

O CABIMENTO DAS CHAMADAS DEFESAS HETEROTÓPICAS DO EXECUTADO

Gustavo José Mizrahi

Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro.

RESUMO: Este estudo aborda tanto descritiva quanto criticamente o tema da defesa heterotópica, principalmente no tocante ao seu cabimento. Busca-se uma reflexão do instituto a partir das garantias constitucionais do devido processo legal, do direito de ação e do contraditório, sem deixar de lado a importância fundamental do princípio da duração razoável do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Execução. Defesa do executado. Defesa heterotópica. Cabimento.

ABSTRACT: This study addresses the theme of heterotopic defense, especially with regard to its applicability. It reflects upon this concept from a perspective of the constitutional guarantees of due process of law and the rights of action and defense, without neglecting the fundamental importance of reasonable duration of proceedings.

KEYWORDS: Civil Litigation Process. Implementation of legal sentence. Legal defense. Heterotopic defense. Applicability.

1 - Introdução

As defesas do executado tipicamente previstas no Código de Processo Civil são os embargos do executado e a impugnação ao cumprimento de sentença, previstas nos artigos

736¹ e 475-J, § 1º², respectivamente. Além deles, o executado pode de se valer da exceção de pré-executividade para atacar as matérias de ordem pública e que não demandem a realização de uma ampla dilação probatória.

Contudo, as referidas tradicionais defesas do executado não são as únicas. Como será demonstrado adiante no presente trabalho, é possível que o executado utilize uma ação judicial autônoma de conhecimento com finalidade específica de combater a execução ou algum ato do procedimento executivo. Trata-se, portanto, da chamada defesa heterotópica.

A doutrina nomeou o instituto de defesa heterotópica, dando ênfase à sua posição metodologicamente distinta das demais defesas utilizadas pelo executado. Seria a junção das palavras “hetero” e “tópico”, significando lugar diferente. Optou-se em denominar heterotópica essa defesa, pois as disposições relativas a essas diferentes ações manejáveis pelo executado e seus eventuais reflexos sobre a execução encontrarem-se em tópicos próprios, não inseridos no Livro II do Código de Processo Civil que trata do processo de execução³.

Essa ação de conhecimento autônoma de impugnação é uma forma de defesa baseada na relação de prejudicialidade jurídica externa existente entre ela e o processo de execução. Em outras palavras, o fundamento do instituto é a matéria a ser decidida na demanda autônoma ter o poder de prejudicar o curso da execução no caso de procedência total ou parcial.

De maneira geral, as espécies de defesas heterotópicas podem ser sistematizadas através de uma classificação voltada para as diversas possibilidades relacionais entre elas e a execução, como propõe Sandro Gilbert Martins⁴. Segundo a lógica do autor, (a) quanto ao momento do ajuizamento, a ação prejudicial pode ser antecedente (anterior à execução) ou incidente (quando já estiver tramitando a execução); (b) já no que tange ao efeito, poderá ser inibitório (obstáculo ao início da execução) ou suspensivo (impedimento do prosseguimento da execução); e, por fim, (c) referente ao objeto, ela poderá ser formal

¹ Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.

² Art. 475-J. (...). § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

³ MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas: Defesa Heterotópica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁴ Ibid. p. 245/246.

(combate ao título executivo propriamente dito) ou causal (ausência de direito material que ampare o título executivo).

O executado pode utilizar-se dessa forma de defesa para debater a pretensão executiva propriamente dita, ou até aspectos processuais relativos ao processo de execução. Na primeira hipótese (“ataque à pretensão executiva”), pode-se cogitar da ação em que se busca a declaração de que o crédito não existe (porque jamais foi constituído, porque já foi pago etc.) ou se tornou inexigível (p. ex., porque já está prescrita a pretensão). Exemplifique-se, ainda, com a ação promovida depois de já finalizada a execução, por meio da qual o executado, sustentando que o crédito inexistia, busca não apenas uma declaração nesse sentido, mas também reaver junto ao exequente o montante que lhe foi expropriado (repetição de indébito). Exemplo da segunda hipótese (“ataque a aspectos processuais”) tem-se quando ação autônoma é promovida para se apontar a nulidade da penhora e dos consequentes atos expropriatórios, sob o fundamento de que o bem constricto era impenhorável. Considera-se também a hipótese de ação destinada a impugnar a validade da hasta pública ou da alienação por iniciativa privada. Pode-se ainda exemplificar com a ação destinada a obter o reconhecimento de que o documento apresentado pelo executado não constitui título executivo – e assim por diante⁵.

