MEIOS DE DEFESA DO LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO NÃO CITADO

José Henrique Mouta Araújo (Mestre e Doutorando em Direito pela UFPA, Procurador do Estado do Pará, Professor da Universidade da Amazônia – UNAMA e do Centro Universitário do Pará – CESUPA).

I- CONSIDERAÇÕES GERAIS. A CITAÇÃO COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL DE EXISTÊNCIA E O NOVO §3º, DO ART. 515 DO CPC

O assunto que será tratado no presente artigo refere-se à participação dos litisconsortes passivos necessários, a necessidade de citação e as conseqüências processuais quando tal providência não for adotada.

Contudo, antes de se analisar as várias questões relevantes que envolvem o instituto, deve-se primeiramente melhor localizar o problema.

Destarte, a citação é um importante pressuposto processual, tendo em vista que complementa a relação jurídica processual.

Aliás, tema dos mais relevantes é o estudo dos pressupostos processuais[1], mesmo observando que não há unanimidade doutrinária a respeito de sua classificação[2]. Contudo, adota-se a classificação em pressupostos de existência[3] e de validade.

---

[1] Piero Calamandrei conceitua os pressupostos processuais como "as condições que devem existir para que se possa ter um pronunciamento qualquer, favorável ou desfavorável, acerca da demanda, ou seja, para que se concretize o poder-dever do juiz de prover *sobre o mérito* : assim, enquanto os requisitos da ação fazem referência à ação substancial, que preexiste ao processo, os pressupostos processuais são requisitos referentes à constituição e ao desenvolvimento da relação processual, independentemente do fundamento substancial da demanda" (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª edição. Campinas, SP : Bookseller, 2003, p. 292). :

[2] Humberto Theodoro Jr assim se manifesta: "Doutrinariamente, os pressupostos processuais constumam ser classificados em:

a) *pressupostos de existência*, que são os requisitos para que a relação processual se constitua validademente ; e
b) *pressupostos de desenvolvimento*, que são aqueles a ser atendidos, depois que o processo se estabeleceu regularmente, afim de que possa ter curso também regular, até a sentença de mérito ou a providência jurisdicional definitiva" (*Curso de Direito Processual Civil*, vol I. 40ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 55).

Como bem ressalta Teresa Arruda Alvim Wambier, os pressupostos processuais:

> "São elementos cuja presença é imprescindível para a existência e para a validade da relação processual e, de outra parte, cuja inexistência é imperativa para que a relação processual exista validamente, nos casos dos pressupostos processuais negativos"[4]

Em relação aos pressupostos de existência[5], não se deve olvidar que se discute a existência jurídica e não fática. Destarte, à falta de um pressuposto de existência, ainda poderão existir efeitos fáticos, mas juridicamente não existiu processo. Há, portanto, mera relação de fato.

Tal diferença é necessária, considerando as conseqüências que serão posteriormente aprofundadas quanto ao cabimento de rescisória e ação declaratória de inexistência. Destarte, em caso de falta de pressuposto processual de existência, não se pode perfazer limite temporal para provocação do vício, já que se trata do mais sério ocorrido na relação processual.

No caso da citação, ela se constitui pressuposto de existência ou de validade?

De acordo com as lições de Enrico Túlio Liebman:

> "Primeiro e fundamental requisito para a existência de um processo sempre foi, é, e será , a citação do réu, para que possa ser ouvido em suas defesas. **Audiatur et altera pars**. É com a citação que se instaura o processo.
> Sem esse ato essencial, não há verdadeiramente processo, nem pode valer a sentença que vai ser proferida. 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 seja".[6]

---

[3] Como bem observa Jorge Luís Dall´agnol "faltando um pressuposto de existência, não há falar em processo. O que se tem é um não-processo. Algo que não entrou no mundo do direito. Cuida-se de um fenômeno natural, de um fato não-jurídico" (*Pressupostos Processuais*. Porto Alegre : Letras Jurídicas Editora LTDA, 1988, p. 21).

[4] *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4ª edição, São Paulo: RT, 1997, p. 33.

[5] Alexandre Freitas Câmara assim se manifesta: "Os pressupostos processuais podem ser definidos como os *requisitos de existência e validade da relação processual*. Em outros termos, os pressupostos processuais são os elementos necessários para que a relação processual exista e, em existindo, possa se desenvolver validamente. Desta definição já se pode extrair, facilmente, a conclusão de que os pressupostos processuais devem ser divididos em dois grupos: os pressupostos processuais de existência e os pressupostos processuais de validade" (*Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 7ª edição, Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2002, p. 201.

[6] *In Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro.* São Paulo : Bestbook, 2001, p. 141.

Em outra passagem, destaca que:

> "Há contudo vícios maiores, vícios essenciais, vícios radicais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a própria existência. Neste caso a sentença, embora se tenha tornado formalmente definitiva é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico"[7].

A rigor, em decorrência da falta de pressuposto de validade positivo (v.g. incompetência absoluta e impedimento) poder-se-á discutir eventual nulidade, ao passo que quando se trata de falta de pressuposto de existência não há sequer como se discutir a existência jurídica do processo. Contudo, mesmo nesses casos de inexistência jurídica, alguns efeitos fáticos poderão ocorrer[8].

Com efeito, a citação constitui-se pressuposto processual de existência, com conseqüências distintas dos pressupostos processuais de validade. Aliás, também Marcelo Abelha Rodrigues manifesta-se a esse respeito:

> "A citação é um dos pressupostos de existência do processo. Entretanto, quando se fala em pressuposto processual de existência, ou mesmo de validade, quer-se referir a um processo "regular, suscetível de conduzir ao efetivo exercício da função jurisdicional", à prestação da tutela jurisdicional plena"[9]

Importante destacar, por oportuno, que não se está afirmando, com isso, que não exista relação processual antes da citação do réu, tendo em vista que haverá relação linear. Constitui, portanto, a citação, o pressuposto que visa a complementação da relação jurídica processual[10].

Como bem destacam Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery:

---

[7] *Idem. Ibidem,* p. 142.

[8] "*Atos inexistentes juridicamente* podem *produzir efeitos, desde que isto seja possível* material, fática *e* concretamente. Uma sentença *a non judice*, proferida, *v.g.*, por juiz aposentado é inexistente, e se isso passar despercebido? A inexistência é *jurídica, não fática*". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. Cit. P. 350).

[9] *Elementos de Direito Processual Civil,* vol. 1, 3ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 276.

[10] A citação é importância em face do binômio ação-reação, assegurando o exercício do contraditório e salvaguardando o devido processo legal. Aliás, sobre o assunto, vale transcrever as lições de Ricardo Rodrigues Gama: "Em verdade, o princípio do contraditório é um derivado do princípio do devido processo legal; aliás, acentua-se que o direito de participação é de grande valia *due process of law*. Antes da previsão do texto constitucional, não faltaram doutrinadores fazendo a sua inclusão no princípio da ação ou da demanda. O princípio do contraditório é um meio para se chegar à ampla defesa" (*Temas de Direito Processual Civil* Campinas, SP : Bookseller, 2002, p. 72 e 73).

> "**Pressuposto processual de existência**. Muito embora com o despacho da petição inicial já exista relação angular entre autor e juiz, para que seja instaurada, de forma completa, a relação jurídica processual é necessária a realização da citação. Portanto, a citação é pressuposto de existência da relação processual, assim considerada em sua totalidade (autor, réu, juiz). Sem a citação não existe processo (Liebman, *Est*., 179). Em suma, pressuposto de existência da relação processual: *citação"*[11]

Destarte, algumas providências processuais poderão daí decorrer. Existindo relação processual antes da citação do demandado, alguns atos podem ser praticados, inclusive o indeferimento da inicial de forma até benéfica ao réu[12][13].

Com efeito, ainda não havendo a citação, poderá o juiz indeferir a inicial, inclusive com força de decisão definitiva, ccomo no caso de decretação de decadência decadência (art. 269, IV c/c 295, IV, do CPC). Nesta hipótese, mesmo antes da citação, a coisa julgada atingirá de forma benéfica o réu[14].

---

[11] I*n Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002, p. 553 – nota 2 ao art. 214).

[12] Segundo Nelson Ney Júnior e Rosa Maria de Andrade Ney (Op. Cit. p. 650 – nota 6 – art. 296): "**Defesa do Réu.** Na redação anterior, havendo apelação da sentença de indeferimento da inicial, deveria ser citado o réu para, querendo, contra-arrazoar o recurso. Havia desperdício de tempo que onerava sobremaneira o réu, que tinha que ser representado por advogado em processo existente apenas entre o autor e o juiz, não lhe dizendo respeito. Pelo novo sistema o réu não mais incomodado para responder a recurso *inter alios*, prosseguindo o processo, na fase recursal, apenas de forma angular (autor-juiz). Somente no caso de o recurso de apelação ser provido é que se procederá à citação do réu. Este, quando citado, terá direito à ampla defesa (CF, art. 5º, LV), podendo, inclusive, alegar a mesma matéria que teria sido a causa do indeferimento da inicial, mesmo depois de o tribunal a haver rejeitado, quando do provimento do apelo. A decisão do tribunal vincula o autor mas não atinge o réu, que ainda não fazia parte do processo".

[13] Já André de Luizi Correia (*In A citação no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 95) defende que: "Concordamos com a parte da doutrina que vem reconhecendo que a sentença proferida em processo no qual não houve citação *sequer existe no mundo jurídico*. Uma sentença proferida num processo formado apenas entre autor e juiz (=princípio de processo) não pode valer com relação ao réu, nem com relação a terceiros, pois sem o ato essencial da citação não há verdadeiramente processo, em seu sentido técnico (=relação jurídica trilateral), razão pela qual também não há verdadeiramente sentença".

[14] No aspecto em questão, importantes são os ensinamentos de Marcelo Abelha Rodrigues: "Situação interessante ocorre quando o juiz indefere a petição inicial de plano — portanto, antes da citação — por acolher *ex officio* a decadência. Nesse caso, aplica-se a regra do art. 296 do CPC, permitindo que o autor apele da decisão do juiz que extinguiu o feito. Excepcionalmente nessa hipótese, poderá o juiz fazer *juízo de retratação*, voltando atrás na decisão proferida. Caso não se retrate, e o tribunal ao qual competia o exame de admissibilidade e mérito da decisão mantenha a decadência, terá havido processo, e a coisa julgada terá sido material. Mesmo o réu, não tendo sequer sido citado, será beneficiado pela decisão que fez coisa julgada para o autor, já que este não poderá reclamar no Judiciário o direito que já teria caducado e assim expressado pela coisa julgada material". (*Elementos de Direito processual* Civil, vol. I, p. 276).

Com a alteração ocorrida no art. 515, §3º, do CPC, poderá ocorrer uma situação interessante: suponhamos que houve o indeferimento da petição inicial, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito e o autor interponha recurso de apelação. Considerando que a relação processual ainda é linear, não há necessidade de intimar o réu para apresentar contra razões. Será que o tribunal, ao acolher o recurso, poderá reformar a sentença e apreciar diretamente o mérito, favorável ou não ao réu que sequer foi citado?

