

O ABUSO DO PROCESSO POR INTERMÉDIO DA DEFESA HETEROTÓPICA

Rafael de Oliveira Rodrigues

Procurador do Estado de São Paulo, lotado na Procuradoria Fiscal, especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP e especialista em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo.

Resumo: O sistema processual confere aos seus usuários um plexo de situações equivalentes a direitos subjetivos que devem ser exercidas dentro de limites. Ao ultrapassá-los, o sujeito incorre em abuso do sistema, fato que não merece acolhida. Dentro dessa ordem de ideias, no específico caso dos meios autônomos de defesa do executado, faz-se importante estabelecer limites de atuação e verificar casos em que o executado exorbita esses lindes, caracterizando essas situações como abusivas do processo.

Abstract: The procedural system gives its users a complex of situations the equivalent legal rights that must be exercised within limits. By overcoming them, the subject incurs abuse of the system, a fact that can not be accepted. Within this order or ideas, it is important to establish limits of performance and see where it goes beyond these limits, featuring such situations as abusive process.

Palavras-chave: Abuso do processo, formas de defesa do executado, defesa heterotópica, princípio da proporcionalidade.

1. Introdução

O direito processual, assim como o direito material, deve ser exercido dentro de limites, de forma a evitar que se incorra em abusos, que devem ser expurgados.

No caso do processo, o ordenamento coloca a disposição do sujeito uma série de meios ou instrumentos que devem ser utilizados de forma a melhor atender às suas estratégias.

Todavia, o sujeito processual não deve olvidar que os instrumentos fazem parte de um todo sistêmico, dotado de sentido. Dessa maneira, cada ato processual tem sua finalidade, que sempre guarda pertinência com a finalidade do sistema.

Assim, conquanto exista uma margem de liberdade para que o sujeito atinja seus desideratos, a utilização dos instrumentos deve ser feita de maneira a não exorbitar a sua finalidade.

Dessa forma, quando o sujeito processual utiliza meio para atingir fim outro que não o extraído do sistema, age com abuso do processo e, por isso, deve ser penalizado.

2. Abuso do processo

2.1 Considerações Iniciais

Para que se possa discutir o tema objeto do presente texto com a profundidade que se exige, importante, de início, trazer considerações de modo detido da teoria do abuso do processo.

O abuso do processo não é matéria objeto de muitos ensaios jurídicos. A doutrina de modo geral ainda não enfrenta o tema com a frequência que ele exige. Exceção da assertiva acima, Helena Najjar Abdo que faz interessante estudo do tema, abordando a matéria de forma a sistematizar o abuso do processo como instituto jurídico.

Para a citada autora, a teoria do abuso do processo nasce da teoria do abuso do direito. Para ela, o abuso do processo deve ter como ponto de partida a doutrina do abuso do direito, mas ressaltando-se as peculiaridades do direito processual em relação ao direito material.

Dessa maneira, cumpre tecer algumas considerações acerca do abuso do direito.

Abusar do direito é extravasar os seus limites quando de seu exercício. A partir da fixação do conceito acima, parte da doutrina considerava inexistir o abuso do direito, haja vista que se o sujeito, ao exercer o direito que lhe competia, exceder os limites estabelecidos pelo direito posto, estaria praticando ato ilícito, porquanto atuaria fora da órbita do direito e, sendo assim, direito não mais havia. Nesse sentido a doutrina de Planiol¹.

¹ *Traité élémentaire de droit civil*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1948, apud Abdo, Helena Najjar, O abuso do processo, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 43.

De outra parte, os fomentadores da tese do abuso do direito diferenciavam o ato ilícito do ato perpetrado em abuso do direito. Afirmavam que o sujeito que pratica ato ilícito pratica ato não agasalhado pelo direito, ou seja, pratica ato que o ordenamento considera lesivo a outrem. Em decorrência disso, a lei prevê uma consequência quando de sua ocorrência, qual seja, a responsabilidade.

Já no abuso de direito, a parte tem o direito, mas ao exercê-lo, exacerba seus limites. Note que no caso do abuso do direito, o sujeito de direito tem para si, um direito previsto no ordenamento. Ocorre que ao exercê-lo, o faz de modo equivocado e ultrapassa os limites fixados em lei.

Dessa maneira, ato ilícito e abuso de direito são dois institutos jurídicos autônomos que devem ser considerados separadamente, haja vista a existência de suas peculiaridades, ainda que ultimem na mesma consequência, qual seja, na responsabilidade quando se sua ocorrência.

Conquanto seja objeto de estudos no Brasil há algum tempo, foi apenas juridicizado com o Código Civil de 2002. Porém, a par da doutrina considerar a diferença acima consignada, o Código Civil, pelo que se extrai da leitura do artigo 187, considera o exercício abusivo de direito como ato ilícito, a fim de viabilizar que os sujeitos que o perpetrem incorram na sanção do artigo 186 do mesmo diploma.

