

QUERELA NULLITATIS INSANABILIS; das suas origens históricas até o CPC/2015

Por RODRIGO ELIAN SANCHEZ

ADVOGADO. BACHAREL EM DIREITO E MESTRE EM PROCESSO CIVIL PELA FACULDADE DE DIREITO DO LARGO SÃO FRANCISCO - USP.

BACHAREL EM RELAÇÕES INTERNACIONAIS PELA PUC/SP.

RESUMO

Através do presente artigo, pretende-se discorrer sobre meios autônomos de impugnação de atos judiciais, os distinguindo dos recursos para, posteriormente, tratar com maior profundidade da “*Querela nullitatis insanabilis*”, também conhecida como ação declaratória de inexistência, de forma a demonstrar a atualidade deste meio de impugnação autônomo, após a entrada em vigência do código de processo civil de 2015.

O tema dos meios autônomos de impugnação é intrinsicamente conectado ao tema das nulidades processuais e a própria história do direito processual, com o surgimento do germe da distinção, ainda no direito romano, do *error in procedendo* do *error in judicando*. De outro lado e considerando, que a *querela nullitatis insanabilis* é medida excepcional que visa, apenas, impugnar sentenças inexistentes, o estudo buscar compreender quais são os requisitos pelos quais é possível distinguir sentença nula de sentença inexistente.

Palavras-chave: Meios autônomos de impugnação de decisões judiciais – Distinção dos recursos – meio autônomos de impugnação em espécie - *querela nullitatis insanabilis*: origem e atualidade deste meio de impugnação autônomo – Código de Processo civil de 2015.

ABSTRACT

The aim of this article is to discuss autonomous means of challenging judicial actions, distinguishing them from the appeals, and then to deal more fully with *the Querela nullitatis insanabilis*, also known as declaratory action of non-existence, to demonstrate the of this means of autonomous impugnation, after the entry into force of the 2015 Brazilian code of civil procedure.

The subject of the autonomous means of challenge is intrinsically connected to the issue of procedural nullities and the history of procedural law, with the emergence of the germ of the distinction, still in Roman law, of *error in procedendo* from *error in iudicando*. On the other hand and considering that the *querela nullitatis insanabilis* is an exceptional measure that only seeks to challenge non-existent sentences, the study seeks to understand what are the requirements by which it is possible to distinguish null sentence from non-existent sentence.

Keywords: Autonomous means of challenging judicial decisions - Distinction from appeal – An autonomous means of impugnation in kind - *querela nullitatis insanabilis*: origin and actuality of this means of autonomous impugnation – The 2015 Brazilian Code of Civil Procedure.

1. INTRODUÇÃO

Através do presente artigo, pretende-se discorrer sobre a *querela nulitatis insanabilis*, meio autônomo de impugnação de decisões judiciais, sendo importante, antes de discorreremos sobre o tema de forma, distinguir os meios impugnativos autônomos dos recursos propriamente ditos.

1.2. DA NATUREZA DOS MEIOS AUTÔNOMOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS E DISTINÇÃO DOS RECURSOS

A possibilidade de impugnar os atos jurisdicionais é garantia facultada às partes litigantes, com o fito de que o julgamento tenha como resultado a maior adequação possível à solução preconizada pelo Direito, pelo que se entende justo, como, também, visa o controle dos atos jurisdicionais.

Os meios de que as partes podem se valer para impugnar uma decisão judicial são denominados, genericamente, de remédios processuais ou meios impugnativos e ora constituem em recursos, ora em ações impugnativas autônomas¹.

Os meios de impugnação, de uma forma geral, não são exclusivos do direito processual, pois não apenas os atos judiciais podem ser impugnados, também se pode impugnar um ato administrativo, uma deliberação em assemblear, ou seja, um ato jurídico.

Em específico e no âmbito do direito processual civil, (...)“o sistema prevê uma série de mecanismos que visam à revisão das decisões judiciais, a fim de garantir maior segurança e justiça das decisões, que se operam mediante a provocação do interessado, acarretando novo pronunciamento sobre a matéria impugnada, possibilitando a correção de possíveis erros contidos no provimento judicial entregue. Tal se dá, evidentemente, em razão de que a conduta do ser humano não está isenta de falhas. Ademais, sabendo já de antemão que sua

¹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, Recursos e ações autônomas de impugnação. Ed. ver. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 31.

decisão poderá ser revista por outro órgão, o prolator da decisão se cercará de maiores cuidados na entrega da prestação jurisdicional, melhorando a qualidade da tutela oferecida ao final”².

A mesma autora continua: “Os meios de impugnação das decisões judiciais remontam aos primórdios da organização judiciária, tendo surgido antes mesmo dos remédios mais utilizados atualmente como meio de impugnação, os recursos, (sendo o mais típico deles, a apelação), pois, como anteriormente asseverado, as manifestações de descontentamento com situações adversas são inerentes à condição humana e, sendo assim, os meios de impugnação das decisões judiciais originaram-se desse natural inconformismo do homem, conferindo maior legitimidade às decisões e ao Judiciário, na medida em que propicia ao vencido manifestar sua irrisignação o que, certamente, não pode ser feito de forma ilimitada, pois, para que igualmente atinja seu fim pacificador, é curial que a tutela jurisdicional se revista, a partir de um momento estabelecido por política legislativa, de um caráter de definitividade, pondo um fim à controvérsia³”.

A doutrina aponta, basicamente, três fundamentos que justificam a existência dos meios de impugnação contra decisões judiciais: 1º) o inconformismo das partes quanto à decisão proferida contrariamente a seu interesse; 2º) o interesse do próprio Estado em que a decisão seja proferida corretamente; e 3º) em alguns sistemas jurídicos, como o brasileiro, a necessidade de uniformização da inteligência do direito federal.

Os meios de exercer esse inconformismo, dos quais os meios de impugnação é gênero, a doutrina tradicional agrupa-os em duas espécies: as ações autônomas de impugnação e os recursos.

A classificação dos meios de impugnação como recurso ou ação autônoma depende de opção de política legislativa, uma vez que, em razão do princípio da taxatividade dos

² PARRO, Fabiana Monteiro. *O erro na ação rescisória*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011, página. 26.

³ Ob. Cit. Página 27.

recursos, só são classificados como tais aqueles elencados no rol do artigo 994 do Código de Processo Civil em vigor (Lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015).

A nota característica dos recursos é o fato de serem exercitáveis na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão impugnada, antes da formação da coisa julgada; já as ações autônomas de impugnação dão ensejo à formação de nova relação jurídica processual, distinta daquela em que foi proferida a decisão impugnada.

Mas qual o conceito de recurso? Para Cândido Rangel DINAMARCO, recurso é “um ato de inconformismo, mediante o qual a parte pede nova decisão, diferente daquela que lhe desagrada. (...) Recorre-se da decisão que acolhe ou rejeita alguma pretensão no curso do processo sem definir a causa (decisões interlocutórias), recorre-se do ato judicial que define a causa julgando-lhe o mérito ou não (sentenças), recorre-se de decisões tomadas pelos tribunais (acórdãos)⁴”. DINAMARCO, ainda cita LIEBMAN visando concluir o conceito de recurso, para o qual “está implícita no conceito de recurso a ideia de uma oposição, de um ataque – recorrer de uma sentença significa denunciá-la como errada e pedir uma nova sentença que remova o dano injusto causado por ela”.

José Carlos Barbosa MOREIRA, por sua vez, define recurso como “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna⁵”. De acordo com referido jurista, os recursos não são a única forma de impugnação, sendo duas as classes de impugnação fundamentais: a dos recursos, que são exercíveis dentro do processo que originou a decisão impugnada; e a das ações impugnativas autônomas, que, em regra, pressupõem a irrecorribilidade da decisão.

Mas qual a distinção fundamental dos recursos em relação aos meios autônomos de impugnação? De acordo com Cândido Rangel DINAMARCO: “É conatural ao conceito de

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p.116/117.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Comentário ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565.P*” – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2013, página 233.

recurso, no direito brasileiro, o seu cabimento no mesmo processo, mesma relação processual, em que houver sido proferida a decisão impugnada⁶”.

Larissa VERA, traça as seguintes considerações a respeito do conceito de recurso: (i) o recurso é remédio voluntário, razão pela qual o reexame necessário não é recurso propriamente dito; (ii) o recurso impede a preclusão temporal e neste aspecto diferencia-se das ações de impugnação, já que no recurso há o prosseguimento da relação processual existente, enquanto que o meio autônomo de impugnação representa o exercício de uma nova ação e, portanto, de uma nova relação jurídica processual; e (iii) o direito de recorrer é um direito potestativo processual.⁷

De outra banda e a respeito dos recursos e dos meios de impugnação autônomos, ALEXANDRE CÂMARA, afirma que “diferem-se entre si, basicamente, pelo fato de o recurso não provocar o aparecimento de um processo novo, sendo tão-somente um prolongamento do processo em que foi proferida a decisão atacada, enquanto a propositura de ‘ação autônoma de impugnação’ faz nascer uma nova relação processual, diversa daquela onde a decisão impugnada foi proferida⁸”.

