José Meger – j. em 30.10.1989.

(175) 1.º TACivSP – 12.ª Câm. de Férias – Ap 1025900-2 – rel. Juiz José Araldo da Costa Telles – j. 07.02.2002 – RT 803/240.

(176) STJ – 4.ª T. – REsp 164661-SP – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 03.12.1998 – DJU 16.09.1999, p. 74; STJ – 1.ª T. – REsp 57370 – rel. Min. Demócrito Reinaldo – j. 26.04.1995 – DJU 22.05.1995, p. 14369.

(177) Pela nulidade da citação, tem-se: TJAC – Ap. 163 – rel. Jader Barros Eiras – v.u. – j. em 11.1978 e TJRJ – 2.ª C. – Ap. 26.602 – rel. Nélon Pecegheiro do Amaral – v.u. – j. em 04.03.1983. Pela não produção dos efeitos da revelia, tem-se: TJMT – 1.ª C. – AI 2.117 – Cuiabá – rel. Carlos Avallone – v.u. – j. em 23.05.1977.

À hipótese, aplica-se o princípio do aproveitamento, sobre o qual já se falou.

Como última observação, ainda a respeito da ausência ou nulidade da citação somada à revelia com relação às sentenças, merece atenção o acórdão cujo relator foi o Min. Moreira Alves, no RE 97.589-6 (segredo de justiça) – j. em 17.11.1982 – DJU de 03.06.1983. Neste acórdão, a idéia que se sustenta, e de forma inegavelmente brilhante, é a de que o meio idôneo para atacar-se sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e revelia é a ação declaratória, visto tratar-se de nulidade. Substancialmente, nos parece correta, com exceção do aspecto terminológico.

Conforme o que já se expôs, anteriormente, trata-se, no caso, de inexistência, e não de nulidade.

Esta distinção, tão bem salientada nos acórdãos há pouco referidos, traz consigo algumas implicações teóricas e práticas de suma importância.

O sistema das nulidades do direito processual, tanto no que diz respeito aos institutos quanto aos regimes jurídicos, como já se comentou, apresenta fundas diferenças em relação ao sistema das nulidades no direito substancial.

Por isso é que não se pode dizer – como se diria se o sistema de nulidades processuais se orientasse exatamente pelos mesmos princípios do sistema de nulidades civis – que a sentença nula, para que desapareça do universo jurídico, basta que seja declarada como tal. Isto porque a sentença, ainda que viciada, terá produzido coisa julgada, tendo, pois, de desconstituir-se por meio de ação de natureza desconstitutiva, isto é, de ação rescisória. Este, o argumento de ordem doutrinária.

Do ponto de vista do direito positivo, poder-se-ia perguntar: por que teria o legislador elencado expressamente a incompetência

e o *impedimento* como possíveis fundamentações da ação rescisória, como fez também com a *coisa julgada*, se nos três casos trata-se de pressupostos processuais? O natural é que figuras da mesma categoria tenham o *mesmo* tratamento legal.

Isto porque a única razão em virtude de que se *classificam institutos e figuras* em direito é a circunstância de haver entre eles algo *em comum*, que costuma ser o *regime jurídico* a que estão submetidos. Não faz sentido elencar diversas figuras como sendo *pressupostos processuais*, se a cada uma delas corresponder regimes jurídicos diversos.

Neste sentido é a argumentação desenvolvida na primeira parte deste trabalho, com o intuito de demonstrar que a preempção e o compromisso arbitral não são pressupostos processuais.

Este assunto será abordado adiante¹⁷⁸ com mais vagar. Adiantamos a nossa posição, segundo a qual, apesar de o legislador se ter referido, no art. 485, *expressamente*, só a *três* pressupostos processuais, a interpretação sistemática leva a se concluir que, neste particular, teria dito, aqui, menos do que queria.

Assim, sentenças de mérito proferidas em processos a que tenham estado ausentes pressupostos processuais de validade serão nulas, portanto rescindíveis.

Passemos ao exame do mencionado aresto.

Não configura, entretanto, o caso do acórdão citado anteriormente, cujo relator foi o Min. Moreira Alves, um caso de sentença nula. Há, na hipótese, o fenômeno da *existência*. Inexistem processo e sentença, e não se terá constituído a coisa julgada. Realmente, *nada houve* a desconstituir-se.