Pelo exposto, apesar da divergência doutrinária fomentar instigantes discussões a respeito da natureza do abuso do direito, conforme se denota da exposição acima, nos absteremos de tecer maiores comentários a respeito, já que o tema do abuso do direito serve apenas de premissa para o desenvolvimento do estudo do abuso do processo, que em razão de suas peculiaridades, demandarão maiores reflexões.

Assim, com fundamento nos estudos de Helena Najjar Abdo, para bem entender o abuso do processo, deve-se extrair os delineamentos básicos da teoria do abuso do direito, e transpassar esses conceitos para o direito processual, sempre considerando as particularidades da matéria.

Desse modo, afirma a citada autora, amparada pela doutrina italiana, não há falar em direito subjetivo no processo, pois esta expressão não é suficiente para explicar as diversas situações havidas durante o *iter* procedimental. Nesse sentido, aduz a citada doutrinadora, lastreada pelas lições de Vescovi, que a moderna doutrina abandonou a tradicional concepção de direitos e deveres e ampliou os horizontes a partir do conceito de situação jurídica, conceito que abrangeria a relação de direito e dever e mais algumas outras. Assim sendo, não há abuso do direito em sede processual, mas sim abuso das diversas situações jurídicas em que se coloca o sujeito do processo.

Assim sendo, na seara processual o sujeito abusa não de direito, mas de situações jurídicas. A doutrina sistematizou as diversas situações jurídicas do processo. São consideradas situações jurídicas ativas e passivas. Destacam-se como situações ativas: as faculdades e o poder. De outro lado, são situações jurídicas passivas os ônus e as sujeições processuais.

Dessa maneira, o sujeito processual abusa do processo quando extravasa os limites dessas situações processuais, estabelecidas no direito posto.

A fim de ilustrar as afirmativas retro, o sujeito, ao recorrer, não exerce direito, mas sim um ônus, haja vista que não recorrendo, deverá se sujeitar ao teor da decisão prolatada. Dessa maneira, o abuso do processo está no exercício desse ônus. Quando o sujeito processual ultrapassa os limites legais de seu exercício atua com abuso, que deve ser proibido.

2.2 Critérios identificadores do abuso do processo

A partir do fato que o sujeito processual pode atuar com abuso de suas situações processuais, imperioso perquirir a forma como se dá o manejo anômalo do processo.

De modo geral, dá-se o uso anormal do processo quando o sujeito processual, conquanto pratique o ato processual com uma aparência de legalidade, o faz com desvio de finalidade.

Desse modo, o uso anômalo do processo não se dá com o manejo do instrumento processual equivocado, ou seja, não destinado para aquela situação processual. Configura erro processual, que já tem suas conseqüências devidamente insertas no direito posto. Nesse sentido, Michele Taruffo, é enfático ao aduzir que a simples violação de regra procedimental não é, em circunstancia alguma, *per se* abusiva.²

O abuso do processo é a utilização do instrumento que a lei prevê para determinada situação processual (fato que confere a aparência de legalidade ao ato), mas de forma a atingir finalidade diversa àquela buscada pelo legislador do sistema processual.

Assim, a fim de colacionar um exemplo a presente explanação, em face de uma sentença de procedência, é ônus do réu interpor o recurso de apelação. Ora, a intenção implícita do legislador era de inserir no sistema um instrumento à parte para que pudesse se insurgir contra uma decisão jurisdicional final, a fim de que seja revista por

² General reports. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Kluner Law International, 1999. Apud ABDO, Helena Najjar, op. cit., p. 81 .

instância superior. Assim, a finalidade do recurso de apelação está ínsita no direito posto. É direito pressuposto.

Ocorre que se o réu interpõe recurso de apelação com a única finalidade de procrastinar o feito, já que é ciente de que aquele entendimento exposto pelo juízo prolator da sentença é pacífico na jurisprudência, ele usa do recurso de apelação com desvio de finalidade, e conquanto o ato tenha uma aparência de legalidade, deve ser considerado como abuso do processo e, por isso, deve culminar em consequência para aquele que o pratica.

Nesse sentido é a lição de Helena Najjar Abdo:

Entretanto, há abuso do processo toda vez que a decisão entre praticar o não o ato estiver ligada a finalidades estranhas à própria prática do ato, ou seja, quando ocorrer o tantas vezes aludido desvio de finalidade. Em outras palavras, pode-se dizer que o sujeito age abusivamente quando opta por utilizar-se de determinado mecanismo processual para alcançar outros fins que não aqueles normalmente previstos para o respectivo meio ou instrumento utilizado. Um dos exemplos mais comuns que se encontra na jurisprudência é a interposição de recurso com a finalidade meramente protelatória.³

A fim de afastar a prática predatória do processo, a jurisprudência a tempos já se manifesta a respeito, como se denota da posição do Superior Tribunal de Justiça, que em aresto de relatoria do eminente ministro Sálvio de Figueiredo, assim assentou:

FALENCIA. DEPOSITO ELISIVO. HONORARIOS ADVOCATICIOS. DESCABIMENTO DA VERBA. PRECEDENTE DA TURMA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.- EM SE TRATANDO DE DEPOSITO ELISIVO EM FALENCIA, INDEVIDA E A VERBA HONORARIA EM FACE DO ART. 208, PAR. 2. DA LEI FALIMENTAR. - A OPÇÃO PELA VIA FALIMENTAR COMO MEIO DE COBRANÇA, EM DETRIMENTO DA VIA EXECUTIVA, CONSTITUI, INUMERAS VEZES, ABUSO DE DIREITO, A MERECER REDOBRADA ATENÇÃO DO JULGADOR, QUE NÃO A DEVE PRESTIGIAR E ESTIMULAR.⁴ (não grifado no original)

³ Op. cit. , p. 80.

