

EFEITOS DA SENTENÇA QUE ACOLHE EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA POR FALTA OU NULIDADE DE CITAÇÃO NA FORMA DO ART. 741, INC. I, DO CPC

GELSON AMARO DE SOUZA

Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Presidente Prudente -SP. ITE. Procurador do Estado – aposentado. Advogado militante, Mestrando pela Universidade de Maringá-Pr.

SUMÁRIO

1. Notas preliminares; 2. Finalidade do Processo de Execução; 3. Finalidade dos Embargos à execução; 4. Da falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento; 5. Efeitos da sentença condenatória no processo de conhecimento; Encerramento da atividade jurisdicional; Da impossibilidade de reconhecimento da nulidade após a sentença; Da existência da sentença condenatória do processo de conhecimento; 5.1. Encerramento da atividade jurisdicional; 5.2. Da impossibilidade de reconhecimento da nulidade após a sentença; 5.3. Da existência da sentença condenatória do processo de conhecimento; 6. Alcance da sentença que acolhe os embargos à execução de sentença; 6.1. Natureza jurídica da sentença; 6.2. Da coisa julgada; 6.3. Alguns exemplos; 6.3.1. Caso de litisconsórcio passivo simples; 6.3.2. Caso de litisconsórcio ativo; 6.3.3. Sentença ilíquida; 6.3.4. Título extrajudicial; 7. Meios para combater a sentença depois de

esgotados os recursos; 7.1. Ação declaratória; 7.2. Ação rescisória; 7.2.1. Necessidade e Interesse para a ação rescisória; 8. Conclusões.

1. NOTAS PRELIMINARES

Quando se estuda a natureza e os efeitos da sentença, vem logo a preocupação em saber se ela é condenatória, declaratória, constitutiva ou mandamental. Descoberta a natureza da sentença, procura-se saber quais são os seus efeitos ou o seu principal efeito.

Aspectos não muito debatidos e que podem ser objetos de divergência são a natureza e os efeitos da sentença que acolhe os embargos à execução de sentença, fundados na falta ou nulidade de citação, previstos no art. 741, I, do CPC.

A doutrina nunca centrou sua atenção para este ponto e os poucos autores que manifestaram a respeito, o fizeram *in passant*, sem, contudo, se preocuparem diretamente com o assunto.

A questão é de grande relevância prática, pois, dependendo da conclusão a que se chegar, em relação à natureza da sentença neste caso, também serão os efeitos atribuídos à sentença que julgar procedentes os embargos no caso de ausência ou nulidade de citação no processo de conhecimento originário no qual o réu tenha permanecido revel. Necessário se faz, todavia, que antes de buscarmos analisar os efeitos desta sentença, analisemos a finalidade do processo de execução e do processo de embargos do devedor.

2. FINALIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Já falamos que o processo de conhecimento tem por finalidade a definição do direito ou de uma situação jurídica e que por isso poderia até mesmo ser chamado de processo de definição. Porquanto o processo de execução visa substancialmente à

realização prática do direito que já se encontra definido em uma sentença ou através de título executivo extrajudicial.¹

Em verdade, o processo de execução tem como finalidade a realização de um direito já definido, não mais comportando, salvas raríssimas exceções, discussão a respeito do direito definido. De sua vez, José Rogério Cruz e Tucci (1994), afirmou:

... Assim, enquanto o processo de conhecimento tem por finalidade a prolação de uma sentença que coloque termo ao conflito de interesses existente entre os litigantes, o processo de execução visa à satisfação do direito que a sentença condenatória declarou pertencer à parte vitoriosa, sempre que o litigante sucumbente, cumprindo o que lhe fora determinado pelo julgado, não o tenha satisfeito sponte própria.²

A restrição à satisfação ou à realização prática de um direito já reconhecido sem se permitir nova incursão a respeito da existência ou inexistência deste direito, retira do processo de execução a atividade cognitiva que em regra não aparece nesta modalidade de ação. Por isso que, com muita razão, ao tratar da cognição no processo civil, Kazuo Watanabe (1987), esclareceu que: *Na execução, a cognição é bem escassa.³*

Que o processo de execução tem por finalidade a realização prática do direito reconhecido, parece-nos, não haver mais dúvida. A doutrina em sua esmagadora maioria sempre seguiu esta trilha a começar pelo inesquecível Enrico Túlio Liebman.⁴ Entre outros seguidores, podem ser citados, Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, p. 5, Rio-RJ, Forense, 1993; José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 11, nº 738, 1ª ed. v. IV. 1974; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de DPC*. v. 3, pp. 205-213, São Paulo, 16ª ed, Ed. Saraiva,

¹ Confira nosso *Curso de Direito Processual Civil*, pp. 60-61, São Paulo, Leud, 1990;

² *Processo Civil - Realidade e Justiça*, p. 31, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994;

³ *Da Cognição no Processo Civil*, p. 83, nota 153, Ed. RT. São Paulo, 1987;

⁴ *Processo de Execução*, p. 43, 4ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1980;

1997; Ernane Fideles dos Santos, *Manual de DPC*, v. 2 p 3, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996; Cândido Rangel Dinamarco, *Execução Civil*, 5ª ed., p. 111, São Paulo, Malheiros, 1997.

Pontes de Miranda (1978), com a autoridade de sempre, ao tratar da finalidade da execução e seu alcance, deixou expresso que: *Não é a sentença que faz ter sido executada, ou executar-se a obrigação: é o fato que daí resulta.*⁵ Pelo que se denota da lição deste eminente jurista, a execução traz outra pretensão que não a análise da sentença que não mais pode ser posta em discussão no processo de execução. Em outro ponto afirma: *A execução da sentença sempre foi ação, - a ação correspondente à pretensão a executar.*⁶

Com outras palavras, afirmou Sérgio Shimura, (1997) que, *no processo de execução, o título executivo força o órgão executivo a exercer sua atividade, sem deixar liberdade alguma de apreciação nem quanto ao fato, nem quanto ao direito.*⁷ De sua vez, Ovídio A. Baptista da Silva (1996), seguindo este mesmo diapasão, após analisar as finalidades dos processos de execução e de conhecimento faz a seguinte observação: *A diversidade de escopos levava a doutrina a não admitir, por isso, jurisdição no processo executório, em que a atividade do órgão do Estado seria meramente administrativa.*⁸ Hoje, não mais se tem dúvida de que o processo de execução é dirigido sob os auspícios da jurisdição⁹, mas a observação histórica, vale para demonstrar que desde as épocas mais antigas, já era percebida a diferença de finalidade entre estes dois tipos de processo.

⁵ *Tratado das Ações*, v. VII, p. 14, Editora RT. São Paulo, 1.978;

⁶ *idem*, p. 17;

⁷ *Título Executivo*, p. 98, Editora Saraiva, São Paulo, 1997;

⁸ *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, p. 160, Editora RT. São Paulo, 1996;

⁹ *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, pp. 301-326, Editora RT. São Paulo, 1996;

3. FINALIDADE DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

A natureza jurídica dos embargos, nada obstante a predominância do entendimento de se tratar de ação de conhecimento incidental ao processo de execução, existem aqueles que entendem tratar-se de instituto processual com natureza ou característica de defesa do devedor contra a execução.¹⁰

Sejam os embargos considerados ação incidental ou defesa à execução, em nada altera a sua finalidade principal que é a de obstruir a seqüência da execução e impedir a realização do direito afirmado no título posto em execução. Desde há muito tempo, tanto a doutrina bem como a jurisprudência nacional ou alienígena tem firmado posição no sentido de que no processo de execução não se discute o mérito da obrigação, senão, tão-somente, a realização do direito, este já definido e firmado de forma incontestada em título exequível, através de coerção.

Os embargos, como é sabido e ressabido, servem apenas para obstruir a execução e não para atacar ou anular o título executivo. Equivocam-se, aqueles que pensam que a finalidade dos embargos do devedor é desconstituir o título executivo ou declarar sua nulidade ou inexistência. Em verdade os embargos não visam anular o título executivo e nem se prestam a este fim e nem tem este alcance.

