

A AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA OU DE NULIDADE DE SENTENÇA E O PROCESSO TRABALHISTA – QUERELA DE NULIDADE

Cláudio A. F. Penna Fernandez*

Sumário: 1. As nulidades e sua ocorrência; 2. As nulidades e as sentenças irrecorribíeis; 3. Ações autônomas de impugnação de nulidades processuais; 4. Querela de nulidade; 5. A matéria alegável nos embargos do executado, no processo do trabalho; 6. A sentença como parte de um todo inseparável; 7. A refutação do entendimento; 8. A situação do tema; 9. Conclusões.

1. AS NULIDADES E SUA OCORRÊNCIA

Encaminhando o tema, é de se pontuar a existência de dois campos onde ocorrem nulidades ou vícios nos atos jurídicos: – o campo do direito material e o do direito processual.

A menção a esta dicotomia é para que se desvincule a nulidade processual da de direito material, dissociação indutora de teorias estanques, sob o ponto de vista científico.

A teoria das nulidades, no direito material, tem seu nascedouro, entre nós, na tratção dos atos jurídicos feita no Código Civil, onde se pôs que a “validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”. Aí, os elementos estruturais do negócio jurídico são vistos por ângulos peculiares, dentre os quais o referente à sua eficácia.

Já no direito processual, enfoca-se o defeito com abstração de teoria das nulidades do ato jurídico de direito privado. Sob a ótica do direito processual, a nulidade é colocada à luz de princípios próprios, tais como, v.g., o da finalidade do ato, o da conversão, o da preclusão, o da prejudicialidade, o da convalidação, etc.

E uma superficial referência a características das nulidades, no Código de Processo Civil, basta para mostrar porque é *sui generis* a teoria das nulidades processuais. Haja vista: – não se pronuncia nulidade se suprível o defeito ou repetível o ato; – não se repete o ato nem se supre o defeito se incurrer prejuízo à parte; – a nulidade só contamina os atos posteriores decorrentes; – não se pronuncia a nulidade, não se repete o ato e nem se sana o vício se o mérito da causa pode ser decidido a favor do argüente; etc.

* Advogado.

Estas peculiaridades encontradas no campo do processo, praticamente, não deixam se faça a distinção entre *ato nulo* e *ato anulável*, segundo os critérios e princípios do direito privado.

Não se adentrará aqui, o estudo dos tipos de vício do ato processual, sem dúvida uma das mais penosas áreas do direito judiciário, fazendo-se apenas um tangenciamento ao tema, à medida em que necessário. Põe-se de parte, então, um exame da classificação das nulidades (cominadas e não cominadas, sanáveis e insanáveis, essenciais e acidentais, absolutas e relativas, etc.) para não alongar a dissertação.

Deixe-se anotado, porém, que os princípios e critérios para a classificação dos defeitos dos atos jurídicos, em geral, não são suficientes para ordenar os vícios dos atos processuais, inclusive os da sentença.

2. AS NULIDADES E AS SENTENÇAS IRRECORRÍVEIS

Lembre-se, então, de que a sentença passada em julgado, em princípio, convalesce as nulidades havidas no curso do processo. Todos os percalços ocorridos nos trâmites são tidos como resolvidos e superados. Fictamente, reputam-se deduzidas e repelidas alegações e defesas que, contra a sentença, poderiam ser opostas, inclusive as que apontassem nulidades pretéritas; isto deriva de propriedades tipicamente processuais e iminentes às sentenças não recorríveis: – sua imutabilidade e indiscutibilidade.

A regra geral, de conseguinte, é serem sanáveis as nulidades.

“As nulidades são vicissitudes da vida do processo, perdem todo o significado e razão de ser quando ele se extingue, tornando-se irrecorrível a sentença dada: com o trânsito em julgado a preclusão máxima que sobre ela se abate impede que qualquer questão relevante para o processo ou seu resultado (sentença, seus efeitos) venha ainda, a ser proposta ou reproposta. Trata-se da eficácia preclusiva da coisa julgada formal, expressa no artigo 474 do CPC” (Cândido Dinamarco), In “Liticonsórcio”. SP, em 1984, pág. 196).

Comporta-se essa regra, contudo, exceções irrecusáveis, cuja essência, ontologicamente, deita raízes na clássica e simples divisão das nulidades em só dois tipos: – as sanáveis e as insanáveis.

E, sempre atento à inexistência de simetria entre o estudo das nulidades do processo e o das nulidades de direito material, GALENO LACERDA sublinhou que tais exceções são para os casos insanáveis, “insupríveis por definição” (in “Despacho Saneador”, Porto Alegre, 1953).

Assim, dois tipos de vícios não são soterrados pela sentença irrecorrível, sendo passíveis de indigitação posterior: – a inexistência e a nulidade absoluta. (Pode-se dizer que estes vícios constituem, em sentido amplo, uma categoria única de nulidades insanáveis).

A inexistência, sem dúvida, constitui a mais séria mácula do ato processual. Diz-se inexistente o ato desprovido do conteúdo fático que é pressuposto da sua natu-

DOCTRINA

reza e do seu objeto. Por melhor aparência de existência que tenha, o ato, aí, é juridicamente inexistente.

“A inexistência pode assumir dois aspectos distintos: um meramente vocabular, que significa não-ato; outro jurídico, que significa ato existente no mundo dos fatos, mas não existente no mundo do Direito.” (Moniz de Aragão, in “Comentários ao C P. Civil”, 1ª ed., Forense, vol. II, pág. 274).