Outra diferença existente entre os recursos e os meios autônomos de impugnação judicial é o fato de que, o recurso sempre impede a formação da coisa julgada, e os autônomos de meios de impugnação, de uma forma geral, são manejados após a ocorrência do trânsito em julgado. Porém, esta não é uma condição necessária, haja vista que, o mandado de segurança (outro exemplo de meio autônomo de impugnação) contra ato judicial pressupõe justamente a inexistência da *res iudicata*⁹.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p.116/117.

⁷ VERA, Larissa. *O aumento dos poderes do relator e o julgamento monocrático dos recursos cíveis*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014, páginas 22-23.

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2002, pg.5.

⁹ PARRO, Fabiana Monteiro. *O erro na ação rescisória*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011 – p. 28.

De acordo com o exposto acima, recursos e ações autônomas não se confundem. No entanto, a despeito da evidência da distinção entre estes institutos, surgiu no meio jurídico a expressão “sucedâneos recursais” para diferenciar as ações impugnativas autônomas dos recursos. Os doutrinadores que seguem esta ideologia têm um posicionamento que se volta à praticidade, ao entenderem que as ações autônomas têm o mesmo papel dos recursos, assim como aduz Nelson NERY JUNIOR ao afirmar que as ações autônomas de impugnação “fazem as vezes de recurso (por isso denominadas sucedâneos recursais), já que se dirigem contra decisões judiciais¹⁰”.

Neste sentido Daniel Amorim Assunção NEVES: “Afirma-se corretamente que dentro do gênero “meios de impugnação das decisões judiciais¹¹” existem duas espécies de instrumentos processuais: os recursos e os sucedâneos recursais, sendo a análise comparativa entre eles realizada de forma residual, ou seja, tudo o que não for recurso será considerado um sucedâneo recursal”. Referido autor, ainda divide os sucedâneos recursais em internos e externos, utilizando a nomenclatura sucedâneo recursal interno para se referir à incidentes processuais (ex: suspensão de segurança) dos sucedâneos recursais externos que seriam as ações impugnativas autônomas.

Tal critério está longe de ser pacífico, sendo o mais frequente a distinção entre: recursos, incidentes processuais e meios autônomos de impugnação.

Nossa opinião é pela impropriedade da expressão, já que sugere a ideia equivocada de que todo meio de ataque a um decisório terá natureza de recurso. São tão evidentes as diferenças entre ambos os institutos, motivo da inadequação da utilização da denominação “sucedâneos recursais” como se todo meio de impugnação não previsto em lei como espécie de recurso (taxatividade) assim não pode ser considerado, mas fará as vezes deste, ou seja, terá o mesmo conteúdo.

¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 150. O autor, porém, categoricamente afirma, à pág. 151, que as ações autônomas “não têm natureza jurídica de recurso”.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, página. 2.593.

São considerados os principais meios autônomos de impugnação em face de decisões judiciais: o mandado de segurança, a ação rescisória, a ação anulatória (art. 966, § 4º, CPC/2015) a ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis insanabilis*), bem como a reclamação constitucional. Para o fim deste artigo, três serão abordados: Mandado de segurança, a reclamação constitucional e a ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis insanabilis*).

2. DA QUERELA NULITATTIS INSANABILIS

Meio impugnativo bastante esquecido pela doutrina é a *Querela nulitattis insanabilis*. O surgimento de tal meio de impugnação, deu-se pela necessidade de correção dos *errores in procedendo*. Seu surgimento trouxe uma ideia mais abrangente de preclusividade, podendo o vício ser atacado a todo tempo, independente de prazo de forma.

2.1. HISTÓRICO

O estudo da “*querela nullitatis*” anda de mãos dadas com o estudo da evolução do regime das nulidades do processo, considerando que concebida como forma de correção desses vícios nomeados pela doutrina como “erros” de forma genérica.

No Direito Romano, tanto no período das “*legis actiones*” quanto no da “*ordo judiciorum privatorum*”, não existiam ações que visassem à nulidade dos atos processuais, posto que as sentenças eram irrecorríveis e as nulidade de direito material operavam-se “*pleno iure*”, não havendo necessidade de declaração.

Entretanto, no período fórmulo, em razão da atividade do pretor, houve uma depuração do conceito de nulidade, posto que ela seria uma sanção aos atos não realizados de acordo as regras vigentes (que eram extremamente formalistas).

De acordo com Fernando da Fonseca GAJARDONI¹², nesse período, o devedor condenado, superado o prazo para o cumprimento voluntário da obrigação, podia fazer a seguinte escolha: a) ou confessava o débito e, então, o pretor autorizava o credor a praticar atos de execução em sua pessoa ou seus bens; b) ou negava a condenação, contestando a existência ou a validade da sentença (sentença nula era considerada inexistente), apresentando, contudo, caução para isso, correndo o risco de ser condenado ao dobro do valor da condenação. Nessa segunda hipótese, talvez, tivesse origem a mais remota ancestral do que hoje é concebido como embargos à execução.

O vício que se atacava não era a injustiça ou justiça do julgado, mas a observância de formalidades (o processo romano era bastante formalista), que se não respeitadas acometiam a sentença com sua nulidade, que era compreendida como inexistência.

Mas o devedor não necessitava, contudo, esperar que o credor agisse para, somente então, apresentar a “*actio iudicati*” através da *infidatio*. Podia ele tomar a iniciativa, visando à declaração de nulidade da sentença, mediante um remédio denominado “*revocatio in duplum*”.

De acordo com Roque KOMATSU¹³, “a ‘*revocatio in duplum*’ teria a natureza de ação especial, destinada a negar a existência da sentença como tal, com a índole da moderna ação declaratória negativa, que visa à declaração da nulidade do julgamento e não a rescisão da sentença...”.

Ainda de acordo com Fernando da Fonseca GAJARDONI, foi através do surgimento dessa ação impugnativa que se iniciaram as discussões sobre a necessidade de o sistema ser dotado de uma via adequada para a declaração da nulidade e inexistência da sentença.

¹² FONSECA GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Sentenças inexistentes e “Querela Nullitatis*. Disponível em <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/fernando/pdf/sentenecas.pdf>>. Acesso em: 11. abril.2017.

¹³ KOMATSU, Roque. *A invalidade no processo civil*. Ed. RT, São Paulo, 1991, página 46.

Não havia prazo certo para o manejo da “*revocatio in duplum*”, diante da nulidade da sentença, que na verdade correspondia à sua inexistência, ou seja, poderia o devedor demandar a qualquer tempo.

Por outro lado, posteriormente, no período republicano, surgiu a ideia de uma ação que tivesse por objetivo a anulação de sentenças que, embora formalmente válidas, representassem manifesta injustiça. Então, a critério do pretor, dava-se à parte prejudicada a oportunidade do ajuizamento do remédio da “*restitutio in integrum*”. E todo esse sistema impugnativo veio, logo após, a ser completado pela oficialização da “*appellatio*”, como forma ordinária de correção da injustiça da decisão.

Assim de acordo com Fernando da Fonseca GAJARDONI¹⁴, o quadro impugnativo quanto às sentenças em geral no período formulário era o seguinte:

- a) “*appellatio*” – via ordinária para a correção da injustiça substancial da sentença, tendo em vista a aplicação da lei, conseqüentemente, abarcando o tema das nulidades;
- b) “*restituto in integrum*” – via excepcional, concedida pelo pretor e pelos magistrados imperiais, com o escopo de corrigir a injustiça substancial da sentença, tendo em vista a consideração dos fatos da causa;
- c) “*revocatio in duplum*” – via autônoma – sem prazo fixado - de iniciativa do devedor, que, correndo o risco de ser condenado no dobro, antes de eventual atitude constritiva do credor, impugnava a sentença sob o ponto de vista da legalidade (nulidade = inexistência).

Nas palavras de Moacyr Lobo da COSTA, em seu clássico “*A Revogação da sentença*”¹⁵ a questão da possibilidade da existência, no direito romano, de meio autônomo de impugnação da sentença eivada de nulidade, diverso da apelação, quando a nulidade não fosse evidente e ao vencido faltasse remédio idôneo para esse fim é vivamente controvertida. Aponta que a origem romana da *querela nullitatis*, é defendida por Heffter,

¹⁴ Ob. Cit. Página 4.

¹⁵ COSTA, Moacyr Lobo da, *A revogação da sentença: gênese e genealogia*. São Paulo, Ícone, 1995, páginas 72 e 73.

enquanto de forma antagônica encontra-se Skell, seguindo a interpretação de Renaud, como, também, Bethmann-Hollweg, para os quais a *querela nullitatis*, surgida na legislação estatutária italiana do século XIII, não guarda relação com os institutos jurídicos do processo romano.

Não obstante a divergência, na doutrina, sobre a origem deste instituto (se de origem romana, visigótica, italiana, ou até canônica¹⁶) a corrente desenvolvida por ARTHUR SKEDL, seguida por PIERO CALAMANDREI acabou por influenciar a maioria dos doutrinadores brasileiros, entre eles José Rogério CRUZ E TUCCI e Luiz Carlos de AZEVEDO¹⁷, Fernando da Fonseca GAJARDONI¹⁸ e Fabrizzio Matteucci VICENTE¹⁹; que apontam a origem da *Querela nullitatis insanabilis*, no direito estatutário italiano (mesclava conceitos advindos do direito romano e germânico – lombardos).