Antes de mais nada, deve-se observar as duas expressões contidas no dispositivo em comento: A) matéria exclusiva de direito e B) demanda em condições de imediato julgamento. Ora, se não houve sequer a citação do réu, não se pode concluir quanto à existência da relação processual complementada, pelo que não está em condições de imediato julgamento.

Portanto, não poderá haver a aplicação do art. 515, §3º, do CPC, na hipótese de indeferimento da petição inicial, exceto para rejeitar – julgar improcedente - o pedido do autor[15].

Com efeito, de início não poderá haver o julgamento procedente do pedido diretamente pelo Tribunal no julgamento da apelação, considerando que ainda não houve a citação do réu e a complementação da relação jurídica processual. Contudo, nada impede que haja a apreciação do mérito diretamente pelo Tribunal, aplicando-se o novo dispositivo processual, desde que de forma contrária ao interesse do autor, sem que este possa discutir eventual *reformatio in pejus*.

Nesse aspecto, vale transcrever as lições de José Miguel Garcia Medina:

> "Parece-nos mais adequado entender que o §3º do art. 515 aplica-se à sentença que indefira a petição inicial, *mas somente para permitir ao tribunal a rejeição do pedido do autor*. Julgar procedente o pedido quando da apreciação da apelação, no caso, não é admissível, porquanto se estaria a violar o princípio do contraditório"[16].

Retornando à discussão da citação como pressuposto processual, apesar do assunto ainda permanecer controvertido, vale destacar que na jurisprudência

---

[15] Com maior profundidade, ver artigo de minha autoria intitulado: *"Algumas Reflexões envolvendo o art. 515, § 3º do CPC - Julgamento do Mérito, pelo Tribunal, nos casos de Sentença Processual impugnada através de Apelação"*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) nº 08 – novembro/2003.

[16] *A recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro — análise das principais modificações introduzidas pela Lei 10.352/2001, e outras questões.* In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às decisões judiciais. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 347.

também é fácil verificar posicionamentos no sentido de que se trata de pressuposto processual de existência, senão vejamos:

> Processo Civil - Administrativo - Recurso Especial - Servidor - Gratificação De Raios-X - Art. 1º, III, "P", Da Lei Nº 8.852/94 - Ausência De Prequestionamento (Súmula 356/STF) - Dissídio Pretoriano Não Comprovado - Art. 463, Do CPC - Prequestionamento Implícito - Ocorrência De Erro Material - Trânsito Em Julgado Da Sentença - Execução Iniciada - Impossibilidade De Correção.
> 1 - Não enseja interposição de Recurso Especial matéria (art. 1º, III, "p", da Lei nº 8.852/94) que não tenha sido ventilada no v. julgado atacado e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes, havendo, desta forma, falta de prequestionamento. Aplicação da Súmula 356, do Colendo Supremo Tribunal Federal.
> 2 - A teor do art. 255 e parágrafos do RISTJ, não basta a simples transcrição de ementas para apreciação da divergência jurisprudencial (art. 105, III, alínea "c" da CF), devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Como isso não ocorreu, impossível, também, sob este prisma, conhecer do recurso.
> 3 - Quanto ao art. 463, do Código de Processo Civil, ocorre na espécie o chamado prequestionamento implícito, afastando-se, quanto a este tópico, a aplicabilidade da Súmula 356/STF para conhecer do recurso pela alínea "a" do permissivo constitucional. Este Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento, mediante sua Corte Especial, no sentido de que a violação a determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação, não requer, necessariamente, que tal dispositivo tenha sido expressamente mencionado no v. acórdão do Tribunal de origem (cf. EREsp nº 181.682/PE, 144.844/RS e 155.321/SP).
> 4 - Não pode o sentenciante, diante do trânsito em julgado da r. sentença monocrática e com o início da execução, corrigir eventuais erros, quer materiais ou não, sob pena de ferir a coisa julgada e tendo em vista que sua prestação jurisdicional se encontra esgotada, nos termos do art. 436 do Estatuto Processual Civil. A citação válida é pressuposto de existência da relação processual. Logo, não pode ser simplesmente considerada como um mero erro material, se esta foi dirigida contra parte ilegítima.
> 5 - Ocorrência da preclusão da matéria, pro judicato, eis que, proferida a sentença de mérito, não pode mais o prolator

> inovar no processo, devendo a discussão ser realizada em outra via processual, no caso, a competente ação rescisória.
> 6 - Recurso parcialmente conhecido e, neste aspecto, provido para, reformando o v. acórdão de origem, acolher a preliminar da União Federal e anular todos os atos processuais a partir da decisão de fls. 119/120, devendo a execução prosseguir em seus termos. (Superior Tribunal de Justiça. RESP - RECURSO ESPECIAL – 150604 Processo: 199700711307 UF: PE Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 18/11/1999 Documento: STJ000363432)
>
> "Processual Penal. Citação. Diligencia Efetuada em Endereço Errado. Citação Editalicia. Revelia. Cerceamento de Defesa. Nulidade Absoluta.
> - No Processo Penal, a citação do réu e ato processual de alta relevância, indispensável ao pleno exercício do direito de defesa e pressuposto essencial da observância do contraditório e do devido processo legal.
> - - Efetuada a diligencia de citação em endereço diverso daquele indicado pelo réu no seu interrogatório no inquérito policial, e plenamente nula a posterior citação por edital, que ensejou a declaração de revelia (recurso especial conhecido e provido (STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 39289 Processo: 199300271822 UF: MG)

Portanto, percebe-se que a citação constitui-se pressuposto processual de existência. Contudo, a legislação processual civil prevê que tal vício fica convalidado pelo comparecimento espontâneo (art. 214, §2º). Como bem ressalta Ernane Fidélis dos Santos:

> "A presença do réu pode revelar-se de três modos no processo: com ele argüindo a falta de citação, ou apresentando defesa, ou simplesmente integrando o processo (art. 214, §2º). Na primeira hipótese, se o juiz decidir pela nulidade, em decisão que é agravável de instrumento, a citação considerar-se-á feita na data em que ele, réu, ou seu advogado, for intimado da decisão, abrindo-se, em conseqüência, o prazo específico que dela advém. Se o réu comparece e já se defende ou cumpre o que foi determinado, o processo prossegue normalmente na fase respectiva"[17]

[17] *Manual de Direito Processual Civil* . Vol. 1. 9ª edição, São Paulo : Saraiva, 2002, p. 270.

As lições do renomado professor são importantíssimas. A citação é considerada pressuposto processual, contudo a renovação do prazo para contestar dependerá do acolhimento da argüição do vício de de citação[18].

Destarte, se o juízo do feito não acolher a impugnação, não tendo o réu apresentado a contestação, o prazo para resposta não será renovado, razão pela qual configura-se verdadeiro risco processual a adoção de tal estratégia[19].

II- CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DA FALTA DE CITAÇÃO

A partir desse momento, passa-se a analisar as conseqüências nos casos de falta de citação.

A presente discussão não é unânime em sede doutrinária[20]. Contudo, deve-se partir do raciocínio que, inexistindo citação, inexiste juridicamente a relação jurídica processual.

Como destaca Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery:

---

[18] Já Egas Dirceu Moniz de Aragão ensina que: "Apreciando a alegação do réu, de falta ou nulidade da citação inicial, abrem-se ao juiz duas óbvias perspectivas; acolhê-la ou rejeitá-la. Acolhendo-a, declarará a ausência ou ineficácia da citação, decisão da qual o réu deverá ser intimado na pessoa de seu advogado. A partir do instante da intimação fluirá o prazo para a resposta, ficando devolvidas as oportunidades processuais acaso perdidas pelo decurso, invalidado, do prazo para a resposta; incidirá, outrossim, a regra da primeira parte do art. 248. Mas esse acolhimento poderá ser total ou parcial. Nesta última hipótese especificará o juiz os efeitos atribuídos à ausência ou invalidez da citação sobre os atos já praticados, para os fins dos arts. 248, 2ª parte, e 249. Rejeitada, porém, a argüição, nenhum efeito resultará sobre os atos já praticados e os prazos já decorridos. Se o réu concomitantemente com a argüição apresentara resposta (terceiras das hipóteses acima figuradas), será esta desentranhada. Se a argüição de nulidade ou falta da citação fora apresentada em preliminar, numa só peça, é conveniente que seja determinada pelo juiz a permanência nos autos de um traslado do trecho em que era argüida a falta ou nulidade de citação" (*In Comentários ao Código de Processo Civil*, vol II, arts. 154 a 269, 9ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 162 e 163.

[19] No mesmo sentido: "Se a arguição for rejeitada, não se reabre o prazo para resposta" (RSTJ 95/243).*In* NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 34ª edição. São Paulo, 2002, p. 278 – nota 6b ao art. 214).

[20] Humberto Theodoro Júnior assevera que: "mas, não é apenas o defeito ou ausência da citação que inutiliza o processo e contamina a sentença de nulidade absoluta. Esse é o exemplo mais gritante, porque é intuitivo que relação processual válida e eficaz não há sem o pressuposto da regular convocação do réu (CPC, art. 214). Mesmo depois da validade estabelecida a relação processual podem ocorrer eventos que a inutilizem, como por exemplo, quando falecida a parte e comunicada a ocorrência ao juiz, este ignora o óbito e dá seqüência ao processo sem convocar os sucessores para a habilitação incidente. Sendo trilateral a relação processual, não se admite que possa ela ter seguimento sem a presença de um dos seus sujeitos" (*In Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença*. Revista de Processo nº 19. p. 32).

> "**Existência de processo.** A citação é pressuposto de existência da relação processual. A sentença proferida em processo em que não houve citação é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico (RJTJRS 63/76). A sentença proferida em processo sem citação é nenhuma *(Liebman,* Est, 179 ss)"[21].

Contudo, a inexistência jurídica não impede que alguns efeitos fáticos possam ocorrer. Destarte, imagine a seguinte hipótese: "A" move demanda em face de "B". A relação processual tem seu prosseguimento normal, em que pese o réu não ter sido citado. Inclusive a revelia lhe foi aplicada, o que ensejou o julgamento antecipado da lide, de forma favorável ao autor (*ex vi* arts. 319 c/c 330, II, do CPC). O trânsito em julgado ocorreu em 2000.

Em decorrência da hipótese em comento, pode surgir a seguinte indagação: quais os meios processuais para impugnar o vício de falta de citação?

No presente momento, é importante transcrever os ensinamentos de Alexander dos Santos Macedo:

> "O que pode ocorrer é que o interessado, no momento em que tomar conhecimento da existência do processo viciado pela falta ou nulidade de sua citação e que lhe correu à revelia, tenha à sua disposição mais de uma alternativa:
>
> a) a ação rescisória;
> b) os embargos à execução e
> c) a *querela nullitatis*
>
> Se o processo de execução não tiver sido instaurado, ou se se tratar de sentença que não seja condenatória, abstraindo-se dos ônus da sucumbência, cabe-lhe, antes do biênio do art. 495 do CPC, a escolha entre uma de duas: a rescisória ou a *querela nullitatis*; após o biênio, somente esta; se já tiver sido instaurada a execução, cabe-lhe a via da ação de embargos do executado. Em qualquer das alternativas, o interessado terá a vitória assegurada, tal a intensidade do vício, que fere o processo de nulidade insanável, impugnável a qualquer tempo. O tempo somente incidirá para influir na escolha do remédio processual. A escolha da alternativa cabe ao interessado e sua eleição vai depender da situação jurídica no momento em que tomar ciência da existência do processo, pois esse momento será definitivo para apurar-se qual das ações, entre a rescisória e os embargos do executado, a cujo respeito se teria consumado a preclusão, já que os efeitos da

[21] Op. Cit. P. 554.