Tais quais as outras espécies de defesa do executado anteriormente mencionadas neste trabalho, as ações impugnativas também podem questionar apenas parte da execução. Isso ocorrerá quando o executado/autor questionar somente parcela do crédito pretendido, e, por via de consequência, os reflexos do ajuizamento guardarão relevância apenas à parte questionada, como por exemplo, não será possível atribuir efeito suspensivo à execução como um todo, mas apenas quanto à parcela controversa.

Indo adiante, não se pode dizer de antemão o procedimento a ser seguido pela defesa heterotópica, uma vez que ele dependerá diretamente da própria natureza do meio empregado. Em outras palavras, o rito processual deverá ser aquele tipicamente previsto para a respectiva ação manejada pelo executado. Observe-se que a parte pode ajuizar uma ação anulatória ou declaratória, e, nesses casos deverá ser observado o procedimento comum ordinário ou o comum sumário, a depender do valor da pretensão, todavia, pode,

⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 530/531.

também, impetrar um mandado de segurança ou ajuizar uma ação rescisória, quando, nesses casos, a parte deverá seguir o rito especial respectivo.

Assim, é preciso ter em mente que a defesa heterotópica é uma forma atípica de o executado obstar a execução (processo ou fase) ou algum ato executivo. Trata-se de um meio autônomo de impugnação que pode seguir diversos ritos, a depender da ação ajuizada.

2 - Prejudicialidade

A questão prejudicial é uma espécie do gênero questão prévia. O processualista Olavo de Oliveira Neto, ao debruçar-se sobre o tema, definiu a questão prévia identificando como elemento principal a sua antecedência lógica e necessária para o julgamento da causa principal⁶. Ela é todo e qualquer fundamento de fato ou de direito, controverso, que seja antecedente lógico ao julgamento final da causa. Não se trata apenas de um pressuposto cronológico, mas também lógico ao julgamento da questão principal.

Passando a tratar diretamente sobre a natureza jurídica da questão prejudicial (espécie), historicamente, discutiu-se por muitos anos sobre esse aspecto em doutrina, e uma forte corrente substancialista acreditou que ela não passaria de um pressuposto fático de outra relação jurídica, como identificou José Carlos Barbosa Moreira⁷.

A mencionada corrente substancialista, todavia, não se presta a explicar suficientemente o fenômeno da prejudicialidade, tendo em vista que a referida teoria agasalha apenas as hipóteses de questões de direito material, não albergando as matérias exclusivamente processuais. Na esfera da relação de prejudicialidade, diversas são as vezes em que estaremos falando de questão unicamente de direito processual, razão pela qual a referida corrente não merece prosperar.

E não prosperou. A definição mais aceita entre os autores para a prejudicialidade em sentido lato é aquela que leva em conta a subordinação lógica, mostrando-se necessário o julgamento anterior da questão subordinante à questão subordinada. Segundo Rosalina Pinto da Costa Rodrigues, a prejudicialidade em sentido amplo ocorre quando uma questão deve ser lógica e necessariamente decidida antes de outra, porque sua decisão influenciará

⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por Prejudicialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 77.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. p. 38.

o próprio teor da questão vinculada. É a chamada prejudicialidade lógica, porque a relação de prejudicialidade é antes de tudo um processo lógico que se estabelece no raciocínio do magistrado⁸.

Essa definição, contudo, é bastante abrangente para explicar o fenômeno da prejudicialidade jurídica, uma vez que está fundada exclusivamente em critérios lógicos. Dessa maneira, as críticas quanto à aplicação prática dessa teoria que se apoia em critérios eminentemente lógicos, fizeram surgir outra teoria, majoritária em doutrina, segundo a qual, além da anterioridade lógica, a relação de prejudicialidade jurídica ocorrerá pela possibilidade de a questão prejudicial ser objeto de um processo, ação ou juízo autônomo⁹.

Em síntese, é possível dizer que haverá prejudicialidade (a) quando existir uma condição de subordinação lógica e jurídica entre duas questões, (b) no momento em que a solução da questão prejudicial seja potencialmente influente na questão prejudicada e (c) nas ocasiões em que seja possível a questão subordinada ser objeto de ação autônoma. Não basta haver uma relação condicional lógica e jurídica entre duas questões, na qual uma é capaz de influenciar diretamente a outra. É necessário, também, que a questão influenciada tenha aptidão para ser objeto de juízo autônomo.