⁴ Recurso Especial nº 1712, 4ª Turma, DJ 09.04.1990 p. 2745

Note-se que a doutrina sobre abuso do processo ainda é embrionária no Brasil, tanto que para o Superior Tribunal de Justiça a questão está afeta ao abuso do direito e não do processo em si.

Em outro aresto, o Superior Tribunal de Justiça também enfrenta a questão sob a perspectiva do abuso do direito, conforme se infere por transcrição “in litteris”:

CRIMINAL. EDEDEDEDEDEDAGA. INTUITO PROTRELATÓRIO EVIDENCIADO. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER QUE AUTORIZA O IMEDIATO INÍCIO DA EXECUÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. PRECEDENTES DO STF. EMBARGOS REJEITADOS. PRONTA COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS DAS INSTÂNCIAS INFERIORES.

I. Não há justificativa para a reiteração de embargos declaratórios, quando a decisão impugnada não evidencia qualquer omissão, contradição, obscuridade ou ambigüidade.

II. Não infirmados os fundamentos do decidido e revelado inadequado intuito de modificação da essência do julgado, chega-se às raias do abuso do direito de recorrer e sobressai o desvio de finalidade do meio eleito.

III. Caracterizada, com a utilização sucessiva de embargos de declaração, o intuito meramente protelatório, a impedir o trânsito em julgado da condenação penal imposta ao agravante ainda não executada, evidencia-se o fim ilícito que autoriza a execução, de

pronto, da pena privativa de liberdade imposta nas instâncias ordinárias, sendo cabível a imediata comunicação aos órgãos judiciários envolvidos para o cumprimento do acórdão de 2º grau, cuja reforma é obstada em definitivo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.⁵

3. Meios de defesa do executado.

A evolução da doutrina do direito constitucional que conferiu maior concretude aos direitos fundamentais do cidadão insertos da Carta Magna influenciou diretamente o processo civil, notadamente no sentido de reforçar as garantias dos sujeitos processuais, tais como o contraditório e a ampla defesa.

⁵ EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag **125202** / DF, Min. GILSON DIPP, DJ 25.06.2001 p. 213

Nesse sentido, a clássica concepção de Liebman de que não haveria outra via ao executado que quisesse se insurgir contra a pretensão satisfativa do exequente senão opor embargos à execução, cedeu espaço para a existência de vias alternativas de discussão sobre a regularidade formal e material do processo executivo, em vista a observância dos princípios do contraditório e do devido processo legal processual.⁶

Dessa forma, conquanto o ordenamento estabeleça peremptoriamente que o executado só pode trazer para o juízo questões que inviabilizem o processo de execução por intermédio dos embargos do devedor, a doutrina, ciente de que por vezes essa via é ineficiente para agasalhar direito lídimo do devedor não sofrer a expropriação própria do processo executivo, criou vias alternativas, que ulteriormente foram agasalhadas pela jurisprudência e, hodiernamente, são empregadas em larga escala.

Todavia, apesar de serem instrumentos vitais para a preservação de eventuais direitos do devedor, como já mencionado alhures, não foram objeto de regulamentação legislativa. Em razão disso, não obstante tenham a doutrina e jurisprudência discutido padrões ou parâmetros para o manejo desses meios alternativos de defesa do executado, ainda há poucos estudos de sistematização desses instrumentos. Com isso, por vezes, pode o executado exorbitar de suas situações no processo.

Assim, faz-se necessário trazer sólidas considerações sobre os parâmetros de atuação do executado de forma a facilitar a aferição, caso a caso, de eventuais atitudes desproporcionais deste, ou, para contextualizar com o presente estudo, abusivas do processo.

A primeira das modalidades de defesa do executado é a devidamente prevista na lei, qual seja, os embargos do devedor e, com a recente alteração no Código de Processo Civil, a impugnação ao cumprimento de sentença.

Em perfunctória análise, já que o tema não suscita grandes discussões em relação ao abuso do processo, porque o ordenamento já estabelece limites bem definidos para o uso dessas espécies de defesa do executado.

Há decerto algumas questões as quais a lei não consegue dar solução. E não poderia ser diferente. Daí a necessária aplicação dos princípios, que ao lado da lei, são considerados norma jurídica.

