

O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E A CITAÇÃO EDITALÍCIA: INSTITUTOS EM CONFLITO

Theobaldo Spengler Neto¹

INTRODUÇÃO



ntes de adentrar no tema específico do presente artigo, há que se voltar às primeiras linhas da disciplina de Direito Processual Civil para buscar a definição de citação e encontrar a sua importância no contexto da demanda.

Olvidar não se deve que é o mais básico e fundamental caminho a ser percorrido pelo cidadão, e garantido-lhe percorrer pelo Estado², quando se pensar que discutir o princípio da ampla defesa é possibilitar o acesso à justiça. Chegar aos Tribunais para expor suas angústias é direito tão fundamental quanto possibilitar a ida ao médico, para o doente.

Proporcionado bem ou mal, de forma absoluta ou parcial, o acesso ao Poder Judiciário, passa-se ao primeiro momento judicial caracterizador da litigiosidade e que deve merecer dos operadores do Direito atenção, sob pena de implicar na caracterização de inexistência de oferta de defesa. Não ofertada de forma plena, esta inexistente, por conseguinte, amplamente. Pretendemos tratar, num campo de experimentação exemplificati-

¹ Mestre em Direito pelo programa de Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, docente dessa instituição no Curso de Direito lecionando as disciplinas de Direito Processual Civil I, II, III e IV, e Direito Civil – Responsabilidade Civil, advogado.

² Há que se entender que o Legislador Constituinte garantiu o acesso à justiça, ao menos formalmente, quando estatuiu que deve ser possibilitada a assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV) e fez criar as Defensorias Públicas (art. 134, CF). Esta, a maior conquista da população desprovida de condições financeiras de custeio da ação judicial (e de advogado), tem o auxílio dos serviços de assistência judiciária gratuita dos Cursos de Direito.

va do nosso estudo, do ato jurídico formal, fundamental e precioso, denominado citação. A partir dele demonstrar a ineficácia e, por conseguinte a inexistência real quando, mesmo formalmente cumprindo as normas processuais, não alcança o objetivo máximo: dar conhecimento ao réu da existência de uma demanda contra si aforada.

Discutindo a existência, ou não, da plenitude dos efeitos da citação, chega-se ao elemento dúbio: citação formal e processualmente válida deve superar a verdadeira hipótese do conhecimento? Ou, de modo a contemplar o Princípio Constitucional da Ampla Defesa, deve-se entender pela sua inexistência real, proporcionando o ajuizamento de Ação Rescisória?

A resposta estará na seqüência.

1 A CITAÇÃO VÁLIDA COMO FORMA DE ANGULARIZAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL

A própria Lei Processual Civil define a citação em seu art. 213. Para Pontes de Miranda³, “a citação angulariza a relação jurídica processual”, prosseguindo a ensinar que “é o alicerce do processo e o protótipo do ato processual. Dela é que se parte para o complexo de atos que vai terminar na definitiva entrega da prestação jurisdicional”⁴. Quanto à forma, ensina que “é ato escrito, no qual se informa o citado, implicitamente, de que se vai estabelecer, desde aquele momento, a demanda judicial, e, explicitamente, se lhe dá conhecimento da petição inicial e do tempo em que a demanda será tratada. O ato escrito é-lhe essencial”⁵.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sálvio de Fi-

³ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. p. 199.

⁴ *Ibidem*. p. 200.

⁵ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996I. p. 266.

gueiredo Teixeira⁶, define a citação como “direito fundamental do ser humano, essencial ao devido processo legal”. Já o Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, Nelson Nery Júnior, é mais prolixo, aduzindo que:

citação é a comunicação que se faz ao sujeito passivo da relação processual (réu ou interessado), de que em face dele foi ajuizada demanda ou procedimento de jurisdição voluntária, a fim de que possa, querendo, vir se defender ou se manifestar.⁷

Nota-se da leitura colacionada que todas as definições trazem a figura da informação, da notícia ao réu ou interessado da existência de uma demanda, à qual poderá responder, se quiser. Ora, trata-se de ato formal indispensável e cujo vício torna nulo todo o processado até sua constatação. A sua indispensabilidade está diretamente vinculada aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório⁸. Sem ato citatório válido e eficaz não se configura presente a ciência da parte requerida da existência da demanda. Não ciência da existência da demanda, inexistente informação, consciência da necessidade de defesa, fraudando o preceito constitucional.

Ademais, a citação deve ser pessoal, ou seja, na pessoa do réu, seu representante legal⁹ ou procurador com poderes para recebê-la (art. 215, CPC). “A regra sobre citação no Processo Civil brasileiro é de que deva ser feita pessoalmente ao réu” comenta Nery Júnior¹⁰, afirmando que a citação *ficta*¹¹

⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 125.

⁷ NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 498.

⁸ VIDIGAL, Maurício da Costa Carvalho. *Citações e intimações. Anotações aos arts. 213 a 242 do CPC*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 6.

⁹ Na forma dos artigos 8º e 12 do CPC, os quais definem a representação em juízo.

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Citação com Hora Certa e a Contestação do Curador Especial*. Revista *AJURIS*. vol. 47, nov. 1989. p. 76-89.

¹¹ Assim consideradas a citação por hora certa (arts. 227/229, CPC) e a editalícia (arts. 231/233, CPC), na lição do autor, as quais serão objeto de estudo próprio, a

somente será permitida não sendo possível “fazer chegar a ele a notícia de que pode comparecer ao processo para se defender”, ou seja, deve o Estado proporcionar à parte ré ser informada, pessoalmente, da existência da ação, até porque, como já antes estudado, é de interesse deste Estado que seja garantido o direito à defesa. Daí a constatação de Pontes de Miranda¹²:

A citação deve ser pessoal, não porque se tenha de dar o contato imediato entre as partes mediante essa pessoalidade da comunicação do citado – princípio francês da imediatidade da citação, que é falso – e sim porque o Estado tem interesse em que se faça pessoalmente.

Ora, não haveria mesmo de se compreender que, com as exigências formais que a lei pátria traz para a efetivação do ato citatório, se o fizesse por meio de terceiros descompromissados com os interesses *sub judice*. Ainda, a cautela do legislador foi tamanha, ao determinar que não se faça a citação quando constatado o estado de demência do réu e/ou a incapacidade de receber e perceber o ato (art. 218, CPC). Há toda prova ineficaz o ato citatório realizado, quando o réu não estiver em condições (leia-se estado mental) de perceber a importância e fundamentalidade do ato.

Ao tratar da falta de citação válida, o tratamento não é menos definitivo. Deve o Tribunal conhecê-la de ofício, quando não alegada em sede de recurso voluntário, para decretar a nulidade do processo, como já decidiu de forma unânime a 1ª Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro gaúcho Ari Pargendler¹³.

Aliás, a imperiosidade já nasce com a necessidade do seu requerimento na petição inicial (art. 282, VII, Código de Processo Civil Brasileiro), sob pena de decretação da inépcia (art.

seguir.

¹² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 214.

¹³ AC nº.93.04.19411-3/SC, julgado em 24 de junho de 1993.