> preclusão nunca atingirão a *querela nullitatis*. A ação rescisória tem, em princípio, inteiro cabimento"[22]

Contudo, será que realmente há a opção para o demandado não citado, entre a rescisória e a ação declaratória, dependendo do prazo bienal do art. 495, do CPC?

Para uma correta interpretação desta indagação, deve-se separar os dois universos: inexistência e nulidade[23].

Essa discussão é de maior relevância, considerando que irá repercutir nos remédios processuais cabíveis visando a discussão do vício envolvendo a citação[24].

O Professor Pontes de Miranda, em obra clássica, identifica a sentença rescindível, com as seguintes observações:

> "A sentença rescindível é *menos* eivada do que a sentença nula, e é eficaz enquanto não se rescinde por sentença trânsita em julgado. Muito diferente é o que se passa com a sentença inexistente e a sentença nula. Se o réu não foi citado inicialmente e a ação correu à revelia, claro que pode opor-se à execução, por embargos do devedor. A sentença, aí, é nula, e *ipso iure*, porque ineficaz, *ipso iure*, o processo. Se houve preclusão de todos os prazos, nem por isso deixa de ser nula tal sentença. Se, intimada, a parte não recorreu, nem propôs, no biênio (hoje, o Código de 1973, art. 495), a rescisória, a solução é a de se consultar o único texto que pode responder:

---

[22] Op. Cit. P. 57 e 58.

[23] Quanto à analise da nulidade e inexistência, ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (*Nulidades do Processo e da Sentença)*. Aliás, às fls. 164, demonstra a ilustre professora que:"*a coisa julgada,* segundo pensamos, *só não se constituirá em caso de processo e sentença inexistente,*mas no caso de *processos nulos*, ou *sentenças nulas, forma-se a coisa julgada* e a sentença passa a ser *rescindível*. E as *conseqüências práticas desta distinção* são *em tudo e por tudo relevantes*: as sentenças encartáveis ao último grupo serão rescindíveis, como se disse, possibilidade esta presente exclusivamente dentro do biênio subseqüente à formação da coisa julgada" (*itálico no original)*.

[24] Egas Dirceu Moniz de Aragão assim se manifesta acerca do vício de falta de citação : "Esse vício é dos mais sérios e acarreta graves conseqüências. Pode ser argüido durante todo o curso da causa, a qualquer tempo em que o réu, nela e pela primeira vez, intervenha e enquanto lhe for possível interpor algum recurso, se já proferida a sentença, mesmo o especial e extraordinário que, neste caso, não ficam sujeitos ao requisito do pré-questionamento, inexigível de quem, por defeito de citação, nada pudera, até então, questionar. E mesmo contra a sentença passada em julgado ainda é possível alegá-lo, como se observa nos arts. 485, V, e 741, I, que autorizam, este, embargos à execução da sentença proferida em processo de conhecimento para o qual o executado não fora ou fora nulamente citado, correndo-lhe o feito à revelia, e esse a rescisão da sentença proferida, por violar literal disposição de lei. Neste último caso, a alegação preclui em dois anos de trânsito em julgado; no outro, pode ser feita a qualquer momento em que seja promovida a execução, ainda que após esses dois anos" (Op. Cit. P. 160).

> a lei processual da justiça que proferiu a sentença. (Se há infração da distribuição interestatal das competências, cabe, preliminarmente, decidir-se tal questão; porém não há lugar, aqui, para o problema da sanação devido à competência, se o defeito de incompetência concerne ao direito supra-estatal. As sanções seriam a não homologação da sentença, se precisar disso, a reclamação diplomática, a retorsão etc. Mas é discutível, se o que sabia do risco de tal sentença não propôs, em tempo, a ação rescisória)[25].

Em outra passagem, complementa o citado mestre:

> "A *inexistência* da sentença pode ser objeto: a) de ação declaratória, tal como se conceitua no art. 4º e parágrafo único do Código de Processo Civil; b) de ação declaratória incidental; c) de decisão interlocutória ou final, inclusive de despacho de audiência, sem se ter proposto ação (*e.g.*, por ter sido alegado na petição ou na defesa, ou em simples depoimento da parte ou da testemunha). Em todas as espécies, a decisão é declaratória negativa. A apreciação pode ser de ofício[26].

Com efeito, em alguns momentos, a legislação processual prevê o mesmo tratamento aos casos de falta e nulidade de citação, como se pode observar no art. 741, I, do Código de Processo Civil.

Visando contribuir para o melhor desenvolvimento do presente trabalho, mais uma vez vale mencionar exemplos. O primeiro refere-se a uma demanda de natureza declaratória, onde houve falta de citação, correndo o processo à revelia do réu, com o trânsito em julgado da sentença que declarou a existência da relação jurídica discutida; já o segundo refere-se a uma demanda de natureza condenatória, com trânsito em julgado da sentença em 2000, reconhecendo o direito do autor a indenização no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais). Neste último exemplo houve nulidade de citação, seguida de revelia.

Não foi a toa que no caso da falta de citação a demanda é de natureza meramente declaratória, sendo, portanto incabíveis embargos do devedor com base no art. 741, I, da legislação processual.

Como poderão ser argüidos os vícios processuais?

Destaca-se, por oportuno, que os vícios não são os mesmos, em que pese o art. 741, I, mencioná-los como sujeitos à argüição nos embargos do devedor.

---

[25] In *Tratado da Ação Rescisória*. 2ª edição, Campinas : Bookseller, 2003, p. 208.
[26] Idem, Ibidem, p. 209.

Ademais, no exemplo envolvendo a falta de citação não será cabível demanda de execução[27], pelo que o réu não terá oportunidade para opor embargos.

Contudo, deve-se deixar claro que existem diferenças entre a citação nula e a citação inexistente, assim como ato nulo, ato inexistente e mesmo ato ineficaz[28][29].

Nos exemplos em questão, o trânsito em julgado das decisões ocorreu em 2000, sendo incabível, em face do decurso de prazo, a ação rescisória. Contudo, importante indagar: o vício de falta de citação em demanda que não será submetida à execução (pois não se trata de título executivo judicial) será convalidado após o biênio para o ajuizamento da ação desconstitutiva?

Evidente que não.

Como já se teve oportunidade de aduzir, a citação é pressuposto processual de existência da relação processual e o vício processual jamais convalesce pelo decurso do tempo. Assim, sem citação, não há sequer processo existente juridicamente.

---

[27] Evidentemente que poderá haver execução das custas , honorários advocatícios, etc, onde serão cabíveis tais embargos.

[28] Salvatore Satta bem demonstra a importância da distinção entre nulidade e inexistência. De acordo com suas lições: "Prima di esaminare le norme relative alla nullità, bisogna considerare la distinzione, che di solito si fa nella douttrina, e Che há avuto ed ha larga eco nella giurisprudenza, fra nullità e inesistenza degli atti. Si suole col nome di inesistenza indicare um vizio dell´atto, coiè una difformità sua dalla fattispecie legale, che incide su posizioni giuridiche fondamentali del soggetto, determinandone uma inammissibile violazione. Si parla a questo proposito di mancanza di uno degli elementi costitutivi dell´atto, e si contrappone l´ipotesi alla nullità, che esprime anch´essa un vizio dell´atto, ma tuttavia non così grave da escludere che l´atto possa essere riconosciuto come tale, anche se eventualmente possa essere rimosso con la dichiarazione della sua nullità. Dal punto di vista pratico, l`inesistenza escluderebbe qualsiasi valore ed effetto dell´atto, che non avrebbe bisogno di essere impugnato per respingere le pretese che su di esso si volessero fundare (sarebbe a ciò sufficiente uma semplice eccezione, in sede ad es. esecutiva); mentre la nullità dovrebbe essere fatta valere nei modi e nei termini stabiliti dalla norma" (*In Diritto Processuale Civile*. 9ª ed, Padova : Cedam, 1981, p. 243 – Apud. Correia, André de Luizi. *A Citação no Direito Processual Civil Brasileiro.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 196- nota de rodapé nº 24).

[29] Os professores Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim discutem os conceitos de eficácia e validade. Afirmam, corretamente, que: "Discute a doutrina se o termo eficácia se refere à efetiva produção de efeitos, ou à aptidão para produzí-los. Alguns autores, no lugar de discutir o sentido do termo, admitem ter ele estes dois sentidos. Normalmente, atos viciados, nulos ou anuláveis, são (ou melhor, podem ser)privados de efeitos: mas de seus efeitos típicos, *i. e.* daqueles a que são preordenados a produzir. Nada impede que produzam efeitos indiretos.
Contudo, tratando-se de fenômenos distintos, pode ocorrer que um ato nulo nunca venha a ser como tal decretado e que tenha, portanto, sido eficaz (ou seja), tenha produzido efeitos por toda a sua vida, embora carecendo de validade, pois 'valer é uma qualidade contrafática, isto é, o valer de uma norma não depende da existência real e concreta das condutas que ela prescreve" (In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Nulidades Processuais*. 2ª série. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 13.

No caso da citação, os vícios de falta e de nulidade aliado à revelia do réu trazem a mesma conseqüência: o cabimento de ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual, além da possibilidade de discussão durante todo o andamento processo, e após o trânsito em julgado, nos embargos do devedor (art. 741, I, do CPC)[30].

Acerca do assunto, importantes são as lições de André de Luizi Correia:

> "Transitada em julgado uma sentença eivada de nulidade absoluta, ainda resta a via rescisória, acessível dentro do prazo de dois anos. A sentença nula, uma vez tendo produzido coisa julgada material, torna-se rescindível, ou seja, passível de ser impugnada por meio de ação rescisória. Mas, escoado o biênio decadencial para o ajuizamento desta ação, nada mais se poderá fazer contra esta decisão. O vício da nulidade absoluta, com o trânsito definitivo em julgado da sentença (após o decurso do prazo para a rescisória), terá se convalidado no mundo jurídico.
>
> Todavia, em se tratando de sentença inexistente, a possibilidade de sua vulneração não está sujeita a qualquer limite temporal. A sentença inexistente nunca transitará em julgado, nem mesmo depois do decurso do prazo para ajuizamento da ação rescisória. Isto é, o vício da inexistência jamais se convalidará e dará azo, a qualquer tempo, à propositura de ação declaratória de inexistência. Isso não significa que o vício de inexistência seja insanável (p. ex., não tendo havido citação, há vício de inexistência do processo, mas que se sana, se o réu comparecer espontaneamente – art. 214, §1º)"[31].