Vicente Greco Filho (1997) apontou que, ... *no que concerne aos embargos do devedor, como meio de obstar execuções indevidas, de fato no Direito romano a sistemática da actio judicante, que não tinha força coativa de invasão ao patrimônio do devedor, tornava incompatível uma figura semelhante.*¹¹

Também Humberto Theodoro Júnior (1993) deixou claro que os embargos têm por finalidade atacar a execução, quando assim

¹⁰ Haroldo Pabst, *Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor*, p. 137, Editora RT. São Paulo, 1986;

¹¹ *Direito Processual Civil*, v. 3, p. 105, Editora Saraiva. São Paulo, 1997;

afirmou: *Pode atacar o processo de execução em razão de nulidade ou direitos materiais oponíveis ao do credor. São os embargos a via para opor-se à execução forçada. Configuram eles incidentes em que o devedor, ou terceiro, procura defender-se dos efeitos da execução.*¹²

Enrico Tulio Liebman (1980) grande influenciador da nova processualística brasileira, também ensinava neste sentido quando expôs: *Os embargos do executado são verdadeiras ações que compete ao executado para propor ao juiz as questões que diz respeito à sua defesa contra a execução.*¹³

Em passagem que merece menção e até mesmo transcrição, em voto vencido no julgamento da Apelação Cível nº 6.622/95, do TACRJ, o Desembargador Júlio Cesar Paraguassu (1997) assim expressou: *Desde Josef Kholer, em 1888, e James Goldschmidt, os Embargos do Devedor foram conceituados como a ação de oposição à execução*”, como lembra o insigne Pontes de Miranda, com reiteradas advertências: *b) a ação de embargos do devedor é mandamental, o que ela pede é o contra-mandamento que proíba a concretização da força executiva ou do efeito executivo.*¹⁴

Ora, se o objetivo da execução é a realização prática dos atos executivos e se os embargos têm por finalidade desconstituir a execução, logo, eles também não podem entrar no mérito da obrigação constante do título, seja este extrajudicial ou judicial por condenação em processo de conhecimento, senão tão-somente obstruir ou pôr fim a execução. Visam os embargos, a desfazerem ou desconstituírem a execução e não entrarem em matérias outras que não seria objeto de prestação jurisdicional executiva.

Edson Ribas Malachini (1980) ao tratar da sentença em embargos de execução, afirmou que, *a apelação interposta contra decisão proferida nos embargos do devedor nada tem a*

¹² *Curso de Direito Processual Civil*, v. III, p. 269, 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1993;

¹³ *Processo de Execução* cit, p. 66;

¹⁴ *Arquivos dos Tribunais de Alçada- ATA*, v. 28, Editora Degrau Cultural/ Editora Espaço Jurídico, Rio, 1997;

*ver com a sentença exequenda (que transitara em julgado), quando de execução sentença se trata... e prossegue, Ao inverso, o que a sentença pode fazer é parar a execução, definitivamente, se julgar procedentes os embargos, reconhecendo, por exemplo a inexigibilidade do título.*¹⁵ Percebe-se que este autor é bem claro em dizer que a finalidade dos embargos é simplesmente, parar a execução e não desfazer o título executivo.

O mesmo já citado, Kazuo Watanabe (1987) em outro ponto, afirmou o seguinte: *d) é o que ocorre com a ação de Embargos do Executado em execução por título judicial, cujo objeto é mais limitado que o dos Embargos em execução por título extrajudicial (arts. 741 e 745, do CPC) (op. cit. p. 87).*

Analisando o art. 741, do CPC, com o cuidado de sempre, José Rogério Cruz e Tucci (1993) chegou à seguinte conclusão: *O art. 741 do Código de Processo Civil, que elencou o rol de fundamentos passíveis de alegação em sede de embargos do devedor contra execução fundada em título judicial, também delimita acentuadamente o âmbito da causa petendi deduzível pelo demandante.*¹⁶

Percebe-se com isso que os embargos do devedor tem uma área muito delimitada e sua cognição não pode ser ampla como no processo de conhecimento em geral. Com esta limitação podemos dizer que os embargos do devedor é uma modalidade de ação de cognição sumária e parcial. Isto tem razão de ser, pois esta ação corresponde à reação do devedor contra o pedido do credor-exequente. Basta lembrarmos a terceira lei de Newton, conforme a mesma, para cada ação haverá uma reação igual e em sentido contrário.¹⁷ Assim quando o autor postula certo direito no processo de conhecimento, cabe ao réu reagir na mesma

¹⁵ *Questões sobre a Execução e os Embargos do Devedor*, p. 171, nº 40, Editora RT. São Paulo, 1980;

¹⁶ *A Causa Petendi no Processo Civil*, p. 148, Editora RT. São Paulo, 1993;

¹⁷ Lei III. A uma ação sempre se opõe uma reação igual, ou seja, as ações de dois corpos um sobre o outro sempre são iguais e se dirigem a partes contrárias. Tudo quanto impede ou atrai o outro, é do mesmo modo impellido ou atraído por ele (Sir Isaac Newton, *Princípios Matemáticos, Os Pensadores*, p. 21, 1ª edição, Editor Victor Civita, São Paulo, 1974);

proporção (contestar) sem buscar a ampliação da causa decidendo, ressalvada a exceção do art. 278, § 1º, do CPC, que no procedimento sumário permite de forma restrita existência de pedido contraposto. Seguindo este mesmo raciocínio vê-se, que não poderá o devedor, através de embargos, também reagir de forma diferente ampliando a questão da realização pleiteada pelo credor, senão limitar a sua reação pelos seus embargos à obstrução da execução.

Nos embargos à execução não se admite pedidos outros que tenham caráter reconvenicional ou contraposto ao do credor, senão sua limitação à obstrução da realização prática da execução.

O mesmo Pontes de Miranda (1978) por várias vezes aqui citado, ao se referir ao objetivo e alcance dos embargos à execução de sentença, ensinou desta forma: *Uma vez que a ação executiva é fundada em sentença condenatória com 3(sic) de executividade, a defesa do devedor, que sofre a execução, não pode volver ao que seria alegável no processo de cognição.*¹⁸

4. DA FALTA DE CITAÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Qualquer processo exige a citação da parte passiva, medida que excepcionalmente é dispensada quando se tratar de mero procedimento e em alguns casos. Alguns procedimentos se contentam com a simples notificação, cientificação, intimação, etc. Contudo, em se tratando de processo, para que se aperfeiçoe a relação processual frente à determinada pessoa, necessário se faz, que exista a citação desta mesma pessoa e mais que isto, que esta citação seja válida. Faltando a citação ou sendo esta irregular, a relação processual não se aperfeiçoa frente à pessoa referida, muito embora o processo exista e poderá aperfeiçoar a relação processual frente a outras pessoas.

¹⁸ Ob. cit., p. 67;

A antiga idéia de que a citação era pressuposto de existência do processo e que sem esta ou se esta fosse viciada o processo era inexistente, hoje está superada. Neste ponto lembra-se a lição de Adroaldo Furtado Fabrício, quando, com segurança assim expressou:

*Assim, o deficit de que padece o processo onde não se fez a citação hábil diz respeito a validade, não à inexistência.*¹⁹

A falta de regular citação não torna o processo inexistente. Apenas permanece inexistente a relação jurídica frente à pessoa que deveria ser regularmente citada e não o foi. Todavia, o processo permanece íntegro e válido em relação ao autor, o juiz e as pessoas regularmente citadas, excepcionado apenas o caso de litisconsórcio necessário previsto no art. 47, do CPC.

Com razão, a nosso ver, Ernane Fidelis dos Santos (1994), quando assim expressou:

*Quando não se fez citação, ou se esta for nula de pleno direito, o processo não é inexistente, conforme pretendem alguns doutrinadores, porque a relação processual, embora defeituosa, pode formar-se angularmente, apenas entre autor e juiz. Neste caso, qualquer decisão que se profira terá eficácia e, transitando em julgado, a definitividade dos efeitos atinge somente o autor e não o réu.*²⁰

Também o grande e inesquecível Pontes de Miranda (1976), já assinalara que a citação é ato necessário para perfazer a relação jurídica processual entre aquela parte que deveria ser citada e não ao processo como um todo, conforme se extrai do seguinte texto: *A citação é necessária à angularidade; não à relação jurídica processual, que pode ser em linha singela. Se a relação processual tinha de ser angular, e não o foi, a angularidade não*

¹⁹ Réu revel não citado, *Querela nullitatis e Ação in Revista de Processo*- Repro, 48, p. 33, São Paulo, janeiro/março de 1984;

²⁰ *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, nº 444, p. 264, Editora Saraiva, São Paulo, 1994;

*se formou, mas é inegável que o juiz se obrigou à prestação jurisdicional e proferindo sentença cumpriu o prometido.*²¹

Por sua vez, Teresa Arruda Alvim (1987) esclareceu que: *Entre inexistência e nulidade há profunda diferença. A sentença nula existe como ato processual, pois, p. ex.: vincula o juiz de molde a que este não possa mais modificá-la.*²²

Disto resulta que a falta de citação somente torna inexistente a relação jurídica em relação àquela pessoa que deveria ser citada e não o foi, permanecendo íntegra em relação às demais que tenham sido regularmente citadas, sem se poder falar em inexistência ou nulidade do processo - senão - repito, somente da relação jurídica processual e mesmo assim restrita à pessoa não citada.