284, § único, Código de Processo Civil Brasileiro). Em uma perspectiva mais formal, não sendo requerida pelo autor (mesmo após determinada a emenda, na forma do artigo 284, *caput*, do CPC), não pode o juiz, *ex officio*, determinar fazê-lo, restando-lhe tão somente decretar a extinção do processo sem julgamento do mérito¹⁴.

De outra banda, como bem refere Antônio Dall’Agnol¹⁵, “a citação objetiva não apenas o chamamento de alguém a juízo para defesa de seus interesses, como, também, cientificá-lo da pretensão deduzida, do pedido”.

A redação do artigo 214 do Código de Processo Civil, informa da indispensabilidade da citação inicial do réu para a validade do processo. Vale aqui, inicialmente, buscar a inconformidade com o texto legal, de Pontes de Miranda¹⁶:

No art. 214 fala-se de ser necessária a citação “para a validade do processo”. O dizer é fora da ciência. A citação é necessária para a *angularização* da relação jurídica processual. Há ações que não exigem a angularidade e o processo se vai compondo sem ter havido citação. A terminologia exata muito importa ao Direito como a todos os ramos do conhecimento.

Adiante o mestre relaciona algumas ações que dispen-

¹⁴ NERY JUNIOR; NERY. op. cit. p.567. Por outro lado, buscando o aproveitamento dos atos judiciais praticados, em respeito ao Princípio da Economia Processual, entendeu não haver nulidade pela inexistência de requerimento de citação, quando o réu fez-se presente apresentando defesa, em sede de Recurso Especial nº.32.171-6-RJ, que teve como Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em oito de fevereiro de 1994. Entretanto, as informações corretas e necessárias à perfeccionização da citação incumbe ao autor, o qual responderá pela frustração do ato devido à incorreção de seus dados (Recurso Especial nº.33.528-4-AM, que teve como Relator o Ministro Waldemar Zveiter, também da 3ª Turma do STJ, julgado em dois de agosto de 1993).

¹⁵ DALL’AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 435.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, Tomo III. p. 201.

sam, ou, melhor dizendo, nas quais inexistente o ato citatório, tais como aquelas que buscam a dissolução da sociedade conjugal, sejam separações ou divórcio, ambas de forma consensual. Trata-se de crítica por demais oportuna e correta, à qual este pesquisador se filia.

Já Antônio Dall’Agnol, Tereza Arruda Alvin Wambier e Arruda Alvin não fazem esta crítica¹⁷.

Porém, para que se angularize a relação processual, a citação deve ser válida, ou seja, o ato seja cumprido na forma determinada pela lei processual. Os vários tipos, leia-se, possibilidades de formas de proceder na citação, possuem características próprias as quais devem, imperiosamente, ser atendidas. O descumprimento acarretará no reconhecimento de nulidade da citação (aquela que ocorreu, foi feita, mas ineficaz), acarretando na repetição do ato e dos demais, eventualmente, já realizados.

Assim sendo, haverá sempre que interpretar a necessidade de nulidade somente quando presente a existência de prejuízo ao réu, na forma do artigo 249, §.2º, CPC¹⁸. Inexistente prejuízo, ou seja, se o réu, a despeito da citação viciada, optou por apresentar sua defesa a contento, nenhum motivo existe para a decretação da nulidade. Repetir-se-ia ato em prejuízo ao andamento célere do feito.

A falta de citação, por sua vez, somente será sanada pelo comparecimento espontâneo do réu, apresentando ou não defesa (art. 214, §.1º, CPC). Aqui, várias hipóteses podem ser destacadas como passíveis de ocorrer no dia-a-dia dos foros, como, por exemplo, o réu que outorga procuração a advogado,

¹⁷ DALL’AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 475.

¹⁸ Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

...

§.2º. Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

sem poderes para receber citação, e este, a junta no processo, retirando-o em carga¹⁹; o advogado, com poderes de receber citação, junta seu instrumento de mandato, sem manifestar-se ou confirmar a citação; ou ainda, o réu que, mesmo sem ter sido citado, comparece à audiência, com ou sem advogado, sendo ali citado. Enfim, a regra processual é clara e não tem merecido grandes discussões a respeito.

Como corolário deste capítulo resta registrar de forma sucinta, as espécies ou formas de citação, tratadas pelo artigo 221 do Código de Processo Civil.

A primeira forma apresentada pela Lei é a citação pelo correio (art. 221, I, CPC), sendo que o legislador optou pela descrição excludente, para enquadrar os casos a ela aplicáveis (art. 222, CPC). Ainda, no artigo seguinte, apresenta os requisitos para a sua perfeccionização. O principal deles é que a correspondência seja postada para entrega, pelo carteiro ao citando, em mãos²⁰.

A maior angústia dos autores, quando o procedimento citatório for o denominado de citação por correio, é a efetivação (ou, talvez melhor seria dizer não efetivação) do ato por meio de pessoa estranha à relação processual. O texto processual de forma objetiva afirma o dever de entregar a carta ao citando (art. 223, § único, primeira parte), o que, por vezes, não ocorre.

¹⁹ Vale aqui fazer referência à decisão da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento nº.102.629.4/9: “Advogado sem poderes para receber a citação inicial. Nulidade da sentença. ‘Nulo é o ato citatório realizado na pessoa do advogado sem poderes especiais para receber a citação inicial’... Conforme vem estatuído no art. 214, § 1º, do CPC, prossegue o acórdão, o comparecimento espontâneo do réu em juízo supre a falta de citação. ‘Por comparecimento espontâneo entende-se o ingresso nos autos de procuração outorgada, com firma reconhecida pelo réu a advogado’ (ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, *CPC Interpretado*, 2ª edição, p.179). No mesmo sentido RT 529/226 e RT 613/259.”, tudo In: REVISTA JURÍDICA. nº.262, ago. 1999. São Paulo: Notadez Informação. p. 81-82.

²⁰ Tecnicamente denominado Aviso de Recebimento em Mãos Próprias – ARMP, o que indica ao carteiro que somente poderá efetuar a entrega à pessoa indicada como destinatário.

As demais hipóteses não enquadráveis nas citações por intermédio dos correios²¹, sendo conhecido o endereço do réu, serão através do oficial de justiça (art. 224 até 230, CPC). Trata-se da chamada citação por mandado, cabendo ao oficial de justiça, como auxiliar do juiz e detentor de fé pública, efetuar a citação do réu, cumprindo com as formalidades dos artigos 225 e 226 do Código de Processo Civil.

Nesta modalidade de citação, especial atenção merece é a citação por hora certa (art. 227 até 229, CPC), medida excepcional aplicável, em regra, quando constatada a tentativa de fuga, pelo réu, do ato citatório. Trata-se de exceção à regra de que a citação deva ser pessoal, uma vez que, em não mais encontrando do réu, considerar-se-á perfeccionalizada a citação na pessoa certificada pelo oficial de justiça.