Com relação à defesa heterotópica, a prejudicialidade é o canal que liga ela à execução. A prejudicialidade é responsável pelo fato de uma demanda de conhecimento afetar diretamente o resultado do processo de execução. Somente por meio dela é que se faz possível existirem as defesas heterotópicas em nosso sistema processual. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, além da independência ou autonomia no que tange ao aspecto procedimental, o elo que liga ações à execução é o da prejudicialidade. Esta relação lógica se traduz na necessária influência que o resultado destas ações terá sobre a execução, desde que julgadas parcial ou inteiramente procedentes. E aqui se fala em execução futura, execução concomitante ou execução já terminada¹⁰.

Nesse sentido, a autora Rosalina Pinto da Costa Rodrigues Pereira reconhece a importância fundamental da referida relação de subordinação para as defesas heterotópicas.

⁸ PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução por quantia certa contra devedor solvente*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 57.

⁹ Ibid. p. 60

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reflexões das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução*. In *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 724.

Tanto é verdade que em seu livro sobre o tema das defesas heterotópicas¹¹, a sobredita autora utiliza o termo “Ações prejudiciais à execução por quantia certa contra devedor solvente” para se denominar o instituto.

É possível concluir, portanto, que a defesa heterotópica é uma controvérsia de fato e de direito em relação à execução. Ou seja, ela é baseada na natureza prejudicial externa, e como tal, a sua decisão tem o atributo de subordinar o julgamento da questão prejudicada, determinado ato da execução ou a pretensão executiva propriamente. E sendo assim, a defesa heterotópica (a), é um antecedente lógico e jurídico ao julgamento final da execução, (b) sendo ela potencialmente influenciadora do resultado do processo prejudicado e (c) com autonomia suficiente para ser julgada em outro processo.

3 - Aspectos gerais sobre o cabimento das defesas heterotópicas

O cabimento da defesa heterotópica é, sem sombra de dúvidas, um ponto de suma importância, uma vez que diversos são os debates que envolvem a matéria e, sem falar, no constante e intenso choque de princípios que o instituto propicia. A efetividade processual entra em rota direta de colisão com o acesso à justiça. Justamente por isso, os juristas são ardorosos na defesa de suas posições, seja pelo cabimento amplo, seja pelo cabimento restrito.

O Código de Processo Civil regula de maneira indireta a possibilidade de o devedor utilizar-se de uma demanda judicial para discutir um débito representado através de título executivo. Essa conclusão se extrai do próprio art. 585, § 1.º, do Diploma processual¹², interpretado *a contrario sensu*, na redação que lhe foi imprimida pela recente reforma que vem sofrendo o Código de Processo Civil brasileiro (Lei 8.953/94). Nesse dispositivo, o próprio legislador faz alusão a “*qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo*”. Trata-se na verdade, de reconhecimento expresso, por parte do legislador

¹¹ PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. *Ações prejudiciais à execução por quantia certa contra devedor solvente*. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹² Art.585. (...) § 1oA propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

ordinário, do direito a que o devedor intente outras ações para discutir se deve ou não deve questionar o *quantum* da dívida¹³.

Além disso, cumpre destacar que a referida disposição legal não é a única que confere ao executado tal possibilidade. Afinal, o artigo 686, inciso V, do Código de Processo Civil¹⁴, bem como o artigo 38, da Lei de Execuções Fiscais¹⁵ também seriam fundamentos legais para o cabimento da defesa heterotópica em nosso modelo processual. Em suma, o nosso ordenamento apresenta no mínimo três fundamentos legais que permitem reconhecer essa forma de defesa heterotópica, a saber: o § 1.º do art. 585 e o inciso V, do art. 686, ambos do CPC, e o art. 38 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80)¹⁶.

A jurisprudência de nossos tribunais também vem caminhando no sentido de acolher a possibilidade do devedor ajuizar ações prejudiciais à execução. A interpretação que é feita ao mencionado dispositivo da lei processual é similar à realizada pela doutrina majoritária. O principal precedente sobre a matéria nas cortes de nosso país é o REsp 677.741/RS, julgado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki. No caso, o relator afirmou em seu voto que não existe obstáculo para que o devedor intente uma ação judicial com escopo de combater o título executivo, aliás, o que restou expresso na própria ementa do julgado¹⁷.