Percebe-se, portanto, que em caso de falta de citação (ou mesmo nulidade seguida de revelia) o vício pode ser discutido mesmo após o prazo bienal do art. 495 do CPC, até porque a ação rescisória não é o meio processual adequado para

---

[30] Nesse sentido, mais uma vez é necessário repisar os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier: "*A diferença entre existência, nulidade e anulabilidade, sob um certo prisma,* consiste numa gradação. Entretanto, no que diz respeito especificamente à citação, para delimitar os contornos das áreas da nulidade e da inexistência. Assim, a *citação* nula, *somada à revelia,deixará de ser nula, para ser inexistente;* neste sentido, *deve considerar-se inexistente a citação nula somada à revelia*". Em seguida, conclui: "Assim, uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e em que o réu tenha sido revel é *inexistente,* porque o foi, também, o processo*"* (*Op. Cit.* P. 272 e 273 – *itálico no original).*

[31] Op. Cit. p. 197.

discussão do vício. Destarte, se não há coisa julgada, não é cabível a ação rescisória[32][33].

Assim, em que pese ainda existir alguma divergência de interpretação doutrinária e jurisprudencial[34], defende-se que a falta de citação (ou mesmo nulidade + revelia) deve ser objeto de ação declaratória de inexistência, não sendo a rescisória tecnicamente cabível[35].

Destarte, citação é pressuposto processual de existência, razão pela qual o vício enseja a ação declaratória de inexistência e não declaratória de nulidade. Sobre o assunto, importantes lições são defendidas por Teresa Arruda Alvim Wambier:

> "Por outro lado, como a grande maioria dos doutrinadores assevera, *citação é pressuposto processual de existência*.

---

[32] Sobre o vício de falta de citação, ver também CHEIM JORGE, Flávio. *Ação Rescisória — Ausência de Citação do réu.* Revista de Processo (RePro), nº 78, São Paulo : Revista dos Tribunais, p. 258.

[33] André de Luizi Correia defende que: "As conseqüências práticas desta distinção são extremamente relevantes, pois as sentenças nulas serão rescindíveis dentro do biênio subseqüente à formação da coisa julgada, isto é, dentro dos dois anos do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória. Já a possibilidade de ataque às sentenças inexistentes não sofre esta limintação, pois a qualquer tempo podem ser assim declaradas" (Op. Cit. P. 201.

[34] Vejamos algumas decisões:

"Processual Civil. Nulidade de Citação (inexistência) . Querela Nullitatis.

I- A tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve. Nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso.

II- Recurso não provido (STJ – Resp. 12.586 – Rel. Min. Waldemar Zveiter. Dj de 04.11.1991).

"Ação Rescisória. Nulidade da citação.

Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso (CPC art. 741, I).

Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente, por não ser caso de rescisão. Deverá ser, não obstante, declarada a nulidade do processo, a partir do momento em que se verificou o vício" (STJ – Resp. 7.556 – RO – Relator Min. Eduardo Ribeiro . DJ de 02.09.91).

[35] Sobre o assunto, André de Luizi Correia destaca que: "Apesar de a matéria se objeto da mencionada *ação declaratória de inexistência*, e não de ação rescisória, doutrina e jurisprudência — a nosso ver, com inteiro acerto — tem admitido que a inexistência jurídica da sentença e do processo, gerada pela falta de citação, pode ser declarada *no bojo* de ação rescisória. Isto é, a rescisória realmente não é a via adequada para *rescindir* sentença proferida em processo em que não houve citação (porque trata-se de sentença que não transita em julgado). Todavia, se a parte ajuizar a rescisória, no lugar da declaratória de inexistência, e o tribunal constatar que, na verdade, o vício é de inexistência jurídica da sentença, poderá 'aproveitar' a rescisória e proferir julgamento, não para rescindir a sentença inexistente, mas para declarar a inexistência dessa sentença" (Op. Cit. P. 209).

> Sem ela, a relação processual não se completa, não se triangulariza: *não existe*.
> Como, então, dizer-se que falta de citação gera *nulidade?*
> *Como,* então*, e porque* chamar-se a *ação declaratória de nulidade*, ressuscitando-se a antiga *querella nullitatis*, e não se mencionar que o que se declara, rigorosamente, é a inexistência jurídica?
> O apego aos termos latinos, tão ao gosto dos juristas, faz com que, às vezes, comentam-se erros, *mesmo conscientes* de que a evolução do processo, no direito *romano*, ficou muito longe daquilo a que esta civilização chegou no campo do direito privado"[36].

Contudo, não se deve esquecer que existem precedentes jurisprudenciais entendendo que o vício de falta de citação enseja ação declaratória de nulidade, e não de inexistência, como defendido no presente trabalho, senão vejamos:

> "AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO, INCABIMENTO DA RESCISÓRIA PARA REEXAME DE PROVA. ERRO DE FATO. CITAÇÃO. NULIDADE. QUERELA NULLITATIS.
> Documento novo, para embasar ação rescisória, é aquele obtido depois de proferida a sentença, ou que a parte ignorava a existência ou não podia fazer uso. O que caracteriza o documento novo não diz respeito propriamente à data nele consignada, mas à ignorância de sua existência. – É entendimento indiscrepante que a ação rescisória não é admissível para reexame de provas, ainda que fundada em violação da lei, nem para reexame de fatos da lide. – O erro de fato, para exame em ação rescisória, é aquele que só pode ser averiguado nas provas existentes no processo. – Persiste no ordenamento positivo a 'querela nullitatis' , daí porque a nulidade da citação não constitui suporte para a ação rescisória" (TJDF – Ação Rescisória ARC 49195. Data do julgamento 28/08/1996, 2ª Câmara Cível , Relator : Getúlio Moraes Oliveira . DJ de 2/10/1996)

> "AÇÃO DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA DOS ARTS. 485, 467, 468, 471 E 474 DO CPC.
> Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual Código de Processo Civil — que é a falta ou nulidade de citação, havendo revelia —, persiste, no direito positivo brasileiro, a querela nullitatis, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível.

---

[36] Op. Cit. P. 226 – *itálico no original.*

> Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 96.374-0. 2ª Turma, DJ de 11.11.1983, Rel. Min. Moreira Alves).

Aliás, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça há precedente assegurando a impetração de Mandado de Segurança visando impugnar decisão em demanda envolvendo a falta de citação:

> "MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO NULO **PLENO IURE POR FALTA DE CITAÇÃO DO RÉU**.
> Nulo de pleno direito é o processo que se fizer sem a citação da parte. Conseqüentemente, inexistindo sentença válida, não há que se falar em coisa julgada. Cabimento do mandado de segurança por ofensa a direito líquido e certo do impetrante, presentes ainda os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**" (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1986-0 (92.21161-5)-RJ. Relator Min. Barros Monteiro – DJU de 05.04.1993).

Por tudo até exposto, percebe-se que o tema em questão (falta - nulidade de citação) não recebe tratamento unificado em sede doutrinária e jurisprudencial. Contudo, nos exemplos anteriormente citados, defende-se que o vício envolvendo a citação pode ser discutido mesmo após o trânsito em julgado, nos embargos do devedor (se forem cabíveis – ex vi art. 741, I, do CPC[37]), em objeção de pré-executividade ou através de ação declaratória de inexistência[38]. Durante o andamento da demanda, o vício pode ser argüido por *petitio simplex (*simples petição), considerando que se trata de matéria que o juiz deve conhecer de ofício.

Destarte, o que se rescinde, a rigor, é a sentença nula[39] e não a inexistente, daí porque o meio processual mais adequado para a discussão do vício envolvendo a

---

[37] Alexander dos Santos Macedo ensina que "se o réu não foi citado ou o foi nulamente no processo de conhecimento e este lhe correu à revelia, ao ser citado para a execução, estando em curso ou terminado o prazo para a ação rescisória, pode argüir o vício através dos embargos, tal a intensidade da sua gravidade aos olhos do nosso ordenamento processual civil. Os embargos à execução, neste caso, fazem o papel da *querela nullitatis"* Op. Cit. 38.

[38] Defende José Carlos Barbosa Moreira que: "a citação inicial do réu é requisito de validade de qualquer processo (art. 214); não apenas de conhecimento, aliás, mas também de execução ou cautelar. O comparecimento espontâneo do réu a juízo supre, entretanto, a falta de citação (art. 214, §1º); em tal hipótese, os efeitos que normalmente decorrem da citação válida (art. 219) só se produzem (desde que *ainda* possível!) a partir do comparecimento (*infra*, nº V,1). Se o réu não citado permanece revel, o feito é todo nulo, e essa nulidade, decretável de ofício ao longo do processo de conhecimento, pode ainda ser argüida como fundamento de embargos à execução, mesmo definitiva, de sentença (art. 741, I): o vício escapa à eficácia preclusiva da coisa julgada". (*In O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 27).

[39] Esta regra sofre exceções, como nas chamadas sentenças meramente rescindíveis, quando há documento novo (art. 485, VIII).

citação (falta ou nulidade + revelia) é a ação declaratória de inexistência[40]. As conseqüências processuais são de extrema relevância, como bem aponta Flávio Cheim Jorge:

> "No caso de sentenças nulas, o prazo para atacá-las será de 2 anos, como estipula o art. 495 do CPC, enquanto que para as sentenças inexistentes não existe prazo para tanto. E, ainda, enquanto a ação rescisória será proposta no segundo grau, a ação declaratória de inexistência deverá ser proposta no primeiro grau de jurisdição"[41].

III- A FALTA DE CITAÇÃO DE LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO – CONSEQÜÊNCIAS PROCESSUAIS

Após a devida localização da citação como pressuposto processual de existência, cumpre neste momento discutir as conseqüências processuais envolvendo a ausência de citação de litisconsorte necessário.

Vejamos o seguinte exemplo: "A" move demanda em face de "B, "C" e "D", na condição de litisconsortes passivos necessários. Este último não foi citado, sendo condenado em decisão trânsita em julgado. Qual as conseqüências e os meios processuais para impugnar tal decisão, considerando trata-se de pressuposto processual de existência?

Antes de mais nada, necessário é observar que o litisconsórcio necessário não se confunde com o unitário nem mesmo com o facultativo, em que pese a redação do art. 47, do CPC[42]. Como bem esclarece Cássio Scarpinella Bueno:

---

[40] Como bem atestam os professores Teresa Arruda Alvim Wambier e ,José Miguel Garcia Medina: "O vício de nulidade da citação, ou a sua falta, havendo revelia geram *inexistência,* não *nulidade.*Os embargos, portanto, no caso do art. 741, inc. I, não têm função propriamente rescindente. Isto porque, como já se mencionou, entendemos que, havendo citação nula, somada à circunstância da revelia, tem-se um caso de ausência de pressuposto processual de existência : a citação. Ter-se-á, nesta hipótese, processo inexistente e, por conseguinte, sentença (de mérito) inexistente. Claro está que, se não houver citação, e houver revelia, estar-se-á diante do *mesmo fenômeno,* que consiste na inexistência do processo e da sentença (de mérito) nele proferida" (*O Dogma da Coisa Julgada — Hipóteses de Relativização*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 217.

[41] *Ação Rescisória — Ausência de citação do réu* . Revista de Processo nº 78/258.