Ainda não possível proceder na citação do réu, seja porque desconhecido seu endereço (o que impede que seja citado por correio), seja porque busca ocultar-se (e de ninguém pode o oficial de justiça utilizar-se para proceder na citação por hora certa), resta a terceira forma de citação e a qual merecerá maiores atenções até a conclusão da pesquisa: a editalícia. A citação por edital será analisada sob dois ângulos de visão, em subcapítulos diversos, dada a importância e contraste com o princípio da ampla defesa.

2 A CITAÇÃO EDITALÍCIA E O SEU OBJETIVO

A citação por edital vem regrada pelos artigos 231 a 233 do Código de Processo Civil brasileiro, sendo que, para o presente trabalho, interessar-se-á os casos expressos no inciso II do art. 231: “Art. 231. Far-se-á a citação por edital: II – quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar”

²¹ Ou, por evidente, naqueles casos em que a correspondência tenha retornado sem entrega ao destinatário, seja pela negativa de recebimento, seja pelo não encontro do endereço ou da pessoa.

(o réu).

Quando se estuda que o ato citatório é indispensável para a integralização da lide e sua inexistência ou nulidade torna sem efeito todos os atos então praticados, conclui-se que, a citação editalícia deve ser analisada com extrema cautela em busca de conclusão de atendimento ou não ao princípio constitucional da ampla defesa.

A primeira hipótese de citação editalícia é aquela quando não forem conhecidos ou forem incertos os réus (art. 231, I, Código de Processo Civil). Nas palavras de Antônio Dall'Agno²²:

casos existem em que não se conhece quem seja o outro sujeito da relação de direito material, ou se desconhecem quem, de muitos, seja ele. Em circunstâncias tais, resolve-se pela citação por éditos, na impossibilidade fática de identificação desse sujeito, frente à necessidade de submeter-se a relação jurídica ao exame do juiz.

Situações, por óbvio totalmente excepcionais e que tornam, na grande maioria das vezes, o processo uma mera formalidade desacompanhada de produção de defesa e de prova.

O inciso segundo do mesmo artigo 231 do Código de Processo Civil, prevê a citação ante a inexistência de informações quanto ao paradeiro do réu, ou, mesmo que conhecido, for inacessível. A ignorância do paradeiro do réu poderá vir aos autos de duas formas: a) pela própria indicação do autor, afirmando não saber o local em que se encontra; b) pela tentativa de localização, por carta e por oficial de justiça, o qual certificará não tê-lo encontrado e não saber onde se encontra.

A primeira hipótese apresenta os riscos inevitáveis do autor afirmar o desconhecimento do local no qual o réu se encontra, buscando vantagem indevida, e, então, ilícita. Já antevendo

²² DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 574.

estes riscos, o legislador foi sábio ao estabelecer penalização à parte que fraudulentamente alegar o desconhecimento do paradeiro do seu algoz²³.

A segunda hipótese também merece comentários atentos. Tendo o autor indicado o domicílio do réu, lá não é ele encontrado (ou mesmo o local não o seja). Não se quer tratar, inicialmente, da hipótese da citação por hora certa, já antes vista, mas da efetiva informação de desconhecimento do réu ou de sua mudança anterior, sem que conhecido por quem agora ali resida ou trabalhe, o novo local. Deve a parte autora dizer a respeito da inviabilidade de proceder nos atos citatórios com as informações conhecidas.

Esgotadas as formas de localização do réu, e, por conseguinte, impossibilitada sua citação pessoal, resta a hipótese da citação editalícia. Dos requisitos formais que o legislador firmou no artigo 232 do Código de Processo Civil²⁴, fixemo-nos, por ora, naquele que regra a publicação dos éditos nos meios de comunicação (inciso III).

A publicação do edital no órgão oficial, pouca, para não dizer nenhuma utilidade demonstra. Os órgãos oficiais, leia-se

²³ Art. 233. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos do artigo 231, I e II, incorrerá em multa de cinco (5) vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo.

Parágrafo único. A multa reverterá em benefício do citando.

²⁴ Art. 232. São requisitos da citação por edital:

I – a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, quanto às circunstâncias previstas nos ns. I e II do artigo antecedente;

II – a fixação do edital, na sede do juízo, certificada pelo escrivão;

III – a publicação do edital, no prazo de quinze dias, uma vez no órgão oficial e duas vezes em jornal local, onde houver;

IV – a determinação pelo juiz, do prazo, que variará entre vinte (20) e sessenta (60) dias, correndo da data da primeira publicação;

V – a advertência a que se refere o art. 285, segunda parte, se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

§ 1º Juntar-se-á aos autos um exemplar de cada publicação, bem como do anúncio, de que trata o n. II deste artigo.

§ 2º A publicação do edital será feita apenas no órgão oficial quando a parte for beneficiária da Assistência Judiciária.

Diários Oficiais da União, Estados e Municípios (quando os editam), não são lidos pelo cidadão, mas somente por aqueles profissionais que, em razão de sua função, deles dependem: os operadores do direito, em regra são assinantes dos Diários Oficiais da Justiça²⁵; os administradores de empresas, contadores, economistas, dos Diários Oficiais dos Estados ou União; os funcionários públicos, quando lhes interessa manter-se informados do dia-a-dia do seu empregador (estes, ainda, via de regra, fazem sua leitura no local de trabalho). Por último, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no mesmo caminho que Tribunais irmãos, aboliu o Diário de Justiça impresso, utilizando tão-somente a forma eletrônica.

Mas, e independentemente de sua forma, pretender que a publicação de editais de citação seja forma de publicizar, de dar conhecimento a réus da existência de ação judicial em tramitação, não passa, nos dias de hoje, de fantasiar o Direito de um perfeccionismo inexistente. Trata-se de formalismo jurídico que outrora talvez pudesse ser indispensável e útil, mas que atualmente não passa de instrumento de encarecimento do processo, sem qualquer resultado prático.

Ainda mais ilusória fica a busca pela real ciência dos réus citados por edital, quando se interpreta, na leitura da parte final do inciso III do artigo 232, que fica dispensada a publicação nos jornais não oficiais quando inexistentes na comarca. Ora, tem-se, então, a citação sendo efetivada, com força jurídica, por meio de uma única publicação no Diário Oficial da Justiça.

Agora, com o advento da publicação eletrônica dos Diários de Justiça, o citando que não tiver acesso a instrumentos de informática estará ceifado do direito de conhecer do seu Direi-

²⁵ Muito embora nos tempos de internet, a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da seccional do Rio Grande do Sul, já disponibiliza, gratuitamente, que o advogado receba diariamente, nas primeiras horas do dia, o resultado de pesquisa realizada junto aos Diários da Justiça do Estado e da União, informando da existência ou não de intimações em seu nome. No mesmo sentido o Serviço de Informações Judiciárias – SIJ, já há mais tempo e, este, de forma remunerada.

to.

Assim, mais uma vez presente que a citação editalícia deve buscar satisfazer o seu objetivo, qual seja, dar conhecimento ao réu da existência da demanda. Somente assim estará sendo adequada à real ampla defesa, sob pena de necessária rescisão da sentença.