¹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reflexões das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução*. In Processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 723.

¹⁴ Art. 686. Não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que conterá: V - menção da existência de ônus, recurso ou causa pendente sobre os bens a serem arrematados.

¹⁵ Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

¹⁶ MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas: Defesa Heterotópica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 241

¹⁷ PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL E AÇÃO ANULATÓRIA DO DÉBITO. CONEXÃO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO EXEQÜENDO SEM GARANTIA DO JUÍZO. INVIÁVEL. 1. 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 (CPC, art. 585, § 1º), 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, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede, outrossim, que o devedor se antecipe à execução e promova, em caráter preventivo, pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional. 2. Ações dessa espécie têm natureza idêntica à dos embargos do devedor, e quando os antecedem, podem até substituir tais embargos, já que repetir seus fundamentos e causa de pedir importaria litispendência. 3. Para dar à ação declaratória ou anulatória anterior o tratamento que daria à ação de embargos, no tocante ao efeito suspensivo da execução, é necessário que o juízo esteja garantido. 4.

Existe uma preocupação por parte de alguns juristas no que diz respeito ao cabimento das defesas por meio de ação autônoma de conhecimento, em razão de entenderem que a efetividade do processo estaria maculada diante de mais esse instrumento defensivo conferido ao executado. Para eles, a utilização desse expediente violaria o princípio da celeridade, pois não passaria de mais uma forma de protelação.

Pondera, portanto, Rafael de Oliveira Rodrigues, em artigo sobre o abuso do processo por meio da defesa heterotópica, que o legislador sabe da finalidade da defesa do executado e que ela não pode inviabilizar o 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 deles¹⁸.

Ouso divergir, todavia, do pensamento acima elucidado. Entendo que o ponto de vista adequado para observar o instituto da defesa heterotópica é aquele que a vê como uma ação autônoma de conhecimento. Ou seja, antes de defesa, ela é uma ação judicial como qualquer outra, e como tal, é corolário da garantia constitucional do acesso à justiça. Senão vejamos.

Por ser vedada, em regra, a autotutela, quando alguém sofre dano proveniente de ato ilícito, somente o Estado poderá exercer a defesa dos seus direitos através de uma tutela jurisdicional, tendo em vista ser ele o detentor do monopólio da força. Para tal, a legislação previu o direito de ação, entendido ela como a forma de provocar a jurisdição. A única saída para proteger-se de qualquer espécie de injustiça em sociedade, em regra, é através de uma tutela jurisdicional, que apenas será concedida quando solicitada pela parte.

Partindo da premissa acima elaborada, sempre existirá o direito de agir por parte do autor de uma demanda judicial, salvo nas hipóteses em que a sua pretensão, em tese, não preencher os requisitos das condições da ação. E isso é de suma importância, visto que o

Inexistindo prova da garantia, é inviável a suspensão da exigibilidade do crédito exequendo. 5. Recurso especial a que se nega provimento¹⁷.

¹⁸ RODRIGUES, Rafael de Oliveira. *O Abuso do Processo por Intermédio da Defesa Heterotópica*. Disponível em < http://www.redp.com.br/arquivos/redp_8a_edicao.pdf >. Acesso em 30 outubro. 2012. p. 862.

princípio do acesso à justiça é garantia inviolável do nosso Estado Democrático de Direito¹⁹.

Assim como é possível sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito na esfera extraprocessual, não se pode negar que também seja possível suportá-la no âmbito do processo. Se alguma pessoa é inscrita indevidamente nos cadastros de inadimplentes, a ela cabe ajuizar uma ação judicial, assim como, da mesma forma caberia ao executado ou potencial executado quando entender lesado ou ameaçado. Portanto, não seria razoável alijar alguém do direito de ação, que é conferida a todos, indistintamente.

E esse raciocínio não é novo. Ajuizar demanda autônoma de conhecimento contra ato judicial é bastante comum na prática forense. Quando o relator de um agravo de instrumento determina a sua conversão em agravo retido (CPC art. 522, inciso II), por exemplo, por não ser cabível qualquer recurso contra essa decisão, resta à parte como remédio processual o mandado de segurança contra a decisão do desembargador, por ter sido violado o direito da parte agravante de ver o seu recurso de agravo julgado imediatamente e não como preliminar de apelação.