Conforme, comentado a maioria da doutrina aponta a origem da *querela nullitatis insanabilis*, no direito intermediário italiano, quando através da fusão de conceitos do direito romano, com direito germânico foi possível distinção clara entre *error in iudicando* e *error in procedendo*, sendo que tal meio de impugnação veio a ser previsto em estatutos italianos, como em Perúgia e Carrara.

Neste sentido, assinala Fernando da Fonseca GAJARDONI apud Roque KOMATSU, que foram, nestes estatutos, que se originou tal distinção pela qual “a antítese entre o conceito de anulabilidade e o de nulidade ‘*ipso iure*’ foi resolvida de modo mais lógico: enquanto se acolhe de uma parte a noção de anulabilidade para quase todos os vícios da sentença e para estes se prefixa um prazo peremptório dentro do qual devia ser exercida a querela ‘*nullitatis*’ em via principal; de outra parte em se acolhendo a noção de inexistência do julgado para alguns vícios mais graves admite-se a qualquer tempo o exercício da ‘*exceptio nullitatis*’. Assim, “a legislação estatutária vinha a mitigar a excessiva absoluteza do

¹⁶ Ainda de acordo com Fabrizzio Matteucci Vicente também parece defender essa teoria Fernando Della Rocca, Saggi di diritto processuale canonico, p. 173, ao afirmar que: “*Quanto ai diritto canonico nei primi suoi tempi non fu conosciuta una vera e propria querela di nullità*”.

¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz; Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pg. 151.

¹⁸ Ob. citada.

¹⁹ Ob. citada.

princípio da validade formal da sentença e a reconhecer que este, se era aplicável à maioria dos defeitos do julgado não era logicamente admissível quando faltassem à sentença aqueles requisitos constitutivos, sem os quais não se podia concebê-la, como acontecia, por exemplo, nos casos de absoluto ‘*defectus jurisdictionis*’²⁰.

Diversamente do período romano, a impugnação das sentenças nulas, somente se dava através da querela “*nullitatis*”. Enquanto a injustiça da decisão era atacada via apelação, sua ilegalidade somente podia ser objeto de impugnação, por período certo, através da querela. Decorrido esse período, todos os vícios da sentença, seja os “*in judicando*”, seja os “*in procedendo*”, eram sanados, nada mais podendo ser reclamado.

Ou seja, tem-se, desse modo, a conclusão pela qual, enquanto certas nulidades, eram impugnáveis por via da *querela* por prazo certo – sanáveis, portanto - outras nulidades mais graves, em razão da intensidade do vício, independiam de ajuizamento em prazo certo, podendo serem alegadas a qualquer tempo, seja por via de exceção, seja através da própria querela. No primeiro caso, dizia-se que a ação era de “*querela nullitatis sanabilis*”, enquanto na segunda hipótese, “*querela nullitatis insanabilis*”.

Para esses estatutos, a querela tinha duas funções: a) atacar nulidades do processo e da sentença, nesse caso, sendo a mesma submetida a prazo certo para alegação; b) atacar os processos e sentenças inexistentes, nessas hipóteses, não havendo prazo para a arguição do vício.

Enfim; na atenta observação de CALAMANDREI apud MOACYR LOBO DA COSTA²¹, a querela “*nullitatis*” é “um instituto desconhecido do Direito Romano e do Direito Germânico, que surge na legislação estatutária italiana do século XII, desenvolve-se e toma forma no século XIII, atinge sua plena maturidade na metade do século XIV, portanto, não se pode dizer de origem romana, nem de origem germânica, mas de pura formação italiana”.

²⁰ FONSECA GAJARDONI, Fernando apud ROQUE KOMATSU. Ob. Cit. pg. 6

²¹ Ob. Cit. Página 130.

Deste conceito que surge no direito processual, partindo do direito estatutário italiano, a *querela nullitatis*: tratava-se de um meio impugnativo da sentença, objetivando impugná-la quando nela se verificassem *errores in procedendo*, ao passo que cabia à apelação a impugnação da injustiça da decisão. Nascia o remédio em questão, aproveitando-se a distinção entre *errores in procedendo* e *errores in judicando* do direito romano e considerando o conceito de validade formal da sentença, do direito germânico (para o direito germânico não existia a concepção sentença inexistente, mesmo que acometida de vícios graves).

Entretanto, a evolução do direito processual, com o aperfeiçoamento do sistema recursal nos diversos ordenamentos jurídicos, que sucederam ao período estatutário italiano, notadamente o de apelação, fizeram com que a *querela “nullitatis”* desaparecesse quase que por completo dos sistemas jurídicos subsequentes, ora sendo encampada por novos institutos como a ação rescisória, ora sendo abrangida pela extensão cada vez maior das matérias alegáveis na seara recursal.

Com isso, na maioria dos ordenamentos europeus, a *querela “nullitatis”*, em suas duas modalidades, *“sanabilis”* e *“insanabilis”*, tiveram seu manejo decrescido; “a primeira foi pouco a pouco absorvida pela apelação, e a segunda acabou desaparecendo, de modo que os motivos de invalidação da sentença passaram a ter de alegar-se por meio de recurso, sob pena de ficarem preclusos com o esgotamento das vias recursais”²².

Vale ressaltar, contudo, que o desaparecimento da *querela* de nulidade, se deu muito mais em virtude do aperfeiçoamento dos sistemas impugnativos do que em virtude da desnecessidade do instituto.

José Carlos BARBOSA MOREIRA ensina que “a ‘*querela nullitatis*’ é em geral apontada como o germe das ações autônomas de impugnação, conhecidas sob várias formas no direito moderno. Não foi homogênea, entretanto, a evolução dos diversos ordenamentos

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa, “Comentário ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565.P” – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2013, Página. 100.

européus nessa matéria. Enquanto em alguns a *querela* se viu em parte abolida em parte a absorvida pela apelação – de tal sorte que os fundamentos alegáveis para pedir a desconstituição da sentença passaram a fazer-se valer unicamente como razões de recurso, em outros substituíram certas possibilidades de ataque às decisões judiciais, ainda quando irrecuráveis”²³.

2.2. ORIGEM DO INSTITUTO NO DIREITO PORTUGUÊS – ORDENAÇÕES AFONSINAS DE 1447, INSPIRADAS NO DIREITO ROMANO E NO DIREITO ESPANHOL (LEY DE LAS SIETE PARTIDAS).

O conceito romano de inexistência foi integralmente adotado, desde as Ordenações Afonsinas, passando pelas Ordenações Manuelinas e chegando nas Ordenações Filipinas.

Com efeito, em todas as ordenações, a sentença podia conter erros de julgamento e vícios que, em alguns casos eram insanáveis. Entretanto, a princípio, a insanabilidade da sentença não a tornava nem rescindível, nem era necessária a utilização de uma *querela nullitatis* objetivando uma declaração específica. Isso porque, nos termos da legislação reinol, a sentença que contivesse qualquer desses vícios constituía sentença que, por direito, era nenhuma, e dela não era necessário apelar. Ademais, o fato de lhe ser interposto recurso de apelação não a tomava existente, visto que o ato posterior não podia ratificar o que jamais existiu por direito.

Em sendo adotado, portanto, o princípio romano de inexistência, o ato inexistente em Portugal, em tese, não precisava de qualquer meio impugnativo, já que não era existente para o direito. Portanto, podia ser a qualquer tempo objeto de impugnação, incluindo-se no curso do processo executivo, conforme se depreende do Título LXXI das Ordenações Manuelinas e o Título LXXXII das Ordenações Filipinas.

Entretanto, não se pode esquecer, que mesmo no direito romano existiu um meio específico de impugnação das sentenças inexistentes, que não se confunde com a *querela nullitatis*,

²³ Ob. Cit.

mas lhe traz suas mais antigas raízes, qual seja, a *revocatio in duplum*. Assim sendo, mesmo a adoção do sistema romano pelas Ordenações do Reino português não era empecilho à importação pela jurisprudência e pela doutrina portuguesa do instituto que, pouco antes das Ordenações Afonsinas, surgia no direito estatutário italiano, a *querela nullitatis insanabilis*.

Tal fato é confirmado pela Lei de 19 de maio de 1843 que claramente instituiu no direito português a "acção de nullidade".

2.3. BRASIL

A história da revogação das sentenças nas causas cíveis e comerciais, no Brasil, divide-se em dois grandes períodos, segundo Moacyr Lobo da COSTA²⁴. O primeiro iria do descobrimento em 1500 até 19 de setembro de 1890, data do decreto republicano n.º 763, que determinou que nos processos cíveis e comerciais deveria ser observado o Regulamento Comercial n.º 737, de 25 de novembro de 1850, o segundo período após a entrada em vigor do referido regulamento em diante.

No primeiro período, de longos quase quatro séculos, os ordenamentos jurídicos aplicáveis no Brasil, foram a legislação reinol (Ordenações Afonsinas de 1446, manuelinas de 1521, Código Sebastião de 1603 e Ordenações Filipinas de 1603 e leis extravagantes posteriores à 1640).

No que tange às Ordenações Filipinas, tem-se a legislação cuja aplicação mais vigorou em nossa história, com início em 1603 e fim após mais de dois séculos. Ou seja, considerando a história brasileira, até a independência em 1822 a legislação aplicável em solo brasileiro era à criada pela Coroa Portuguesa.