3. AÇÃO RESCISÓRIA

O estudo da ação rescisória traz, desde logo, a necessidade de firmar alguns marcos essenciais para a sua compreensão. Ao primeiro, que se trata de uma nova ação, autônoma e voluntária, a qual de corre de outra, pré-existente. Não há que se falar, muito embora a seqüência de pedidos e manifestações em um mesmo sentido possa deixar entender, em forma ou espécie de recurso²⁶.

Coqueijo Costa²⁷ esclarece:

a rescisória é julgamento de julgamento, nasce fora do processo em que foi proferida a decisão rescindenda e quando esta desconstitui é que abre a relação jurídica processual, penetrando no processo em que se prolatou a sentença ou o acórdão rescindendo, conhecendo do mérito para, no *iudicium rescissorium*, substituir a decisão rescindenda.

O mestre Pontes de Miranda²⁸ ensina:

a ação rescisória, julgamento de julgamento como tal, não se passa dentro do processo em que se proferiu a decisão rescindenda. Nasce fora, em plano pré-processual, desenvolve-se em torno da

²⁶ Muito embora, como lembra Pontes de Miranda (*Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 135) erroneamente algumas legislações assim prescrevam.

²⁷ COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. São Paulo: LTr, 1981, p. 15.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 84.

decisão rescindenda e, somente ao desconstituí-la, cortá-la, rescindí-la, é que abre, no extremo da relação jurídica processual examinada, se trata de decisão terminativa do feito, com julgamento, ou não, do mérito, ou desde algum momento dela, ou no seu próprio começo a relação jurídica processual.

Exemplifica, ainda Pontes de Miranda²⁹, sua afirmação, com o prazo para o aforamento da ação e seu marco inicial, encontrados no artigo 495 do Código de Processo Civil. Ademais, e vale complementar, o Legislador de 1973, ao elaborar o Código Processual vigente, alocou o tema no Título IX, Processo nos Tribunais, imediatamente anterior ao dos Recursos (Título X).

Christiano Almeida do Valle³⁰, na mesma linha de afirmação, lembra que “para haver esta ação, é preciso, antes de tudo, que haja um julgamento, para que haja julgamento de julgamento”. Ou seja, há de se ter ação anterior já finda.

O segundo marco a ser firmado é a impossibilidade de novo recurso a ser interposto na ação finda. Ou seja, a existência de trânsito em julgado³¹.

A exigência vem definida pelo *caput* do artigo 485 do Código de Processo Civil. A justificativa para tal é óbvia, posto que, não assim fosse, a decisão ainda estaria *sub judice* e, portanto, passível de modificação. Como antes já referido, ao inaugurar o capítulo, a ação rescisória vem tratada como remédio jurídico, na busca de um novo julgamento, agora do anterior julgamento.

Também inquestionável vai que, em regra, a data inaugu-

²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 84.

³⁰ VALLE, Christiano Almeida do. *Teoria e prática da ação rescisória*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1990, p.11.

³¹ Aqui não deve ser feita diferenciação entre a coisa julgada formal e material. O que importa a é inviabilidade de prosseguimento da discussão judicial sobre o tema decidido, seja por inexistência de nova via, seja por inércia da partes.

ral para o cálculo dos dois anos de transcurso do prazo preclusivo. Tem-se o primeiro dia útil após o trânsito em julgado da decisão, correndo daí, até a data limite. Em regra, posto que já doutrinariamente pacificada a posição carreada por Pontes de Miranda³², ao interpretar o inciso VI do artigo 485, do Código de Processo Civil. Se a própria lei define a possibilidade de fundar o remédio jurídico em tela em sentença criminal que apure a falsidade da prova, há que se entender da extensão do prazo preclusivo. Os dois anos passarão a contar do trânsito em julgado da decisão que passou a ser o fundamento da ação rescisória.

Importa atentar para a importância e, em especial, responsabilidade dos encargos dos Curadores e Tutores de partes que, envoltas em ações judiciais, deixam passar em branco o prazo para aforamento da ação rescisória. Se o encargo aceito vai no sentido de buscar o bem estar do curatelado ou tutelado, assim entendendo as melhores condições de vida, saúde, lazer e cidadania, tem-se, também, a cautela judicial. Ou, cautela na condução dos anseios trazidos pelo incapaz ao Poder Judiciário.

Tomando por base a necessidade, portanto, de que se tenha decisão final transita em julgado há menos de dois anos, chega-se ao objetivo da ação rescisória. Pretende ela garantir ao jurisdicionado que a decisão contra si proferida com vício, possa ser rescindida e venha a dar lugar a outra. Esta outra, com a regularização processual e afastamento dos vícios apontados, deverá melhor espelhar o bom direito posto em discussão.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³³ trazem que o “objetivo da ação rescisória é desconstituir a força da coisa julgada (eficácia preponderantemente anulatória), já

³² MIRANDA, Pontes de. *Comentários do Código de Processo Civil*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 346-355.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 632.

que a sentença transitada em julgado presume-se, até prova em contrário, válida e eficaz”. Já Antônio Levenhagen, citado por Úrsula Rüdiger Lunardi³⁴, colabora afirmando:

a ação rescisória, portanto, tem por finalidade rescindir uma sentença já transitada em julgado, mas que tenha sido proferida ilegalmente ou fundada em algum vício que possa invalidá-la. O seu objetivo não é, portanto, reparar possível injustiça cometida na sentença, mas resguardar a lisura e a legalidade da própria sentença. Se o inconformismo da parte vencida se prende á injustiça da decisão, competia-lhe recorrer ao remédio prescrito em lei, ou seja, ao recurso, interpondo-o no prazo devido.

Vale ressaltar a referência bem lançada que afasta da competência rescisória a inconformidade típica dos vencidos; o descontentamento com decisão proferida regularmente e em cumprimento com os ditames legais processuais e materiais.

Tais condições caracterizam sua natureza como constitutiva negativa, posto que constitui situação nova, desconstituindo outra anteriormente definida por força de sentença viciada. Se, entretanto, o objetivo do autor for além da simples rescisão do *decisum* anterior, postulando também que se estabeleça nova forma, profira nova decisão, em substituição à primeira, sua natureza jurídica também será ampliada, conforme cada objetivo tópico.

3.1. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA

É a própria lei processual que estabelece, os pressupostos de admissibilidade de ação rescisória, além daqueles já aborda-

³⁴ LUNARDI, Ursula Rüdiger. *Ação rescisória*. Monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, defesa em banca realizada em 25 de abril de 2003. p. 31.

dos. Doutrinariamente é aquela relação tida como taxativa “[...] não admitindo ampliação analógica, porque são hipóteses excepcionais de desfazimento da coisa julgada.”³⁵

Como forma de complementar e melhor entender o objetivo do legislador, há que se fazer singela abordagem em cada um dos elementos possibilitadores da ação rescisória.

3.1.1 DECISÃO EVIADA DE PREVARICAÇÃO, CONCUSSÃO OU CORRUPÇÃO DO JUIZ

Tem-se, na abertura dos pressupostos, a proteção do jurisdicionado contra a má-fé do julgador. O Código Penal brasileiro capitula tais atos, em seus artigos 319, 317 e 316, respectivamente, o que demonstra a correção ao estabelecer tais procedimentos como motivadores da rescisão da decisão proferida.