O ato inexistente está na realidade fática, mas não penetra no mundo jurídico; sua conceituação é negativa e existe para eliminar do mundo do direito a manifestação fenomenológica que não é suscetível de valoração jurídica (cf. LIEBMAN, in “Manual de Direito Processual Civil”, RJ, 1984, vol. I, págs. 627 e 628).

A falta de citação da parte para os termos de uma ação é o caso típico de ato inexistente.

A nulidade absoluta (*ipso iure*) é aquela que afronta uma regra de índole pública sobre cujo mandamento o indivíduo não possui disposição, sendo inviável a ratificação.

Certo que a distinção teórica entre atos inexistentes e atos absolutamente nulos apanha posições destoantes, na doutrina; há controvérsias, aqui e ali, quando se apontam certos atos inexistentes como sendo absolutamente nulos e vice-versa. Porém, do ponto de vista prático, estes desencontros não induzem comprometimento das conclusões a que aqui chegaremos, pois uma premissa básica pode ser sempre colocada: – há uma correlação orgânica entre ato inexistente e ato nulo absolutamente (*ipso iure*), no sentido de que tanto um quanto outro são natimortos e passíveis de impugnação após o trânsito em julgado da sentença. Em última análise, são atos contaminados por nulidade insanável, *latu sensu*. (Essa controvérsia não tem a importância que lhe dão alguns juristas, e, sob enfoque processual, a distinção entre ato inexistente e ato nulo *ipso iure* quase não apresenta repercussões práticas).

É oportuno repassar que a coisa julgada, embora sendo “a preclusão máxima” e embora funcionando como “sanatória geral dos vícios do processo” (Liebman) ou como “sanatória sentencial” (PONTES DE MIRANDA), não tem condão de convalidar certas nulidades. E assim é pela natureza das coisas, porquanto vícios existem que não convalidam.

Daí por que, historicamente, os sistemas jurídicos sempre hospedaram meios especiais de impugnação às sentenças irrecorríveis, podendo-se asseverar que as ações autônomas de impugnação de nulidades processuais têm encosto na tradição jurídica.

“A sentença, em geral, cobre as nulidades, mas há nulidades que ela não cobre, porque fazem nula a própria sentença” (PONTES DE MIRANDA, in “Comentários ao C.P. Civil”, ed. Forense, 1976, 1ª ed., pág. 95).

3. AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO DE NULIDADES PROCESSUAIS

Como sabido, nem todos os meios de acometer a sentença são recursos.

Algumas nulidades processuais são ainda passíveis de impugnação, malgrado tenham ocorrido em processo já findo. Tanto assim que nossa legislação, no rumo de outras, admite as chamadas ações autônomas de impugnação.

São tidas, portanto, como oportunas impugnações que se fazem pelos embargos do executado, pela ação declaratória de inexistência ou de nulidade da sentença e pela ação rescisória. JOSÉ DA SILVA PACHECO aponta, ainda, a possibilidade de impugnação posterior pelo mandado de segurança:

“Se está (o processo) “definitivamente encerrado cabe-lhe” (ao réu) “ação de nulidade ou mandado de segurança, antes aquela do que este, pois que enseja maiores provas e ampla investigação dos fatos” (Nulidade Processual, in “Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro”, vol. 34, ed. Borsoi – RJ, págs. 335 a 336).

Também PONTES DE MIRANDA menciona hipóteses em que se pede a declaração de inexistência da sentença em ação de mandado de segurança (ob. cit., pág. 98).

ARRUDA ALVIM diz ser possível à parte apenas assinalar a nulidade por simples petição para que o Juiz, diante da natureza do vício constatado, desconsidere qualquer eficácia superveniente.

O mais das vezes, o levantamento da nulidade processual é feito pela ação rescisória. Aliás, o fundamento da rescisória vem da nulidade ou ilegalidade da sentença não da sua eventual injustiça, como se sabe. É ação que alcança atos com nulidade absoluta, que produzem efeitos normais até serem invalidados. Ocorre, aí, em geral, é que pode a nulidade ser definitivamente consolidada pelo trânsito em julgado se escoado o prazo decadencial para a sua propositura; trata-se da nulidade argüível após o término do processo, mas ainda passível de convalidação. Findo um prazo preclusivo posto em lei não existe mais remédio contra a sentença; ela se torna incólume, embora antes de acabado aquele prazo fosse rescindível. E por isso é que se diz que a possibilidade de rescindir convive, efemeramente, com a possibilidade de convaler.

Ao lado da rescisória, os embargos à execução, também são admitidos como instrumento de investida. A execução lastreada em sentença, via de regra, não sofre solução de continuidade, mas é imobilizada, de pronto, se chegam embargos argüindo o vício de falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, onde a ação correu à revelia (art. 741, I, CPC). Esta ação deve ser proposta dentro do limite temporal assinado pelo legislador, sem o que não há azo para a argüição; contém matéria própria e é ação proponível naquele prazo (art. 738, C.P.Civil; art. 884, CLT; art. 16, Lei nº 6.830, de 22.09.80, etc.). A característica básica destes embargos é a de que são eles sede para alegação de inexistência ou nulidade da sentença, não da sua rescindibilidade, pois o juiz da exceção não é competente para o exame desta.

Subsiste, ainda, no nosso direito processual, ao lado dessas ações autônomas (rescisória e embargos à execução) a declaratória de inexistência ou nulidade sentença. Certo que os embargos à execução contêm uma declaratória símile (querela de nulidade), mas as ações distinguem-se diante dos respectivos procedimentos. Há um prazo

para que a rescisória e os embargos, ao passo que a declaratória, como ação ordinária autônoma, é perpétua.