[42] Nesse momento, vale transcrever as lições de Cândido Rangel Dinamarco, ao diferenciar o litisconsórcio necessário e facultativo: "A facultatividade do litisconsórcio constitui regra geral, porque corresponde ao princípio da *liberdade das partes*, não sendo lícito impor sua implantação quando a lei não a exige (Const., art. 5º, inc. II, *supra,* n. 89), e porque a necessariedade importa restrição ao *direito de ação*, também constitucionalmente assegurado. Nos casos de litisconsórcio necessário, o sujeito só poderá agir em associação com outro ou em face de dois ou vários, também em conjunto. Por isso é que se diz que a necessariedade se resolve em uma *legitimidade*

> "O fato é que hoje predomina, na doutrina brasileira, o entendimento de que o litisconsórcio necessário não guarda nenhuma relação com o litisconsórcio unitário e vice-versa. Não obstante a redação do art. 47, que, inequivocamente, define o litisconsórcio necessário como o unitário, *os critérios* de *classificação* de uma e de outra espécie de litisconsórcio não são os mesmos e, por isto, podem , ou não conviver ambas autonomamente. Pode haver litisconsórcio necessário sem que ele seja unitário e unitário que não seja necessário. É dizer de forma bastante direta: não é porque um litisconsórcio é necessário que ele também será unitário e não é porque um litisconsórcio é unitário que ele será também necessário[43].

Verificando-se o disposto no art. 47, cumpre-nos indagar: será que a sentença será inexistente para o litisconsorte necessário não citado? Será que efeitos fáticos poderão ocorrer, inclusive atingindo o litisconsorte não citado?

Imaginemos uma ação demarcatória ou mesmo de usucapião, onde haverá a necessidade de citação de todos os confinantes. Se um não for citado e a sentença atingi-lo , será que surtirão efeitos fáticos concretos?[44]

Como bem ressalta Egas Dirceu Muniz de Aragão, deve-se bem localizar o conceito de inexistência jurídica nos casos de falta de citação. De acordo com suas lições:

> "Ninguém sustentaria que a omissão desse ato não acarreta conseqüências mais graves para o processo do que a existência, porém eivada de algum vício. Daí a diferenciação proposta no texto: se não houve citação, o processo,

---

necessariamente conjunta (Liebman); e o *caráter excepcional* do litisconsórcio necessário deve conduzir a evitar interpretações que atribuam arbitrariamente a necessariedade a casos não estritamente cobertos pelas duas hipóteses do art. 47 do Código de Processo Civil . O litisconsórcio só será necessário (a) quando a causa versar um *objeto incindível*, conforme disposição genérica contida no art. 47 do Código de Processo Civil ou (b) quando assim a lei o estabelecer de modo específico, embora o objeto não seja incindível. (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 3ª edição, São Paulo : Malheiros, 2003, p. 353).

[43] *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 94.

[44] A citação dos confinantes no usucapião visa permitir a demarcação da área objeto da demanda, considerando que poderá atingir o imóvel vizinho. Assim, haverá litisconsórcio necessário simples entre os confinantes. Quanto à conseqüência decorrente da falta de citação daquele em cujo nome está registrado o imóvel usucapiendo e dos terceiros, Alexandre Freitas Câmara defende: "deve-se afirmar que a ausência daquele em cujo nome o imóvel está registrado é fator de ineficácia absoluta da sentença de mérito, não se podendo considerar tal provimento jurisdicional capaz de gerar certeza quanto á titularidade do domínio., De outro lado, a ausência de algum dos confinantes gera ineficácia da demarcação, em nada afetando a declaração de aquisição do domínio" (I*n Lições de Direito Processual Civil,* vol. III, 5ª edição, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003, p. 429.

> *juridicamente*, não se pode dizer existente. É escusado negar essa evidência, pois, por maior que seja, os esforços nesse sentido não lograrão preencher o vazio representado pela ausência da citação inicial. Esse o motivo de estar previsto o cabimento de embargos à execução (art. 741, I), com o fito de declarar que o processo, por não ter sido feita a citação inicial, nenhum valor teve. Mero juiz de primeiro grau apaga o quanto se tenha praticado até então (ainda que o caso houvesse passado pelo crivo do Supremo Tribunal Federal se receber e julgar procedentes tais embargos"[45].

Contudo, não se pode olvidar de afirmar que mesmo nos casos de inexistência jurídica, alguns efeitos fáticos poderão ocorrer.

Destarte, em que pese não ter sido citado, o autor poderá "executar" o julgado viciado, inclusive em face do litisconsorte não citado, cabendo a este argüir em embargos à execução (art. 741, I) ou em objeção de pré-executividade, a falta de citação.

Aliás, além da inexistência jurídica, ainda faltará condição de ação e pressuposto processual de validade. Como bem destaca a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier:

> "Rigorosamente, a sentença de mérito proferida apesar da falta de litisconsorte necessário padece de três vícios: ausência de pressuposto processual de existência (citação), ausência de condição da ação (legitimação para a causa) e ausência de pressuposto processual de validade (legitimidade processual)[46]".

Resta, portanto, comprovado que a ausência de citação de litisconsorte necessário ocasiona vícios processuais dos mais sérios que ultrapassam os limites temporais da 'coisa julgada'.

Destaca-se, por oportuno, que o vício processual irá ocorrer em caso de inexistência de citação (ou nulidade + revelia) de um dos litisconsortes passivos necessários, ocasionando a 'revelia'. O raciocínio não será o mesmo no caso de citação válida do litisconsorte e não apresentação de contestação.

Com efeito, o regime jurídico da inexistência apenas poderá ser discutido no caso de vício envolvendo a citação e a conseqüente revelia. Já nos casos de revelia com citação válida o que se discute é a existência do efeito de presunção da veracidade dos fatos (art. 319 e 320 do CPC).

---

[45] Op. Cit. P. 161.
[46] *Nulidades do processo e da sentença*. Op. Cit. P. 378.

O aspecto em questão é relevante, considerando que o art. 320, I, consagra que será afastado o efeito da presunção da veracidade dos fatos caso um dos litisconsortes passivos conteste a demanda.

Contudo, o CPC não disciplinou qual modalidade de litisconsórcio deve ser disciplinado pela exceção aos efeitos da revelia, assunto que vem sendo enfrentado profundamente pela doutrina processual[47].

Destarte, dependerá do conteúdo da contestação e da espécie do litisconsórcio. Mesmo em caso de litisconsórcio facultativo unitário ficam elididos os efeitos da revelia em relação aos fatos impugnados pelo litisconsorte presente, tendo em vista que não se poderá admitir, na relação processual, duas verdades (a do autor em face do litisconsorte ausente, e a impugnação apresentada pelo litisconsorte que contestou e impugnou tal fato).

Quanto à primeira indagação efetivada neste item: demanda de "A" em face de "B", "C" e "D", não tendo sido citado este último, não se deve sequer discutir quanto aos efeitos da revelia, tendo em vista que a falta de citação configura ausência de pressuposto de existência jurídica do processo, podendo tal vício ser discutido através de vários incidentes processuais, como se passa a demonstrar.

IV- MEIOS DE DEFESA DO LITISCONSORTE PASSIVO NÃO CITADO

Quanto aos meios de defesa do litisconsorte não citado, deve-se fazer uma divisão: litisconsorte mencionado na inicial como parte e o litisconsorte sequer indicado na inicial.

IV.1- falta de citação de litisconsorte passivo qualificado como parte na inicial

[47] Rita Gianesini afirma que o efeito da revelia não irá ocorrer no caso de "litisconsórcio facultativo unitário ou necessário unitário, e de litisconsortes facultativos simples ou necessário simples, quando forem os fatos comuns" (in *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977, p. 87). Também se manifestando quanto aos fatos comuns, vale ressaltar as lições de Alexandre Freitas Câmara: "É de se observar que nas hipóteses previstas no art. 320 do CPC a revelia não induzirá este efeito material, não surgindo a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Assim é que, havendo litisconsórcio passivo, a contestação oferecida por um dos réus aproveitará aos seus litisconsortes que não tiverem contestado. É de se notar que, obviamente, esta contestação só aproveitará aos litisconsortes ausentes nos limites do que nela tiver sido alegado. Obviamente, os fatos alegados pelo autor e não impugnados nesta contestação presumir-se-ão verdadeiros não só para o litisconsorte que compareceu ao processo, mas também para os que deram azo à revelia. (*Lições de Direito Processual Civil*. Vol I. Op. Cit. P.. 292).

No primeiro momento, o litisconsorte passivo necessário foi indicado como parte na petição inicial, sem, contudo ter sido efetivamente citado.

Nesse aspecto, importante novamente enfrentar os dois universos: inexistência jurídica e inexistência fática, tendo em vista que mesmo não existindo juridicamente a relação processual, alguns efeitos fáticos poderão ocorrer[48].

Nestes casos, quais serão os remédios processuais que podem ser utilizados por este litisconsorte não citado?

Deve-se, de imediato, aduzir que o art. 47, do CPC afirma que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes. Contudo, será que essa eficácia será fática ou jurídica? Será que, em termos práticos e utilizando a sentença condenatória proferida em face deste litisconsorte não citado, esta poderá ser executada, trazendo constrição patrimonial inclusive ao litisconsorte não citado?

Não resta dúvida que a situação é complexa e merece toda atenção.

Comentando o art. 47 do CPC, assim se manifestam os Professores Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

> "**Eficácia da sentença**. Caso se trate de *litisconsórcio necessário*, todos os litisconsortes devem ser citados para a ação, sob pena de a sentença ser dada inutilmente (*inutiliter data)*, isto é, não produzir nenhum efeito, nem para o litsoconsorte que efetivamente integrou a relação processual como parte. A sentença dada sem que tenha sido integrado o litisconsórcio necessário, não precisa ser rescindida por ação rescisória, porque é absolutamente ineficaz, sendo desnecessária sua retirada do mundo jurídico"[49].

Necessário, portanto, observar qual o momento processual a ser analisado o vício da falta de citação do litisconsorte necessário.

O litisconsorte passivo necessário, não tendo sido citado *ab initio,* gera inexistência e ao mesmo tempo nulidade processual (violação ao art. 47, do CPC), cabendo a arguição de tais vícios durante todo o andamento do processo, através

---

[48] Caso não haja a citação de litisconsorte, Cândido Dinamarco entende que: "ao litisconsorte omitido é lícito simplesmente desconsiderar a sentença assim dada, inexistindo as razões que impedem o réu de assim se comportar, quando se trata de vício de citação. Não sendo apta a projetar sobre o omitido (e sobre ninguém) os seus efeitos típicos programados, e, portanto, não obtendo a autoridade de coisa julgada, essa sentença simplesmente não o atinge, e, no mundo jurídico, a sua rescisão nenhum benefício lhe poderia apontar, nenhuma utilidade" (*Litisconsórcio*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984, p. 236).

[49] Op. Cit. P. 350 – nota nº 07 ao art. 47.

de simples petição. Aliás, inclusive o autor que deixou de promover a citação poderá argüir o vício, principalmente pelo fato que poderá comprometer o andamento da relação processual.