Além do mais, sustentar-se que ficaria sujeita ao biênio decadencial a possibilidade de ataque à sentença proferida com

⁽¹⁷⁸⁾ Item 3.1.3.

infração ao art. 47 do CPC, seria afrontar *flagrante e frontalmente* o princípio do contraditório, que foi, sem ressalvas, abraçado pelo vigente estatuto processual e que tem bases constitucionais, pois é fruto do princípio maior, *de ampla defesa* (art. 5.º, LV, da CF).¹⁷⁹

⁽¹⁷⁹⁾ Feitas estas observações, trechos do acórdão referente ao julgamento do RE 97.589-6, já citado, merecem ser transcritos:

“Na demanda em apreço, é preciso salientar, mais uma vez, que o fundamento da pretensão é a nulidade processual por inexistência de citação.

(...)

Sob esse argumento, qualquer sentença pode ser rescindida, desde que a rescisória seja intentada dentro de dois anos, contados do seu trânsito em julgado (arts. 485, V, e 495 do diploma processual), ou então, o processo correspondente poderá ser anulado em embargos à execução, *ex vi* do disposto no art. 741, I, do aludido diploma.

(...)

Todavia não são esses, técnica e processualmente, os únicos meios de que se dispõe para obter-se a declaração judicial de nulidade de um feito, com base naquele mesmo argumento.

(...)

Ao lado da ação rescisória e dos embargos à execução emerge, embora contraditada, a ação declaratória.

(...)

Se o prazo das duas primeiras exaure-se, a parte, alegando falta de citação, pode vir a juízo, através da declaratória, para postular a nulidade do processo, devendo o magistrado, após a sua devida tramitação, dar ou não pela procedência do pedido.

(...)

No sentido do cabimento dessa ação é o magistério do Prof. Enrico Tullio Liebman: ‘Como vimos, pois, a exigência prática de dar maior estabilidade aos julgados condicionou, no decorrer dos séculos, a nulidade da sentença, mesmo insanável, à proposição de uma *ação de impugnação especial*, que em linguagem moderna tomou o nome de rescisória (art. 798 do CPC). Os vícios da sentença se tornaram, assim,

Dissemos, há pouco, que compartilhamos da opinião expandida no acórdão ora comentado, salvo no que concerne, ao que nos parece, a aspectos de ordem terminológica.

motivo de nulidade relativa, ou, se se preferir, de anulabilidade. Só um desses vícios, o maior de todos, a falta de citação, é ainda hoje motivo de nulidade absoluta ou de inexistência da sentença. Por isso, o Código de Processo Civil, apesar de suprimir os antigos embargos de nulidade, permite alegar nos embargos à execução a falta de citação inicial (art. 10.010, I) (Citação inicial – Falta – Nulidade absoluta da sentença já transitada em julgado – RT 152/445).

A esse tópico, mais à frente acrescenta:

“Isto não foi considerado pela 1.ª sentença de primeira instância, quando disse que o julgado há de produzir efeitos, enquanto não declarado nulo em processo adequado. Qual seria, na verdade, o processo adequado para a declaração de tal nulidade? Não há outra resposta que esta: *todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito*. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório.

(...)

Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente a uma instância superior; e sim reconhecer, simplesmente, como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente.

(...)

Não diverge dessa orientação José da Silva Pacheco, quando, em seu trabalho, *Nulidade processual*, assim preleciona: ‘O juiz deverá conhecer da nulidade no saneador. Se não o fizer, poderá dela conhecer até a sentença. Nos embargos do executado, igualmente, poderá ser levantada. Mas se o executado não tiver oportunidade de fazê-lo? É a ação de nulidade que não se circunscreve ao prazo da rescisória. Na rescisória, pode-se argüir a nulidade insanável. Pode-se argüir, também, nos recursos, inclusive nos embargos. Insta salientar, porém, que nos recursos, inclusive de embargos, nos embar-

Nos trechos transcritos na nota de rodapé, de fato, se fala em *nulidade*, e em *ato juridicamente inexistente, indistintamente*. Para nós, como se tem visto, são conceitos diversos.¹⁸⁰

O próprio Liebman diz¹⁸¹ que a citação inicial é o “primeiro e fundamental requisito para a *existência de um processo*”.

Em seguida, no mesmo texto, comenta Liebman que cumpre indagar quais “as conseqüências desta *nulidade*” (grifos nossos). A nosso ver, a *inexistência* não se confunde com a *nulidade*, como temos frisado até aqui. São dois fenômenos jurídicos que se subme-

gos do executado e na ação rescisória podem ser argüíveis nessas oportunidades” (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, ver XXXIV/359).