Após a independência do Brasil, os doutrinadores brasileiros permaneceram sendo influenciados pela doutrina portuguesa, o que os levou a adotar a terminologia e os meios

²⁴ Ob. Cit. Página 237.

impugnativos existentes em Portugal²⁵. Assim, se a Lei de 19 de dezembro de 1843 em Portugal criara a denominação de ação de nulidade e rescisão da sentença, em pouco tempo, o nome da ação passou a ser simplesmente ação rescisória, como ficou, também, conhecida no Brasil.

De acordo com Fabrizzio Manteucci VICENTE, a *querela nullitatis* surgida no direito estatutário italiano e utilizada em Portugal ao tempo das Ordenações, foi no direito brasileiro, pouco a pouco, absorvida pela ação rescisória ou de nulidade.

2.3.1. REGULAMENTO 737 DE 1850.

No que tange ao cabimento de ações rescisórias ou de nulidade para impugnar o julgado em sede de recurso de revista, o Regulamento nº 737 de 1850 determinava em seu artigo 681, §4º que a sentença só podia ser anulada por meio de apelação, através do recurso de revista ou em sede de ação rescisória. Entretanto, a ação rescisória seria cabível, exclusivamente, se a sentença impugnada não houvesse sido submetida à recurso de revista.

2.3.2. CÓDIGOS ESTADUAIS.

De toda a evolução do processo no período dos Códigos Estaduais, merece destaque o início da distinção que se passou a fazer entre a sentença nula e o processo nulo. Isto porque na maioria dos Códigos Estaduais (v.g. Distrito Federal, Rio de Janeiro, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, sem prejuízo do Regulamento n. 737 de 1850, que permaneceu regendo o processo nos Estados que não chegaram a editar sua própria legislação processual), era considerada sentença nula a que decorresse de um processo nulo.

Nessas legislações, cabia a ação rescisória para anular a sentença que decorresse de processo nulo, o que implica concluir que a ação rescisória continuava absorvendo a *querela nullitatis*.

²⁵ Idem.

Entretanto, nem todas as legislações estaduais assim procederam: merecem destaque os códigos de processo civil de São Paulo e do Espírito Santo, que não classificavam como nula a sentença decorrente de um processo nulo. Assim, a ação rescisória cabia para impugnar a sentença nula, mas não o processo nulo. Ficou, portanto, um vazio na legislação que levou a doutrina e a jurisprudência a entender que nessas hipóteses, transitada em julgado a decisão, seria imutável. A situação em questão levou ao absurdo de considerar-se impugnável a sentença proferida em processo em que a citação inicial era ausente ou viciada.

A única forma de impugnar esse vício, nos Códigos Processuais de São Paulo (art. 1056) e do Espírito Santo (art. 958) ficou restrita aos Embargos à Execução. Com tal sistema, a legislação processual desses Estados retroagia no tempo e se assemelhava ao período romano em que ainda não existia sequer a *revocatio in duplum* e restava ao devedor, assim declarado na sentença, o meio da *infinitatio*. Com efeito, tanto na legislação paulista, quanto na capixaba, restava ao devedor aguardar eventual início de execução para só então estar autorizado a defender-se por meio de embargos. E o que é pior, somente após realizada a penhora de seus bens.

Não se pode entender, portanto, que nessas duas legislações, a *querela nullitatis* tenha continuado absorvida pela ação rescisória. Vale aqui a distinção anteriormente elaborada entre *querela nullitatis sanabilis* e *querela nullitatis insanabilis*. Enquanto aquela, de natureza desconstitutiva, permaneceu absorvida pela ação rescisória em todos os Códigos Estaduais, esta ficou excluída do CPC de São Paulo e do CPC do Espírito Santo.

2.3.3. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939.

O Código de Processo Civil de 1939, a exemplo do Código Paulista e do Código Espírito Santense, não viabilizava a ação rescisória quando houvesse nulidade processual, deixando a questão para ser eventualmente alegada pelo prejudicado em sede de embargos à execução (art. 1010).

Jorge AMERICANO²⁶ apud Fabrizio Manteucci VICENTE entendia que, ante a natureza do vício em questão, deveria ser admitida a ação rescisória. Entretanto, o entendimento não prosperou, visto que a jurisprudência defendia na hipótese, apenas o cabimento da ação de embargos do executado. A questão, entretanto, do cabimento da ação rescisória na hipótese era discutível, no período.

A exemplo da tendência observada nos Códigos Estaduais de São Paulo e do Espírito Santo, durante a vigência do CPC/39 a *querela nullitatis insanabilis*, dissociada que foi da ação rescisória, permaneceu cabível no direito brasileiro, conforme se depreende da ementa do Recurso Extraordinário nº 70.829, de 19 de agosto de 1975.

2.3.4. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

No que tange aos meios de impugnação da sentença viciada por alguma nulidade, o Código de 1973 estabeleceu um sistema recursal para essa impugnação, a ação rescisória, prevista no art. 485 e os embargos do executado, previstos no art. 741.

A ação rescisória, a exemplo do que se verificou no CPC de 1939, não tratou da nulidade da citação como hipótese específica de cabimento. Com efeito, o art. 485 do CPC, ao enumerar taxativamente as hipóteses de cabimento da ação em questão, relacionou a possibilidade de rescisão da sentença quando: a) verificado que a sentença foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; b) foi proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; quando resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, objetivando fraudar a lei; d) ofender a coisa julgada; e) violar literal disposição de lei; f) estiver fundada em prova cuja falsidade foi apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; g) depois da sentença o autor obtiver documento novo, mas existente anteriormente, que não conhecia ou não teve acesso no momento oportuno, e que, por si só, poderia lhe assegurar

²⁶ AMERICANO, Jorge. *Estudo theorico e pratico da acção rescisoria dos julgados no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1936.

provimento favorável; h) houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, na qual se baseou a sentença; i) a sentença estiver fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Já o art. 741, inciso I, em sua redação original, estabelece ser possível ao devedor executado no processo de execução opor embargos alegando a nulidade de citação no processo de conhecimento.

Ou seja, após o advento no CPC de 1973, a *querela nullitatis insanabilis* persistiu no cenário processual, sendo que o panorama se alterou com o novo código de processo civil, já que não foi ampliado o rol taxativo de cabimento da ação rescisória, não abarcando, portanto, todas hipóteses de nulidades, inclusive as de inexistência do próprio processo.

De outro lado e na vigência do CPC/1973, dois acórdãos do Supremo Tribunal Federal confirmaram a vitalidade de tal ação de impugnação autônoma. No RE nº 975896, da relatoria do Ministro Moreira Alves, em voto proferido em 17/11/1982, foi reconhecida a atualidade da *querela nullitatis* seguinte trecho do voto condutor do julgamento: “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 RE nº 963740, julgado em 11/11/1983, também de relatoria do Ministro Moreira Alves, ficou consignado no voto condutor do julgamento, que: “No caso, como acentua o aresto recorrido, “indiscutivelmente, ressalta a nulidade insanável de todas as ações executivas acima referidas, por falta de citação, ora dos próprios executados, ora de seus sucessores”.

O panorama de cabimento da ação rescisória mudou muito pouco, na transição do CPC/1973 para CPC/2015, que, em grande parte, manteve a mesma disciplina para a matéria, através das regras contidas nos artigos 966 e seguintes (rescisória) e artigos 525, §1º I, e 535, I, (impugnação ao cumprimento de sentença, em razão de inexistência ou

nulidade de citação na fase de conhecimento, caso o processo tenha corrido à revelia) ambos do CPC/2015.

Algumas alterações, porém, ocorreram; se na égide do CPC/1973 a rescisória apenas poderia ser manejada em face de decisão de mérito, o CPC/2015 previu duas possibilidades de rescindibilidade sem julgamento de mérito. São as hipóteses de cabimento em face de decisões que, embora de natureza processual, impedem a nova propositura da mesma demanda e as decisões que obstam admissibilidade de recurso (art. 966, § 2). Por outro lado, e enquanto na vigência do Código de Processo Civil de 1973, cabia ação rescisória quando a sentença de mérito houvesse violado *literal disposição de lei* (art. 485, CPC/73), com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (art. 966, V) a ação rescisória passou a ser cabível quando a decisão “*violar manifestamente norma jurídica*”.

Questão significativa é que se a violação literal deixou de ser a texto de lei e passou a ser de norma jurídica, a redação dada pelo CPC/2015 passou a permitir o cabimento da ação rescisória quando a decisão de mérito violar precedente obrigatório, como também normas não expressas literalmente nos textos legais, mas relevados pela interpretação, como os princípios (o gênero norma jurídica, abarca tanto as espécies: regras e princípios). Outra novidade do CPC/2015 foi admitir ação rescisória quando a decisão rescindenda se fundar em lei ou ato normativo considerado, pelo Supremo Tribunal Federal, inconstitucional ou cuja interpretação for considerada incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Para ser caso de ação rescisória, a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser posterior ao trânsito em julgado da decisão a ser rescindida (art. 525, §12º e 15º).

2.4. ELEMENTOS DE EXISTÊNCIA DO ATO PROCESSUAL

Visando entender o cabimento da ação declaratória de inexistência ou *querela nulitatis insanabilis*, fundamental a compreensão dos vícios que acarretam a inexistência do próprio processo.