Entretanto, e o que deve ser demarcado com firmeza como forma de evitar descabidas argüições é a necessidade de que, em caso de decisão colegiada, o voto viciado pelo dolo deva ser decisivo. Ou seja, em ocorrendo decisão por unanimidade, em Câmara Cível de Tribunal de Justiça, no sentido de manutenção da decisão de primeiro grau, não importará, para fins de ação rescisória, o voto viciado. O seu reconhecimento, em sede de colegiado, não alteraria o resultado final.

3.1.2 DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ IMPEDIDO OU ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE

A questão da competência, em suas mais variadas hipóteses (em razão do valor, da matéria ou do território) vem regida pelo Código de Processo Civil brasileiro, em seus artigos 91 até 124, ao passo que o impedimento e a suspeição vão regis-

³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 2º volume. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 409. Nesse sentido vai a quase totalidade da doutrina brasileira, posto que o inciso V do artigo 485 do CPC, como se verá, deixa margem a interpretações complementares.

trados pelos artigos 134 até 138. O *modus operandi* processual para arguição da incompetência, suspeição e impedimento vão regidos pelos artigos 304 até 314 do mesmo diploma.

Vale trazer a perfeita distinção feita por Pontes de Miranda³⁶ a respeito das incompetências e seus cabimentos para fundar a ação rescisória:

a sentença que seria nula, por incompetência do juiz *ratione loci*, deixa de ser nula ao transitar em julgado. A sentença que seria nula, por incompetência absoluta, passa, com o trânsito em julgado, a ser apenas rescindível.

Assim, somente as situações que emprestem impossibilidade de ajuste entre as partes darão margem à ação rescisória fundada no inciso segundo do artigo 485, do Código de Processo Civil.

3.1.3 DECISÃO QUE RESULTE DE DOLO DO VENCEDOR OU COLUSÃO ENTRE AS PARTES, COM O FIM DE FRAUDAR A LEI

A figura do dolo seja de um (autor), se das partes envolvidas, em detrimento do interesse público, que é a lisura processual a lícita utilização do Judiciário e a séria prestação jurisdicional, é o elemento fundamental objetivado pelo legislador. A sua restrição já vai prevista no artigo 129 do Código de Processo Civil, ao permitir que o magistrado atue de ofício.

Ponto fundamental aqui é abordar a legitimidade para a propositura da ação rescisória, na medida em que, no caso da colusão, nenhuma das partes terá interesse. Por tratar-se de interesse público, o próprio artigo 487 do Estatuto Processual oferta ao Ministério Público legitimidade para a propositura, sem negar a terceiro interessado que venha a ser prejudicado

³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 240.

pelo dolo das partes.

3.1.4 DECISÃO PROFERIDA COM OFENSA À COISA JULGADA

Coisa julgada, para este fim, deve merecer interpretação que traga a impossibilidade de decisão em determinada lide em razão da existência de outra, já proferida e com trânsito em julgado. Assim, tem-se que nenhuma questão posta em juízo poderá merecer duas decisões, mesmo que iguais, sob pena de causar tumulto processual e ferir a necessária credibilidade do jurisdicionado.

Como ensina Pontes de Miranda³⁷:

aqui, a coisa julgada é material ou formal: concerne a outra ação cuja a sentença transitara em julgado, e não mais poderia qualquer juiz decidir sobre o mesmo assunto. O juiz não mais pode julgar o que foi julgado, quer para dar a mesma solução, quer para dar outra. O que, noutro processo, se pode dizer é que a questão já fora julgada por outro processo.

O que se pretende garantir a ordem pública. Neste sentido Vicente Greco Filho³⁸ afirma que “a coisa julgada é um bem jurídico que tem inclusive proteção constitucional, daí não poder ficar ilesa a sentença que a tenha violado”. Aliás, a referida proteção constitucional vem prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, como forma de garantia e garantia fundamental.

3.1.5 DECISÃO QUE VIOLAR LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI

³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 250.

³⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 410.

Trata-se do inciso que mais suscita discussões, muito embora já tenha sido objeto de Súmula do Supremo Tribunal Federal.

“A regra jurídica que pode ser violada” alerta Pontes de Miranda³⁹, “e tal violação levar à rescindibilidade da sentença tanto é a de direito processual quanto a de direito material. Não importa que a regra jurídica seja de direito privado ou de direito processual civil, ou de direito público, inclusive penal ou processual penal, ou administrativo.” O que pretende ser defendido é o direito público que acoberta, com seu manto, a sociedade como um todo.

Há que se ter por certo, porém, que somente haverá fraude à disposição da lei, para fins de ação rescisória, quando não houver divergência jurisprudencial. Em havendo, ter-se-á por incabível o remédio jurídico extremo, na forma da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal. Ora, se interpretar a lei consiste em determinar o seu significa e fixar o seu alcance, há de se entender que possa haver interpretações diversas para o mesmo texto.

3.1.6 DECISÃO PROFERIDA COM BASE EM PROVA FALSA

A apuração de falsidade da prova, para fins de rescisão da decisão merece ser abordada em dois momentos distintos. A própria regra permissiva abre dois elementos possibilitadores de prova da falsidade: decisão criminal ou na própria ação rescisória.

Desta forma afasta-se de plano a possibilidade de ver suspenso ou interrompido o prazo para aforamento da ação rescisória em face de ação cível – ação declaratória – que objetiva comprovar a falsidade da prova. Como ensina Pontes de

³⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 267.

Miranda⁴⁰, tal decisão (cível) nada mais será do que meio de prova utilizada na própria ação rescisória, a qual deverá respeitar o prazo preclusivo. A ação declaratória, ou outra cível qualquer, não terá, então, o condão de fazer sobrestar o andamento da rescisória ou sua decisão.

O processo criminal, por outro lado, merece outro tratamento, quando objetivar exclusivamente a apuração de falsidade na produção da prova e, por conseguinte, punição. A existência de processo criminal apurador da falsidade da prova (seja ela testemunhal ou documental) deverá suspender o prazo preclusivo. A lição de Pontes de Miranda⁴¹ é definitiva, muito embora Vicente Greco Filho⁴² deixe entender sua não concordância:

enquanto corre (ou não se iniciou) o processo criminal, não pode correr o prazo para se propor a ação rescisória da sentença com invocação do art. 485, VI, 1ª parte: o sistema jurídico teve de acolher tal fundamento exatamente para evitar a contradição (incompatibilidade lógico-jurídica) entre a sentença rescindenda e o julgado criminal, que lhe infirma o principal fundamento. Seria contra os princípios que se desse ao tempo tal importância que a eficácia declarativa do julgado criminal não se exercesse se o trânsito em julgado foi após os dois anos da coisa julgada da sentença rescindenda.

O certo é que o Legislador processual definiu como possível a comprovação da falsidade da prova produzida em somente duas esferas: a criminal e a própria ação rescisória. Assim, resta entender que, em sendo o primeiro o caminho escolhido, amplia-se o prazo preclusivo.