É importante destacar, ainda, que, a ação impugnativa de execução não é apenas um exercício do contraditório e da ampla defesa. É, além disso, o exercício da garantia constitucional do direito de agir (CF art. 5º, inciso XXXV)²⁰. Como se viu, a ação judicial é meio típico em sociedade para a defesa dos direitos, motivo pelo qual, limitar *a priori* o cabimento seria dizer que a parte, frente a uma injustiça, não terá instrumento hábil a se proteger e deverá suportá-la com todo o vigor que ela tem.

No mesmo sentido, segundo o processualista Sandro Gilbert Martins, reconhecer que é possível o executado defender-se através de outras ações autônomas e prejudiciais que não os próprios embargos à execução, além de representar corolário da garantia constitucional da ação e do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), decorre, entre outras coisas, da natureza jurídica formal de ação que esse “remédio” possui²¹.

Apesar disso, o Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS nº 166 de 2010) previa, na sua redação original, no artigo 839, § 2º que “*A ausência de embargos obsta à*

¹⁹NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*: Processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 171

²⁰ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²¹ MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas*: Defesa Heterotópica. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 239.

propositura de ação autônoma do devedor contra o credor para discutir o crédito.”²² Ou seja, caso o novo Código fosse aprovado com a redação do referido dispositivo da maneira em que foi proposta, a defesa heterotópica estaria fadada à proibição quando ultrapassado o prazo dos embargos de executado. Ao menos, infraconstitucionalmente.

Ocorre que, por se tratar de garantia constitucional, inviolável, indisponível e irrevogável, o acesso à justiça não poderia ser limitado por simples lei ordinária. Mesmo que viesse a ser aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, tal dispositivo não seria válido, por ser inconstitucional. O processualista Humberto Theodoro Júnior, comentando o referido projeto, afirma que a redação do que seria o §2º, do artigo 839 seria uma verdadeira barbaridade, que atinge as raias da inconstitucionalidade, em virtude da violação ao direito de ação (direito de acesso à justiça) àquele que não embargar a execução nos quinze dias da lei²³.

De maneira genérica, é possível compreender que a doutrina e a jurisprudência entendem serem perfeitamente cabíveis as medidas heterotópicas. O receio de que o instituto venha a ser mais um meio protelatório a obstaculizar a entrega da tutela jurisdicional não deve servir de fundamento a impedir o acesso de outrem à proteção da jurisdição.

A utilização de um meio processual não vedado com o objetivo de alcançar uma finalidade legítima deve ser aceito. Dizer de antemão que a defesa heterotópica é mais um meio de protelação é presumir a má-fé do executado, e assim, alijá-lo de um instrumento bastante eficaz para proteção de seus direitos seria um exagero. Eventual controle deve ser realizado *a posteriori* pelo magistrado, debruçando-se sobre o contexto processual, aplicando, ao caso, as punições previstas para o abuso do direito processual.

Com as proposições elaboradas até então, não se pode dizer de antemão que a defesa heterotópica será cabível em qualquer tempo e em face de qualquer título executivo. Essas questões serão melhor analisadas adiante. De toda forma, a perspectiva ora apresentada, da defesa heterotópica como uma ação de conhecimento como qualquer outra, albergada pela garantia constitucional do acesso à justiça, será importante para realizar uma apreciação profunda nas próximas páginas.

²² Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 30 outubro. 2012.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Primeiras observações sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100818125042.pdf>. Acesso em 30 outubro, 2012.

4 - Cabimento quanto à modalidade do título executivo

O legislador optou por realizar uma dicotomia entre os títulos executivos, criando duas espécies distintas, quais sejam, os títulos judiciais e os títulos extrajudiciais. Conseqüentemente, previu-se, também, procedimentos executivos distintos para os processos fundados em cada uma dessas espécies. Isso porque preferiu-se proteger juridicamente de forma distinta essas duas espécies de títulos, de acordo com o nível de presunção de certeza de cada um deles.

Os títulos judiciais, porque produzidos com contraditório (*e.g.* sentença arbitral) ou com a aquiescência do devedor (*e.g.* confissão de dívida), ostentam um maior grau de certeza do que os extrajudiciais em geral, que residem em negócios realizados entre as partes e por isso estão sempre expostos aos vícios desses negócios (nulidades, vícios do consentimento *etc.*). Em razão disso, é menor a amplitude das defesas possíveis nas execuções fundadas em títulos judiciais e maior, quando fundadas em títulos extrajudiciais²⁴.