Quanto ao ato inexistente, Roque KOMATSU²⁷, afirma que o ato é inexistente quando lhe faltar um mínimo de elementos constitutivos sem o qual o ato não se configura. A inexistência possui um aspecto meramente vocabular, significando um não ato, e um aspecto jurídico, um ato inexistente no mundo dos fatos, mas não existente no mundo jurídico. De acordo com CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO²⁸ seriam exemplos de atos inexistentes a sentença que não contenha a parte dispositiva ou que condene o réu a uma prestação impossível, ou ainda qualquer ato do processo não assinado pelo seu autor.

De acordo ainda, com a importante lição de Roque KOMATSU, os requisitos de validade dos atos jurídicos correspondem à preparação e aperfeiçoamento que são indispensáveis para que um determinado ato jurídico possa produzir os efeitos, que dele são esperados no mundo jurídico.

Por outro lado, é de se observar que o sistema que regulamenta as consequências dos vícios dos atos processuais no direito brasileiro está ligado ao princípio de direito processual da instrumentalidade das formas. Assim, no que tange ao aspecto formal (e dentro do plano da validade dos atos jurídicos processuais) o desrespeito a requisitos formais é relegado a segundo plano desde que, o ato tenha atingido o fim a que se destina, nos termos dos artigos 188 e 277, ambos do CPC/2015.

Considerando que o princípio da economia processual tem como objetivo evitar a repetição dos atos processuais senão houve prejuízo ou se o ato atingiu a sua finalidade, bem como evitar a anulação de todos os atos anteriores, restringindo a anulação, somente, aos atos dependentes do ato anulado e anulando somente a parte do ato que seja inválida, se reforça que as nulidades no direito processual são sancionadas de forma diversa que no direito material.

De acordo com essa divisão inicial, as nulidades de forma poderão ser absolutas se, expressamente, forem previstas em lei, embora a sua tendência seja de não o serem. Assim,

²⁷ Ob. Cit. página 46.

²⁸ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. Malheiros editores, 24º edição, 2008, São Paulo, página 370.

a lei considerará um vício de forma uma nulidade absoluta se houver a chamada presunção legal do prejuízo, em razão do risco de deixar na dependência das partes a iniciativa de argui-las.

Já os vícios de fundo decorrem da lógica que deve ser realizada, anteriormente, à decisão de mérito, consistindo fundamentalmente nos pressupostos processuais (positivos de existência e de validade e os negativos) e nas condições da ação.

Em relação aos atos processuais, é frequente a classificação conforme a gravidade do vício, podendo ser de inexistência, nulidade e irregularidade, sendo que a todos é comum o fato de não estarem de acordo com o modelo previsto em lei para o ato processual.

Assim, são considerados os atos inexistentes aqueles que sem determinados elementos não são reconhecíveis como atos processuais, de maneira que podem ser declarados inexistentes a qualquer tempo e jamais passam em julgado. Por outro lado, a nulidade pode ser eliminada pelo trânsito em julgado da sentença. Já a irregularidade não admite a declaração de nulidade.

Por isso, as nulidades podem ser classificadas em: a) absolutamente insanáveis (que impedem a passagem em julgado da sentença e podem ser impugnadas através da *actio nullitatis*); b) as nulidades afastáveis de ofício e relativamente insanáveis que podem ser sanadas pelo trânsito em julgado da sentença; e, c) nulidades relativas e sanáveis, que não podem ser conhecidas de ofício e só podem ser alegadas pela parte no modo previsto em lei.

Embora não exista consenso na doutrina a respeito dos graus de invalidade dos atos processuais, a doutrina majoritária parece pender para a existência apenas das nulidades, rejeitando a classificação dos atos processuais em nulos e anuláveis. Por outro lado, a maior parte da doutrina, também, procura distinguir os atos absolutamente nulos dos relativamente nulos.

Nesse sentido, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, rejeitam a possibilidade da distinção dos atos processuais em nulos e anuláveis, já que os atos processuais sempre precisam da declaração de nulidade. Nas palavras dos referidos autores: “Como se vê, esse sistema de nulidades difere substancialmente daquele inerente ao direito privado. Naqueles ramos do direito substancial (civil, comercial) distingue-se o ato nulo do ato anulável (nulidade x anulabilidade); enquanto este prevalece até que seja privado judicialmente de eficácia, o primeiro já é, em princípio, ineficaz (a nulidade opera pleno jure). Em direito processual, mesmo as sentenças eivadas dos vícios mais graves, uma vez passadas em julgado, são eficazes: só perdem a eficácia se regularmente rescindidas (CPC, arts. 485-495; CPP, arts. 621-631 e 648, inc. vi). Em processo civil, além do mais, a possibilidade da rescisão não dura mais que dois anos a partir do trânsito em julgado (CPC, art. 495)²⁹”.

Crisanto MANDRIOLI, apud FABRIZIO³⁰ por outro lado, faz interessante paralelo entre o direito material e o direito processual, explicando que no direito material as normas jurídicas apresentam destacada preocupação não só com a forma do ato, mas, acima desta questão, com a forma de produção e manifestação da vontade emitida pelos interessados. Já no direito processual a forma é disciplinada de maneira muito mais detalhada e especificada rigorosamente. Ademais, no direito processual não há a menor preocupação com a vontade do agente. Dessa observação deflui, naturalmente, a conclusão de que a validade e a eficácia dos atos processuais não só dependem da observância de sua forma, como não dependem de qualquer controle sobre a formação e manifestação da vontade.

Assim, para se constatar a existência ou validade do ato, primeiro se faz necessário definir se estão presentes os elementos mínimos para sua existência jurídica. Em caso positivo, este juridicamente existe e pertence ao sistema legal. Outro ponto a ser averiguado diz respeito aos requisitos normativos. Se existirem, o ato é válido.

²⁹ Ob. Cit. Páginas 366 e 367.

³⁰ Ob. Cit. Página 199.

Na lição de Enrico Tullio LIEBMAN³¹: “o ato processual é viciado quando lhe faltam certos requisitos de forma prescritos pela lei ou necessários para atingir seu escopo. Mas nem sempre o vício do ato conduz à sua invalidade”. Continua e destaca que “nossa lei (brasileira), inovou profundamente e adotou como diretriz principal na disciplina das nulidades princípio da instrumentalidade das formas, que subordina a invalidade de um ato processual não à simples inobservância destas, mecanicamente constatada, mas à relação, apreciada caso por caso, entre o vício e o escopo do ato, por efeito do vício, não tiver podido atingir seu escopo, tudo de maneira a salvar o que foi feito na maior medida em que o permitam as exigências técnicas do processo.”

Não obstante, a doutrina está longe de ser pacífica, sobre o tema, para Fredie DIDDIER³², por exemplo, seguindo doutrina de PONTES DE MIRANDA, afirma que a validade do ato diz respeito à eficiência com que o seu suporte fático foi preenchido. Se houver o preenchimento da hipótese de incidência (previsão do fato em enunciado normativo) de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação do ato (= invalidação, que se refere tanto à decretação do nulo quanto à anulação): a destruição de um ato jurídico em razão de um seu defeito. Afirma, ainda que não há efeitos jurídicos nulos: os efeitos jurídicos existem ou não. Transcreve lição de PONTES DE MIRANDA apud DIDDIER³³: “Não há relação jurídica nula nem direito nulo, nem pretensão nula, nem ação nula, como não há relação jurídica anulável, nem direito anulável, nem pretensão anulável, nem ação anulável. Nulo ou anulável ou rescindível é o ato jurídico, inclusive o ato jurídico processual, como a sentença”. Em suma, o “fato jurídico, primeiro, é; se é, e somente se é, pode ser válido, nulo, anulável, rescindível, resolúvel etc.; se é, e somente se é, pode irradiar efeitos, posto que haja fatos jurídicos que não os irradiam, ou ainda não os irradiam”. O ato jurídico inválido não é ato inexistente, não é zero-ato jurídico, é ato jurídico menor que um (< 1). Ato inexistente não tem defeito; ele não é. (...) “Defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito

³¹ LIEBMAN, Tullio Enrico. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, 3º Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, páginas 327-328.

³² DIDDIER JUNIOR, Fredie. A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em 16.abril.2017.

³³Ob. Cit. Páginas 2 e 3.

não existe, e, pois, não pode ter defeito. O que foi feito, para que falte, há, primeiro, de ser defeito. Toda afirmação de falta contém enunciado existencial negativo: não há, não é, não existe; ou afirmação de ser falso o enunciado existencial positivo: é falso que haja, ou que seja, ou que exista. Faltar é derivado de *fallere*, como falso; ao passo que defeito vem de defício (*facio*) e sugere estar mal-feito”.

Segundo tal entendimento, o ato inválido é um ato que contém um ilícito, cuja sanção é a nulificação. A invalidação é a sanção cominada para as hipóteses em que se reconheça que o ato foi praticado sem o preenchimento de algum requisito havido como relevante.

Seguindo a linha de raciocínio do professor bahiano, não se poderia confundir, ainda, o defeito com a sanção. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito; a anulação é a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação, a sanção etc. Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê, ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a consequente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso.

Em resumo, não existiriam vícios que impliquem na inexistência³⁴, mas sim vícios transrescisórios, que possibilitam a *querela*. Seriam tais vícios a ausência ou nulidade de citação.