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 316.

⁴¹ *Ibidem*, p. 315.

⁴² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. VolII. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 411.

3.1.7 DOCUMENTO NOVO CAPAZ DE ALTERAR A DECISÃO

É novo o documento que, desconhecido pela parte no momento no qual deveria ter sido apresentado, faz-se presente de forma capaz de demonstrar necessidade de alteração dos fatos. É da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira o acórdão⁴³ do qual se extrai a lição:

documento novo, a que se refere o inciso VII do art. 485, CPC, em feliz inovação introduzida em nosso direito, é, em princípio, o já existente quando da decisão rescindenda, ignorado pelo interessado ou de impossível obtenção à época da utilização no processo, apresentando-se bastante para alterar o resultado da causa.

No mesmo sentir, Pontes de Miranda⁴⁴:

o documento que se obteve, sem que dele tivesse notícia ou não tivesse podido usar o autor da ação rescisória, que foi vencido na ação em que se proferiu a sentença rescindenda, tem de ser bastante para que se julgasse procedente a ação.

Assim, tem-se a inteligência do legislador no sentido de permitir que o erro substancial produzido em julgamento que transitou em julgado possa ser ajustado por meio de ação rescisória, desde que comprovado por meio documental desconhecido até então.

3.1.8 CONFISSÃO, DESISTÊNCIA OU TRANSAÇÃO INVÁLIDOS

⁴³ STJ, 4ª T, Resp. 15.007-0-RJ, j. 24.11.1992, DJU 17.12.1992. p.248.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 330.

É generalizada a crítica doutrinária em relação à redação do inciso VIII do artigo 485, do Código de Processo Civil. Foi infeliz o legislador ao inserir a possibilidade de ação rescisória de sentença homologatória de desistência da ação.

Talvez pretendesse referir-se à renúncia do direito, e não à desistência da ação, posto que a renúncia acarreta em extinção do feito com resolução de mérito (art. 269, V, CPC), assim como a transação (art. 269, III, CPC). A desistência, que depende da concordância do requerido já citado, leva à extinção sem resolução de mérito, a teor do artigo 267, VIII da mesma Lei Processual.

A crítica ataca, com razão, a contraposição de objetivos encontrada no mesmo artigo 485. Ao passo que o *caput* objetiva, de forma expressa a possibilidade de rescindir sentença de mérito, o inciso VIII apresenta vício em oportunidade de extinção sem julgamento do mérito. Na esteira de Vicente Greco Filho⁴⁵, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt⁴⁶, tem-se por certo a necessidade de entender por renúncia o que se lê desistência, sob pena de tornar inócuo o pressuposto em estudo.

3.1.9 ERRO DE FATO

O nono inciso do artigo 485 do Código de Processo Civil possibilita a rescisão de decisão fundada em erro de fato que tenha decorrido de documentos ou de fatos encontrados na causa. E o grifo merece ser registrado para que esteja presente o elemento viciante, no processo.

O inciso deve ser analisado em conjunto com os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, posto que em consonância. Impõe-se, para a caracterização de erro de fato não tenha havido

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 412.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 634.

pronunciamento judicial sobre o fato, na decisão atacada.

O rol de possibilidades, portanto, é taxativo. Não complementa, porém, a totalidade dos interesses do cidadão.

4 CITAÇÃO EDITALÍCIA E AÇÃO RESCISÓRIA: POSSIBILIDADES JURÍDICAS

A listagem específica trazida pelo visto artigo 485 do Código de Processo Civil deixa evidenciada a intenção do legislador em proteger a soberania do processo judicial como instrumento de certeza jurídica e social. Todos os incisos têm vinculação direta com o bem estar, individual ou coletivo, da parte que viu seu direito espuriamente extirpado, bem como coletivo, enquanto aspiração comum.

Há que se ter por verdadeira a afirmação de que o caminho da Ação Rescisória não retrata “mais uma possibilidade de rediscussão do Direito posto” ou tampouco “forma recursal”. Mas sim um atendimento peculiar às excepcionalidades viciadoras do Direito.

4.1 A CITAÇÃO EDITALÍCIA FATAL

Como já visto, a citação editalícia, por si só, dá azo a questionamentos quanto a sua eficiência e constitucionalidade. Se eficiente no passado, quando efetivamente a leitura do meio de comunicação oficial era corrente e a afixação do edital no átrio do foro, suficiente, não mais o é.

Não se desconhece que há algumas décadas, em comarcas de pequeno porte, a publicização dos atos ocorria de forma mais natural. Os comentários realizados entre os cidadãos resultavam com mais efeito do que a própria publicidade legal. Quem “se envolvia com a Justiça” logo era conhecido de todos, ou porque sua conduta passaria a ser questionada, ou porque sua cidadania houvera sido ultrajada.

Apostava-se na época de então, que se não o próprio citado venha a ler o edital, alguém que o conheça o faça. Daí para os comentários chegarem ao interessado, poucos passos deviam ser dados. Tinha-se, pois, a eficácia da citação editalícia. O processo, como instrumento, fora salvo; a cidadania, resgatada ante a possibilidade de defesa real ser apresentada.

Não é esta, entretanto, a regra de hoje. A publicação em muitos Estados brasileiros ocorre por meio virtual e, assim, não ocorre onde o interessado está. Se a leitura dos jornais cotidianos já é restrita à população capaz de despende pelo pagamento e/ou assinaturas, a camada populacional atenta às possibilidades eletrônicas ainda é mínima.

Das várias formas de citação tem-se como fatal aquela que ocorre nos autos de ação judicial cuja parte autora vai beneficiada pela gratuidade judicial. É aquela cujos éditos já publicados em uma única oportunidade, em órgão de comunicação oficial (agora virtual) – Diário Oficial de Justiça⁴⁷. É, pois, aquela, que não leva ao conhecimento da parte interessada a existência da demanda, senão de poucas pessoas que, por razões de ofício, obrigam-se a lê-lo.

A possibilidade de localização, ou melhor seria dizer, identificação do requerido, por este meio de publicização é remota. Caso possível de acontecer, e ocorrendo, tem-se mais uma vez salvo o processo e o Direito. Não ocorrendo, entretanto, permanece a ficção do Legislador.

Em defesa dos interesses do réu citado editaliciamente, nomeia-se Curador Judicial ao inerte. A defesa será produzida por aquele advogado que munir-se-á das informações constantes nos autos. Informações estas fornecidas pelo autor e, assim, de seu interesse.

A defesa será técnica, ficta, pouco ultrapassando os limi-

⁴⁷ Como já externei em “A citação por edital nas ações sob a égide da gratuidade judiciária”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, vol. 21, p. 119-126, tem-se, na verdade, uma verdadeira ficção jurídica onde o formalismo processual não resguarda o direito de defesa.

tes processuais por maior esforço que faça o advogado nomeado. Os fatos não serão conhecidos, senão aqueles já narrados pelo autor. A versão do réu não virá aos autos, sendo seu direito decidido sem defesa eficaz.