Aliás, vale transcrever a observação de Cássio Scarpinella Bueno:

> "Uma das consequências desta afirmação é a de que a ausência de um litisconsorte necessário pode ser argüida por quaisquer das partes. Mesmo, por hipótese, por aquele que, propositalmente, deixou de nomeá-lo anteriormente, dando causa, pois, ao vício processual. Assim, mesmo o responsável pela ausência de um litisconsorte necessário pode pretender a declaração de *inexistência jurídica* da relação processual ou, quando menos, sua *nulidade* absoluta, não obstante tenha dado causa ao defeito. Poderá fazê-lo durante a litispendência (inclusive em fase recursal), em ação rescisória ou, coerentemente com o que desenvolvi no item anterior, por ação declaratória de inexistência jurídica de ato ou relação processual"[50].

A conseqüência do reconhecimento da falta de citação de litisconsorte passivo necessário é nulidade *ab initio* do processo, além da própria inexistência jurídica, devendo-se determinar que a citação seja efetivada validamente.

Por outro lado, se a demanda já houver sido julgada, surge outra indagação: poderá este litisconsorte não citado evitar a ocorrência do trânsito em julgado, mesmo não existindo recurso dos demais réus?

Não se deve olvidar que para o litisconsorte não citado jamais transitará em julgado a decisão (até mesmo pela inexistência jurídica do processo), mas apenas efeitos fáticos poderão ocorrer.

Como se trata de litisconsorte não citado, o seu recurso não dependerá da aquiescência dos demais réus, principalmente por força do princípio da autonomia dos co-litigantes[51].

---

[50] Op. Cit. P. 113 e 114.

[51] Comentando o art. 48 do Código de Processo Civil, Marcelo Abelha Rodrigues assim se posiciona: "A regra prevista no art. 48 é clara e se aplica, por natureza, ao litisconsórcio necessário simples e facultativo simples. Temos neste artigo o princípio da autonomia dos litigantes, que são considerados litigantes distintos: os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os demais. Assim, os atos de disposição de direitos praticados por um litisconsorte (reconhecimento jurídico do pedido) têm validade e eficácia, restingindo-se, todavia, àquele litisconsorte que tenha praticado tal ato",. *Elementos de Direito Processual Civil*, vol. 2, 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 108). Quanto ao litisconsórcio unitário e o princípio da autonomia, salutar é a lição de Cândido Dinamarco: "Essa autonomia é quase inteiramente excluída em todos os casos de *litisconsórcio unitário*, que se caracteriza pela homogeneidade dos tratamentos atribuídos aos litisconsortes, para que o julgamento final seja homogêneo para todos. Os atos de um, quando

Aliás, quanto à possibilidade de manejar recurso o litisconsorte necessário não citado, importante transcrever as sábias lições de Maria Berenice Dias:

> "Não se pode subtrair legitimidade ao litisconsorte necessário que foi preterido na demanda para manifestar recurso. Apesar da ineficácia da sentença, por não apreciada a relação em sua integralidade, pode perseguir o mesmo, pela via recursal, o reconhecimento da *ilegitimatio ad causam*, decorrente de sua ausência.
> O reconhecimento da nulidade, quando do julgamento do recurso, dá ensejo à desconstituição da ação, a partir do momento em que indispensável era a presença do recorrente.
> Quem assim comparece, mesmo recorrendo como terceiro prejudicado, compõe voluntariamente a *legitimatio ad causam* e acaba por gerar a perfeita angularização do processo, passando a participar da relação processual como parte. Dita integralização ocorre de forma automática, em se tratando de litisconsórcio passivo. Reconhecida a deficiência do elemento subjetivo da demanda, e proclamada nulidade do processo, ao reiniciar-se será oportunizado ao novo demandado prazo para ferir contestação"[52].

Assim, percebe-se que poderá este litisconsorte não citado manejar recurso, requerendo justamente a nulidade do processo e a devolução do prazo para a resposta, considerando o vício envolvendo a citação[53]. A consequência do acolhimento do recurso é a decretação de nulidade, *in totum*, do processo, retornando-se os autos à primeira instância, como se pode observar pelo precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA CITAÇÃO DOS LITISCONSORTES. ANULAÇÃO.
> I- Evidente a necessidade de que os demais participantes do concurso sejam citados para integrar a lide, posto que a concessão da segurança implicará necessariamente na invasão da esfera jurídica destes. Litisconsórcio **necessário.** (Precedentes).

---

favoráveis à defesa, são eficazes quanto a todos (p. ex., um requerimento de prova); quando prejudiciais, não são eficazes sequer em relação à parte que os praticou" (*Instituições de Direito Processual Civil.* Vol. II, p. 347).

[52] *O Terceiro no Processo*. Rio de Janeiro : Aide Ed., 1993, p. 130 e 131.

[53] Sobre recurso de terceiro, ver obra profunda elaborada por Fredie Didier Júnior. *Recurso de Terceiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

> II- Não tendo sido ordenado pelo juiz que s autores promovessem a citação dos litisconsortes passivos necessários, deveria o Tribunal **a quo**, ter anulado os atos processuais para que, retornando os autos à primeira instância, fosse cumprida a exigência posta no art. 47, parágrafo único do CPC. (Precedentes).
>
> Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido" (Resp. 472.403- ES – rel. Min. Felix Fischer – data do julgamento 08.04.2003).

Aliás, quanto ao recurso excepcional, questão interessante é saber se o litisconsorte não citado poderá manejar apelo diretamente o STJ ou STF, sem interposição de recurso de apelação junto ao Tribunal local, considerando a existência de pressupostos específicos, como o prequestionamento.

A resposta, de início, é negativa, considerando a falta de prequestionamento. Assim, apenas se já houver sido suscitado e discutido o vício de citação envolvendo o litisconsorte necessário é que o assunto poderá ser submetido à instância especial[54].

Contudo, será que fechar as portas da jurisdição superior ao litisconsorte não citado não significa uma violação ao princípio constitucional da ampla defesa?

Particularmente, a discussão do prequestionamento é das mais importantes e merece toda atenção e cuidado[55]. Contudo, como no presente caso há a discussão de falta de pressuposto processual de existência, não se vislumbra impedimento para que o vício seja apontado em sede de recurso excepcional, mesmo não tendo sido objeto de discussão no âmbito local.

---

[54] Cassio Scarpinella Bueno, assim se manifesta sobre o presente assunto: "Questão interessante que existe a este respeito pe se a ausência de litisconsorte necessário pode ser apontada originariamente em recurso especial. Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, p. 50) chega a comentar a hipótese, mencionando a existência de um julgado da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de 15 de janeiro de 1952 (*DJU* 14-12-1953) que desatendeu a pedido de litisconsórcio no grau de recurso extraordinário. Segundo o autor: "tal negativa, sem fundamentação, é contra os princípios. O limite é o encontrar-se em pauta o processo para julgamento. Basta pensar-se em que pode o próprio relator, devido à questão de direito, ter verificado a existência de litisconsórcio necessário ou voluntário". Não obstante a polêmica da questão, a resposta que me parece mais correta e consentânea com a natureza jurídica daquele recurso é negativa. Entendo que o recurso especial só pode versar este defeito jurídico (contrariedade ao art. 47 do CPC) se a questão já havia sido *posta*, *discutida* e *decidida* perante as instâncias ordinárias" (*Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro .Op. Cit.* P. 113-114 – nota de rodapé nº 131).

[55] Sobre prequestionamento, mais uma vez vale indicar trabalho de Cassio Scarpinella Bueno intitulado *Quem tem medo do prequestionamento?* (Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo : Dialética, vol 1, p. 23-53, 2003).

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tem admitido a intervenção de litisconsorte em sede de recurso excepcional, inclusive considerando dispensável o prequestionamento, senão vejamos:

> "Recurso Especial. Legitimidade para Manifestá-lo Do Litisconsorte Necessário que não participou da causa. Desnecessidade, em tal caso, de prequestionamento. Processual Civil. Embargos à Arrematação. Indispensabilidade da presença do arrematante como litisconsorte necessário (C.P.C., Art. 47, Parágrafo único). Nulidade Do Processo.
> I - O Litisconsorte Necessário pode manifestar recurso especial, mesmo que não tenha participação da causa, fazendo-o na qualidade de terceiro prejudicado (C.P.C., Art. 499, 'Caput' E Parag. 1.).
> II - Na hipótese mencionada, é dispensável o prequestionamento, pois o recorrente só entrou nos autos após a prolação do acórdão, para insurgir-se contra ausência da sua citação como litisconsorte necessário.
> III- É indispensável a presença do arrematante, na qualidade de litisconsorte necessário, na ação de embargos a arrematação, porquanto o seu direito será discutido e decidido pela sentença.
> IV- É pacífica a jurisprudência no sentido de que a falta de citação do litisconsorte necessário implica nulidade do processo
> V- Recurso Especial conhecido e parcialmente provido" (REsp 18550/SP; Recurso Especial 1992/0003020-3 - Min. Antônio de Pádua Ribeiro).
>
> "Mandado De Seguranca. Litisconsórcio Passivo Necessário. Impossibilidade de prequestionamento, uma vez que os recorrentes só ingressaram nos autos depois de prolatado o Acórdão, e o fizeram para insurgir-se contra a ausência de sua Citação como litisconsortes necessários. Ocorrência, no caso, de litisconsórcio passivo necessário. Recursos Extraordinários conhecidos e providos em parte" (RE 91405 / RJ - Rio De Janeiro Julgamento: 29/08/1980 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: Dj Data-20-02-81 Pg-01059 Ement Vol-01200-02 Pg-00656 Rtj Vol-00099-03 Pg-00726)

Verifica-se, portanto, que este é mais um ponto polêmico envolvendo a falta de citação de litisconsorte necessário, existindo precedentes que asseguram sua intervenção inclusive em sede excepcional.

Resta, portanto, enfrentar o problema quando houver transitado em julgado a sentença, sem a citação do litisconsorte necessário. Nesse aspecto, deve-se

ressaltar que o tratamento a ser dado é similar àquele envolvendo a falta de citação do réu isolado. Sobre o assunto, vale mais uma vez repisar o ensinamento de Teresa Arruda Alvim Wambier:

> "Cumpre indagar se a lei teria dado tratamento diverso à falta do réu (ausência de citação de um único réu) e à falta de citação de um dos réus (em caso de litisconsórcio necessário). Acreditamos que não, pois, se assim fosse, a *necessariedade* do litisconsórcio ficaria sem sentido"[56].

Assim, é imprescindível indagar: quais os meios para a defesa do litisconsorte não citado, após o "trânsito em julgado" da sentença? Segundo pensamento defendido neste trabalho, a ação rescisória não é o remédio mais apropriado, sendo cabível a declaratória de inexistência, além dos embargos do devedor (art. 741, I, do CPC) e objeção de pré-executividade.

Destarte, existindo o transito em julgado da decisão, o vício de falta de citação poderá ser argüido: a) nos embargos do devedor (art. 741, I, do CPC); b) sendo incabível ou mesmo não proposta a execução, a provocação judicial deve ser feita através de demanda declaratória de inexistência da relação jurídica processual, sendo incabível, a rigor, a ação rescisória.