Nesta esteira e ainda, segundo Fredie DIDIER³⁵, no direito processual civil brasileiro, há apenas duas hipóteses de decisão judicial existente que pode ser invalidada após o prazo da ação rescisória: decisão proferida em desfavor do réu, em processo que correu à sua revelia, quer porque não fora citado ou porque o fora de maneira defeituosa (art. 475-L, I, e art. 741, I, ambos do CPC/1973 atuais art. 525, § 1º, I e 535, I ambos do CPC/2015). Nesses

³⁴ Em posição contrária, LIEBMAN (Ob. Cit. Página 339) assevera que o conceito de inexistência do ato processual apesar de se situar entre os mais discutidos em todos os campos do direito, e além de ser contraditório em si mesmo, não é dispensável pelo menos como meio convencional para designar a pura e simples *inexistência do ato*, quando se depara com uma espécie de fato puramente ilusória, que não chegou a dar vida a um ato qualquer e que por isso fica fora do âmbito de valoração das categorias da validade e da invalidade.

³⁵ Idem.

casos, bem denominados de vícios transrescisórios, impugna-se a decisão judicial por meio de ação de nulidade, denominada *querela nullitatis*, que se distingue da ação rescisória não só pela hipótese de cabimento, mais restrita, como também por ser imprescritível e dever ser proposta perante o juízo que proferiu a decisão (e não necessariamente em tribunal, como é caso da ação rescisória). Ambas, ações, porém teriam natureza constitutiva negativa.

Assim, o réu revel não-citado ou citado irregularmente pode resistir aos efeitos da sentença a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória (mas também por ela)³⁶, e, se for o caso, pleitear a decretação da sua nulidade por meio de *querela nullitatis*.

Não obstante, não concordamos com esta corrente de pensamento, em especial no sentido da inexistência de interesse prático na classificação das invalidades processuais e da natureza constitutiva negativa da sentença a ser proferida em ação declaratória de nulidade. A distinção em questão é de altíssima relevância e não se refere só a uma questão terminológica. Desses conceitos verifica-se que nem sempre uma sentença nula é necessariamente rescindível e vice-versa. Ademais, verifica-se que as sentenças inexistentes não são rescindíveis, na medida em que o que não existe não pode ser desconstituído. Não há dúvida, porém que o ato processual defeituoso produz efeitos até a sua invalidação, ou seja, que toda invalidade processual precisa ser decretada.

2.3.5. DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO

Partindo do pressuposto que a *actio nullitatis* tem como objeto impugnar sentenças inexistentes, sendo que a ação rescisória é que tem natureza constitutiva negativa. Ademais, a ação rescisória sempre teve, na história, prazo para propositura e, portanto, não se coaduna perfeitamente com a subsistência da *querela nullitatis*, que segundo doutrina pacífica, é imprescritível.

³⁶ Pontes de Miranda já advertia sobre a necessidade de se distinguirem as decisões inexistentes, rescindíveis (válidas, mas atacáveis por ação rescisória, a despeito da coisa julgada) e nulas, que, embora existentes, não valem e podem ser desconstituídas a qualquer tempo (sobre o tema, amplamente, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 190-199).

Neste sentido, resta claro, que *actio nullitatis*, visa atacar sentenças inexistentes ou em razão das mesmas não conterem o mínimo essencial para que sejam consideradas existentes ou em razão de terem sido proferidas em processos inexistentes.

Em relação a sentença, podemos afirmar que como todo ato processual, possui elementos de existência e requisitos de validade. Nesse sentido, são elementos de existência da sentença além daqueles comuns a todos os atos processuais, o dispositivo e a assinatura do juiz.

Nas palavras de Fabrizio Manteucci VICENTE³⁷: “Isto porque, de fato, não é possível imaginar-se sentença sem que exista dispositivo. Não se trata apenas de um elemento essencial do ato decisório em questão. É elemento imprescindível à sua existência jurídica. Sem dispositivo a sentença nada decide e, assim sendo, perde sua qualificação como ato decisório do processo. De outro lado, também é imprescindível que a sentença contenha a assinatura do juiz. Sem a assinatura do juiz a sentença perde esta condição, na medida em que somente a assinatura do juiz é capaz de comprovar a atividade jurisdicional veiculada na sentença. Sem que o juiz assine a sentença, portanto, ainda não se tem sentença. Mais que isso, ao dizer-se que a sentença somente existe com a assinatura do juiz, se está afirmando que se a sentença é assinada por quem não seja juiz, também não se tratará de sentença, na medida em que proferida por quem não exerce a função jurisdicional.”

Também é inexistente, a sentença proferida em processo inexistente, sendo que os pressupostos processuais positivos de existência, seriam apenas: jurisdição e petição inicial.

Não há divergência na doutrina da necessidade da presença da jurisdição, para a existência jurídica do processo. Não são raros na doutrina, exemplos como da ausência de assinatura de juiz, e na hipótese do juiz que se aposenta e entrega sentença após a sua aposentadoria, hipóteses em que não haverá sentença, por ausência de exercício da função jurisdicional no ato praticado.

³⁷ Ob. Cit. Página 224.

Parte da doutrina prefere relacionar entre os pressupostos processuais de existência do processo, além da jurisdição, o autor, e não a petição inicial. Isto porque, para que exista processo é preciso que algum interesse invoque a tutela jurisdicional, exercendo o direito de demandar. Entretanto, o autor não invoca atividade jurisdicional senão através de petição inicial. Daí porque se entende que o pressuposto processual de existência é a petição inicial, ato processual que dá início ao processo.

Não obstante, além de jurisdição e petição inicial (ou autor) parte da doutrina entende ser a citação pressuposto processual de existência, posição da qual divergimos. Debate existiu, também, a respeito da capacidade postulatória (atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB ou praticados por advogado suspenso ou impedido – discussão que parece ter sido superada após a entrada em vigor da Lei Federal 8.906/94, que tipificou tal ato como nulo e não como inexistente), bem como pelos atos praticados por advogado sem procuração para atuar nos autos³⁸.

De acordo com José Carlos Barbosa MOREIRA: “Os vícios da sentença podem gerar consequências diversas, em gradação que depende da respectiva gravidade. A sentença desprovida de elemento essencial, como o dispositivo, ou proferida em “processo” a que falte pressuposto de existência, qual seria o instaurado perante órgão não investido de jurisdição, é sentença inexistente, e será declarada tal por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade (e até sem possibilidade) de providência tendente à

³⁸ Na vigência do CPC/1973 o art. 37, previa como inexistentes os atos processuais praticados por advogado sem procuração para atuar nos autos. De outra feita, o CPC/2015 abrandou tal situação, sendo que o ato praticado por advogado sem procuração e que não venha à ratificar através da juntada do competente instrumento de mandato, implicará em ineficácia (art. 104, § 2º, CPC/2015). Em relação a capacidade postulatória do advogado, segue arresto do TJSP - APELAÇÃO S/ REVISÃO Nº 1152282 - 0/ 1, Rel. DES. ADILSON DE ARAÚJO, Data do julgamento: 22/07/08 -EMENTA: “PROCESSO CIVIL. ADVOGADO SUSPENSO. PRÁTICA DE ATOS PROCESSUAIS. PROCESSO SENTENCIADO. COISA JULGADA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM AÇÃO ANULATÓRIA (QUERELA NULLITATIS — ART. 486 DO CPC). NÃO CABIMENTO. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA. CORREÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO. Tendo transitado em julgado sentença proferida em processo de conhecimento, a notícia de prática de atos processuais por advogado suspenso pela OAB enseja o ajuizamento de ação rescisória prevista no art. 485 e não a anulatória do art. 486, ambos do CPC. Explica-se: por violar a regularidade da capacidade postulatória, a inabilitação do advogado, ainda que parcial, prevê sanção de nulidade dos atos praticados nessa condição (art. 4º do Estatuto de Advocacia), atingindo, em consequência, a eficácia da sentença de mérito proferida e a coisa julgada dela decorrente. Não se trata sentença inexistente”.

desconstituí-la: não se desconstituí o que não existe³⁹”. Importante destacar, três pontos essenciais da explanação do renomado processualista: é considerado como único pressuposto de existência de um processo a sua instauração perante órgão investido de jurisdição, que não há necessidade de procedimento específico para reconhecer tal tipo grave de vício, e, que poderia ser arguido perante qualquer juiz e a qualquer tempo.

De outro lado, a corrente majoritária, dentre os quais Fernando da Fonseca GAJARDONI⁴⁰ navega por outra linha de raciocínio, de acordo com tal corrente, seria adequado o manejo da *querela nullitatis* contra a sentença inexistente, seja por falta de elementos mínimos para que a sentença exista, seja em razão de ter sido proferida em processo inexistente, ou seja, quando o processo não estiver revestido dos pressupostos processuais de existência, ou seja, de requisitos mínimos para a própria constituição da relação jurídica processual. Seriam tais pressupostos:

- a) citação
- b) procedimento
- c) jurisdição
- d) capacidade postulatória⁴¹

As sentenças proferidas em feitos que ausentes um ou mais desses requisitos jamais passam em julgado, pois, na verdade, são frutos de uma relação jurídica processual inexistente. Consequentemente, se a relação jurídica processual é inexistente, a própria sentença o é, sendo impossível, pois que seja rescindida, já que não cabe ação rescisória sobre algo que não existe.