4.2 A CITAÇÃO EDITALÍCIA INCONSTITUCIONAL

Ora, o processo foi formalmente salvo, no dizer dos doutrinadores e dos julgadores mais formais, pela tomada das providências determinadas na lei. A demanda foi levada ao conhecimento público por meio de edital; o edital foi publicado no Diário Oficial da Justiça, órgão legal e de circulação certa; foi nomeado ao réu um advogado; o advogado cumpriu os prazos, apresentando defesa, comparecendo às audiências designadas; da sentença as partes foram intimadas, tendo o Curador interposto recurso, o qual foi julgado e, confirmada a decisão, feita justiça.

A lei foi cumprida e, por conseguinte, foi garantido o direito de defesa. Mas, como em situação similar questionou o Ministro Waldemar Zveiter⁴⁸: “não se sabe se ele – o réu revel – não quis contestar ou não pôde, ou mesmo não soube da citação”. A dúvida sempre existirá em todos os casos em que a citação for realizada de forma editalícia.

A amplitude de defesa preconizada pelo Legislador Constitucional e firmada no Capítulo I da Constituição da República – Dos Direitos e deveres Individuais e Coletivos – não foi recepcionada pelo processo civil. Para que o seja, algumas providências devem ser levadas a efeito pela doutrina e pelos julgadores, de forma a garantir um direito que está vinculado à base do Estado Democrático: a defesa.

Basta que se observe que o objetivo específico do ato ci-

⁴⁸ Por mim referido no texto “A citação por edital nas ações sob a égide da gratuidade judiciária”, in *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. vol 21. Porto Alegre: Síntese. p. 123.

tatório não será atendido com uma única publicação do texto em imprensa oficial. Se citar é dar conhecimento da existência da demanda, se é possibilitar a apresentação de um direito contrário ao pretendido pelo autor, então se faz necessária a plena garantia do esgotamento dos meios possíveis de localização do réu. Sem cientificação não se vê angularizado o processo e, por conseguinte, os atos não serão válidos.

Se, o direito de produzir sua defesa não foi garantido, sequer ofertado, a medida passa a contrariar a Norma Mãe, que deverá sempre ser recepcionada pelas inferiores, anteriores ou posteriores. A lei infra-constitucional deve ser adequada à Carta Magna, fazendo com que os meios de busca pelo requerido sejam esgotados, determinando a publicação de editais sempre, independentemente da condição financeira das partes, nos meios de comunicação de massa.

Desta forma ter-se-á um primeiro passo em busca da garantia plena de que tenham sido realmente esgotados os meios de localização do réu. A partir daí, que se apliquem as regras processuais tradicionais, com a nomeação de Curador para a defesa técnica.

4.3 A CITAÇÃO EDITALÍCIA E A AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória, como antes visto, tem características de cabimento extremante tópicas. Sua lista de oportunidades é considerada exaustiva, sem possibilidade de interpretações extensivas.

Da leitura atenta de todos os nove incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil, chega-se à conclusão que o Legislador pretendeu garantir à parte o direito de defender-se. Defender-se de tal modo que permitiu a “reabertura” da ação judicial cível, com a rescisão da sentença de mérito.

A preocupação com a realidade fática omitida na ação anterior, e com o ajuste necessário em defesa dos interesses do

prejudicado, vai evidenciada quando a lei veio permitir o aforamento de ação rescisória para, por exemplo, comprovar a utilização de prova falsa ou para a utilização de documento novo capaz de alterar os rumos da decisão. Em ambos os casos o Código de Processo Civil traz o caminho para que ajustes sejam feitos na conduta ou na condução da ação anterior.

Em especial, a permissão de carrear aos autos documento novo denota o interesse de garantir que a parte não seja prejudicada pelo desconhecimento anterior, ou mesmo inexistência anterior. A comprovação documental capaz de alterar os rumos de um processo já findo e com trânsito em julgado é levada com consideração tamanha capaz de permitir o ajuizamento de ação rescisória.

Como não entender, então, justo motivo para o mesmo fim, que aquele de deficientemente foi procurado, e não encontrado, possa, no prazo rescisório, buscar a comprovação de seu interesse na demanda. Não se trata de documento novo, mas da presença física da parte, afirmando pretender defender-se, pleiteando a rescisão do julgado e retomada da discussão fática e jurídica. O motivo fático, presença da parte, é evidente.

Por outro lado, a razão de direito é mais taxativa. Na situação tratada, qual seja, ação judicial sentenciada e com trânsito em julgado, na qual tenha havido a citação editalícia, com nomeação de Curador Judicial, tendo à parte autora sido deferido benefício da gratuidade judiciária, infringiu-se norma constitucional. O princípio constitucional da ampla defesa, antes já abordado, consubstanciado no inciso LV do artigo 5º, da Carta Constitucional vigente, foi olvidado.

Ausente o cumprimento de norma legal, violada ela, presente o elemento caracterizador da possibilidade de proposição de ação rescisória, com fulcro no inciso V do artigo 485 da Lei Processual Civil. Maior relevância quando a fraude ocorreu em detrimento do Texto Constitucional.

Não se trata de discutir a publicação equivocada dos edi-

tais, quando endereço certo houvesse nos autos. Tal circunstância, já por demais tratada pelos Tribunais pátrios, acarreta na nulidade da citação e, por conseguinte, dos demais atos praticados no feito. A citação editalícia realizada indevidamente é caso de nulidade absoluta e inquestionável.

Discute-se a possibilitação do aforamento da ação rescisória para aqueles casos nos quais a citação editalícia ocorreu processualmente perfeita, ou seja, os passos dados pelos operadores jurídicos cumpriram a determinação legal. Deixaram de lado, porém, o objetivo que constitucionalmente vai garantido a todo e qualquer cidadão, qual seja: tomar conhecimento da existência de demanda. Neste caos é que se advoga a possibilidade de presente o lapso de tempo do artigo 495 do Código de Processo Civil, o demandado vir demonstrar o seu bom direito.

Por evidente que a presente proposição não deve deixar margem a manipulação de datas e fatos, mas sim e tão somente garantir o pleno direito de defesa.

5. O TEMPO EXTRAINDO O DIREITO

A grande demanda de ações questionadoras da ineficácia da citação está nas ações envolvendo o direito e o drama das famílias. As famílias desfeitas, ontem mais, hoje menos, e considerando a grande massa que compõe uma sociedade menos assistida economicamente, por vezes desencontram-se por longo espaço de tempo, informalmente.

A ânsia de verem-se afastados faz com que os antes apaixonados passem a comportarem como desconhecidos, e desinteressados no conhecimento dos novos endereços. O desafeto vai a tal ponto de sequer o amor paterno ou materno superar o desencontro, possibilitando uma aproximação com os filhos.

Assim ocorreu com os divorciandos que se embateram em sede de Ação Rescisória tratada nos autos do processo de número 70009825465, julgado pela egrégia Sétima Câmara

Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ali chegou o cônjuge varão para afirmar ter desconhecido a existência a primária Ação de Divórcio Litigioso Direito que lhe fora movida pela ex-esposa, a qual teria propositadamente negado conhecer o seu endereço.