Sobre o assunto, vale repisar as lições de Marcelo Abelha Rodrigues:

> "A regra prevista no art. 47, parágrafo único, é clara, e bem demonstra que, num processo em que deveria ter sido formado o litisconsórcio necessário e isso não ocorreu, temos que a relação jurídica processual não se integrou, já que não houve citação dos demais réus. Sendo assim, carece de pressuposto processual de existência, devendo o juiz de ofício extinguir o processo sem julgamento do mérito, obviamente depois de ter dado o prazo para que o aturo promovesse a respectiva citação. Se, porventura, transitar em julgado sentença proferida em processo que deveria ter tido litisconsórcio necessário, a sentença será eivada de vício gravíssimo, ligado à inexistência de pressuposto processual. Não é caso de ação rescisória, mas sim de ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual"[57].

Contudo, como se trata de assunto polêmico, importante destacar que há precedentes assegurando o manejo de ação declaratória de nulidade, não sujeita ao prazo bienal, senão vejamos:

---

[56] *Nulidades do Processo e da Sentença*. Op. Cit. P. 366.
[57] *Elementos de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Op. Cit. p. 107.

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE SENTENÇA. LITISCONSORTES NÃO CITADOS.
> Os adquirentes de unidades habitacionais e respectivas frações ideais de terreno tem interesse processual para, como litisconsortes necessários, figurarem em ação resilitória da alienação do imóvel onde seriam construídas as ditas unidades, por inadimplemento da construtora que se propunha a levar a termo a incorporação, restando-lhes a querella nullitatis insanabilis para desconstituir a sentença que ignorou esse interesse processual" (Superior Tribunal de Justiça. Resp. 26.898-2-SP, Rel. Min. Dias Trindade — DJU de 26.10.1992)[58].

Em que pese a matéria ainda suscitar controvérsia, necessário repisar que não se discute nulidade (pelo menos como "pano de fundo") decorrente da falta de citação de litisconsorte, mas a inexistência jurídica, podendo tal vício ser discutido a qualquer tempo, não através de ação rescisória ou declaratória de nulidade, mas sim por meio de ação declaratória de inexistência.

Aliás, na demanda declaratória, sempre que necessário, poderá o litisconsorte não citado no processo impugnado (autor da demanda declaratória), requerer a antecipação dos efeitos da tutela, *ex vi* art. 273, do Código de Processo Civil.

Com efeito, como se trata de demanda de natureza declaratória de inexistência de relação jurídica processual, é cabível a tutela antecipada, como já reconhecido por abalizada doutrina de direito processual. Sobre o assunto, José Roberto dos Santos Bedaque assim se manifesta:

> "Tanto podem ser antecipados efeitos executivos, próprios das tutelas condenatórias, como também aqueles inerentes a tutelas declaratórias ou constitutivas.
> Em relação a essas últimas não parece justificável a posição contrária assumida por parte da doutrina, pois é perfeitamente possível adiantar conseqüências práticas vinculadas ao comando emergente desses provimentos, o que pode resultar em comportamentos positivos ou negativos impostos aos destinatários da tutela antecipatória"[59].

Assim, em caso de demanda declaratória de inexistência promovida pelo litisconsorte não citado é cabível, em tese, a antecipação de efeitos da tutela, não

---

[58] Em seu voto, entendeu o Ministro Dias Trindade que: "Em nosso direito se admite a querella nullitatis insanabilis, o que se mostra possível quando não ocorre a citação inicial de quem na ação devesse figurar, em face dos quais não se verifica a coisa julgada, a afastar, não obstante o art. 487 II do Código, a ação rescisória"

[59] *In Tutela Cautelar e Tutela Antecipada : Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização).* 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 364-365.

para declarar a inexistência, mas para, *v.g.*, suspender os efeitos fáticos estabelecidos na sentença objeto da demanda judicial[60].

IV.2- Meios de defesa do litisconsorte não qualificado como parte na demanda

Nesse momento, passa-se a discutir os meios de defesa do litisconsorte não qualificado como parte.

Ora, se não foi qualificado como parte, será, por exclusão, terceiro.

O conceito de terceiro é bem delimitado pelo professor Athos Gusmão Carneiro:

> "No plano do *direito processual*, o conceito de terceiro terá igualmente de ser encontrado *por negação*. Suposta uma relação jurídica processual pendente entre *A*, como autor, e *B*, como réu, apresentam-se como *terceiros C, D, E* etc., ou seja, todos os que *não forem partes* (nem coadjuvantes de parte) *no processo pendente*"[61]

Percebe-se, portanto, que o conceito de terceiro é processual, mesmo no caso de litisconsorte que deveria ter sido, mas não foi, citado[62][63].

Imagine a seguinte hipótese: A move demanda em face de B e C, sem mencionar a presença de D, litisconsorte passivo necessário. Este último sequer foi citado e

---

[60] Luiz Guilherme Marinoni apresenta exemplo interessante: "Tratando-se de ação declaratória, é possível se pensar na hipótese, já comum na prática forense, em que o autor requer, mediante tutela inibitória antecipada, a não inscrição do seu nome no 'sistema de proteção ao crédito'. Neste caso a tutela sumária não antecipa o efeito declaratório, mas apenas ordena que não se faça algo que a tutela final, se procedente, demonstrará ser ilegítimo fazer" (*In Tutela Inibitória individual e coletiva*. 2ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 165.

[61] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 49.

[62] Trabalhando o conceito de terceiro para fins de embargos de terceiro, assim se manifesta José Horácio Cintra G. Pereira: "O art. 1.046 e seu §1º estabelecem, como regra, a legitimidade do terceiro, ou seja, quem não é parte no processo (quer porque nunca o foi, quer porque dele tenha sido excluído) é a pessoa que não tem responsabilidade pelo cumprimento da obrigação. Em suma, os terceiros legitimados aos embargos serão todos os que não são partes no processo. Esse conceito de terceiro é, sem dúvida, exclusivamente processual, independentemente de relação jurídica de direito material; assim, o que deveria ter sido parte (*e. g.,* litisconsórcio necessário não atendido) e não foi é terceiro" (*In Dos Embargos de Terceiro*. São Paulo : Atlas, 2002, p. 29).

[63] Também Nelson Nery Júnior e Maria Rosa de Andrade Nery afirmam que: "**conceito de terceiro.** As partes na relação jurídica processual são autor e réu, isto é, aquele que pede e aquele em face de quem se pede algum em juízo. É terceiro quem não é parte na relação jurídica processual, quer porque nunca o foi, quer porque dela tenha sido excluído" (Op. Cit. P. 1.188 – nota 2 – art. 1.046 do CPC).

qualificado como réu. Nesse sentido, será necessário enfrentar as seguintes indagações: a) O litisconsorte não citado será atingido pela imutabilidade da sentença (*ex vi* art. 472 do CPC)? B) A decisão está eivada de vício, pela falta de citação de litisconsorte necessário? c) quais serão os meios de defesa desse litisconsorte?

Um raciocínio deve ser inicialmente feito: o que deveria ter sido citado e qualificado como réu, mas não foi, será terceiro, que eventualmente poderá ser atingido pelos efeitos fáticos da coisa julgada[64].

No caso em questão, uma análise equivocada do art. 78 do CPC, poderia levar a crer que os demais réus poderiam utilizar o chamamento ao processo daquele litisconsorte não qualificado como parte na demanda, *ex vi* art. 78 do Código de Processo Civil. Contudo, tal instituto é utilizado no caso de litisconsórcio passivo facultativo e não necessário, já que se trata de mera faculdade processual.

Destarte, em que pese a divergência de interpretação[65], o chamamento ao processo é hipótese de intervenção visando a integração de litisconsorte passivo facultativo. Não se deve olvidar que ao autor, quando se trata de litisconsórcio necessário, incidirá a responsabilidade por eventual erro ou não citação, ao passo que o chamamento ao processo é instituto assegurado ao réu, no caso de facultatividade do litisconsórcio passivo (criando verdadeiro litisconsórcio ulterior permitido pelo sistema).

No mesmo sentido, vale transcrever as lições de Flávio Cheim Jorge:

> "Diante dessas considerações, vemos a razão pela qual o chamamento constitui uma exceção ao sistema processual brasileiro. Por meio do chamamento é possível a formação do litisconsórcio passivo ulterior, permitindo ao réu, depois de formada a relação jurídica processual, incluir outro (s) réu (s) na mesma demanda.

---

[64] Não se deve olvidar que a citação é pressuposto processual de existência, o que não impede a eventual ocorrência de efeitos fáticos.

[65] Há divergência doutrinária quanto à natureza jurídica do instituto do chamamento ao processo: se é ação acessória do chamante em face do chamado ou se hipótese de citação de litisconsorte passivo necessário. Nelson Nery Jr e Maria Rosa de Andrade Nery entendem que "o chamamento ao processo é uma ação condenatória exercida pelo devedor solidário que, acionado sozinho para responder pela totalidade da dívida, pretender acertar a responsabilidade do devedor principal ou dos demais co-devedores solidários, estes na proporção de suas cotas" (Op. Cit. P. 388 – nota 2 – art. 77). Já Cândido Rangel Dinamarco leciona que "essa modalidade de intervenção coatá gravita em torno de uma sentença de mérito, que seria dada entre o autor e réu e passará a ser dada entre aquele e todos os litisconsortes passivos integrantes da relação processual a partir de quando feito o chamamento. A utilidade do chamamento, para o chamador, reside precisamente nessa sentença assim mais ampla e de eficácia subjetivamente mais ampla" (*Intervenção de Terceiros*. 3ª edição, São Paulo : Malheiros, 2002, p. 159).

> Com efeito, somente conseguimos vislumbrar a hipótese de litisconsórcio ulterior diante da existência de litisconsórcio necessário ou do chamamento ao processo; assim, somente haverá litisconsórcio facultativo ulterior nas hipóteses de chamamento ao processo, pois não é possível nem ao autor nem ao réu, após a propositura da ação (e a conseqüente formação da relação processual com a citação válida – art. 263, *fine*) requerer a entrada de terceiro no processo, na posição de autor ou de réu. Como conseqüência, somente poderá haver a possibilidade de formação de litisconsórcio ulterior quando oriundo da lei"[66].

Portanto, no presente trabalho não se enquadra no chamamento ao processo, o que não impede que o terceiro intervenha no feito requerendo seja regularizada a relação processual, nos termos do art. 47, do CPC.

O litisconsorte não citado poderá ingressar no feito, inclusive em sede recursal, mas não receberá o processo no estado em que se encontra, já que sua falta causa nulidade insanável. Deverá, se acolhido o recurso pelo tribunal, decretar o *error in procedendo*, anulando o processo *ab initio*, facultando-lhe novo prazo para apresentar resposta. Percebe-se, portanto, que a conseqüência da falta de citação de um litisconsorte necessário gera outras conseqüências, além da *ineficácia da sentença*[67] mencionada no art. 47 do Código de Processo Civil[68].

Nesse aspecto, importante aduzir as lições de Fredie Didier Júnior:

> "O litisconsorte necessário não citado não ingressa no feito na qualidade de assistente, pois não recebe o processo no estado em que se encontra, na medida em que a omissão em sua comunicação representa nulidade absoluta do processo. O litisconsorte não-citado, recorrendo, pode perseguir o reconhecimento da nulidade do processo, decorrente de sua ausência, pleiteando, por exemplo, novo prazo para apresentar a sua defesa"[69]

---

[66] *Chamamento ao processo*. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 43.