Por essa razão, a qualquer momento, em qualquer grau de jurisdição, sem necessidade de ação própria ou através dela (“*querela nullitatis*” ou, na melhor expressão de Teresa Arruda

³⁹ Ob. Cit. Página 106.

⁴⁰ Ob. Cit. Página 20.

⁴¹ A capacidade postulatória, após a entrada em vigor do CPC/2015, não é mais passível de ser impugnada via ação declaratória de inexistência, sendo que o artigo produzido pelo professor Gajardoni é anterior à tal mudança legislativa.

Alvim WAMBIER, ação declaratória de inexistência), essas sentenças podem ser declaradas inexistentes e, se operavam algum efeito, deixam de produzi-lo de imediato.

Tão somente nesses casos é que pode se cogitar da “*querela nullitatis*”.

De outra feita e ainda de acordo com GAJARDONI⁴², não se concebe que sentenças frutos de processos em que tenha ocorrido a citação, porém de modo viciado (pressuposto processual de validade), deem guarida à declaração de inexistência. Tais sentenças existiriam. E não só formalmente, mas também materialmente. Se houve vício, estamos então no campo da nulidade. E sentenças existentes, mas nulas, são rescindíveis no prazo legal. Superado o prazo decadencial, como dito, o sistema prefere a segurança jurídica à justiça/legalidade da decisão, razão pela qual essas sentenças, mesmo nulas, tornam-se imodificáveis. E aqueles efeitos que já operavam antes da superação do prazo de rescindibilidade passam a ser definitivos.

No entendimento do mencionado processualista, citação nula não equivaleria a citação inexistente, mesmo que aquela esteja aliada ao fenômeno da revelia. A sentença proferida em processo cujo requerido foi citado por edital, quando o endereço era certo, não pode ser reputada inexistente, senão nula. Houve formação, mesmo que viciada, da relação jurídica processual, embora por presunção legal. Tanto é assim que o próprio sistema, prevendo a possibilidade desse vício, lhe deu especial guarida, admitindo que o executado, nesses casos oponha embargos à execução (artigos 525, §1º I, e 535, I, ambos do CPC/2015). Note-se que se trataria, então de caso de rescindibilidade não sujeita ao prazo decadencial da ação rescisória.

O mesmo raciocínio deveria ser adotado para os casos em que houve citação de apenas um dos litisconsortes necessários. Trata-se de processo existente, com sentença existente, mas que, em razão da não integração completa do polo passivo, é nulo. Ou seja, entende o referido autor que se trataria de vícios rescisórios, sem prazo decadencial para ser arguido.

⁴² Ob. Cit. Página 20, para quem somente nas hipóteses de ausência dos pressupostos processuais de existência é que se pode tratar do cabimento da *actio nullitatis insanabilis*. Para o autor, são pressupostos processuais de existência: citação, procedimento, jurisdição e capacidade postulatória.

Moniz de ARAGÃO apud Fabrizzio Manteucci VICENTE⁴³ explica que a maioria da doutrina segue o entendimento de que a sentença proferida em processo com a citação nula, gera sentença nula e não inexistente.

Enrico Tullio LIEBMAN, afirma que a sentença proferida sem citação do réu é inexistente, pois “sem esse ato essencial não há verdadeiramente processo, nem pode valer a sentença que vai ser proferida”⁴⁴. O renomado jurista não traz distinção entre a nulidade de citação e a citação nula, porém parece tratá-las de forma idêntica, ao indicar o artigo 741 do CPC/1973, ou seja, os embargos à execução como uma das formas de reconhecimento de tal inexistência. Nas palavras do mestre italiano: “Um cidadão não pode ser posto em face de uma sentença que o condena, quando não teve oportunidade de se defender. Sempre foi assim e façamos votos para que sempre assim o seja”⁴⁵. Além da inexistência do processo em razão de ausência de citação, LIEBMAN aponta, também, vícios de grande monta na própria sentença, que ensejariam sua inexistência, sendo que são requisitos mínimos para a existência de uma sentença, julgamento emitido em forma escrita por um juiz e endereçado as partes, sendo que inexistente sentença se quem a proferiu não for juiz, se ela não contiver um julgamento ou se faltarem as partes ou documento escrito. “Especificamente, deve-se considerar inexistente a sentença que não tenha a assinatura do juiz, elemento indispensável para a existência do ato escrito; de fato a lei impede que uma sentença não assinada venha, mesmo depois de preclusos os recursos, a adquirir qualquer eficácia (...)”⁴⁶.

Através da lição de LIEBMAN podemos entender que não existe sentença, quando este ato processual não for proferido de forma escrito, ou se lhe faltarem o dispositivo (julgamento), as partes as quais vincula e a assinatura de um juiz.

⁴³ Ob. Cit. Página 250.

⁴⁴ LIEBMAN, Tullio Enrico, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Bestbook, São Paulo, 2004, página 117.

⁴⁵ LIEBMAN, Tullio Enrico, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Bestbook, São Paulo, 2004, página 117.

⁴⁶ LIEBMAN, Tullio Enrico. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, 3º Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, páginas 340.

Teresa Arruda Alvim WAMBIER⁴⁷, também, entende que a ausência de citação gera sentença inexistente, em razão da citação ser pressuposto processual de existência. Para referida autora, apesar da ausência de citação ser hipótese distinta de citação nula, como em termos de eficácia do ato a situação não se distingue, entende que tanto na hipótese de ausência de citação quanto na hipótese de ausência de citação válida, o processo será inexistente.

Compartilha desse entendimento TALAMINI⁴⁸ para quem a sentença proferida em processo em que o réu não tenha sido citado, não é sentença, porque não houve processo. Para o autor ora em comento, nessa hipótese o réu é terceiro e não parte. Tanto assim é que lhe bastará mera demonstração de que não foi validamente citado para demonstrar a inexistência do processo.

Não obstante, as posições que defendem a possibilidade do manejo da *actio nullitatis*, com suporte no entendimento de que a citação seria pressuposto processual de existência, não nos parecem as mais acertadas.

São pressupostos processuais de existência apenas petição inicial e jurisdição. Em relação a possibilidade de processo sem citação, o processo existe antes desse ato processual. Cândido Rangel DINAMARCO, ensina que a citação não tem o efeito de formar o processo, apenas complementa uma relação jurídica processual que já se havia iniciado. Nas palavras de DINAMARCO: “Citação é o ato mediante o qual se transmite ao demandado a ciência da propositura da demanda, tornando-o parte do processo. Antes de citado, o sujeito indicado pelo demandante como réu ou executado é apenas parte da demanda, mas no processo não é: essa qualidade lhe é outorgada pela citação. Embora o processo já tenha existência jurídica desde o momento em que proposta a demanda, sem ela

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do Processo e da Sentença*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 6a ed. 2007.

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2005, página 340.

e, portanto, sem réu na relação processual, seriam ineficazes todos os atos que se realizassem e seus efeitos finais, quando desfavoráveis ao demandado.⁴⁹”

Se é admitido que a citação não é pressuposto processual de existência, então a conclusão lógica é de que havendo processo é perfeitamente possível a existência da sentença. Não obstante, sem ter sido citado o réu jamais integrou juridicamente a relação processual. É neste sentido o entendimento de Fabrizzio Manteucci VICENTE⁵⁰: “A questão parece ser, portanto, de enfoque. Não se pode afirmar que a citação seja um pressuposto processual de existência, porque a definição da citação enquanto pressuposto processual de existência ou de validade deve se ater ao elemento central dessa classificação que é o processo considerado em si mesmo. Quando se analisa o cabimento da *querela nullitatis insanabilis*, entretanto, o enfoque deixa de ser o processo em si considerado e passa a ser a situação jurídica do réu revel não citado. Mudada a premissa, toma-se possível a alteração da conclusão. Analisando-se especificamente a posição do réu, para este o processo jamais existiu, na medida em que nunca integrou, nem teve essa oportunidade, a relação jurídica processual. Assim, embora o processo exista para o autor e para o órgão judiciário competente, não existe para o réu. Essa possibilidade decorre da forma como a relação jurídica processual é composta: como ela se completa de forma complexa e gradual no curso do processo, é perfeitamente possível que venha a existir para dois sujeitos e não para os três sujeitos da relação processual”.

Tal visão nos parece a mais adequada. Também, nos parece acertado, para fins da inexistência do processo para o réu, não fazer distinção entre a ausência de citação e a citação nula (obviamente se seguida da revelia), pois do ponto de vista do direito que se busca salvaguardar, devido processo legal e contraditório, em ambas as citações tal garantia foi maculada e o réu continua na condição de terceiro que não teve conhecimento do processo, para poder exercer seu lidimo direito de resistir à pretensão do autor.

⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II*. 6º edição. Malheiros, São Paulo, 2009, página 522.

⁵⁰ Ob. Cit. Página 252.

Em relação à impossibilidade de utilização da *querela nullitatis* para atacar vícios referentes à falta de condição da ação, não há grande divergência na doutrina, sendo praticamente pacífica a posição de que não podem ser impugnadas via *querela nullitatis*, tem como escopo atacar atos inexistentes.

Roque KOMATSU⁵¹ pondera que as nulidades absolutas passadas em julgado, convalidam-se, não podendo mais ser decretada a nulidade do ato defeituoso, e ainda, passado o prazo para rescisória, os vícios não podem mais conduzir a invalidade do ato.