A previsão de procedimento especial para o exercício da querela de nulidade (embargos à execução) não define a única hipótese em que ela é exercitável. Vale a pena rememorar alguns exemplos aptos a demonstrar que, nem sempre, o cidadão pode embargar a execução, subtraindo-se aos efeitos de sentença inexistente ou nula. Há julgados gravosos em sentenças que poderão não ser executadas, como, v.g., a de divórcio, a declaratória de paternidade, a declaratória de relação empregatícia, etc.

Pondere-se, porém, que existe aí um concurso de ações, ou um concurso de ações autônomas. A parte dispõe de qualquer delas (embargos, rescisória ou querela de nulidade); mas, se veicular a pretensão ou qualquer dos caminhos disponíveis, fecham-se os demais; *“electa una via, non datur regressus ad alteram”* (ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, in “Réu Revel Não Citado – Querela Nullitatis e Ação Rescisória”, in Rev. Da Assos. Dos Juizes do Rio Grande do Sul, nº 41, págs. 28/29).

4. QUERELA DE NULIDADE

Assim, alegando vício insanável de citação, pode-se vir a juízo, em ação ordinária ou ação declaratória de inexistência da relação jurídica processual, postular a nulidade do processo.

Sublinhe-se que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já se pronunciou neste sentido, assentando que a nulidade processual, por vício de citação, pode ser indigitada em ação ordinária. É azado remarcar trechos de percuciente voto do ministro MOREIRA ALVES, relator de recurso extraordinário, onde assim se decidiu:

“Com efeito, transitada em julgado a sentença de mérito, o meio normal de rescindi-la é a ação rescisória. No entanto, o nosso direito positivo em se tratando de falta ou nulidade de citação, se a ação correu à revelia, não a exige, por entender que, nesse caso, não se trata de rescisão da sentença (que o juiz da execução não poderia fazê-la incompetente que o é para tanto), mas de nulidade absoluta da sentença, que pode ser declarada por meio de embargos à execução ou de ação declaratória, ambos independentemente da observância dos requisitos de ação rescisória. Não se trata – é bem de ver – de exceção à ação rescisória, mas, sim de hipótese para a qual não é exigível ação dessa natureza, por não se tratar de vício dependente de rescisão, mas de vício de nulidade absoluta, e, portanto, insanável. Por isso mesmo, é que essa nulidade absoluta e conseqüentemente, insanável é atacável, expressamente, por meio de embargos à execução, independentemente da observância do prazo de decadência da rescisória.”

Essa possibilidade decorre do fato de que, para essa hipótese – falta ou nulidade de citação, havendo revelia, persiste, em nosso direito, a querela nullitatis, que o é, sem dúvida, o caso previsto no art. 741, I, do CPC. E se ela existe sob a forma de embargos, não há razão para que não exista, igualmente,

sob a forma de ação declaratória de nulidade, que é o gênero de que aqueles são espécie.” (In “Revista Trimestral de Jurisprudência”, vol. 107, págs. 778/787, fev./84, RE nº 97.589-SC, Tribunal Pleno, dec. unânime).

O então ministro ALFREDO BUZUID, no mesmo julgamento, reportando-se, expressamente, a outro voto seu proferido em outro processo – RE nº 96.696/RJ, acompanhou MOREIRA ALVES:

“Do exposto, resulta que por dois modos se pode obter a declaração de nulidade do processo em que falta a citação inicial, ou a citação inicial foi nulamente feita desde que correu à revelia: a) ou por embargos do devedor, a fim de descontinuar a eficácia do título executivo (Código de Processo Civil, art. 741, I); b) ou por ação declaratória, nomeadamente se a sentença é desprovida de execução forçada (Código de Processo Civil, art. 42). A ação declaratória é meio idôneo para recusar os efeitos da sentença proferida em processo constituído nulamente, por força de citação inicial ou com a citação inicial nulamente feita, tendo ocorrido à revelia. Cumpre ainda atentar para o art. 472 do Código de Processo Civil, que preceitua que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada”. Se o processo é nulo ab initio por falta de citação inicial nulamente feita, tendo corrido à revelia, não há sentença válida e, portanto, não faz coisa julgada”

Em suma, para invalidar os feitos de sentença nula por vício insanável de falta de citação inicial nulamente feita, desde que o processo correu à revelia não há mister propor ação rescisória. A ação rescisória, fundada no art. 485, IV, do Código de Processo Civil, pressupõe sentença proferida em processo que se iniciou e se desenvolveu válida e regularmente, mas que é rescindível, por contrariar eficácia própria da sentença, que a torna imutável, indiscutível, (Código de Processo Civil, art. 467) e obrigatória para todos os juizes de futuros processos (Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil,” vol. 1, nº 117)” (In ob. cit., págs. 786/787)

A posição da nossa Alta Corte está lastreada em sólida compreensão doutrinária e em sedimentação jurisprudencial. Tanto que CELSO NEVES faz questão de mencionar, a propósito, decisão do Tribunal de Alçada de São Paulo, fazendo-o nos “Comentários de Processo Civil”, Ed. Forense, vol. VII, págs. 216/217:

“Subsiste em nosso direito, como último resquício da querela nullitatis insanabilis, a ação declaratória de nulidade, quer mediante embargos à execução, quer por procedimento autônomo de competência funcional do juízo do processo original. A sobrevivência, em nosso direito, da querela nullitatis, em sua formação primitiva, restritas aos vícios da citação inicial, corresponde a uma tradição histórica, cujo acerto, na moderna conceituação da relação jurídica processual, adquire flagrante atualidade.”