5. EFEITOS DA SENTENÇA EM PROCESSO DE CONHECIMENTO COM O VÍCIO NA CITAÇÃO

Inicialmente, resta salientar que à falta ou vício de citação somente tem influência, quando se tratar de processo sem a presença do réu, pois, uma vez presente este, o vício da citação desaparece. Comparecendo o réu ao processo, ainda que não regularmente citado, a sua presença torna a relação processual aperfeiçoada e apaga todos os vícios anteriores, cf. art. 214, do CPC. Apenas quando o réu permanece revel, é que o vício ou a falta de citação terá efeito na sentença.

Nada obstante a inclinação da grande maioria da doutrina ser no sentido de que a sentença proferida em processo de conhecimento em que o réu revel não regularmente citado, é nula ou inexistente, pensamos que a questão deve ser melhor analisada. Não seguimos estas opiniões porque sempre procuramos separar o processo da relação processual que deste resulta. Uma coisa é a nulidade do processo (como um todo) e outra é a nulidade ou a

²¹ *Tratado da Ação Rescisória*, p. 640, 5ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1976;

²² *Nulidades da Sentença*, p. 202, nota 478, Editora RT, São Paulo, 1987;

inexistência da relação processual em relação a determinadas partes no processo.

A sentença poderá ser existente e válida em relação a algumas pessoas, tais como as autoras, o juiz e os réus regularmente citados e não produzir efeitos (ineficaz) em relação às pessoas que deveriam ser regularmente citadas e não o foram. Desta forma, a sentença proferida em processo em que alguma parte não fora regularmente citada e que tenha permanecido revel, continua a ser existente, válida e eficaz em relação ao Juiz, ao autor e aos réus regularmente citados, ressalvada a hipótese de litisconsórcio necessário.

Entre outros, pode-se apontar os seguintes efeitos:

5.1 ENCERRAMENTO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

O art. 267, § 3º, CPC dispõe: *O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI. Todavia, o réu que a não alegar na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.*

A primeira observação a ser feita é a de que o legislador sábia e prudentemente, impôs limite em relação à oportunidade para o juiz apreciar tais questões. Foi peremptório ao dizer que o juiz somente poderá conhecer das matérias relacionadas aos pressupostos processuais e condições, enquanto não proferida sentença de mérito. Isto quer dizer que, proferida a sentença de mérito, o juiz não mais poderá analisar tais questões.

Isto acontece porque, com a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o seu ofício jurisdicional, encerrando-se sua atividade jurisdicional, art. 463, CPC. Encerrada a atividade jurisdicional com a sentença de mérito, também encerrada está a competência do juízo para atuação na mesma causa. No momento em que o juiz profere a sentença de mérito a sua atividade jurisdicional está encerrada e com isso o juízo torna-se absolutamente incompetente para voltar a atuar no mesmo processo, em razão de tratar-se de

competência hierárquica, agora da instância superior, seja via recurso ou ação rescisória.

Pontes de Miranda, analisando a questão com a proficiência de sempre, deixou expressa a seguinte lição:

*a) Quanto à segunda sentença no mesmo processo, depois de eficaz a primeira, cumpre advertir-se em que falta ao juiz cognição: a competência, que tinha, expirou, salvo se houve recurso sem devolução, de modo que ainda possa alterar, ou eliminar. Tal segunda sentença é nula ipso juri.*²³

No mesmo sentido, encontra-se a manifestação de Jorge Luís Dall’Agnol (1988), quando assim expôs:

*Antes de proferida a sentença de mérito porque, cumprido o ofício jurisdicional (art. 463, do Código de Processo Civil) já não mais será possível ao juiz reexaminar o processo. Competirá à parte, então, através de recurso, provocar o exame junto ao Órgão de segundo grau de jurisdição (ou ao tribunal, independentemente de provocação).*²⁴

O professor Alfredo Buzaid, quando era Ministro do Supremo Tribunal Federal, teve a oportunidade decidir desta forma:

*O CPC adotou o princípio de que a verificação dos pressupostos processuais e das condições da ação fosse feita desde o despacho que aprecia a petição inicial e em qualquer momento posterior do processo civil, até o julgamento definitivo da lide, que exaure o ofício jurisdicional (CPC art. 267, §3º).*²⁵

Não se pode ter dúvida de que o juiz, ao proferir sentença de mérito, acaba e exaure o seu ofício jurisdicional.

²³ Op. cit. pp. 639/640;

²⁴ *Pressupostos Processuais*, p. 55, Lejur, Porto Alegre-RS, 1988;

²⁵ *Ação Civil Originária* nº 268, Ag. Reg. DF. Apud, Jorge Luiz Dall’Agnol, op. cit. p. 59;

5.2. DA IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA NULIDADE APÓS A SENTENÇA

Foi visto que o art. 267, § 3º, do CPC autoriza o Juiz reconhecer a nulidade do processo nos próprios autos em qualquer fase do processo, mas desde que seja sempre antes do julgamento do mérito. Isto é, enquanto o processo estiver em andamento, pois, uma vez sentenciado este, extingue-se e em processo extinto não se pratica ato. Por isso que Aroldo Plínio Gonçalves (1993), ensinou:

*É claro que se a sentença é proferida, descarta-se a hipótese de declaração de ofício, no juízo originário.*²⁶

Na mesma linha de pensamento é o magistério de Sérgio Sahione Fadel (1986), que assim deixou expressa a sua lição:

*Caso contrário, seria admitir-se que os embargos do devedor possam transmutar-se em ação rescisória, dando ao juiz da execução o superpor de rever sua própria sentença ou o Acórdão do Tribunal, o que, como é óbvio, não tem nenhum sentido.*²⁷

Também, assim pensa Vicente Greco Filho (1996), conforme se vê da sua exposição a seguir:

Finalmente, é preciso observar que as nulidades e sua decretação se inserem dentro do processo, enquanto não transitada em julgado a sentença. Após a coisa julgada, não mais possível discutir a respeito de nulidades processuais. É costume dizer que a coisa julgada sana todas as nulidades; na verdade, porém, não se trata de sanção, mas de um impedimento à alegação e discussão do tema porque a coisa julgada esgota a atividade jurisdicional sobre determinado pedido, entre as mesmas partes e com a mesma causa de pedir. Após a coisa julgada, restam, apenas, pelo prazo de dois anos,

²⁶ *Nulidades no Processo*, p. 106, Editora Aidê, Rio de Janeiro, 1993;

²⁷ *Código de Processo Civil Comentado*, p. 556, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986;

*os casos de rescindibilidade da sentença, relacionados no art. 485, que não são casos de nulidade, mas de nova ação tendente a desfazer sentença anterior transitada em julgado, proferindo-se, se for o caso, outra em substituição. Somente os casos de inexistência é que, a qualquer tempo e por qualquer juiz, podem ser reconhecidos, independentemente de ação rescisória; o processo aparente anterior sem precisar fazer qualquer pronunciamento formal a respeito.*²⁸

Teresa Arruda Alvim (1992) também anotou que, *mesmo tendo havido preclusão quanto às nulidades no processo em que elas tiveram lugar, nesse processo, elas não mais poderão ser alegadas. Entretanto, continuarão a ser possíveis fundamentos de ação rescisória.*²⁹

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, já decidiu que: *A questão sobre a legitimidade de parte, decidida em acórdão com trânsito em julgado, não mais pode ser discutida no mesmo processo, por força da preclusão.*³⁰

Com relação ao julgamento de mérito a mesma Corte Superior proclamou a impossibilidade de modificação da sentença pelo juízo de primeiro grau ainda que detecte erro no julgamento, quando assim decidiu:

Processo Civil. Execução de sentença. Coisa julgada. Impossibilidade de alteração.

Não há como conceber a alteração da coisa julgada, em fase de execução da sentença, mesmo se conhecendo erro na decisão condenatória.

*Precedentes do STJ.*³¹

²⁸ *Direito Processual Civil*, p. 50/51, 11ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1996;

²⁹ *Nulidades do processo*, 2ª série, p. 40. Editora RT. São Paulo, 1992;

³⁰ Recurso Especial, 2.728, DJU de 25-6-90, p. 6.038;

³¹ Recurso Especial 43.361-RJ, in *Arquivos dos Tribunais de Alçada-ATA*, v. 28, p.63, Rio, 1997;

Neste sentido, colhe-se a brilhante lição do Eminentíssimo Professor e Desembargador, Roque Komatsu (1981) quando profligou:

*A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretender tirar da sentença em efeito qualquer; assim como pode ser pleiteado em processo principal, meramente declaratório. Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente à instância superior.*³²

Uma vez transitada em julgado a sentença de mérito, não mais pode o juiz, em primeira instância, desfazê-la ou alterá-la através de novo julgamento nos mesmos autos.³³ A consequência disto é que os vícios existentes até e inclusive na sentença ficam convalidados com o seu trânsito em julgado e a omissão em relação à propositura de ação rescisória.