Ou seja, a *querela nullitatis* que persiste no direito brasileiro, é a *querela nullitatis insanabilis*, surgida no século XV e que tem natureza jurídica de ação declaratória de inexistência. Teresa Arruda Alvim WAMBIER⁵² assevera que “...o ponto distintivo principal entre a antiga *querela ou actio nullitatis* e a ação rescisória é que aquela visa a impugnar sentença inexistente é, portanto, ação declaratória de inexistência jurídica, e não de nulidade. A ação rescisória, a seu turno, objetiva atingir, por meio da desconstituição da coisa julgada, a nulidade da sentença. Essa distinção se nos afigura imensamente relevante, já que se trata de duas categorias distintas, de dois grupos de diferentes sentenças que padecem de 'vícios' bem diferentes (é que a inexistência jurídica pode ser vista como vício, em sentido lato), e é a própria doutrina tradicional que nos sugere essa terminologia, já que, por exemplo, a sentença proferida por juízo incompetente é nula (uma vez que está ausente pressuposto processual de validade), e é rescindível! Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, 'se o móvel da ação rescisória é a falta de citação de confrontante (ora autor), em ação de usucapião, a hipótese é de ação anulatória (*querela nullitatis*) e não de pedido rescisório, porquanto falta a este último pressuposto lógico, vale dizer, sentença com trânsito em julgado em relação a ele”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal à respeito do cabimento da *querela nullitatis insanabilis* no caso de ausência de citação válida, é pelo seu cabimento, conforme diversos arrestos: **STF - RE 96.374/GO**, rel. Ministro Moreira Alves,

⁵¹ Ob. Cit. Página 245.

⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória”, 2ª ed., RT, 2008, p. 470/471.

DJ de 30.8.83; do **STJ - REsp** n.62.853/GO, Quarta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJUde 01.08.2005; **AR .771/PA**, Segunda Seção, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior DJ 26/02/2007. **REsp 1105944/SC**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES DJe 08/02/2011.

Da mesma forma, são diversos os arrestos que entendem adequada a distribuição da *querela nullitatis* em casos de litisconsórcio passivo necessário, e da ausência de citação de um dos litisconsortes passivos, situação que se não se formou a relação processual. Há, assim, vício que atinge a eficácia do processo em relação ao réu não citado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, também, segue tal entendimento, sendo exemplificativa emente proferida na Apelação n. 1018379-07.2016.8.26.0100, Rel. Maria Lúcia Pizzotti, Data do julgamento: 14/12/2016:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE (QUERELA *NULLITATIS*) – INDEFERIMENTO DA INICIAL – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INOCORRÊNCIA – AÇÃO RESCISÓRIA É adequado o ajuizamento de *querela nullitatis* quando o demandante pretende ver declarada a nulidade de sentença proferida em ação anterior, movida em face de terceiros e que não o incluiu no polo passivo nem determinou sua citação, quando se tratava de litisconsorte necessário. Descabimento de ação rescisória, uma vez que no caso de procedência do pedido, a sentença deixará de existir. Via eleita adequada para a pretensão formulada, sendo que a correção ou não das alegações formuladas é matéria de mérito a ser debatida em momento processual oportuno, não sendo o caso de indeferimento da petição inicial. RECURSO PROVIDO”.

Não obstante e infelizmente, na esfera trabalhista, a jurisprudência não é pacífica no que tange ao cabimento da *querela nullitatis*. Se existem arrestos no sentido do cabimento: Recurso de Revista nº TST-RR-107400-09.2006.5.02.0026, em sentido contrário, ou seja, quanto a não admissibilidade da *querela nullitatis*, entendendo que a sentença transitada em julgado somente pode ser atacada mediante ação rescisória, dentro do biênio legal, é a

corrente majoritária, mesmo quando inexistente ou nula a citação: (AIRR - 152600-73.2012.5.21.0002, Relator Desembargador Convocado: Américo Bedê Freire, Data de Julgamento: 19/11/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/11/2014), (RR - 2022-76.2013.5.08.0115, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 05/08/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015); (AIRR-1849-33.2010.5.06.0141, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT 25/5/2012); (AIRR-1458-43.2010.5.12.0034, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 9/9/2011) (RR-118900-21.2007.5.05.0134, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT 24/6/2011).

2.6. CONCLUSÃO

A *actio nullitatis insanabilis* foi mantida no direito brasileiro apartada da ação rescisória que absorveu apenas a *querela nullitatis sanabilis*, que trata de casos de nulidade da sentença, mas não de sua inexistência.

Ou seja, tratando-se de vícios de maior gravidade que a nulidade, o meio impugnativo deverá, inequivocamente, ter natureza declaratória. Trata-se da inexistência jurídica que em nada se confunde com a inexistência fática. Se um determinado processo ou sua respectiva sentença não possuem os elementos mínimos necessários para que sejam reconhecidos como tais pelo ordenamento jurídico, embora possam vir a ter aparência de existência (pois, faticamente existem), juridicamente serão absolutamente inexistentes e, ou consequência, ineficazes. É o que se observa quando ao processo faltarem os pressupostos processuais de existência que são apenas dois: petição inicial e jurisdição. Por outro lado, também os atos processuais possuem elementos mínimos para suas existências jurídicas e, dos atos processuais, relevante para a *querela nullitatis insanabilis* apenas a sentença.

Ou seja, para cabimento da *querela nullitatis insanabilis* apenas têm relevância a inexistência da sentença, seja por vício grave que acometa este ato processual ou em razão da inexistência do processo em que a mesma foi proferida.

Em síntese, entende-se que, não haverá sentença se não houver processo. Por outro lado, havendo processo, não haverá sentença se foi pronunciada sem dispositivo (na medida em que é o dispositivo elemento essencial do ato processual em apreço) com, também, se foi proferida por um não juiz ou sem a assinatura deste (que comprova o exercício da função jurisdicional).

Também haverá hipótese peculiar de inexistência nas hipóteses de inexistência ou nulidade de citação em razão, de se verificar que do ponto de vista do réu, o processo lhe é juridicamente inexistente. Este raciocínio, entretanto, não deve levar à crença de que o processo jamais existiu, conforme bem destaca Fabrizzio Manteucci VICENTE⁵³, na medida em que a citação não é pressuposto processual de existência. De acordo com referido autor” (...) o processo surge com a apresentação da petição inicial ao órgão jurisdicional. Assim, a citação é ato ocorrido já no curso do processo e sua não ocorrência poderá levar à nulidade dos atos posteriores. Assim, considerando-se o processo em si mesmo, a sentença proferida em processo com ausência de citação ou em que a citação foi nula, combinada à revelia do réu, será sentença nula, proferida ao cabo de processo nulo, mas existente. Ocorre que como o réu jamais integrou a relação jurídica, para ele, e somente para ele - réu, é que o processo será absolutamente inexistente (e conseqüentemente, ineficaz). Essa postura parece explicar, também, com maior precisão, o tratamento legal atribuído à hipótese de litisconsórcio necessário. Como é sabido, litisconsórcio necessário não implica que seja unitário (apesar da equivocada e confusa redação do art. 47 do CPC)⁵⁴”.

Por fim, verificamos na jurisprudência ampla aceitação da *querela nullitatis* para impugnar vícios de inexistência, sendo que a resistência é limitada aos tribunais trabalhistas. Tal resistência nos parece descabida, considerando que o princípio do devido processo legal e da garantia do contraditório não poderia ser mitigado na justiça do trabalho, apenas pelo afã de impor celeridade, sob pena de cairmos em “justiçamento” situação tão ou mais perigosa que uma justiça tardia.

⁵³ Ob. Cit. Página 277.

⁵⁴ O autor faz referência a regra contida no art. 47 do CPC/1973, atual artigo 114 do CPC/2015.

2.7. BIBLIOGRAFIA

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 6a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2002.

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. Malheiros editores, 24º edição, 2008, São Paulo.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Revogação da Sentença: gênese e genealogia*, A. Ícone, 1º edição, São Paulo, 1995.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. In Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____ ; Luiz Carlos de Azevedo. *Lições de processo civil canônico: história e direito vigente*. Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A invalidação dos atos processuais no processo civil brasileiro. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/a-invalidacao-dos-atos-processuais-no-processo-civil-brasileiro>>. Acesso em 16.abril.2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II*. 6º edição. Malheiros, São Paulo, 2009.

_____. *Nova Era do Processo Civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

FONSECA GAJARDONI, Fernando da Fonseca, “Sentenças inexistentes e “Querela Nullitatis”. Disponível em <<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/professores/fernando/pdf/sentencas.pdf>>. Acesso em: 11.abril.2017.

KOMATSU, Roque “A invalidade no processo civil” – Ed. RT, São Paulo, 1991.

LIEBMAN, Tullio Enrico, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, Bestbook, São Paulo, 2004.

_____. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco, 3º Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, “*Comentário ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565.P*” – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PARRO, Fabiana Monteiro. *O erro na ação rescisória*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

VICENTE, Fabrizio Matteucci. *A Actio Nullitatis Insanabilis*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VEREA, Larissa. *O aumento dos poderes do relator e o julgamento monocrático dos recursos cíveis*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do Processo e da Sentença*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 6a ed. 2007.

_____ ; MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. Ed. ver. e atual., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória”, 2ª ed., RT, 2008.