“Se a nulidade ipso iure não puder ser alegada em embargos à execução, subsiste, ainda assim, a ação autônoma direta da querela nullitatis insanabilis, de caráter perpétuo, não prejudicada pelo quinquênio da ação rescisó-

ria, porque o que nunca existiu não passa, com o tempo, a existir. Classifica-se como ordinária autônoma, de competência funcional do mesmo juízo do processo que lhe deu causa, a ação de nulidade ipso iure de relação processual contenciosa.”

Como dito, a jurisprudência alicerçou-se em consistente base doutrinária. Estabeleceu-se, por aí, um nexó nítido entre tipos de nulidades processuais e sentenças impugnáveis após o trânsito em julgado, concluindo-se que estas podem ser *inexistentes*, nulas *ipso iure* e *rescindíveis*. Há sentenças que não dependem de ação rescisória e delas se diz que não têm eficácia, não produzem coisa julgada; pode-se desconcordar, é certo, quanto à sua natureza, se seriam sentenças *inexistentes* ou se seriam *nulas absolutamente*, mas qualquer que seja a conceituação que se lhes dê *in concreto*, prescindem de rescisória. Só ensejam rescisória, neste campo, as sentenças eivadas das nulidades apontadas no texto da lei processual, pois a rescindibilidade depende do direito positivo.

“A absorção das velhas hipóteses de querela nullitatis pela moderna ação rescisória, portanto, não se fez por completo no direito brasileiro. O vício em causa continua a ser considerado suficientemente grave para resistir a essa absorção, assim como resistir à eficácia sanatória da res iudicata. Como a doutrina, a jurisprudência tem consagrado a admissibilidade da querela nullitatis, sob essa forma moderna, tratando-a como ação autônoma ordinária (no sentido de atípica, sem referência ao procedimento) e declaratória.” (ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *in ob. cit.*, págs. 23/24)

Todavia, há colocação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que todos os vícios processuais são de nulidade relativa, e, por conseqüência, apenas anuláveis pela ação rescisória; e que somente se abre uma única exceção a tal regra: – quando se depara com vício de citação capaz de tornar insubsistente a própria sentença.

“E a razão é que a falta de citação infringe de tal modo os supremos princípios do processo, ofende tão profundamente o direito reconhecido a todo cidadão de defender-se perante o juiz que vai julgá-lo, que torna radicalmente nulo, juridicamente inexistente o processo, igualmente nula e inexistente a sentença proferida. É este o único caso que sobrevive nos nossos dias de sentença “que é por Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em coisa julgada, mas em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma e de nenhum efeito.”” (MONIZ DE ARAGÃO, citando LIEBMAN, *in* “Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado”, Ed. Saraiva, 1965, pág. 60, c/ ref. às Ordenações”. L. III, T.75)

O art. 741, do C.P.Civil, seria a única porta aberta à argüição de inexistência ou nulidade de sentença. Apenas um vício, tido como o maior de todos, qual seja, a falta de citação válida é o que, hoje, seria motivo de nulidade absoluta ou inexistência da sentença. Todos os demais defeitos somente seriam impugnáveis pela ação rescisória (V. ROBERTO BARRETO PRADO, *in* “Processo do Trabalho”, Ed. LTr, 1989, pág. 218, na linha de outros autores).

Trata-se de oposição abalizada, sem dúvida. Mas, parece-nos não ser esse o melhor ângulo de visão do problema, pois a distinção entre sentenças inexistentes, nulas e rescindíveis é o melhor parâmetro para a decifração do problema. E nada do que o ensinamento de PONTES DE MIRANDA, a propósito:

“A regra é serem sanáveis as nulidades. Decorridos os termos para os recursos, preclui o direito de se impugnar o ato. A sentença é impugnável pela rescisória quando a infração, que era sanável, não se apagou. Mas aí estamos em terreno tautológico: se a infração era sanável e não se apagou, então foi a lei que determinou isso, permitindo, na espécie, a ação rescisória. A sentença nula não precisa ser rescindida. Nula é; e a ação constitutiva negativa pode ser exercida ainda incidenter, cabendo ao juiz a própria descontinuação de ofício.”

“A distinção entre sentenças inexistentes, nulas e rescindíveis, isto é, existentes, válidas, mas atacáveis a despeito do trânsito em coisa julgada, suscita questão a que se há de responder antes de qualquer outra. Porque, se a sentença é inexistente, não é sentença: não cabe rescindir o nada. Se a sentença é nula ipso iure, existe, porém, não vale, de pleno direito, não se precisa de “ação” contra ela. Ao ser invocada, opõe-se que é nula ipso iure.

Se alguém quer alegá-lo, pode fazê-lo quando entenda, sem esperar a citação na ação iudicati.” (In “Tratado das Ações”, Ed. Rev. dos Tribunais, SP/1973, págs. 534/535)

Dispensam a rescisória, v.g., a sentença proferida contra o incapaz processualmente, a sentença saída em processo onde faltou ou não foi válida a citação, a sentença promanada de quem não é juiz, ou a sentença dada contra o morto.