A partir daí, se mostra a importância da aplicação da tese central do presente trabalho, já que o abuso do processo por parte do executado que maneja os embargos ou a impugnação deve ser aferido após uma análise dos fins buscados pelas normas que os

⁶ Processo de Execução. São Paulo. Saraiva. 1963, p. 146-147.

regem. Caso o executado exorbite a *mens legis*, age de forma abusiva e deve ser penalizado sob pena de inviabilizar a atividade satisfativa do credor.

De outro lado, com base na tese já devidamente explanada de que os meios de defesa insertos no ordenamento, por vezes são insuficientes para proteger lícito direito de executado, a doutrina e ulteriormente a jurisprudência, desenvolveram vias alternativas de defesa. Algumas a serem suscitadas dentro do processo (via endoprocessual) outras autônomas (heterotópicas). Nessa ordem de ideias, cumpre tecer algumas considerações sobre a defesa endoprocessual, consensualmente denominada de exceção de pré-executividade.

Este instrumento de defesa do executado surgiu por obra intelectual de Pontes de Miranda que, instado em situação particular, exarou parecer no sentido de admitir, em razão da peculiaridade do caso, que o executado suscite sua matéria de defesa dentro da própria execução.

Em relação aos pressupostos para o uso da exceção de pré-executividade, Sandro Gilbert Martins afirma que:

No entanto, é possível identificar dois critérios que encontram respaldo na maioria da doutrina e da jurisprudência: (I) o primeiro critério o qual autoriza que a matéria seja deduzida por meio de exceção de pré-executividade é o de que se trate de matéria ligada à admissibilidade da execução, e seja, portanto, conhecível de ofício e a qualquer tempo; (II) o segundo critério é relativo à perceptibilidade do vício apontado, que deve ser *in continenti* – ou identificável *prima facie, ipso actu oculi*, de forma macroscópica ou flagrante, isto é, que seja de fácil constatação ou que não envolva aspecto(s) de alta indagação.⁷

Ainda no que concerne aos requisitos para manejo da exceção de pré-executividade, pelo que se denota da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a medida nasce como meio de discussão de matérias de ordem pública. Todavia, sua evolução na doutrina e na jurisprudência, fez aumentar o âmbito de discussão também para as matérias que possam fulminar a execução desde que lastreadas com provas pré-constituídas, de forma a dispensar qualquer dilação probatória.

Em síntese, esses são os parâmetros trazidos pela doutrina e jurisprudência em relação ao aludido modo de defesa do executado.

⁷ A defesa do executado por meio de ações autônomas, Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 2005, p. 121.

Em relação a este instituto, cada vez mais usado entre nós, mas sem limites traçados pelo direito posto, mostra-se de grande utilidade o uso dos princípios, como fonte normativa de regulação, a fim de evitar o seu manejo de forma abusiva. Exemplo disso é o princípio da proporcionalidade.

Todavia, assim como fizemos com as defesas de executado legalmente previstas, nos abstermos de ir a fundo no estudo do abuso da pré-executividade por parte do devedor, haja vista que não é o tema objeto do presente estudo. Assim, a fim de não perder a linha central que norteia este trabalho, nos restringimos a estabelecer, em linhas gerais, os parâmetros de atuação do executado no uso da exceção de pré-executividade, consignando, tendo em vista a ausência de regramento para ele, que deve o operador do direito fazer uso dos princípios de direito, tais como da proporcionalidade, para observar eventuais abusos por parte dos executados.

Por fim, propositadamente posta no final do capítulo que explana as formas de defesa do executado, a doutrina admite que o executado se insurja contra a execução por intermédio da propositura de uma demanda autônoma, que se vincula à execução por um nexo de prejudicialidade⁸. Pela via dessa ação autônoma, o executado se opõe ao procedimento executivo mais ou menos da mesma forma que faria com a oposição de embargos do devedor, que como é cediço, também tem natureza de ação. A diferença é que essa modalidade de defesa não se restringe à contenciosidade tida nos embargos à execução. Assim, por intermédio de um procedimento que possibilita ao executado uma cognição ampla e exauriente, é possível trazer a juízo questões que impeçam (ou ao menos limitem) a atividade satisfativa desenvolvida no processo executivo. É a defesa extraprocessual, comumente chamada de defesa heterotópica.

Sandro Gilbert Martins, em sua obra sobre a defesa heterotópica assim ponderou:

É evidente, pois, que os embargos e a exceção de pré-executividade são meios de defesa que ainda se apresentam insuficientes a bem conferir uma tutela em favor do executado, visto as situações que permaneceriam a descoberto, as quais poderiam proporcionar injustiças ao executado que não mereça sofrer os reflexos dos atos executivos.⁹

Imagine-se, por exemplo, nas execuções em que ainda se exige a garantia do juízo para a oposição de embargos do devedor, como por exemplo, da execução fiscal, nos termos do artigo 16, § 1º da Lei nº 6.830/80, em que se busca a satisfação de

⁸ Nesse sentido Sandro Gilbert Martins, op. cit., p. 155.

⁹ Op. Cit., p. 147.

suposto crédito em valores exorbitantes, que ultrapassem em muito o patrimônio do devedor. É cediço que em casos como esse, jamais o executado teria a chance de trazer a juízo suas razões de defesa, já que não haveria bens suficientes para a penhora.