[67] Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina informam que: "há decisões, que consideramos acertadas no sentido de que, em se tratando de litisconsórcio necessário, se não forem citados todos aqueles que, necessariamente, devem integrar o feito, a sentença é *inutiliter datur*, não podendo produzir efeitos, quer quanto *àqueles que participaram do processo, quer quanto aos que não participaram*" (*O Dogma da Coisa Julgada*. p. 217).

[68] O Professor Cândido Rangel Dinamarco ensina que: "Não implementado o litisconsórcio necessário, será *nula* a sentença assim proferida sem a presença de partes indispensáveis. Ainda que formalmente perfeita e estruturada de modo adequado (art 458), ela é inválida *por contaminação* porque a omissão do juiz terá sido causa de nulidade de todo o processo". *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol II. P. 355).

[69] Op. Cit. P. 51.

Aliás, ratificando o mencionado anteriormente, o "terceiros" (na verdade litisconsorte necessário não qualificado como parte na demanda) poderá inclusive interpor recurso excepcional.

Cumpre enfrentar, nesse momento, outra indagação: se a intervenção ocorrer após a coisa julgada, quais serão os meios assegurados pela legislação processual?

Mais uma vez é importante destacar que mesmo sem a citação do litisconsorte necessário, gerando, pois, uma sentença defeituosa[70], alguns efeitos fáticos poderão atingi-lo, razão pela qual é importante discutir a forma de defesa de seu direito.

Inicialmente, a coisa julgada não irá atingi-lo, tendo em vista que não foi qualificado como parte na demanda promovida pelo autor, *ex vi* art. 472, do CPC. Contudo, poderá ser atingido por efeitos fáticos decorrentes da execução do julgado, razão pela qual, se for o caso, poderá utilizar-se do Instituto dos embargos de terceiro (art. 1046 e seguintes, do CPC).

Com efeito, se o litisconsorte não qualificado como parte sofrer as conseqüências fáticas da decisão judicial, ocorrendo constrição patrimonial, poderá utilizar-se dos embargos previstos no art. 1.046 da legislação processual. Aliás, nesse aspecto vale transcrever o posicionamento de Nelson Nery Jr e Maria Rosa de Andrade Nery, enfocando especificamente a ação demarcatória:

> **"Terceiros na demanda demarcatória**. A ação demarcatória exige a citação de todos os confinantes do imóvel. Há litisconsórcio necessário entre eles. É nula a sentença que deixa de chamar algum dos confinantes. Se, contudo, algum vizinho de prédio contíguo deixou de ser chamado (ou porque é sucessor de quem efetivamente foi parte ou porque é sucessor de quem efetivamente foi parte ou porque houve nulidade do ato citatório), não se pode negar a ele a condição de terceiro na demarcatória (e da divisória, com maior razão) se prejudicado pela nova linha limítrofe traçada em razão da ação em eu não foi parte. Ostenta essa condição o confinante que acabou tendo os limites de seu imóvel fixado em sentença transitada em julgado. Pode opor embargos contra os atos que o prejudiquem (CPC 1047, I), reivindicatória ou indenizatória, conforme seja sua pretensão (CPC 949), ou reintegratória, conforme a situação fática que esteja experimentando"[71].

---

[70] Piero Calamandrei, após indicar exemplos de litisconsórcio necessário, expressa que:"nos casos cima citados, de litisconsórcio necessário, a sentença, se fosse pronunciada sem a presença em caus a de todos os litisconsortes, seria defeituosa". (*Instituições de Direito Processual Civil*. Volume 2, 2ª edição Campinas , SP : Bookseller, p. 248.

[71] Op. Cit. P. 1154 – nota 2 – art. 948.

Destarte, nos embargos de terceiro, poderá o autor *(*na verdade litisconsorte necessário não qualificado como parte na demanda e atingido pelos efeitos fáticos da sentença) poderá pleitear a medida liminar prevista no art. 1.051, do CPC — hipótese de antecipação de tutela[72] — evitando-se a continuação dos atos de constrição patrimonial[73].

Outra questão interessante e também polêmica é a utilização dos embargos de terceiro pelo cônjuge, na defesa da meação.

O assunto pode retratar a hipótese do cônjuge, não qualificado como parte na demanda inicial[74] que formou o título executivo judicial (ou não constar no título executivo extrajudicial), sofrer a penhora de um bem não comum. Será que, neste caso, poderá utilizar os embargos de terceiro, inclusive com o pedido de liminar para sustar os atos de constrição patrimonial? E se o bem for indivisível, poderá ocorrer a hasta pública, o produto sendo repassado ao cônjuge não responsável pelo adimplemento do título?

Visando responder as indagações, importante transcrever a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> "Processo Civil. Execução. Mulher casada. CPC, art. 1046. Lei 4.121/62, art. 3º. Meação. Ônus da prova. Exclusão em cada bem. Bem indivisível. Aferição no valor encontrado. Doutrina e jurisprudência. Hermenêutica. Provimento parcial. I — A esposa não responde pela dívida, contraída apenas pelo marido, se provar que a mesma não veio em benefício do casal, presumindo-se o prejuízo da mulher no caso de aval do seu cônjuge, salvo se este for sócio da empresa avalizada (Resp. 3263-RS, DJU de 9-10-90). II — A exclusão da meação deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio (Resp 1164-GO, RSTJ 8/385). III — Sem embargo da controvérsia do tema, gerado pela deficiente disciplina legal, recomenda-se como mais adequada a orientação segundo a qual o bem, se for indivisível, será levado por inteiro à hasta pública, cabendo à

---

[72] Nesse sentido, ver PEREIRA, José Horácio Cintra. Op. Cit. P. 56.

[73] Os embargos de terceiro poderão ter natureza repressiva ou preventiva (típica tutela inibitória). Aliás, como bem ressalta Alexandre Freitas Câmara, "o que se pretenderá, neste caso, será a prolação de um provimento jurisdicional capaz de impedir a prática do ato ilícito consistente em apreender judicialmente bens de quem não é parte do processo em que se determinou a efetivação da apreensão" (*Lições de Direito Processual Civil*.vol. III, 5ª edição, p. 489).

[74] As hipóteses em que existe litisconsórcio necessário entre marido e mulher estão estabelecidas no art. 10, §1º, do CPC.

> esposa a metade do preço alcançado" (Resp 16950-MG, StJ 4ª T, DJU de 5-4-93)[75].

A situação é realmente contraditória, mas o precedente acima espelha a realidade da situação. Em alguns casos, o cônjuge poderá utilizar os embargos de terceiro, já em outros apenas os embargos à execução[76].

Cabe destacar, por fim, que além dos embargos de terceiro, poderá o litisconsorte não qualificado como parte ajuizar ação declaratória de inexistência, pelos argumentos já expostos no presente trabalho, inclusive requerendo, se for o caso, antecipação de tutela, sem esquecer que há posicionamento jurisprudencial defendendo, inclusive, a utilização do mandado de segurança e de declaratória de nulidade.

---

[75] *In* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 7ª edição, São Paulo : Saraiva, 2003, p. 711.

[76] Como bem ressalta Alexandre Freitas Câmara: "Aplica-se o §3º do art. 1046, portanto, àqueles casos em que o cônjuge não é parte do processo em que se determinou a apreensão dos bens próprios ou de sua meação (considerando-se não escritas, por se referirem a bens não mais existentes no sistema jurídico pátrio — por incompatíveis com a vigente Constituição da república — as referências a bens dotais e reservados). Não se pode, porém, deixar de referir o caso em que o cônjuge do executado é intimado da penhora de bem imóvel, hipótese em que poderá ele ajuizar embargos do executado e embargos de terceiro: com os embargos do executado, buscará discutir o título, a dívida ou a regularidade do processo de execução; com os embargos de terceiro buscará tutela para seus bens, próprios ou da meação, indevidamente alcançados pela atividade executiva". (*In Lições de Direito Processual Civil*, vol III, p. 486 – nota de rodapé nº 12).

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA, Alvim e PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Nulidades Processuais*. 2ª série. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. 2ª edição, ed. Bushatsky, p. 179.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol II, arts. 154 a 269, 9ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 1998.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *"Algumas Reflexões envolvendo o art. 515, § 3º do CPC - Julgamento do Mérito, pelo Tribunal, nos casos de Sentença Processual impugnada através de Apelação".* Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) nº 08 – novembro/2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 22ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada : Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de Sistematização).* 3ª edição. São Paulo : Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2003.

_____. *Quem tem medo do prequestionamento?* (Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo : Dialética, vol 1, 2003

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*, volumes 1 e 2, 2ª edição. Campinas, SP : Bookseller, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 7ª edição, Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2002.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 5ª edição, Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2003

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo : Saraiva, 2001

CHEIM JORGE, Flávio. *Ação Rescisória — Ausência de Citação do réu.* Revista de Processo (RePro), nº 78, São Paulo : Revista dos Tribunais

_____. *Chamamento ao processo*. 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999

CORREIA, André de Luizi. *A citação no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

DALL´AGNOL, Jorge Luís. *Pressupostos Processuais*. Porto Alegre : Letras Jurídicas Editora LTDA, 1988

DIAS, Maria Berenice. *O Terceiro no Processo*. Rio de Janeiro : Aide Ed., 1993

DIDIER JÚNIOR, Fredie.. *Recurso de Terceiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 3ª edição, São Paulo : Malheiros, 2003.

_____. *Intervenção de Terceiros*. 3ª edição, São Paulo : Malheiros, 2002.

_____. *Litisconsórcio*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Temas de Direito Processual Civil* Campinas, SP : Bookseller, 2002.

GIANESINI, Rita. *Da revelia no processo civil brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro.* São Paulo : Bestbook, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória individual e coletiva*. 2ª edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000

MEDINA, José Miguel Garcia. *A recentíssima reforma do sistema recursal brasileiro — análise das principais modificações introduzidas pela Lei 10.352/2001, e outras questões.* In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às decisões judiciais. Coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

_____ e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Dogma da Coisa Julgada — Hipóteses de Relativização*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. 2ª edição, Campinas : Bookseller, 2003.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 34ª edição. São Paulo, 2002,

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 6ª edição, São Paulo Revista dos Tribunais, 2002

PEREIRA, José Horácio Cintra G. *Dos Embargos de Terceiro*. São Paulo : Atlas, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil,* vol. 1, 3ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003

_____. *Elementos de Direito Processual Civil*, vol. 2, 2ª edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil* . Vol. 1. 9ª edição, São Paulo : Saraiva, 2002.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. 9ª edição, Padova : Cedam, 1981, p. 243 – Apud. Correia, André de Luizi. *A Citação no Direito Processual Civil Brasileiro.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo*. Código de Processo Civil Anotado*. 7ª edição, São Paulo : Saraiva, 2003

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol I. 40ª edição, Rio de Janeiro : Forense, 2003.

_____. *Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença*. Revista de Processo nº 19

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 4ª edição, São Paulo: RT, 1997