Com arrimo nos ensinamentos do Prof. José Frederico Marques, já foi decidido que: ... *ainda que terminativa a sentença, é vedado ao juiz reformá-la ou reconsiderá-la após publicada.*³⁴

5.3. DA EXISTÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Foi visto acima que a sentença condenatória proferida em processo de conhecimento com vício ou ausência de citação, uma vez decorrido o prazo de recurso ela atinge a imutabilidade pelo trânsito em julgado, ela existe e continua a produzir efeitos entre o autor e o juízo, o que impede qualquer novo julgamento a respeito em razão da coisa julgada existente entre o autor e o juízo.

³² Da Nulidade no Processo Civil, p. 163, Editora RT. São Paulo, 1991;

³³ Revista dos Tribunais-RT. 605/104 e 733/403; Arquivo dos Tribunais de Alçada-ATA, 28/63;

³⁴ Cf. Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, v. III/47, nº 541, Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil*, 13ª ed., nota 2, ao art. 363 e nota 6 ao art. 508, RT. 519/190, 594/192 e 597/167;

Em casos como o da falta ou nulidade da citação, existe sim uma nulidade no processo que deveria ser declarada antes da sentença e se não o foi na forma autorizada pelo art. 267, § 3º, do CPC, não mais poderá o juiz fazê-lo, porque não tem mais jurisdição sobre a causa, pois esgotada se encontra a sua atividade jurisdicional em relação ao processo.

Para obter a declaração da nulidade da sentença, deve-se recorrer a outra via adequada que não a sua nulidade nos mesmos autos, porque, uma vez proferida sentença de mérito o juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional naquele processo e somente em outro é que se pode buscar a declaração da nulidade.

Ciente disso, alertou Aroldo Plínio Gonçalves, (1993), que: *Se a nulidade não foi declarada, a sentença não foi por ela atingida. Não há sentença nula senão quando sua nulidade é declarada por decisão judicial.*³⁵

Advertiu a Professora Teresa Arruda Alvim (1987) que todas as nulidades de maculam a sentença não impedem que se constitua a coisa julgada material. Logo, esta coisa julgada que se terá formado deve ser desconstituída necessariamente.³⁶

A existência da sentença e seus efeitos entre autor e juiz é inegável. Sobre o assunto, também manifestou Nelson Nery Junior (1996), como se vê: *A ratio essendi de o dispositivo, do CPC art. 741, I, permitir que argua em embargos a falta ou nulidade da citação encerra um fato de alta relevância; a própria existência da relação jurídica processual.*³⁷

A maior demonstração de que a sentença neste caso existe e é eficaz está na possibilidade de ser executada e embargada à luz do art. 741, I, CPC. Fosse sentença absolutamente nula ou inexistente não haveria possibilidade de ser executada e nem mesmo haveria de exigir-se interposição de embargos para frenar a execução intentada.

³⁵ Op. cit. P. 107;

³⁶ Op. cit. P. 202;

³⁷ CPC comentado, nota 4, ao art. 741, do CPC;

Mais uma vez chama-se à colação os ensinamentos de Pontes de Miranda (1978) este ao se referir à força da sentença existente, assim concluiu: *Ao falarem de título judicial, as leis referem-se à sentença condenatória proferida no processo civil. Mas há sentenças condenatórias, proferidas em processo Civil, que não têm executividade.*³⁸

6. ALCANCE DA SENTENÇA QUE ACOLHE OS EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA (ART. 741, I, CPC)

Equivocam-se aqueles que pensam que a finalidade dos embargos do devedor é desconstituir o título executivo ou declarar sua nulidade ou inexistência.³⁹ Mais consentânea, parece-nos, ser a manifestação daqueles que afirmam que os embargos visam apenas atacar o processo de execução.⁴⁰ Interessante e a nosso ver correta é a observação de Humberto Theodoro Junior (1993) que assim ensinou:

*Esse caráter específico do processo executivo, todavia, não impede que interesses do devedor ou de terceiro sejam prejudicados ou lesados pela execução. Daí a existência de remédios especiais para defesa de tais interesses e, através dos quais, pode-se atacar o processo de execução em razão de nulidades ou de direitos materiais oponíveis ao do credor.*⁴¹

Apresentada esta premissa, que ao nosso ver é básica, vamos delinear o alcance ou os efeitos da sentença que julga procedentes os embargos opostos contra execução de sentença com base no

³⁸ *Tratado das Ações*, cit. p. 66;

³⁹ Vicente Greco Filho, p. cit. P. 106; Rita Giancesini, *Da Revelia no Processo Civil Brasileiro*, p. 150, Editora RT. São Paulo, 1977; Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Embargos à Execução*, p. 153, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996;

⁴⁰ Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, p. 269, 11ª, Ed. Forense, Rio, 1993; Marcelo Lima Guerra, *Execução Forçada*, p. 59, Ed. RT.1995, São Paulo-SP.

⁴¹ Obra e local citados;

art. 741, I, CPC. É de curial sabença que no processo de conhecimento o autor pede e cabe ao juiz dar a resposta ao seu pedido, sem omitir ou aumentar, conforme normatizam os arts. 128 e 460 do CPC. Também hoje tornou-se difícil negar que a ação de embargos do devedor ou em outros termos, embargos à execução, seja processo de conhecimento incidental à execução, como ensina a maioria esmagadora da doutrina.

Sendo os embargos processo de conhecimento que visam a atacar a execução e não o título executivo, logo, a sentença que os julgar, somente poderá dar resposta em relação ao prosseguimento ou não da execução, pois, deve limitar ao que pede o devedor e em matéria de embargos somente cabe ao executado atacar a execução e não o título executivo. Como a finalidade dos embargos é frear a execução e é isto que o embargante pode pedir ao juiz, este ao decidir não pode ultrapassar este pedido. Não podendo o devedor pedir outra coisa senão a extinção da execução, também não pode o juiz decidir de forma mais ampla devendo limitar em dizer se a execução deve ou não prosseguir.

Não pode o juiz ir além e decidir pela nulidade ou invalidade do título posto em execução, porque isto não pode ser objeto do pedido, senão objeto da fundamentação e nem mesmo será cabível ação declaratória incidental na forma do art. 470, CPC, visto que tanto na execução, bem como nos embargos à execução, não comporta este tipo de incidental. Assim os vícios constantes do título servirão apenas de fundamento ou motivação da sentença, mas sem fazer coisa julgada em face do art. 469, do CPC.

Curiosa é a posição ambígua adotada por Paulo Henrique dos Santos Lucon (1996) quando inicialmente e de forma correta fala que o juiz neste caso reconhece a nulidade da citação apenas incidentalmente e depois conclui que em provimento principal desconstitui o título, ao expressar:

É um equívoco pensar que nessa hipótese se declara nos embargos a inexistência do título. Na verdade, o juiz reconhece nos embargos a nulidade de citação (reconhece,

*incidenter tantum, a existência dessa invalidade processual) e, principaliter, com eficácia predominante desconstitui o título.*⁴²

O posicionamento deste último autor citado somente é compreensível se se entender que ele quis se referir a outro processo de caráter principal, como ação anulatória, rescisória e não nos próprios embargos à execução. Do contrário, seria incompreensível, pois, se a questão é de natureza incidental, ela jamais vai ser apreciada dentro do mesmo processo como principal, quando se apresenta incabível a ação declaratória incidental nos embargos à execução, que já tem a natureza incidental.

Marcelo Lima Guerra (1995) em brilhante passagem, anotou:

*De qualquer modo, em harmonia com idéia de que o título executivo somente produz efeito no processo de execução, conseqüentemente, a sentença de procedência dos embargos, quando desconstitutiva, o será não em relação da eficácia abstrata do título, mas, sim, da própria relação processual executiva, ou mesmo de alguns de seus atos.*⁴³

Seguindo esta mesma trilha, encontra-se o magistério de Vicente Greco Filho, nestes termos:

Finalmente, é preciso observar que as nulidades e sua decretação se inserem dentro do processo, enquanto não transitada em julgado a sentença. Após a coisa julgada, não é mais possível discutir a respeito de nulidades processuais. É costume dizer que a coisa julgada sana todas as nulidades; na verdade, porém, não se trata de sanção, mas de um impedimento à alegação e discussão do tema, porque a coisa julgada esgota a atividade jurisdicional sobre determinado pedido, entre as mesmas partes e com a mesma causa de pedir. Após a coisa julgada, restam, apenas, pelo prazo de dois anos, os casos de rescindibilidade da sentença, relacionados no art.