Dessa forma, o executado teria tolhido seu direito de apresentar sua defesa e, por conseguinte, de não ser perseguido por crédito a que não deu causa.

De certa maneira, o próprio ordenamento reconhece a possibilidade de o executado propor demanda, a par da execução, para discutir eventuais inconsistências do crédito exequendo. Exemplo disso é o artigo 38 da Lei de Execução Fiscal, ou ainda, o artigo 585, § 1º do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 8.953/94.

A propósito, oportuno considerar as considerações de Teori Albino Zavascki:

Se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução, o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação.¹⁰

Desse modo, de perfunctória análise da doutrina e do ordenamento, se admite o manejo de ação autônoma, como modalidade de defesa do executado.

É sobre essa forma de defesa do executado que o presente trabalho tecerá considerações de forma mais detida, a fim de tentar delimitar seu âmbito de aplicação para evitar seu manejo abusivo e prejudicial ao processo.

4. A defesa heterotópica e seu manejo de forma lesiva ao processo.

4.1 Considerações sistematizadas sobre o uso da defesa heterotópica.

Dada a peculiaridade da defesa heterotópica, que é meio de defesa do executado por intermédio de uma ação autônoma, que se vincula ao processo executivo por um vínculo de prejudicialidade, conforme já tivemos oportunidade de mencionar, importante trazer nessa etapa do estudo todas as formas de sua manifestação, ou seja, todos os modos que se apresentam no processo, de maneira a aclarar quais deles são lesivos ao processo e, portanto, devem ser rechaçados.

¹⁰ Comentários ao Código de Processo Civil, V. 8, Revista dos Tribunais, 2000.

Pois bem, tendo em vista que não se trata de modalidade de defesa prevista no ordenamento, não há prazo específico para sua apresentação. Dessa forma, é admitida a oposição de defesa heterotópica, em qualquer de suas formas antes até do ajuizamento do processo executivo.

Essa modalidade de defesa, prévia à execução, claro que não obsta a propositura desta, por força do artigo 585, § 1º do Código de Processo Civil. Porém, por vezes, tendo em vista a robustez da prova carreada com a ação autônoma, pode-se impedir o ajuizamento da execução, até por iniciativa do próprio credor, que teme em aviar uma ação executiva, na pendência de processo de conhecimento que fatalmente ensejará uma sentença de desconstituição do título. Nessa fase, não há óbice para se trazer qualquer espécie de defesa, inclusive aquelas que seriam objeto de discussão em sede de embargos do devedor.

A par dessa apresentação de defesa antes do ajuizamento da execução, também se admite a oposição da defesa heterotópica, após a propositura da execução, mas antes da garantia do juízo (para as execuções que ainda a admitam). Por vez mais, temos o devedor que queira se insurgir contra uma execução em que o crédito perseguido ultrapassa em muito seu patrimônio. A penhora não pode ser óbice para que apresente suas razões que demonstram a inexistência da dívida. Nesse caso, tendo em vista a impossibilidade de manejo dos embargos do devedor, é admissível a apresentação da defesa heterotópica em todas as suas modalidades, *inclusive, com a discussão de matérias que só seriam veiculadas por intermédio do uso dos embargos do devedor.*

Em casos desse jaez, o pressuposto para que o executado esteja na situação processual de poder apresentar sua defesa é a existência de penhora. Ora, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV, pugna para que o ordenamento garanta aos litigantes em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes para tanto. Dessa forma, vedar esse direito do executado a pretexto de não se afigurar no processo a situação processual que lhe permita isso é fazer letra morta da Carta Maior. Nesse caso, a defesa heterotópica atende bem o comando constitucional e, por isso, deve ser preservada e cultivada.

Por ultimo, cumpre considerar a defesa heterotópica quando esta é apresentada nos processos em que se prescinde da garantia do juízo para se opor os embargos do devedor, bem como nos casos em que já há a penhora devidamente formalizada.

Em casos assim, é necessária uma análise um pouco mais acurada da situação. Já ponderamos anteriormente que a defesa heterotópica seria qualquer forma de oposição ao crédito exequendo, não necessariamente com o mesmo teor de discussão nem com o mesmo pedido dos embargos do devedor, desde que exista um vínculo de prejudicialidade entre a defesa heterotópica e a execução. Assim, pode o executado

aviar ação rescisória, ação anulatória de débito, consignatória em pagamento, prestação de contas, mandado de segurança, dentre outros tantos exemplos que se compreendem como verdadeira defesa do executado, mas que não têm o mesmo teor e o mesmo pleito ínsito aos embargos do devedor.

Em casos como esses, em que não há uma correlação formal e material com os embargos do devedor, admite-se sem qualquer discussão, o seu uso mesmo após decorrido o prazo legalmente estabelecido para a oposição de embargos do devedor.

Todavia, o mesmo não se pode dizer da defesa heterotópica quando seu conteúdo tiver idêntico teor dos embargos à execução. Em casos assim, admitir seu manejo mesmo após o prazo de oposição de embargos é prática lesiva ao processo e por isso deve ser expurgada. Exporemos a razão da tese em tópico separado.