As sentenças inexistentes e as nulas absolutamente não são alvos próprios da rescisória. Tanto que, se a parte contra ela usar e ação rescisória, possibilitará ao julgador diga ser a ação imprópria, embora deva, por dever de ofício, declarar a inexistência ou decretar a sua nulidade de pleno direito, pois quem pode o mais (rescindir) pode o menos (declarar a inexistência ou a nulidade), e, ademais, no pedido mais amplo se compreende o mais restrito, não ocorrendo o perigo de decisão fora dos limites da lide.

5. A MATÉRIA ALEGÁVEL NOS EMBARGOS DO EXECUTADO, NO PROCESSO DO TRABALHO

De qualquer sorte, independentemente da posição que se adote, o sistema jurídico permite se alegue a inexistência ou a nulidade de sentença em ação autônoma ou por ocasião da oposição de embargos à execução – art. 741, I, do C.P.Civil (Poder-se-á fazê-lo, também através da ação rescisória, o que, tecnicamente, poderá ser considerado incorreto, mas sem que isto obste o êxito do pedido, como já explicado).

Cumpra saber se, no processo trabalhista, haveria compatibilidade para o exercício daquelas ações autônomas de impugnação: – a declaratória ou os embargos à exe-

cução. (Logicamente, havendo a ordinária, cabível será a ação de embargos, pois aquela é gênero de que esta é espécie).

Segundo a legislação trabalhista, a defesa, nos embargos à execução, “será *restrita* às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”. O tratamento da matéria, na Consolidação (art. 884) é incompleto e omissivo; não se cuidou da suspensividade ou não dos embargos e não se cuidou de outras matérias que, pela sua natureza, necessariamente, são alegáveis, com, v.g., o excesso de execução, a incompetência do juízo, o impedimento ou a suspeição do juiz, a ilegitimidade de parte etc. Logo, além de omissa, a legislação trabalhista usou a expressão, obviamente, imprópria a lançar: a”... matéria de defesa será *restrita*...”. Uma interpretação literal, aí, ofenderia o sistema geral de processo, o resguardo do direito de defesa e o contraditório. Correto que, na execução, não se modificará ou inovará a sentença executada (arts. 879, da CLT e 610, CPC); porém, não menos correto é facultar-se ao executado todas as defesas que não atentem contra a imodificabilidade da sentença. Por exemplo, se é devido respeito à coisa julgada, não se poderá exigir do devedor mais do que a sentença contém e, daí o excesso de execução ser matéria argüível nos embargos embora naquele dispositivo legal; pela mesma razão, admitir-se-á a discussão de matéria atinente à legitimação passiva; etc. Conclui-se, necessariamente, que a Consolidação, não é taxativa, mas só exemplificativa, e, uma interpretação literal perpetraria, no dizer de MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, uma “odiosa ofensa a direitos legítimos do devedor” (in “Execução no Processo do Trabalho”, ed. LTr, 1989, pág. 439).

De conseguinte, a redação canhestra do art. 884, da Consolidação, não constitui óbice à admissão de defesa mais ampla pelo executado, pois, inafastável a regra geral, que deflui do sistema processual como um todo: – em princípio, toda a matéria superveniente ou nova é alegável; a preclusão apenas atinge a matéria velha.

Mas, as opiniões mais acatadas, muito embora concordem com a possibilidade de o executado defender-se amplamente no processo do trabalho, não aceitam possa ser levantada a inexistência ou a nulidade da sentença na execução, ou só a admitem sob condição.

Veja-se, a propósito, o ensinamento de DÉLIO MARANHÃO:

“É preciso, porém, na aplicação da lei subsidiária não perder de vista as peculiaridades e características do processo do trabalho. No processo comum, os prazos correm contra o revel independentemente de intimação (art. 322, do Código de Processo). No processo do trabalho, ao contrário, o revel é intimado para a ciência da sentença contra ele proferida (art. 852 da Consolidação). Assim, pois, somente no caso de falta ou nulidade, também, dessa intimação, é que poderá o executado invocar a regra do art. 741, do Código de Processo. Se, regularmente intimado, não recorre da sentença que o condenou à revelia, a coisa julgada impede qualquer posterior alegação de nulidade” (In “Instituições de Direito do Trabalho”, 6ª edição – 1974, ed. Freitas Bastos S/A, vol. II, pág. 946).

VALENTIN CARRION adota posição semelhante:

“Se a sentença proferida contra o revel era nula por falta de citação, por exemplo, quando intimado da mesma deveria ter interposto recurso; se não o fez, perdeu a oportunidade para a anulação.” (In “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”, ed. Rev. dos Tribunais, 1975, pág. 459).

CAMPOS BATALHA posiciona-se no mesmo sentido:

“Uma vez transitada em julgado a decisão, impossível é impugná-la através de embargos à execução. Mesmo a falta ou nulidade da citação inicial, no processo de conhecimento, se a ação houver corrido à revelia de embargante, matéria que o art. 741, I, do CPC/73, autoriza seja discutida nos embargos à execução, não nos parece deva ser admitido no processo executório, no Direito Processual do Trabalho...” (In “Tratado de Direito Judiciário do Trabalho”, ed. LTr, 1977, págs. 876/877).

Na mesma linha, preleciona WAGNER GIGLIO:

“Ora, se este” (o revel) *“foi pessoalmente intimado da sentença condenatória e dela não recorreu, operou-se a preclusão máxima, tornando inabordable, em execução, a validade do julgado. Figure-se a hipótese, então, de a intimação da sentença ter sido feita pelo correio, não devolvida pelo destinatário, pessoa diversa do executado, continuando este alheado do processo. Ao ser citado para início da execução deve o revel interpor o recurso cabível, vez que só nesse momento tomou ciência da decisão adversa, e não aguarda a penhora para embargá-la, permitindo que se esgote o prazo recursal, pois também aqui prevalece a regra do art. 795 da CLT: “As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argüí-la à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”. pena de convalidação.”* (In “Novo Direito Processual do Trabalho”. ed. LTr, 3ª ed. 1975, págs. 400/401).