O rito para as execuções de título judicial é bem mais doloroso ao executado que o das execuções de título extrajudicial. Basta citar como exemplo que, no caso do primeiro, o executado é intimado para pagar no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10%, e somente poderá defender-se após lavrado o termo de penhora (CPC art. 475-J, § 1º), enquanto no segundo, o executado é citado para pagar no prazo de 3 dias ou nomear bens a penhora (CPC art. 652), podendo apresentar os embargos no prazo de 15 dias, independente de garantia do juízo (CPC art. 738).

Portanto, no que diz respeito aos títulos executivos extrajudiciais, não se tem muitas dúvidas. Existe um significativo grau de incerteza do crédito constante do título, visto que se tratam de créditos expressos em títulos crédito, contratos assinados por testemunhas, confissões de dívida *etc.*, embora haja a presunção relativa de certeza conferida por lei. Em doutrina, os autores costumam concordar com a idéia de que o meio heterotópico deve ser aceito como uma forma de defesa do executado para as hipóteses de execução por título executivo extrajudicial. Segundo o entendimento de Leonardo Carneiro Cunha, tratando-se

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 4. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 220

de execução fundada em título extrajudicial, o executado, como se viu, pode defender-se por embargos à execução ou por exceção de pré-executividade. Além desses tipos de defesa, pode o executado intentar ações autônomas, que não são incidentais à execução, embora lhe sejam prejudiciais²⁵.

Nessa mesma trilha, a jurisprudência de nossos tribunais têm acompanhado esse pensamento. O Superior tribunal de Justiça, por exemplo, reconheceu o cabimento de ação revisional como forma de defesa do executado em sede de execução de título executivo extrajudicial no julgamento do REsp nº 80385/SC, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha²⁶.

No que diz respeito ao cabimento da defesa heterotópica com relação aos títulos judiciais, a questão é bem disputada. Isso porque os títulos em questão, em sua maioria, teriam sido constituídos diante do contraditório, como é caso das sentenças, dos formais de partilha, dos acordos homologados ou tiveram a aquiescência do executado. Dessa forma, a segurança quanto à certeza do título, na hipótese, é consideravelmente maior.

O processualista Fredie Didier Junior, na edição de 2012 de seu curso sobre a execução, incluiu um capítulo novo para tratar da defesa do executado por meio de ações autônomas. Sobre o assunto, o autor admite o seu cabimento apenas quanto aos títulos extrajudiciais, levando em consideração o caráter escasso da possibilidade de se rever um título judicial. Segundo ele, o tema adquire grande relevância na execução de títulos extrajudiciais, já que a possibilidade de revisão de títulos judiciais é escassa²⁷.

Todavia, embora o título executivo judicial possa estar abraçado pela coisa julgada ou qualquer outra forma de imutabilidade, ainda restariam inúmeras hipóteses para o cabimento da defesa heterotópica. Observe-se, exemplificativamente, que a ação rescisória é prevista especificamente para rescindir a sentença transitada em julgado (CPC art. 485, *caput*), que a lei de arbitragem prevê o cabimento de ação anulatória contra a sentença

²⁵ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. As defesas do executado. In *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007. p. 645- 662.

²⁶ “SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CONCOMITÂNCIA DE AÇÃO ORDINÁRIA REVISIONAL. DECRETO-LEI N.º 70/66.70. 1. A discussão, em ação ordinária revisional, a respeito dos valores das prestações objeto da dívida executada torna o crédito controverso, impedindo a execução extrajudicial. 2. O trânsito em julgado da ação ordinária interposta pela ora Recorrente, reformando a sentença que lhe era desfavorável, demonstra a inexigibilidade do crédito e a ilegitimidade da execução. 3. Recurso parcialmente conhecido e provido.” (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 80385/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19/05/2003, DJ 09/06/2003).

²⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie et al...Curso de Direito Processual Civil. vol. 5. 4ª ed.. Bahia: Juspodvim, 2012. p. 401.

arbitral (Lei Federal 9.307/96, art. 33), sem contar com outras diversas circunstâncias não tão comuns à prática forense, como o manejo de uma ação declaratória de inexistência de sentença viciada pelo descumprimento dos requisitos do artigo 458 do Código de Processo Civil.

Conforme o entendimento de Eduardo Talamini e de Luiz Rodrigues Wambier, na hipótese de se tratar de título judicial, pode haver uma significativa redução das matérias veiculáveis em ação autônoma do (suposto) devedor. No mais das vezes, o título executivo judicial é ato protegido pela coisa julgada (ou por autoridade equivalente à coisa julgada, como o caso da sentença arbitral). Todas as matérias já acobertadas pela coisa julgada não poderão ser discutidas na ação autônoma do devedor. Mas isso não afasta por completo a possibilidade de ações do (suposto) devedor prévias à execução²⁸.