O argumento cinge-se ao fato de que, separados de fato havia cerca de 20 anos, poucas teriam sido as oportunidades de acompanhamento do pai aos filhos. A requerida na Ação Rescisória ratificava o efetivo desconhecer da localização do ex-marido, assim como os seus filhos.

O tempo decorrido de separação de fato extraiu o direito de defender-se.

Muito embora aparentemente singela a situação fática posta pelas partes, tem-se que exercitar o desejo de apresentação de defesa, agora demonstrado pelo autor. Inequívoco o desconhecimento da existência da Ação de Divórcio, posto que residindo em outro Estado brasileiro. Daí que, parece evidente a necessidade de ultrapassar de plano a questão da nulidade de citação por afirmação fraudulenta do desconhecimento do endereço do réu, pela autora.

Se comprovada a má-fé, ter-se-ia, como já antes demonstrado, a clara nulidade de citação. Tal atitude, plenamente afastada pelo cauteloso Desembargador Relator, inexistiu. Talvez até poder-se-ia considerar como válida a afirmação contida no voto, quanto a desejo do réu em não ser encontrado, por motivos relacionados a precedentes criminais. Porém, fortes argumentos dão lugar ao espectro maior demonstrado pelo autor da Ação rescisória, a busca pelo direito de defesa.

A propositura, admissão e julgamento da demanda frente ao Tribunal de Justiça traz algumas conclusões lógico-legais: *a)* a Ação Rescisória fora proposta no prazo decadencial, cumprindo com requisito formal indispensável; *b)* tivesse sido citado validamente, o então réu teria apresentado defesa pessoal e real, mediante senão a constituição de procurador contratado,

com a procura por algum dos serviços de gratuidade judiciária; c) e em especial, tem ele interesse em defender-se.

Ora, resgatando as informações até aqui tratadas, tem-se que o réu, na Ação de Divórcio não se viu validamente citado, ante a forma processual adotada: citação editalícia, tendo o édito sido publicado em uma única oportunidade no órgão de imprensa oficial do Estado. Viu-se processado e condenado, embora defendido por defensor nomeado pelo juízo, o qual cumpriu com seu compromisso formal de apresentar defesa técnica.

Pretende, agora ver resgatado o seu Direito. Busca a oportunidade de defender-se, apresentar suas razões processuais e jurídicas. E repita-se, o faz em momento processualmente oportuno para a ação escolhida. Tem seu desejo cerceado pela interpretação técnica majoritária de que deveria ter comprovado a fraude na indicação de desconhecimento do seu endereço.

A decisão de improcedência da Ação Rescisória, embora acompanhando a interpretação hodierna, vai ao desencontro do Princípio Constitucional da Ampla Defesa, ao ratificar a validade de uma citação que não ofertou o direito de defesa de quem, comprovadamente pretendia apresentá-la.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A máxima de Ortega Y Gasset “o homem é o homem e suas circunstâncias” deve fazer com que se pense em buscar a compreensão das ações (ativas, passivas, ou omissivas). Se o homem, em determinado momento de sua existência afastou-se do seio familiar em busca de uma nova experiência de vida, o fez, então, por razões pessoais e íntimas que devem ser respeitadas.

Nenhuma circunstância de vida passada pode ser tomada como motivo para que se extraia do mesmo homem, o direito mais democrático, qual seja o de defender-se. E defender-se de

forma eficaz!

Há que se considerar a correlação da ampla defesa e do contraditório. A redação do inciso LV do artigo 5º da Carta Magna faz expressa referência a ambos os institutos, os quais se somam e se completam.

Leciona José Cretella Júnior⁴⁹:

a regra da *ampla defesa* abrange a regra do *contraditório*, completando-se assim os princípios que as informam e que se resume no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado.

Neste mesmo caminho é a lição de Chiovenda, ao afirmar que “normalmente não se pode dispor sobre uma demanda sem ouvir ou citar devidamente a parte contra a qual se propôs (princípio do contraditório): *audiatur et altera pars*”.⁵⁰ Também Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, asseveram que

a todo o ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.⁵¹

O direito ao contraditório resume-se na necessidade de possibilitar a ouvida da parte contrária a respeito dos atos ou fatos que vêm aos autos, sejam eles simples documentos mesmo que desnecessários, ou provas fundamentais, depoimentos pessoais ou testemunhais. O desrespeito ao direito acarreta na nulidade do ato praticado para que não se fira o princípio da ampla defesa.

Não tendo o réu sido ouvido em um feito extinto, uma

⁴⁹ CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 534.

⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. Tradução de J. Guimares Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 293.

⁵¹ BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. II. 1989. p. 267.

vez citado processualmente por meio de edital, tem-se a quebra dessa garantia constitucional. Rui Portanova afirma:

pele processo, o cidadão tem a seu dispor instrumento capaz de prover os direitos privados de máxima garantia social com mínimo sacrifício das liberdades individuais e coletivas.⁵²

Assim sendo, há de se entender que o direito do cidadão passa pela completude da tutela jurisdicional de forma ampla. O poder de julgar, de decidir os anseios do cidadão não pode se ater ao simples interpretar e aplicar a lei. A moderna doutrina empresta ao magistrado o poder de criação⁵³ e o faz de forma a torná-lo um ente político e com força política. Neste sentido importante lição de Cândido Dinamarco:

o intenso comprometimento da ordem processual com a política (a Justiça faz parte desta), ou seja, a sua inserção entre as instituições atinentes à vida do próprio Estado como tal e nas suas relações com os membros da população, conduz à necessidade de definir os modos pelos quais é predisposta a influir politicamente.⁵⁴

Munindo-se desse instrumento, de adequação política ao mundo contemporâneo, o magistrado tem a condição de ajustar a norma, em especial processual, às circunstâncias de cada homem, de cada situação, de cada vida. A oportunização de novo momento de defesa a quem se viu dela extraído, nada mais é do que reconhecer a invalidade ineficaz, do que oportunizar o exercício da defesa democrática e do que garantir a norma constitucional como instrumento supremo de poder.

⁵² PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31.

⁵³ PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 131-133 passim.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Escopos políticos do processo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; participação e processo. DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 122.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. II. 1989.
- CHIOVENDA, Gioseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol II. Tradução de J. Guimares Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- COSTA, Coqueijo. *Ação rescisória*. São Paulo: LTr, 1981.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Ranges. *Escopos políticos do processo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; participação e processo. DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LUNARDI, Ursula Rüdiger. *Ação rescisória*. Monografia de conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, defesa em banca realizada em 25 de abril de 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. *Comentários do Código de Processo Civil*. Tomo

VI. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Citação com Hora Certa e a Contestação do Curador Especial*. Revista AJURIS, vol. 47, p. 76-89, nov. 1989.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

_____. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1992.

VALLE, Christiano Almeida do. *Teoria e prática da ação rescisória*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1990.

VIDIGAL, Maurício da Costa Carvalho. *Citações e intimações. Anotações aos arts. 213 a 242 do CPC*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.