⁽¹⁸⁰⁾ Por crermos bastante oportuno, transcrevemos aqui trechos de dois acórdãos também do Supremo Tribunal Federal, cujos relatores são o Min. Amaral Santos e o Min. Alfredo Buzaid, respectivamente.

RE 63.677, RTJ 50/703 – rel. Min. Amaral Santos: “Terceiros não citados pessoalmente em ação de usucapião, em nome dos quais está transcrito o imóvel, podem reivindicá-lo por ação ordinária, pois a sentença em relação a eles não tem autoridade de coisa julgada”.

RE 96.696, RTJ 104/830 – rel. Alfredo Buzaid: “É ineficaz a sentença proferida em ação de usucapião, na qual não foi citada aquela em cujo nome está transcrito o imóvel, se a ação lhe correu à revelia”.

Pode o proprietário intentar ação reivindicatória, não havendo necessidade de ação rescisória.

Transcrevemos alguns trechos do acórdão: “A razão está em que um processo não se constitui nem se desenvolve validamente sem a citação do réu, para que lhe seja assegurada a possibilidade de aduzir as razões que tem”.

Noutro trecho, diz o Min. Buzaid: “Não tendo havido citação, o processo nasceu com nulidade, que *viciou mortalmente a sentença*. *Esta jamais poderá transitar em julgado*” (grifos nossos).

⁽¹⁸¹⁾ *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 179 et seq. (grifos nossos).

tem a regimes jurídicos *diversos*. Há vícios que são maiores, essenciais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam – impedem – a sua formação. Estes vícios *não são* as nulidades *ipso jure*. São, desse modo, os vícios ausência de elemento(s) constitutivo(s) essencial(ais) que geram a inexistência.

Os autores, de uma maneira geral, ou confundem os termos, ou se posicionam clara e explicitamente pela identidade de ambas as expressões: *nulidade absoluta* e *inexistência*. Como já se comentou, esta confusão tem origens até históricas.¹⁸²

Consideramos serem inaceitáveis ambas as alternativas.

As observações feitas se aplicam a todos os pressupostos processuais de existência.

Assim, se ausentes os pressupostos processuais de existência:

1. jurisdição;
2. capacidade postulatória;¹⁸³
3. petição inicial;
4. citação.

Inexistentes, juridicamente, serão processo e sentença.

Dessa forma, sentença proferida por juiz afastado ou aposentado é uma *não sentença*. Aliás, é esse o caso mais freqüentemente

⁽¹⁸²⁾ Itens 2.2 e 2.2.1.

⁽¹⁸³⁾ Com relação à capacidade postulatória, em conformidade com o que atrás se disse, a situação ficou parcialmente alterada, já que a Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB, estabelece que serão *nulos* atos praticados por quem não seja advogado ou por quem não possa advogar, embora sendo advogado – art. 4.º, *caput* e parágrafo único. Todavia, o art. 37 do CPC diz serem inexistentes os atos praticados pela parte autora se não for juntada a procuração. Tem-se, portanto, dois regimes para vícios quase equivalentes (ver, a respeito, item 1.2.1).

citado na doutrina como exemplo de sentença inexistente: aquela que é proferida por quem *não é* juiz.

Diferente é a hipótese de que adiante se tratará. Afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, se o juiz se manifesta na causa depois de ter sentenciado, o faz sem ter jurisdição. Pode, unicamente (salvo a exceção do art. 296), retificar, esclarecer a sentença, ordenar atos preparatórios do procedimento recursal, mandar praticar algum ato de execução imprópria, enfim, ter atividade “residual” ou complementar em relação à própria sentença. O reexame do mérito, a revogação ou a complementação da sentença são atos que o juiz praticaria sem jurisdição, diz citado autor.¹⁸⁴

Nesse sentido, decidiu a 1.ª Turma do STJ, RMS 1.618-3-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 09.12.1992 (RT 699/173). A ementa do acórdão mostra-se bastante expressiva: “Decisão em que o juiz acrescenta novo dispositivo a sentença já publicada. Tal decisão não é ato judicial, pois o magistrado já exaurira e acabara seu ofício jurisdicional (CPC – art. 463). Nela se contém ato administrativo, emanado de autoridade incompetente. Contra ela cabe mandado de segurança, independentemente de recurso preparatório”.