⁴² Obra citada p. 166;

⁴³ *Execução Forçada*, p. 59, Editora RT. São Paulo-SP. 1995;

*485, que não são casos de nulidade, mas de nova ação tendente a desfazer sentença anterior transitada em julgado, proferindo-se, se for o caso, outra em substituição. Somente os casos de inexistência é que, a qualquer tempo e por qualquer juiz, podem ser reconhecidos, independentemente de ação rescisória; o juiz, nesta hipótese, simplesmente desconhece o processo aparente anterior sem precisar fazer qualquer pronunciamento formal a respeito.*⁴⁴

Enrico Tulio Liebman também afirmara que os embargos não se dirigem contra a sentença (condenatória), mas somente contra a sua força de título executivo.⁴⁵ Isto se justifica, porquanto transitada em julgado a sentença e posta ela em execução, o que o devedor tem a reclamar via embargos à execução, não é a sentença propriamente dita, mas a sua execução, pois, sentença transitada em julgado, não se comporta mais discussão. Tão-somente a sua execução é que pode ser combatida e discutida e é somente esta matéria que deve fazer parte dos embargos do devedor e não o rejuízo ou novo julgamento da causa. Por isso o mesmo Liebman, (1976), em outra obra, reafirma e esclarece melhor a sua posição quando expressa da seguinte forma:

*Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente a uma instância superior; e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente.*⁴⁶

Amílcar de Castro (1976) com a autoridade de sempre, deixou sua impressão a respeito quando assim gizou:

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

⁴⁴ Obra citada, v. 2. pp. 50/51;

⁴⁵ *Embargos do executado*, nº 117, p. 220;

⁴⁶ *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, p. 184, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1976).

*Se não tem competência para anular a sentença mediante ação rescisória, com maior razão não tem competência para anulá-la, julgando embargos do executado. Deverá, entretanto, recusar efeitos à sentença, isto é, declará-la inoperante naquele processo de execução.*⁴⁷

Não se afastando deste posicionamento o Professor Celso Neves, (1977), também emprestou seu magistério nos seguintes termos:

*A sentença que julga os embargos, em seu merecimento, com ou sem audiência de instrução, é, declaratória, ou de inexistência de fato jurídico constitutivo da pretensão a opor-se à execução, ou da sua ocorrência. No primeiro caso, a ação é improcedente; no segundo procedente. Conseqüência da declaração, na primeira hipótese, é o prosseguimento da execução, porque exaurida a suspensividade dos embargos. Na segunda hipótese, conseqüência da declaração é o trancamento definitivo, do processo executório, pelo reconhecimento, de que lhe falta, ou o pressuposto legal, ou pressuposto prático.*⁴⁸

Entendendo também que a sentença que julga os embargos do devedor tem natureza declaratória quando julga os embargos improcedentes é constitutiva quando os julga procedente, porque estará desfazendo uma relação da relação jurídica até então existente, encontra-se a posição de Mário Aguiar Moura.⁴⁹ Este autor fala em desfazimento da relação jurídica existente, com a procedência dos embargos, o que leva a entender que ele quis apenas se referir à relação jurídica processual existente e não à relação jurídica de direito material.

Levando-se em conta tudo o que foi exposto até aqui, já é possível concluir que a sentença que julga procedente os

⁴⁷ Comentários ao CPC, v. 8, n. 536, p. 394, Editora RT. São Paulo 1976;

⁴⁸ Comentário ao CPC v. VII, p. 244, n° 104, Editora Forense- Rio, 1977;

⁴⁹ Embargos do Devedor, p. 17, Editora Síntese, Porto Alegre-RS. 1978;

embargos à execução de sentença apenas julga a relação processual executiva e não se reaprecia a sentença posta em execução e que pode até mesmo já estar atingida pela coisa julgada, arts. 587 e 588, CPC. Todavia, mais abaixo serão demonstrados alguns exemplos que talvez facilitarão o entendimento sobre esta questão.

6.1 NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA

Sobre a real natureza da sentença que julga procedente os embargos à execução de sentença, a discussão e divergência vêm de longe. Para alguns, trata-se de sentença constitutiva negativa (desconstitutiva), enquanto que para outros, não passa esta sentença de simples declaração e por isso, tem natureza declaratória.

Paulo H. Santos Lucon chegou a dizer, tratar-se de equívoco, pensar-se que nesta hipótese se declara nos embargos a inexistência do título.⁵⁰ Também o Professor Celso Neves deixou expresso, que *a sentença que julga os embargos procedentes é declaratória da existência de fato jurídico autorizador de oposição à execução.*⁵¹

De sua vez, o Professor Alfredo Buzaid, (1986), em estudo clássico sobre a ação declaratória, afirma que esta tem por objeto obter a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de documento.⁵² Ora, se a ação visa somente à declaração, a sentença que a julga também somente poderá declarar, pois, não se pode julgar *extra e ultra petita*.

Os embargos, como foi visto, visam tão-somente a obter a extinção da execução e nada mais. Não visam os embargos a obterem qualquer bem da vida em relação ao embargado. Logo, a

⁵⁰ Obra e local citados;

⁵¹ Obra e local citados;

⁵² *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, p. 139, Editora Saraiva, São Paulo, 1986;

sentença que os acolhe, só pode ter a natureza declaratória. Neste ponto vale a lição de Giuseppe Chiovenda (1993) que ao seu tempo já afirmara que autor que requer uma sentença declaratória não pretende conseguir atualmente um bem da vida que lhe seja garantido por vontade da lei; quer tão-somente saber que seu direito existe, ou quer excluir que exista o direito do adversário; o mesmo autor conclui: *Em um juízo mais restrito o nome da sentença de mero acerto indica aquela sentença que acolhendo a demanda do autor, quando a questão não objetivar a realização do direito, mas se limitar a dizer que só declara a existência do direito só ou inexistência do direito do outro.*⁵³

Pontes de Miranda (1978) ao se referir à execução e aos embargos desta, afirmou: *O título é necessário, e a sentença que acolhe os embargos do devedor, no concernente ao mérito, é mandamental, com eficácia declarativa; porém, a queda dos atos executivos adiantados não deriva da sentença com eficácia declarativa, e, sim, da incompatibilidade do adiantamento, efeito que só persistiria se completado (= se não acolhidos os embargos do devedor). A sentença que os acolhe declara implicitamente essa impossibilidade;* depois acrescenta o mesmo autor: *Um dos argumentos que se empregam para se atribuir à sentença que acolhe os embargos do devedor eficácia declarativa (o que está certo), e a essa eficácia, quanto ao direito material, a queda dos atos executivos até o momento (o que é falso), tem sido o de se chegar ao mesmo resultado com a ação declaratória de ineficácia do título extrajudicial para execução.*⁵⁴ Em outro ponto, o mesmo mestre é incisivo em dizer que a própria sentença que acolhe os embargos do devedor, não desconstitui o título.⁵⁵ Pensamos que a sentença que acolhe os embargos do devedor, tem a natureza declaratória, e somente declara a ineficácia executiva do título em relação àquele embargante, sem desconstituí-lo em relação a outras pessoas eventualmente por ele alcançado.

⁵³ *Saggi Di Diritto Processuale Civile*, v. 3º p. 51, Giuffrè Editore, Milão, 1993;

⁵⁴ *Tratado das Ações*, cit. v. VII, p. 101;

⁵⁵ *Idem* p. 105;

6.2. DA COISA JULGADA

Pelo que foi anotado acima, pode-se dizer que a sentença que acolhe os embargos à execução da sentença, não pode passar da extinção da execução e só incidentalmente a declaração de ineficácia do título em relação ao embargante. Isto se dá, pois, é exatamente a matéria que pode ser aventada e deve constituir o pedido do embargante em seus embargos, quando o vício atribuído estiver contido no art. 741, I, do CPC. Se existe limite para o pedido do embargante, por via de consequência, haverá limite para a sentença que não poderá passar dos limites estabelecidos no pedido, art. 128 e 460, do CPC. Ora, se nos embargos o executado somente pode pedir que se desfaça a execução, o julgamento deve se manter neste limite.

Não foi sem razão que Sérgio Menchini (1987) ensinou que: *O objeto do julgado corresponde ao conteúdo da pronúncia e esta, por sua vez, ao objeto da controvérsia*, e ainda, de outra forma, *o princípio do dispositivo e o correspondente dever de proceder de ofício impõe ao juiz de pronunciar somente sobre o que a parte havia deduzido em juízo*.⁵⁶

Assim, a sentença que acolhe os embargos do devedor deve se limitar a extinguir a execução e incidentalmente declarar a ineficácia do título em face do embargante. Nada mais.

Não se julga os embargos procedentes porque o título é nulo, anulável ou de ineficácia executiva geral. Não se acolhe os embargos para contrariar a coisa julgada entre os participantes do processo condenatório. Acolhe-se os embargos porque, em razão do vício do processo de conhecimento a que se chegou ao decreto condenatório, incorreu citação do embargante ou esta se deu de forma irregular, acrescentando aí a circunstância de permanecer revel, o que o coloca na posição de terceiro, art. 1046, PC, e por isso não pode ser alcançado pela coisa julgada, art. 472, CPC.