4.2. Defesa heterotópica de conteúdo e finalidade idênticas aos embargos do devedor e abuso do processo.

Na forma como afirmamos no item anterior, admitir a oposição de defesa do executado por intermédio de uma ação autônoma, com idêntico conteúdo e finalidade dos embargos do devedor é abusar do sistema processual. Sendo assim, a prática acima narrada deve ser reprovada pela doutrina e afastada sempre que constatada no caso concreto.

Para tanto, nessa fase do presente trabalho curial trazer ao tema objeto de estudo, conceitos estudados nos capítulos iniciais, onde se teceu comentários sobre como se configuraria o abuso do processo, para uma análise em conjunto de ambos os temas, de forma a se estabelecer parâmetros de uso do instituto a fim de evitar práticas lesivas ao processo.

Nessa ordem de ideias, nos casos em que a oposição de embargos prescinde da garantia do juízo ou nos casos em que a penhora já está devidamente formalizada, o ordenamento confere ao executado uma situação processual de apresentar sua defesa, sob pena de se confirmar a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade do título que instrumentaliza a execução. Trata-se, assim, de um ônus do executado, que deve apresentar sua defesa, na forma que a lei estabelece.

Dessa forma, o ordenamento estabelece qual o meio que o executado deve se utilizar. Esse meio que a lei faculta ao executado tem seu regramento pré-determinado. Há forma, prazo, matéria, competência, dentre outras exigências legais que o executado deve observar. De outro lado, se infere a finalidade desse instrumento posto à disposição ao executado, qual seja, de impedir o prosseguimento de uma execução em

que o crédito não subsiste (ao menos na quantidade/qualidade) inserida no título executivo.

Em vista desse cotejo entre meio e fim, qual o sentido do legislador estabelecer todos os requisitos para o manejo dos embargos do devedor? A resposta só pode ser uma. O legislador sabe que a finalidade da defesa do executado não pode inviabilizar a finalidade do próprio processo executivo a que esta defesa está ligada. Trata-se de um sistema, um todo orgânico, dotado de um sentido lógico. Há, decerto, que se resguardar uma etapa do processo para se garantir o direito de defesa. Mas, de outro lado, não se pode olvidar dos demais princípios, tais como do devido processo legal, da efetividade do processo, da duração razoável dos feitos, a fim de levar a efeito apenas um deles.

Nessa ordem de ideias, não parece desproporcional admitir o manejo de outro meio (instrumento) para atingir a finalidade que o ordenamento assegurou aos embargos do devedor.

Como salientado alhures, na ausência de lei a reger a situação concreta ocorrida no mundo fenomênico, deve o operador do direito se utilizar dos princípios, que também são norma jurídica, assim como a lei e se tornam importante ferramenta para situações em que a lei nada dispõe a respeito.

No presente caso, tendo em vista a inexistência de lei autorizando e delimitando o manejo de defesa heterotópica como forma de oposição do executado, cabe aos princípios a tarefa de verificar se este instrumento é próprio para preservar os interesses do sujeito do processo, observando, sempre, as finalidades ínsitas ao ordenamento. No caso, oportuno é o princípio da proporcionalidade.

Por intermédio deste princípio consoante já explanado anteriormente, faz-se uma ponderação entre meios e fins a fim de se apurar se há a justa medida entre eles.

No caso em apreço, a defesa do executado por meio de ação autônoma, quando perpetrada com a finalidade de se substituir aos embargos à execução, ou seja, quando tiver mesmo conteúdo e pedido daquele meio legalmente previsto, deve observar os requisitos que a lei elencou para a propositura da ação incidental de embargos, notadamente em relação ao prazo de oposição.

Caso não se empreste à situação esta interpretação, restaria prejudicado o cotejo entre meio e fim que a própria lei previamente estabeleceu.

Pelo exposto, a defesa do executado por intermédio de uma ação autônoma, a defesa heterotópica, conquanto não legalmente prevista, é um meio proporcional de defesa do executado, que tem o importante compromisso de observar o princípio do

contraditório e da ampla defesa, notadamente em casos em que o executado não teria outros meios de apresentar suas razões de defesa. Ocorre que na medida em que o executado se utiliza desse instrumento, quando poderia se utilizar dos embargos, sem observar os requisitos ínsitos a esse meio de defesa, a prática se torna desproporcional, e por isso, passa a ser um meio inadequado para se atingir a finalidade almejada. Consigne-se, por oportuno, que a adequação é o primeiro dos elementos formadores do princípio da proporcionalidade. Não havendo sua observância, o meio passa à desproporcionalidade e, por isso, abusivo ao processo.

Trago a colação nesse sentido os elementos que justificam o abuso do processo, quais sejam, ser ato formalmente legal, isto é, dotado de aparência de legalidade, mas perpetrado com o desvio de finalidade, já que a medida serviria de meio para substituir a oposição de embargos, sem a observância de seus parâmetros legalmente estabelecidos, mormente seu prazo.