Concordamos com quase todas as observações feitas por Carlos Alberto A. de Oliveira. Todavia, a nós parece que todo juiz tem jurisdição *in abstracto*. Quando se fala em *falta de jurisdição para a causa*, na verdade o que se está querendo significar é *falta de competência*, vício este que, em nosso sentir, gera nulidade absoluta, que, todavia, não impede o trânsito em julgado e torna a sentença rescindível. Aqui, tem-se vício de competência absoluta, em virtude do critério *função* ou *hierarquia* (art. 111 do CPC).

Inexistente também será a sentença proferida em processo instaurado sem que tenha havido petição inicial (=pedido). Essa

⁽¹⁸⁴⁾ *Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença*, Retro 80/70

hipótese, a nosso ver, é encartável no art. 295, parágrafo único, I, 1.^a parte, segundo o qual considera-se inepta a *petição* inicial que *não contém pedido*. Conforme já se sustentou, sem pedido, a *petição* inicial fica descaracterizada. E a sentença de mérito, proferida num processo como este, será mais do que *extra petita* (nula), já que pedido não terá havido: *será inexistente*.

Quanto à citação, de acordo com o que já se expôs, basta que exista, mesmo viciada, desde que tenha havido revelia, ou que não ocorra o comparecimento espontâneo do réu, para que não se considere preenchido o pressuposto processual.¹⁸⁵

Por outro lado, ausentes os *pressupostos processuais de validade* e, mesmo assim, tendo sido proferida sentença de mérito, esta será *nula*.¹⁸⁶

(185) Não se considera comparecimento espontâneo a apresentação de *petição* por advogado que não tem poderes específicos para receber citação: STJ – 3.^a T. – AGA 439714-SP – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 05.09.2002 – DJU 28.10.2002, p. 314; STJ – 3.^a T. – REsp 249769-AC – rel. Min. Castro Filho – j. 12.03.2002 – DJU 08.04.2002, p. 208; TJPI – 2.^a Câm. – Ap 99.002171-8 – rel. Des. Eulália Maria Ribeiro Gonçalves Nascimento Pinheiro – j. 08.05.2002 – RT 805/869. Tem-se decidido, no entanto, que “a juntada de procuração, pela ré, onde consta poder expresso a seu advogado para receber citação, implica em comparecimento espontâneo, como previsto no art. 214, parágrafo 1.^o, da lei adjetiva civil, computando-se a partir de então o prazo para o oferecimento da contestação” (STJ – 4.^a T. – REsp 173299-SP – rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – j. 29.06.2000 – DJU 25.09.2000, p. 259).

(186) Não estamos de acordo com a grande maioria da doutrina, que diz: “Aliás, no sistema jurídico brasileiro, mesmo a sentença proferida, *vg.*, por juiz absolutamente incompetente, ofensiva à coisa julgada, ou dada *extra* ou *ultra petita*, após o trânsito em julgado (impeditivo de ataque a quaisquer nulidades, sejam elas absolutas ou relativas) torna-se *apenas rescindível*” (Carlos Alberto A. de Oliveira. Execução de título judicial e defeito ou ineficácia da sentença, *RePro* 80/70). A nulidade, a nosso ver, *remanesce* e a sentença se torna *também* rescindível.

São eles: 1. a competência absoluta; 2. a imparcialidade; 3. a capacidade e a legitimidade processual; 4. a *petição* inicial apta; 5. a citação válida (ou o comparecimento espontâneo do réu).

Tradicionalmente, como se viu no item 1.2.1, se tem considerado como pressupostos processuais negativos, cuja existência impede a prolação de sentença de mérito, a coisa julgada, a litispendência e a preempção. Existentes, se proferida sentença de mérito, esta será nula. Havendo trânsito em julgado sem que estes vícios sejam argüidos, cabível será a ação rescisória no primeiro caso (coisa julgada) e não nos outros dois.

Parece, porém, que a nova lei de arbitragem e as correlatas alterações que houve no Código de Processo Civil criaram um outro pressuposto processual no direito brasileiro, que é a cláusula compromissória. Como se viu anteriormente (item 1.2.1), trata-se de matéria alegável em preliminar de contestação e conhecível de ofício pelo juiz. O art. 301, parágrafo 4.^o, excetua o compromisso arbitral, mas não a cláusula compromissória. Ambas as figuras são aspectos do gênero convenção arbitral. Esta (a cláusula compromissória), como a carência de ação, pode ser conhecida pelo juiz sem provocação da parte. Correlatamente, parece que inexistente preclusão para a parte, já que, de regra, quando o juiz pode conhecer de ofício de certa matéria, em relação a ela, para as partes, não há preclusão.