⁵⁶ *I Limiti Oggettivi Del Giudicato Civile*, p. 9 e 10, Giuffré Editore, Milão, 1987;

Isto acontece porque a sentença e a coisa julgada somente vincula e pode ser executada contra a pessoa que tenha sido regularmente chamada a participar do processo de conhecimento. Somente em casos de estrita excepcionalidade é que a sentença poderá atingir e ser executada em face de quem não tenha participado do processo de conhecimento.⁵⁷ O nosso sistema abre exceção para os casos previstos no art. 568, CPC. Também Enrico Allorio (1992) em obra clássica, foi taxativo em dizer que a eficácia da sentença fica limitada à parte e só excepcionalmente pode atingir terceiro.⁵⁸ Vê-se, pois, que o fundamento básico para o acolhimento dos embargos à execução da sentença por falta ou vício da citação, não é o vício da sentença, mas porque este título não pode ser executado contra terceiro, ou seja, aquele que não tenha regularmente participado do processo. O que se pede e se julga nos embargos é a inexigibilidade do título frente àquele embargante. O vício do título eventualmente alegado aparece como fundamento e não será atingido pela coisa julgada, conforme normatiza o art. 469, do CPC.

Ada Pellegrini Grinover (1975) esclareceu bem a questão, como segue: *Se, portanto, só a decisão (dispositivo) é coberta pela autoridade da coisa julgada material, é claro que não se estende ela às questões prejudiciais (internas), conhecidas apenas incidentalmente pelo juiz, para poder chegar à decisão final.*⁵⁹

6.3. ALGUNS EXEMPLOS

6.3.1. CASO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO SIMPLES

Em complemento ao que até agora foi exposto, colocamos para reflexão o caso de mais de um executado que em regra

⁵⁷ Neste sentido é a lição de Francesco Paolo Luiso, in *L'Esecuzione Ultra Partes*, p. 388-389, Giuffré Editore, Milão, 1984;

⁵⁸ *La Cosa Giudicata Rispetto ai Terzi*, p. 83, Giuffré Editore, Reimpressão, Milão, 1992;

⁵⁹ *Direito Processual Civil*, 2ª. edição, p. 52, José Bushatshy, Editor, 1.975, São Paulo-SP;

corresponde a litisconsórcio simples. Imagina-se a hipótese de dois ou mais litisconsortes no pólo passivo da ação de conhecimento a apenas um deles seja irregularmente citado ou não citado, permanecendo revel.

Neste caso, apenas o revel poderá apresentar embargos com fulcro no art. 741, I, CPC. Estes embargos sendo acolhidos apenas obstruirão a execução contra o embargante e a sentença poderá ser executada frente aos demais litisconsortes regularmente citados ou que, ainda que não regularmente citados, compareceram ao processo e não foram revéis, porque em relação a estes a sentença é perfeitamente exequível.

A lógica indica para que se dê tratamento igual à situação semelhante. Se para o caso de litisconsortes a sentença, que acolhe os embargos daquele que não fora regularmente citado, não anula, não rescinde e não desfaz a sentença, tanto que esta pode ser executada contra os demais, também para o caso de se tratar de apenas um executado e os embargos dele forem acolhidos, não se há de falar em anulação, rescisão ou desfazimento da sentença.

Assim é fácil de ver que os embargos do devedor apenas obstaculizam a execução contra este, mas não podem anular a sentença, que continuará sendo exequível contra quem não embarga a execução ou que tenha seus embargos rejeitados.

Acresce-se a hipótese de um executado haver ficado revel no processo de conhecimento e outro não, mas os dois (ou mais) apresentam embargos à execução. Ao final sejam os embargos de um dos executados acolhidos e os embargos dos demais julgados improcedentes. Como ficaria a sentença neste caso? Para mim, não resta dúvida de que a sentença continuará sendo exequível em relação àqueles que tiveram os seus embargos rejeitados e apenas inexecuível em relação ao embargante vencedor. Mas a sentença continuará existindo, sem se poder falar em nulidade, rescisão ou desfazimento desta. Em não se podendo falar em nulidade neste caso, também não se poderá falar em desfazimento da sentença, quando se tratar de apenas um executado.

6.3.2. CASO DE LITISCONSÓRCIO ATIVO

Não será diferente para o caso do litisconsórcio aparecer no pólo ativo da execução de sentença. Caso duas ou mais pessoas se reúnam para executar uma sentença contra um executado que fora revel no processo de conhecimento. Entre essas pessoas aparece alguém que não esteja contemplado na referida sentença com crédito algum ou com crédito menor do que o pretendido. O executado embarga a execução e apenas reclama do excesso de execução ou a ilegitimidade de um dos exeqüentes, sem argüir a falta de citação no processo de conhecimento. Acolhidos que sejam os embargos pela ilegitimidade do exeqüente ou pelo excesso de execução, a sentença não sofrerá abalo em relação aos demais credores que poderão prosseguir na execução, porque em relação a eles a sentença não foi embargada.

Fosse caso de nulidade absoluta da sentença, como pensam muitos, no exemplo versado, o juiz haveria de reconhecer a nulidade de ofício e com isso a sentença não aproveitaria a ninguém e nem contra ninguém poderia ser exigida, pois a falta de alegação da parte não afasta o caso de nulidade absoluta.

Os embargos acolhidos somente produzem efeitos em relação à execução e à pessoa embargada, sem que possa o juiz decidir de novo questão sentenciada, no processo de conhecimento de natureza condenatória.

6.3.3 CASO DE SENTENÇA ILÍQUIDA

Outro exemplo bem claro que corrobora com o que foi exposto até agora é o caso de embargos contra sentença ilíquida. Todos sabem que somente a sentença líquida é que pode ser executada. Todavia, a sentença ilíquida não é nula ou anulável só por faltar a liquidez.

Neste caso, os embargos interpostos serão acolhidos em razão da inexigibilidade do título (porque ilíquido), mas a sentença ilíquida continuará prevalecendo à espera de liquidação. Não é o

acolhimento dos embargos reconhecendo a inexigibilidade do título, que o anula. A sentença ilícida continuará valendo, apenas não poderá ser executada até que seja liquidada.

Dizer que uma sentença é inexeqüível, não é a mesma coisa que dizer que a sentença é nula ou rescindível. A sentença pode ser inexeqüível em um momento, mas ser exeqüível em outro. Pode não ser exeqüível frente (ou por) uma pessoa, e ser perfeitamente exeqüível contra outra ou outras pessoas. Os embargos, quando acolhidos para extinguir a execução por falta de exequibilidade do título, não quer e nem pode dizer que a sentença foi anulada. O art. 575, II, CPC, estabelece a competência para executar a sentença o mesmo juízo que a proferiu e o art. 463, afirma que ao julgar o mérito o juiz acaba e encerra o seu ofício jurisdicional. Isto significa dizer que o juízo competente para a execução é exatamente aquele que não mais tem jurisdição para a causa já decidida. Assim, somente pode executar ou reconhecer o não cabimento da execução, mas jamais poderá alterar a sua sentença. Ganha competência para executar, mas perde a competência para reapreciar a questão.⁶⁰

Também se pode dizer o mesmo em relação às sentenças ainda sujeitas a recurso que tenham sido recebidas em seu efeito suspensivo. Sabe-se que a sentença com recurso recebido apenas com o efeito devolutivo pode ser executada provisoriamente, arts. 587/588, CPC. Entretanto, sendo o recurso recebido no efeito suspensivo, a execução não pode ser iniciada nem mesmo a título de provisoriedade. Assim, em caso de a sentença ser posta em execução, poderá o executado embargar com o fundamento na inexeqüibilidade do título e a sentença que acolher estes embargos declarará a inexigibilidade e extinguirá a execução, sem anular ou desconstituir a sentença, que, uma vez transitada em julgado, poderá ser executada normalmente. Não se há de falar em anulação ou em desconstituição da sentença pelo acolhimento dos embargos.

⁶⁰ Cf. TARS, ap. Cível nº 192219715, in Revista de Processo-Repro 68/168;

6.3.4. TÍTULO EXTRAJUDICIAL

O mesmo raciocínio pode ser utilizado para os casos de título extrajudicial inexecutável. Em caso que acontece o acolhimento dos embargos à execução para reconhecer a inexigibilidade do título, não provoca a anulação deste, que continua existindo como antes. Por isso é que se diz que a sentença que acolhe os embargos é apenas declaratória da inexistência dos pressupostos da execução. É declaratória porque nada cria, nada modifica e nem extingue o título.

Isto acontece com os casos de cambial já prescrita em que os embargos serão acolhidos em razão da inexigibilidade pela ocorrência da prescrição e com isso a execução é extinta. Todavia, o título continua como antes, tanto que o credor poderá utilizá-lo para a ação monitória ou ação de conhecimento para condenação do devedor a pagar a quantia devida.

O mesmo ocorre quando, diante de um título líquido e certo, o credor propõe a execução antes de seu vencimento. Neste caso, a sentença que julgar os embargos procedentes interpostos, o fará para reconhecer apenas a falta de exigibilidade do título (que pode ser judicial ou extrajudicial), por não estar ainda a dívida vencida. Mas o título continua como antes e uma vez vencido o prazo para cumprimento da obrigação e esta não sendo cumprida, poderá o mesmo exequente repropor a execução.