As opiniões são respeitáveis, mas delas dissentimos, diametralmente.

6. A SENTENÇA COMO PARTE DE UM TODO INSEPARÁVEL

A ação dirige-se ao Estado, seu verdadeiro titular passivo; não se dirige ao adversário, pois nada se pede ao réu. Pede-se ao Estado um provimento que recairá, a final, sobre a situação jurídica de autor e réu; aquele propõe a ação em relação a este, mas dirigida ao Estado, que proverá, jurisdicionalmente, às partes em ato solene denominado *sentença*.

A sentença não pode ser entregue de qualquer modo; ela surge como culminância ou término de uma série de outros atos, necessariamente *antecedentes*, e, com os quais mantém um nexó ontológico. Não pode existir sentença sem que se tenha assegurado ao cidadão o *direito ao procedimento* e o *direito ao contraditório*. O procedimento e o contraditório são, necessariamente, *preparatórios*, e logicamente, *antecedentes da sentença*. *Constituindo um direito, ensejam a possibilidade de participação* naque-

les atos preparatórios da sentença. Ajuizada uma ação, antes de julgá-la, o Estado deve propiciar seja o réu ouvido, e, por isto, têm autor e réu o direito de praticar atos preparatórios. Trata-se de decorrência de institutos fundamentais do Direito Processual, institutos arraigados na Constituição e na própria organização do Estado.

A ação, como direito público subjetivo, não se exerce apenas no momento da propositura, mas também ao longo de um processo, segundo um procedimento, e em contraditório. A *participação* no processo é direito fundamental do cidadão, na medida em que é inerente à ação e confunde-se com o próprio contraditório; este é pressuposto necessário da sentença.

“Assim como o Estado democrático se legitima mediante a participação do povo na determinação de suas diretrizes e decisões, também é a participação contraditória no processo, pelas formas procedimentais adequadas, que dará legitimidade ao provimento final a ser emitido.” (CÂNDIDO DINAMARCO, in “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, ed. Rev. dos Tribunais, 2ª ed., págs. 64/65).

A garantia constitucional do contraditório, implícita na Constituição anterior, agora vem expressada com clareza na Carta de 1988, art. 5º:

“LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

“LV – Os litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Dentre os direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição estão os institutos fundamentais da ciência processual: – *jurisdição, ação, defesa e processo*. O cidadão é beneficiário de um conjunto de garantias constitucionais do processo e tem tutelados seus direitos processuais enquanto litigante. Daí porque o processo possui “não apenas uma configuração técnica, mas também ético-política.” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, in “O Processo em sua Unidade”, I, ed. Saraiva, 1978, pág. 137).

Ensina CÂNDIDO DINAMARCO:

“Se mediante o procedimento se prepara um provimento a ser proferido a final; se esse provimento, nos processos jurisdicionais, irá necessariamente atingir as esferas jurídicas de pelo menos duas pessoas (uma, favoravelmente; outra, desfavoravelmente); se existe um princípio constitucional de igualdade das partes no processo (Const., art. 153, § 1º), o mesmo grau de participação que uma delas se permite, à outra também se há de permitir. Tal é o fundamento político do chamado direito de defesa (jus exceptionis), que se apresenta como contraposto negativo da ação. Ele se oferece ao demandado ao longo de todo o arco de procedimento também (tanto quanto a ação), e se especifica, juridicamente, nas situações jurídicas ativas de que é possível fazer uso, mediante atos de resistência à pretensão do demandante.” (In ob. cit., pág. 70).

ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI salientam que a garantia constitucional do devido processo legal representou uma “marcante página da história da liberdade” e que esta garantia deve ser efetivada “em todo o desenrolar do processo judicial”. respaldando seu juízo, também, em lição de EDUARDO COUTURE, segundo a qual aquela garantia constitucional impede que alguém seja privado da liberdade ou propriedade sem que tenha tido, antes, pleno acesso à tramitação de um processo, na forma da lei (*in* “Constituição de 1988 e Processo”, ed. Saraiva, 1989, pág. 77).

Feitas tais colocações, que, em última análise, são premissas de raciocínio, ressaltar-se-á, mais objetivamente, a insubsistência das opiniões doutrinárias já referidas.

7. A REFUTAÇÃO DO ENTENDIMENTO

Diz-se que o revel, no processo trabalhista, é intimado da sentença contra ele proferida e dela deve interpor recurso, sem o que o vício de citação convalesce.

Ora, se a própria existência da coisa julgada, que, em princípio, sana os defeitos processuais, não constitui obstáculo ao exercício de impugnação autônoma (v.g., rescisória), por que uma intimação desta sentença remediaria aquilo que ela própria não pode?... Dizer que se deve recorrer para não validar a eiva é ignorar a *natureza* do defeito encontrado. Exatamente porque certos vícios são insanáveis é que existem, nos diversos sistemas processuais, os meios especiais de impugnação às sentenças. Só o sanável pode ser convalidado.

A excepcionalidade da impugnação é justificada pela natureza da nulidade, que se sobrepõe à coisa julgada. O vício é grave o suficiente para ficar imune a quaisquer preclusões, até mesmo à maior delas, à coisa julgada.