É certo que a tese acima encontra resistências na doutrina e na jurisprudência. Sandro Gilbert Martins é enfático em afirmar tese contrária, conforme trecho de sua obra a seguir transcrito:

O uso da defesa heterotópica também pode ser imaginada dada uma situação em que o executado deixou transcorrer “in albis” o prazo para o oferecimento de embargos – pode ter optado em fazê-lo ou realmente por realmente por ter perdido o prazo – ou tenha o executado deixado de alegar alguma matéria de defesa(substantiva) nos embargos e queira em seguida fazê-lo. Aliás, mesmo após terem sido os embargos julgados improcedentes, poderá o executado deduzir matéria antes não ventilada. Ou então, quando o executado tenha os embargos liminarmente rejeitados ou não analisados no mérito.¹¹

O precitado autor justifica sua tese pela ausência de preclusão que inviabilize a propositura de uma demanda fora do prazo estabelecido para os embargos do devedor, já que esta é instituto que emana efeitos apenas endoprocessualmente.

Para tanto, cita Sérgio Shimura que assim leciona:

Não se pode cogitar de preclusão para a propositura de ação autônoma. A preclusão é um acontecimento que surge no processo. Explica tão somente a impossibilidade de ajuizar a ação de embargos depois de vencido o termo legal, mas nunca a

¹¹ Op. Cit., p. 147.

vedação de uma ação posterior, de cognição, sobre matéria que nem sequer foi ventilada no processo executivo.¹²

Ainda segundo o mencionado autor, não se poderia desenvolver outro raciocínio sob pena de se incorrer em injustiças, tais como vedar a rediscussão da matéria na hipótese de defeito no ato citatório executivo ou mesmo no ato de intimação da penhora.

Corroborando a tese acima esposada também está o então ministro do Superior Tribunal de Justiça Athos Gusmão Carneiro, consoante se infere da ementa abaixo transcrita:

Incorre preclusão, e portanto a validade e eficácia do título executivo extrajudicial podem ser objeto de posterior ação de conhecimento, quando na execução não forem opostos embargos do devedor, e igualmente quando tais embargos, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito. Inexistência de coisa julgada material, e da imutabilidade dela decorrente.¹³

De outro lado, importante nesse sentido consignar as lições de Enrico Redenti que se insurgiu contra esse fato desenvolvendo o entendimento que inadmite a propositura de uma ação de conhecimento com o mesmo teor dos embargos de executado porquanto esta via estaria preclusa para o réu¹⁴. Manoel Caetano Ferreira Filho inclusive considera a obra de Redenti, já que “não se pode deixar de reconhecer a originalidade e, ao menos no caso da execução, a validade prática da imposição de Redenti”.¹⁵

Ora, é cediço que a preclusão é fenômeno endoprocessual. Contudo, agasalhar a tese na forma que a doutrina e a jurisprudência citados o fazem é distorcer o sistema processual. Daí a importância de Enrico Redenti.

Nesta senda, cite-se também Nelson Palaia Ribeiro de Campos¹⁶ e Maria Lucia Giangiacomo Bonilha¹⁷ que também rechaçam, por outros argumentos, a hipótese do executado ajuizar demanda contendo a mesma pretensão dos embargos do devedor após o prazo legal para a apresentação deste meio de defesa.

¹² Título executivo, Saraiva, São Paulo, 1997. Apud. Sandro Gilbert Martins, op. cit. p. 202.

¹³ AgRAg 8.089/SP DJ 20.05.1991

¹⁴ Diritto Processuale Civile, a cura di Mario Vellani, v. I, 4ª edição, Milano, 1995., Apud, Sandro Gilbert Martins, Op. Cit. p. 200.

¹⁵ A preclusão no direito processual civil, Juruá, Curitiba, 1991, p. 37.

¹⁶ Anulatória de título de crédito não impede execução, RePro nº 16, 1979, p. 174.

¹⁷ Os embargos do executado e a ação declaratória negativa do débito, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dezembro de 1991, p. 187.

Diante de todo o raciocínio desenvolvido pela doutrina e jurisprudência acima transcritas, cumpre tecer as seguintes considerações:

Conforme mencionamos anteriormente, é certo que a preclusão é fenômeno que incide para dentro do processo. Assim como a coisa julgada, são institutos do direito processual que asseguram a segurança jurídica aos litigantes. A diferença é que a coisa julgada, quando material, produz efeitos para fora do processo. Esse é o raciocínio clássico que se verifica em qualquer doutrina de direito processual civil.

Ocorre que o caso objeto de análise é repleto de peculiaridades. Sendo assim, temos que fazer uma leitura dos institutos do processo também de modo peculiar. Tudo com o fito de preservar a lógica do sistema processual.

Sendo assim, não podemos adotar um entendimento clássico e estanque do que venha a ser preclusão e seus efeitos, dentro de uma realidade não clássica e pouco convencional. Está-se diante de uma espécie de defesa externa ao processo (por vezes antes dele). Dentro dessa peculiaridade, curial se fazer uma releitura dos institutos de forma a adaptá-los a essas formas pouco usuais de manejo do processo.