MEIOS PARA COMBATER A SENTENÇA DEPOIS DE ESGOTADOS OS RECURSOS

Os autores adotam as mais variadas posições. Alguns propugnam pela utilização da ação rescisória, art. 485, CPC, e outros pela ação anulatória, art. 486, CPC e outros até mesmo pelos embargos do art. 741, do mesmo código.

Excluimos de imediato esta última hipótese, pois, pelo que expusemos até agora, inclinamos pelo entendimento de que os embargos são uma reação contra a execução e não contra o título posto em execução. Como a contestação no processo de

conhecimento tem que se limitar sua reação ao que se pede o autor (só excepcionalmente poderá haver reconvenção, art. 315, CPC), também no processo de embargos à execução deve o embargante se limitar ao pedido executivo. Nada mais. Não se pode jogar nos embargos, matéria estranha à execução porque, se isto acontecer, estar-se-á diante de uma reconvenção disfarçada, instituto este que jamais foi admitido e não se pode admitir em processo de execução.

7.1. AÇÃO DECLARATÓRIA

A doutrina encontra-se bem dividida quando procura estudar os efeitos da sentença que condena o réu em processo de conhecimento em que não houve citação ou esta foi irregular, permanecendo o réu ausente do processo o que configura a revelia. Para alguns, trata-se de processo e sentença nulos, que não podem produzir efeitos, ficando assim sujeitos à declaração de nulidade a qualquer tempo e por qualquer meio, que podem ser os embargos do devedor e a ação declaratória, sob o argumento de que a nulidade não produz efeitos. Para outros, não se trata de nulidade e sim de inexistência do processo e esta inexistência de relação jurídica frente ao réu não citado ou mal citado, que implica não ser o mesmo atingido pela sentença proferida e nem pela coisa julgada que se segue a esta, não se havendo de falar em prazo decadencial do art. 485, CPC, senão apenas o prescricional, eis que regida a ação declaratória pelas normas do art. 486, CPC.

A Professora Teresa Arruda Alvim (1987), de forma diferente, entende que o processo e a conseqüente sentença que é proferida nos autos em que não houve regular citação, não se trata de inexistência, mas apenas de nulidade e que se exige ação rescisória. De forma clara e peremptória, diz que, em se tratando de nulidade, não é possível a ação simplesmente declaratória e por isso disse textualmente assim: *1. Não existe ação declaratória de nulidade de sentença.*⁶¹

⁶¹ Obra citada, p. 202;

Com isso pode-se dizer que, quando a sentença for nula, ela será necessariamente objeto de ação rescisória e não de ação simplesmente declaratória ou mesmo ação anulatória. Para o caso em análise em que o vício é da citação, pensamos que não se trata de caso de nulidade da sentença, pois esta pode prevalecer em relação aos demais réus regularmente citados. Mas ainda que se de nulidade se tratasse, surgiria a curiosa questão em se saber qual das partes teria interesse na proclamação ou declaração desta nulidade. Parece-nos que seria o autor (vencedor), pois é o único que tem um título em mãos, mas não pode executá-lo contra o réu revel não citado ou irregularmente citado. Inexiste outra forma para o autor corrigir este vício, pois, em processo extinto, não se mexe mais. Não há interesse para o réu (vencido) porque a sentença não o atinge e a ela ele não está obrigado. Somente resta interesse ao autor que tem em mãos uma sentença inexecutável e impossível de torná-la executável contra o réu. Só lhe resta buscar a via adequada para obtenção de uma outra sentença executável.

7.2. AÇÃO RESCISÓRIA

Boa parte da doutrina inclina-se pela necessidade da ação rescisória para modificar a sentença proferida em processo com vício ou falta de citação, ao entendimento de se tratar de processo e sentença nula. Esclarece Teresa Arruda Alvim (1987):

2. Todas as nulidades que maculam a sentença (ou maculam em si mesmas, ou porque macularam o processo em que foi proferida) não impedem que se constitua a coisa julgada material. Logo, esta coisa julgada que se terá formado deve ser desconstituída, necessariamente.

No estágio atual do desenvolvimento do processo civil, todas as nulidades deste tipo ficam sob o resguardo da ação rescisória, esta sim que tem por escopo desconstituir a coisa julgada, que se constitui apenas de haver sentença nula, p. ex.: art. 485 inc. II.

*A sentença inexistente é passível de ser expurgada do mundo jurídico por meio de ação declaratória: mas de ação declaratória de inexistência, não de nulidade.*⁶²

Em outro ponto, com a clareza e percuciência de sempre, a mesma Professora Teresa Arruda Alvim (1992) assevera: *Cumpre, entretanto, notar, que mesmo tendo havido preclusão quanto às nulidades no processo em que elas tiveram lugar, nesse processo, elas não mais poderão ser alegadas. Entretanto, continuarão a ser possíveis fundamentos de ação rescisória.*⁶³

7.2.1. NECESSIDADE E INTERESSE PARA A AÇÃO RESCISÓRIA

Deixamos exposto que para nós a sentença neste caso não é nula e que por isso não seria objeto nem de ação de declaratória de nulidade. Pensamos mais, que a sentença é válida para as demais partes e poderá ser objeto de ação rescisória, na forma do art. 485, CPC. Resta salientar que a ação rescisória é cabível para os casos de existência da sentença e entre estes estão as sentenças nulas e as válidas (há sentenças que não são nulas ou anuláveis, mas apenas rescindíveis), pois, a sentença ainda que nula, continua existindo. Chiovenda, afirmara : *A sentença nula existe como ato processual, pois, por exemplo, vincula o juiz de molde a que este não possa mais modificá-la.*⁶⁴

Não podendo o juiz modificar a sentença que proferiu, esta continuará a existir ainda que os efeitos da coisa julgada não atinjam o réu revel não citado ou cuja citação seja contaminada por algum vício. Neste caso, para que o autor (vencedor) obtenha um novo provimento jurisdicional de modo a vincular o réu ao processo e contra este ser exequível, é necessário que se valha da ação rescisória.

⁶² op. cit e loc. cit.;

⁶³ *Nulidades Processuais*, 2ª. série, p. 40, Editora RT. São Paulo, 1992;

⁶⁴ *Principii*, apud, Thereza Arruda Alvim, in *Nulidades da Sentença*, cit. p. 202;

Pode parecer estranha esta afirmação de que cabe ao autor (vencedor) propor a ação rescisória, pois, quando se fala nesta modalidade de ação, sempre vem à lembrança em primeiro lugar e de forma apressada, que esta ação é própria do vencido e não do vencedor. Mas, melhor refletindo, certamente chegaremos a outra conclusão.

Ada Pellegrini Grinover (1975) deixou assentado que: *São partes legítimas na ação rescisória aquelas que o foram na relação processual, em que se proferiu a sentença rescindenda. Ação rescisória visa rescindir a coisa julgada, que vige entre as partes, são essas mesmas partes, prejudicadas pela sentença rescindenda, as legitimadas para a ação, assim como seus sucessores...*⁶⁵

A emérita doutrinadora fala em interesse e legitimidade da parte que tenha sofrido prejuízo. Entretanto, ao se referir à parte prejudicada, nada mencionou, se se pode considerar prejudicada a própria parte vencedora. Em regra, quem vence não sofre prejuízo pela sentença, mas, excepcionalmente, pode ter prejuízo e isto se dá na hipótese de sentença inexecutível. É o que se dá em caso semelhante ao aqui tratado.

Não se pode dizer que o autor não teria interesse para a propositura da ação rescisória neste caso. O réu que figura na sentença como vencido, sim, é quem não tem interesse em rescindir a sentença condenatória, porque esta não lhe é eficaz e por isso não alcança.

Em verdade, o único interessado e para tanto legitimado para a ação rescisória, nesta hipótese, é o próprio autor (vencedor), que está vinculado ao processo e a uma sentença sem força executiva contra o réu revel sem citação regular.

Somente a via rescisória poderá desconstituir a sentença e prolatar-se novo julgamento com força executiva. Disto resulta a legitimidade e interesse para o vencedor propor ação rescisória em casos como este. O art. 487, CPC, ao tratar da legitimidade para

⁶⁵ Obra citada, p. 172-173;

ação rescisória, fez referência a quem foi parte no processo, mas em momento algum se referiu à parte vencida. Isto porque, a parte vencedora também poderá propor ação rescisória e isto se dá, quando ela, (parte vencedora) estiver diante de uma sentença condenatória inexecutável.

8. CONCLUSÕES

Com estas breves colocações não se pretendeu solucionar questão alguma, senão apenas chamar a atenção dos doutos no assunto e provocar, com isso, uma melhor análise da questão e estimular um saudável debate.