Fica-se perante uma hipótese em que não basta invocar o art. 245, do C.P.Civil, ou o 795, da Consolidação, como faz WAGNER GIGLIO (ob. cit., pág. 401). A regra contida nestas disposições legais aplica-se à nulidade chamada *endoprocessual*; a preclusão, aí, diz com a argüibilidade no próprio processo. A regra não se aplica às nulidades que o juiz posse e deva decretar de ofício (arts. 245, § único e 267, § 3º, C.P.Civil).

7.1. Apenas intimar um cidadão de que existe uma sentença que o alcança, à evidência, não supre a preterição de garantias constitucionais que deveriam ter precedido à promulgação daquela decisão. O procedimento adequado e o contraditório são antecedentes lógicos e necessários da sentença; sem aqueles, esta é nula em absoluto, ou inexistente. Dar ciência desta sentença não substitui nunca o direito de defesa. Se não houve oportunidade para o exercício de uma garantia constitucional, sentença convém vício insanável. O ato de intimar a parte não lhe restaura o direito de participação contraditória no processo; intimar, aí, é apenas dar ciência do pretérito. O ingresso na lide só para recorrer é incompatível com o devido processo legal.

A participação contraditória no processo, como direito político do cidadão, deve ser assegurada de forma plena. Intimar para acompanhar o processo, doravante, e no qual já existe sentença, não é garantir o contraditório. Não se pode esquecer de que a

sentença não existe, ou é nula em absoluto, se lhe faltam os antecedentes indesejáveis. Pois, sentença, procedimento adequado e contraditório têm, entre si, um vínculo indissolúvel. Não se concebe que o ato de intimação de sentença assim viciada possa refazer transgressão de garantia fundamental.

Resumindo: – não existe sentença sem o *devido processo legal*.

7.2. A lei processual tratou das hipóteses em que o comparecimento espontâneo pode suprir defeito de citação: – art. 214, C.P.Civil. Mas, nestes casos, a relação jurídica processual é configurada de forma a enlaçar Autor, Estado e Réu e de forma a resguardar o contraditório, que, então, *antecede* à prolação de sentença. Esta só surge após o comparecimento da parte, que pôde, obviamente, exercer o direito de defesa.

Vê-se que não há como pretender dar à intimação à parte (no processo trabalhista) o mesmo efeito sanador que o comparecimento espontâneo (no processo comum) pode ter. O direito de defesa, convém repisar, não pode ser limitado à oportunidade para interpor recurso. O direito de defesa envolve a oportunidade de praticar *todos* os atos preparatórios da sentença.

Logo, a peculiaridade do processo trabalhista de ser a parte intimada da sentença (art. 852, CLT) não é de molde a criar situação em que se supra o vício de citação.

Aceitar que alguém entre em dado processo só recorrendo é não lhe garantir a *igualdade perante a lei*, é não lhe dar isonomia processual, é não observar o devido processo legal. A possibilidade do contraditório surge com a citação válida; esta é que instaura o contraditório; a intimação da sentença não tem este efeito. E, sem a plenitude do contraditório, a nulidade é insanável. (A rigor, sequer se poderia falar em “plenitude do contraditório”. pois se trata de um valor absoluto que não comporta dosagens; é algo que é ou não é: não se concebe isonomia, “só uma parte” do devido processo legal...)

*“A citação é a garantia primeira e maior do contraditório processual. A consagração legal, via obrigatoriedade absoluta da citação, do princípio da bilateralidade da audiência, representa uma especificação do princípio constitucional da isonomia. Daí a imperatividade com que, sob cominação enfática de invalidade, a lei impõe a realização do ato; daí a acentuação incomum do rigor formal a que se acha submetido, rigor pouco afinado com a tendência geral à liberalização das formas processuais presente em todo o Código. É que processo sem citação não assume a feição de *actum tria personarum*, é procedimento unilateral, negação da garantia do contraditório.”* (ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, in ob. cit., pág. 14).

7.3. À execução trabalhista aplicam-se os preceitos regentes dos executivos fiscais para a cobrança da dívida ativa da Fazenda (art. 889, CLT e Lei 6.830/80); e o direito processual comum, igualmente, é fonte subsidiária (art. 769, CLT).

Essa legislação de apoio permite a querela de nulidade, quer quando a particulariza (art. 741, I, CPC), quer quando amplia, sem restrições, o campo de defesa: – “o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa” (art. 16, § 2º, Lei 6.830/80).

À vista dessa colocação, o seguinte raciocínio pode ser apresentado, com coerência:

- a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada;
- se não foi dada às partes, porque uma delas não integrou a relação processual, não faz coisa julgada;
- a coisa julgada é a permissão para o ingresso na execução;
- se não há coisa julgada, não existe pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, na execução;
- sabendo-se que no processo de execução exercita-se uma ação autônoma, a ausência de coisa julgada caracteriza, ainda, a falta de condição de ação;
- tais questões, como matéria superveniente ou nova são alegáveis em execução, diante dos princípios gerais do direito processual;
- e, ademais, a lei subsidiária ainda foi expressa, quando disse que as exceções argüíveis pelo executado serão opostas como matéria preliminar e “processadas e julgadas com os embargos” (art. 16, § 3º, Lei 6.830/80).

7.4. A querela de nulidade está facultada no ordenamento jurídico. Vem prevista na lei processual como ação em procedimento de embargos à execução (art. 741, I, CPC), embora, a rigor, tal previsão até fosse desnecessária. Disciplinou-se a espécie (embargos) e não se impediu o gênero (ação ordinária).