Entretanto, a hipótese de haver sentença proferida em processo, havendo litispendência, gera alguns problemas. Em princípio, poder-se-ia pensar que a sentença é nula, pois o segundo processo, na verdade, não poderia estar correndo. Mas, tendo sido proferida, a sentença do segundo processo, de acordo com o que se tem

significa: *passível de ser rescindida*. Não se trata de um *vício*, de que passaria a padecer a sentença depois do trânsito em julgado! Trata-se de uma alusão ao *meio* adequado para, naquele momento, impugnar-se a sentença, que *é nula*, em si mesma.

sustentado, constituir-se-á coisa julgada. Pergunta-se: poderá o réu na primeira ação defender-se com base no art. 301, VI? Parece-nos que sim. Caso faça o réu alegação de coisa julgada como pode o autor defender-se? Alegando a nulidade da sentença sobre que pesa autoridade de coisa julgada alegada pelo réu?

Parece-nos que não. Este assunto será abordado com mais vagar no item seguinte.

3.1.3 Sentenças nulas, ação rescisória, tutela antecipatória e mandado de segurança – Mandado de segurança contra coisa julgada – Tutela antecipada em ação rescisória – Termo inicial do prazo para ação rescisória – Comentários aos incisos do art. 485 – Ação rescisória e ação declaratória de inconstitucionalidade – Ação rescisória e ação declaratória de constitucionalidade – A Súmula 343 – Dimensões reais do efeito vinculante das ações declaratórias de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade – O princípio da sanatória geral da coisa julgada

A ação rescisória, como já se comentou, é a forma adequada por meio da qual, no direito positivo brasileiro, se podem rescindir decisões de mérito transitadas em julgado. Seus possíveis fundamentos são elencados de forma taxativa pela lei.

Embora, de fato, seja a ação rescisória o único meio concebido com a finalidade específica de vulnerar sentenças trânsitas em julgado, casos há em que, excepcionalmente, se admite o uso do mandado de segurança para este fim.¹⁸⁷ Certamente, com a alteração do regime do agravo, em que agora se permite, segundo o art.

⁽¹⁸⁷⁾ A este respeito, veja-se o artigo “Reflexões a respeito do mandado de segurança contra ato judicial”, de nossa autoria, publicado na *RePro* 48/64, e o nosso estudo, *Medida cautelar, mandado de segurança e ato*

558, que, em função de pedido veiculado no bojo do próprio recurso, se suspendam os efeitos da decisão impugnada, até o julgamento do recurso, as hipóteses em que as partes normalmente se socorriam do mandado de segurança tenderão inexoravelmente a escassear consideravelmente. Isso porque o caso que indubitavelmente ensejava número mais expressivo de mandados de segurança contra atos do juiz era justamente o das interlocutórias, impugnáveis que eram por recurso de agravo, que só *muito excepcionalmente* poderia ensejar a suspensão dos efeitos da decisão atacada, enquanto o agravo estivesse sendo processado e julgado. Hoje, as dimensões desta exceção se alteraram e ela foi estendida também aos casos do art. 520 (apelação sem efeito suspensivo). Estase, assim, diante de mais uma razão em função da qual o uso do mandado de segurança no campo próprio dos recursos tenderá, cada dia mais, a tornar-se menos freqüente.

Todavia, pode-se dizer que há, ainda hoje, a fornecer-nos os parâmetros básicos do cabimento do mandado de segurança contra o ato do juiz, o texto constitucional e o art. 5.º, II, da Lei 1.533/51.

À luz do que dispunha a Constituição Federal anterior, e do que dispõe a vigente Constituição, no art. 5.º, LXIX, a conclusão a que se chega é a de que é cabível o mandado de segurança contra os atos praticados pelo juiz.

judicial, op. cit., RT, 1994. passim. Mais recentemente, escreveram-se trabalhos que são resultado de muita lucidez, dentre os quais se destaca o texto intitulado “Mandado de segurança contra atos judiciais: as Súmulas 267 e 268 do STF revisitadas”, de Carlos Alberto de Salles (in *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois*, coletânea de doutrina coordenada por nós, juntamente com Eduardo Arruda Alvim e Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: RT, 2002). Também escrevemos a esse respeito no artigo intitulado “Mandado de segurança contra ato judicial” (*Revista do Advogado*, V.21. n.64. p.97-101, out/2001).