O assunto não é novo, mas é pouco divulgado. Poucos são os estudiosos que tenham dedicado alguma pequena parcela de seu tempo para estudar e divulgar suas conclusões. Por esta razão, inexistente uma conclusão segura e definitiva. A opinião, que ora expendemos, não tem o caráter e nem a intenção da definitividade.

Apresentadas estas premissas, apresentaremos as nossas modestas conclusões:

1ª) os embargos do devedor têm a natureza de ação incidental à execução e por isso estão vinculados e limitados ao combate a esta;

2ª) a execução tem por finalidade a realização prática de um direito já reconhecido e não novo julgamento sobre a questão já decidida no processo de conhecimento. Ainda que se trate de título extrajudicial, a execução tem por objetivo realizar o direito contido no título e não abrir discussão em relação ao mesmo;

3ª) como a execução tem por objetivo apenas a realização prática do direito já reconhecido, logo os embargos que se opõe à execução, somente poderão visar a obstruir ou impedir esta realização e não a anulação ou rescisão do título posto em execução;

4ª) nada obstante serem os embargos ação incidental à execução, têm eles a finalidade de servir como defesa do executado e não permitir a este que se abra ataque para alterar o

título posto em execução, criando uma nova situação e apresentando questão diferente e com isso apresentar para decisão questão nova, ampliando a questão *decidendum*, quando isto não seria permitido nem mesmo no processo de conhecimento fora das hipóteses do art. 315 CPC. Pudessem o devedor buscar a anulação da sentença, via embargos do devedor, seria o mesmo que lhe permitir apresentação de reconvenção na execução, o que é de tudo incabível;

5ª) não podendo os embargos do devedor reabrir a questão já decidida no processo de conhecimento, senão apenas atacar a força executiva do título, a sentença que os acolher não poderá anular e nem rescindir a sentença anteriormente proferida em processo de conhecimento;

6ª) o juízo de primeiro grau, após proferir sentença de mérito, acaba e encerra o seu ofício jurisdicional, art. 463, CPC, não mais podendo mudar a sua sentença para anulá-la ou rescindi-la; até mesmo a sentença terminativa, que não decide o mérito, uma vez publicada, torna-se imutável pelo juízo de primeiro grau;

7ª) a norma do art. 575, II, CPC, indica tão-somente a competência para juízo de primeiro que julgou a ação de conhecimento para processar a execução, e, evidentemente, seus incidentes, mas não devolve a competência perdida com a prolação da sentença de mérito, art. 463, CPC. Conclui-se ao final que a sentença que acolhe os embargos interpostos com fulcro no art. 741, I, CPC, apenas põe fim à execução e não à sentença, porque esta é inalterável em primeiro grau em face do art. 463, do CPC. Se o art. 475, II, CPC, autorizasse o juízo de primeiro a desfazer a sua sentença, quer pela anulação quer pela rescisão, estaria em contradição com os arts. 463, 485 e 486, CPC. A matéria contida na sentença depois de transitada em julgado somente poderá ser objeto de reapreciação direta pelos meios previstos nos arts. 485 e 486, CPC;

8ª) a sentença no processo de conhecimento em que não houvera citação ou que esta tenha ocorrido com algum vício e o réu tenha permanecido revel, não é só por isso nula ou anulável e nem inexistente. É sentença existente, válida e operante em

relação às demais pessoas que do processo participaram. Apenas é ineficaz frente ao réu que deveria ser regularmente citado e não o foi. Porque este, não havendo participado do processo, é considerado terceiro em relação a ele, art. 1.046, CPC, e por isso não pode ser atingido pela sentença e a coisa julgada, art. 472, CPC.

9ª) a coisa julgada oriunda desta sentença alcança as demais partes e contra estas pode ser executada, só não alcançando a parte que deveria ser citada regularmente e não foi se esta permaneceu revel, não tendo força executiva contra esta;

10ª) a sentença que acolhe os embargos na forma do art. 741, I, do CPC, não anula a sentença do processo de conhecimento, porque não pode fazer as vezes de ação rescisória e nem será o juiz competente para rescindi-la ou anulá-la;

11ª) a sentença que acolhe totalmente os embargos apenas extingue a execução sem anular ou modificar a sentença no processo de conhecimento;

12ª) a sentença proferida no processo de conhecimento para sua alteração reclama ação rescisória, porque não pode ser modificada pelo juízo de primeiro grau;

13ª) tem interesse e legitimidade para a propositura da ação rescisória, o próprio autor (vencedor) que está diante de uma sentença inexecutável e, para torná-la executável, necessita rescindi-la para obter outra decisão perfeita e executável;

14ª) o réu vencido, mas que tenha permanecido revel no processo de conhecimento quando não ocorrer regular citação, não tem interesse jurídico na propositura da ação rescisória, tendo em vista que a sentença neste caso não lhe causa prejuízo, pois não pode ser executada contra este.⁶⁶

⁶⁶ V. art. 472, CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLORIO, Enrico, *La Cosa Giudicata Rispetto A Terzi*, Giuffré Editore, Milão, 1992;
- ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, Editora Revista dos tribunais, ed. 1977, São Paulo;
- ARAGÃO, Egas Monis de, *Sentença e Coisa Julgada*, Aidê Editora, Rio de Janeiro, 1992;
- BUZOID, Alfredo, *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1986;
- CAMPOS, Ronaldo Cunha, *Limites Objetivos da Coisa Julgada*, Aidê Editora, Rio, 1988;
- CAPONI, Remo, *L'Eficácia Del Giudicato Civile Nel Tempo*, Giuffré Editore, Milão, 1991;
- CARNELUTTI, Francesco, *Como se hace un proceso*, Trad. Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Editorial Temis S.A, Santa fé de Bogotá, Colômbia, 1994;
- CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Processo Civil - Realidade e Justiça*, Editora Saraiva, São Paulo, 1994;
- _____, *A Causa petendi no processo Civil*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993;
- DALL'AGNOL, Jorge Luis, *Pressupostos Processuais*, Ed. Lejur, Porto Alegre-RS, 1988;
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução Civil*, 5ª edição, Malheiros, São Paulo, 1997;
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Querela Nulitatis e Ação Rescisória*, *in* Revista de Processo, Repro, nº 48, Editora Revista dos tribunais, São Paulo, outubro/dezembro, 1987;
- FADEL, Sérgio Sahioni, *CPC Comentado*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1986;
- GIANESINI, Rita, *Da Revelia no Processo Civil Brasileiro*, Editora RT. S. Paulo, 1977;

- GONÇALVES, Aroldo Plínio, *Nulidades no Processo*, Aidê Editora, Rio, 1993;
- GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil*, v. 3, Saraiva, São Paulo, 1997;
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Direito Processual Civil*, 2 edição, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1975;
- GUERRA, Marcelo Lima, *Execução Forçada*, Editora RT, São Paulo, 1995;
- KOMATSU, Roque, *Da Nulidade no Processo Civil*, Editora RT, São Paulo, 1991;
- LIEBMAN, Enrico Tulio, *Processo de Execução*, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 1980;
- _____, *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, José Bushatsky Editor, São Paulo, 1976;
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Embargos à Execução*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996;
- MALACHINI, Edson Ribas, *Questões sobre a execução e os embargos do devedor*, Editora Revista dos tribunais, São Paulo, 1980;
- MARQUES, José Frederico, *Manual de Direito Processual Civil*, v. IV, Editora Saraiva, São Paulo, 1974;
- MOURA, Mário Aguiar, *Embargos do Devedor*, Editora Síntese, Porto Alegre-RS, 1978;
- NERY JUNIOR, Nelson, *CPC comentado*, Editora RT. São Paulo, 1996;
- NEVES, Celso, *Comentários ao CP. v. VII*, Editora Forense, Rio, 1977;
- NEWTON, Sir Isaac, *Princípios Matemáticos, Os Pensadores*, Editor Victor Civita, São Paulo, 1974;
- PABST, Haroldo, *Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986;
- PONTES DE MIRANDA, J. Cavalcante, *Tratado da Ação Rescisória*, 5ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1976;

- PORTO, Sérgio Gilberto, *Coisa Julgada Civil*, Aidê Editora, Rio de Janeiro, 1996;
- SANTOS, Ernane Fideles, *Manual de Direito Processual Civil*, volumes 1 e 2, Editora Saraiva, São Paulo, 1996;
- SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 3, Editora Saraiva, 1997;
- SHIMURA, Sérgio, *Título Executivo*, Editora Saraiva, São Paulo, 1997;
- SILVA, Ovídio Baptista, *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996;
- SOUZA, Gelson Amaro de, *Curso de Direito Processual Civil*, Leud, São Paulo, 1990;
- THEODORO JR. Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993;
- _____, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades da Sentença*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987;
- WATANABE, Kazuo, *Cognição no processo Civil*, Editora RT, São Paulo, 1987.