A querela de nulidade não visa rescindir sentença. É ação declaratória; uma ordinária autônoma de competência funcional do mesmo juízo do processo que lhe deu causa. Se for exercitada sob o procedimento de embargos à execução, a competência será a mesma. (Lembre-se que PONTES DE MIRANDA também sustenta que a sentença nula em absoluto é objeto de ação constitutiva negativa – v. “Tratados das Ações”. ob. cit., pág. 534, vol. IV).

A querela de nulidade tem em mira, como já dito, os vícios processuais que fôgem ao campo delimitado pelo direito positivo para a ação rescisória. (Como já lembrado, há quem sustente que um só vício seria passível de ataque por tal via: – o relativo à citação. E há, ainda, como também já referido, quem diga que tais vícios podem ser apontados em mero incidente processual, por petição atravessada nos autos – cf. ARRUDA ALVIM, “Manual de Direito Processual Civil”. II, S.P., 1978, pág. 157).

A ação ordinária autônoma para obter a declaração de nulidade *ipso iure* da relação processual (querela de nulidade) é da competência funcional do mesmo juízo que lhe deu causa. E há dois parâmetros irrecusáveis para que assim se entenda: 1º) – a própria lei sinaliza a competência, quando a atribui a esse juízo, na oportunidade e sob o procedimento de embargos à execução (art. 741, I, CPC), 2º) – é este o *juízo comum*, cuja competência é fixada por exclusão; se não há regra atribuindo-lhe um juízo especial, resta a esfera ordinária ou comum.

Na Justiça do Trabalho, então, a jurisdição de primeiro grau conhecerá da querela de nulidade, quer como ordinária, quer como embargos à execução.

DOCTRINA

O juízo da execução não rescindirá sentença, é óbvio, pois sequer é competente para fazê-lo. Trata-se de hipótese para a qual não se exige rescisória, face à natureza do vício processual encontrado. O juízo não reformará ou desconstituirá sentença, função que está reservada, privativamente, à instância superior. O juízo reconhecerá, simplesmente, como ineficaz, como de nenhum efeito, um ato processual inexistente ou nulo em absoluto (v. LIEBMAN, Parecer, *in* “Revista Forense”, jan/1945, vol. 101, pág. 295 e *in* “Processo de Execução”, pág. 313).

8. A SITUAÇÃO DO TEMA

A jurisprudência dos pretórios trabalhistas é oscilante, a respeito da querela de nulidade. Existem decisões em três sentidos; **a)** – que acatam aquela ação nos embargos à execução; **b)** – decisões que não a admitem; **c)** – as que a aceitam, nos embargos à execução, sob condição, conquanto não tenha havido intimação da sentença exequenda.

Há uma predominância dos acórdãos que não admitem o exercício dessa ação.

Todavia, o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, por maioria de votos, adotou pronunciamento que passou a compor a Súmula da sua jurisprudência (verbete 7/91), com a seguinte redação:

“Aplica-se ao Processo do Trabalho o disposto no art. 741, item I, do CPC, pelo qual a parte interessada poderá, nos embargos à execução, alegar a falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento se a ação lhe correu à revelia.” (Rel. Juiz SEBASTIÃO MACHADO FILHO).

Na doutrina, o tema não é aprofundado pelos autores. Mesmo assim, há opiniões sustentando o cabimento daquela ação, nos embargos à execução. É o que dizem, v.g., CESARINO JÚNIOR (*in* Consolidação...”. ed. Freitas Bastos S/A, 4ª ed., vol. II, pág. 335), ALCIDES MENDONÇA LIMA (*in* “Proc. Civil no Proc. do Trabalho”, ed. LTr, 2ª ed., págs. 115/116), AMPARO BARRETO (*in* “Execução Cível e Trabalhista”, ed. Trab. S/A, págs. 256/7).

MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO admite possa a sentença inexistente ser objeto de ação declaratória, mas não *“que o devedor alegue, em sede de embargos, essa falha da sentença exequenda”*. (*In* “Ação Rescisória no Processo do Trabalho”, ed. LTr – 1991, págs. 162/163).

9. CONCLUSÕES

1 – Os vícios processuais têm disciplina própria, distinta da que trata das nulidades de direito privado.

2 – A coisa julgada convalesce as nulidades, em regra sanáveis. Mas há vícios insanáveis que impedem se faça a própria coisa julgada.

3 – Contra esses vícios acomete-se por ações autônomas: – embargos à execução, rescisória e ação ordinária (querela de nulidade).

DOUTRINA

4 – Nos embargos à execução, no processo trabalhista, pode o executado defender-se amplamente, apesar da redação do art. 884, da Consolidação, constituindo eles sede para a alegação de inexistência ou nulidade da citação, no processo de conhecimento.

5 – A sentença deve ser precedida de atos preparatórios, possíveis em dado procedimento e em contraditório. Não há sentença sem o devido processo legal e apenas intimar alguém da existência de sentença não supre o processo legal, o qual só é factível da citação válida.

6 – A execução é instaurada a partir de um patamar: – a coisa julgada. Sem esta, falta pressuposto para a constituição e desenvolvimento do processo de execução; falta, ainda, condição de ação de execução.

7 – A querela de nulidade pode ser exercitada para desafiar sentença de processo trabalhista, tanto nos embargos à execução, quanto em ação ordinária, sendo competente, então, a jurisdição de primeiro grau.