No caso da preclusão, não pendem dúvidas na doutrina, de que é instituto que gera efeitos apenas para dentro do processo. Assim, o réu que não apresenta contestação na forma e modo legalmente estabelecidos, tem seu direito de defesa obstado no processo, justamente pela preclusão.

Ocorre que em razão da singularidade da existência de um modo de defesa do executado que exorbita os limites da relação jurídico-processual antes havida, exige-se um alargamento desse conceito de preclusão.

Assim, no caso em apreço, o executado que não opõe embargos na forma e prazo legalmente estabelecidos tem precluso o seu direito de apresentá-los posteriormente.

Ocorre que, para além disso, quando o executado ajuíza ação com idênticos teor e pedido do instrumento previsto na lei, com o fito de substituir os embargos não opostos (ou apresentados sem observar as prescrições legais), é imperioso se considerar que aquela preclusão existente no processo reverbera efeitos para fora dele e fulmina a pretensão inserida naquela demanda ajuizada.

Saliente-se que esses efeitos externos da preclusão têm o condão de atingir a defesa heterotópica porque demonstram que para aquela ação falece uma de suas condições, qual seja, o interesse de agir, justamente pela inadequação da via eleita pelo executado.

Note-se, que em certo sentido, há similaridade de pensamento no que concerne à adequação estudada como elemento do princípio da proporcionalidade e adequação como elemento do interesse de agir que condiciona uma ação. Em ambos os casos há relação entre meios e fins.

Assim, o uso da defesa heterotópica com a finalidade de substituir os embargos do devedor é prática abusiva e anômala do processo, haja vista ser perpetrada com uma aparência de legalidade, mas impregnada de desvio de finalidade. Dessa forma, voltamos a consignar que isso deve ser rechaçado pela doutrina e jurisprudência.

Agora, a forma técnica que se viabiliza esse não acolhimento da demanda autônoma, é considerar o autor (executado) como carecedor da ação, por ter eleito via inadequada para deduzir sua pretensão.

Saliente-se, por fim, que o exercício do direito de ação não é ilimitado. O Supremo Tribunal Federal já assentou por diversas vezes entendimento nesse sentido como se infere do Recurso Extraordinário 145.023, de relatoria do eminente ministro Ilmar Galvão, conforme transcrição que segue:¹⁸

O artigo 5º, XXXV da Constituição Federal não assegura o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário

Assim, o exercício do direito de ação é condicionado e não pode ser utilizado como via alternativa, de forma a distorcer a organicidade do sistema processual.

5. Considerações finais

Em vista de todo o estudo que procurou sistematizar os meios de defesa do executado, e, de maneira mais acurada, delimitar o âmbito de atuação da defesa heterotópica, cotejando as várias formas de atuação do executado com os conceitos de abuso do processo, deve-se extrair as seguintes conclusões:

- Conquanto se reconheça que a preclusão é fenômeno endoprocessual, há que se emprestar nova interpretação em casos específicos, sob pena de caso contrário, um conceito estanque desvirtuar todo o sistema processual;
- Dessa maneira, na hipótese em que o executado apresenta sua defesa por intermédio de uma ação autônoma (ou seja, para fora do processo), caso transcorra em branco o prazo para a oposição de embargos, a preclusão, inicialmente havida para dentro do processo, reverbera efeitos para fora dele e

¹⁸ DJ. 18/12/1992

fulmina o exercício do direito de ação do executado quando propõe a defesa heterotópica.

- Dessa forma e diante do fato de que o exercício do direito de ação não é absoluto, os efeitos da preclusão atingem uma das condições da ação heterotópica, de forma a tornar aquela via inadequada para a almejada providência jurisdicional.

Referências Bibliográficas:

- ABDO, Helena Najjar, *O abuso do processo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007
- ASSIS, Araken de, *Manual da Execução*, 11ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- BONILHA, Maria Lúcia Giangiacomo, *Os embargos do executado e a ação declaratória negativa do débito*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. dezembro de 1991.
- BUENO, Cássio Scarpinella, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. v. 1. São Paulo. Saraiva. 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva. 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007
- CAMPOS, Nelson Palaia Ribeiro de, *Anulatória de título de crédito não impede execução*. RePro nº 16. 1979.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano, *A preclusão no direito processual civil*, Curitiba. Juruá. 1991.
- FILHO, Caleb de Melo, *As defesas heterotópicas e temas pertinentes*, extraído do site <http://jusvi.com/artigos/30248/4> acesso em 06-05-2008 às 15:27.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, *Embargos do Executado*. Campinas. Bookseller. 2003.
- LOPES, João Batista, *Defesa do Executado por meio de ações autônomas*. In: Execução Civil (aspectos polêmicos). São Paulo. Dialética. 2005.
- MARTINS, Sandro Gilbert, *A defesa do executado por meio de ações autônomas*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2005
- ZAVASCKI, Teori Albino, *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 8. Revista dos Tribunais. 2000.