Frente à perspectiva da defesa heterotópica como um exercício do direito fundamental constitucionalmente garantido de agir (CF art. 5º, inciso XXXV), a sua utilização não pode estar adstrita apenas aos débitos constantes de títulos executivos extrajudiciais. A lesão ou ameaça de lesão a direito, como já foi explicitado, pode ocorrer diante de qualquer espécie de título. Não se mostra, portanto, razoável impedir, *a priori*, o cabimento da ação de conhecimento impugnativa de título executivo judicial.

As defesas heterotópicas, portanto, devem ser admitidas como forma abstrata de defesa do executado em ambas as espécies de títulos executivos. Como se pode ver acima, as injustiças não estão restritas às execuções por título extrajudicial, havendo diversas hipóteses da sua ocorrência quando de execução por título judicial. Do contrário, não haveria motivo para que o legislador positivasse, por exemplo, a ação rescisória ou a ação anulatória de arbitragem.

5 - Cabimento quanto ao momento da propositura

Diante das inúmeras divergências existentes sobre o cabimento da defesa heterotópica quanto ao momento da sua propositura, a fim de melhor organizar o estudo, a sua análise será dividida em cabimento da ação autônoma prejudicial (a) antes de instaurada a execução, (b) durante a execução, mas antes do prazo da defesa típica, (c) durante a

²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 532.

execução e após o prazo da defesa típica e, por último, (d) após a sentença que extingue a execução.

5.a - Defesa heterotópica antes de instaurada a execução

Sobre o cabimento da medida antes do início da execução, os tribunais manifestam-se claramente no sentido da sua aceitação, tendo em vista que a ausência de um procedimento judicial executivo não pode impossibilitar que o potencial executado utilize um meio defensivo. Entendem, então, os magistrados que o executado não seria obrigado a aguardar o início da execução para defender-se, podendo fazê-lo através de uma ação autônoma de conhecimento.

Nesse sentido, é importante destacar o precedente do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que deixa explicitada a possibilidade de o futuro executado antecipar-se à execução com uma ação de conhecimento para destituir o crédito constante do título²⁹.

O objetivo precípuo da ação de conhecimento seria modelar os ditames da execução. Aquilo que for decidido na defesa heterotópica condicionará a execução a ser instaurada. Teresa Wambier esclarece que quando se está diante de uma ação em que o devedor discute se deve ou o quanto deve, proposta e terminada antes que a execução seja instaurada, molda-se a execução em função do que tenha sido decidido na ação de conhecimento, ou pode ainda ocorrer que a execução fique mesmo prejudicada, porque se venha a decidir que não há débito³⁰.

5.b - Defesa heterotópica ajuizada durante a execução, mas antes do prazo da defesa típica

²⁹ PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL. AJUIZAMENTO ANTERIOR DE AÇÃO DE CONHECIMENTO RELATIVA AO MESMO TÍTULO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. ARTS. 265, IV, a, 585, § 1º E 791, CPC. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. - A ação de conhecimento ajuizada para rever cláusulas de contrato não impede a propositura e o prosseguimento da execução fundada nesse título, notadamente se a esta faltam a garantia do juízo e a oposição de embargos de devedor. (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 373742/TO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 05/06/2002, DJ 12/08/2002).

³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reflexões das ações proceduralmente autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução*. In Processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 724/725.

Quanto ao cabimento da defesa heterotópica depois de iniciada a execução, mas antes do prazo para a apresentação da defesa típica, os julgados afirmam ser perfeitamente cabível, em razão do mesmo raciocínio anteriormente utilizado. Assim como na hipótese de defesa heterotópica antes da execução, nesse caso, o executado não está obrigado a aguardar o prazo da defesa típica para que pudesse apresentar as suas razões.

No entanto, na hipótese, conforme posicionamento majoritário da comunidade jurídica, a demanda autônoma de conhecimento fará as vezes de defesa típica. Ou seja, em sede de execução de título extrajudicial, por exemplo, a ação de conhecimento será tratada como se embargos de executado fosse. Essa é uma decorrência da interpretação analógica que é feita da defesa heterotópica com relação aos embargos do executado pela jurisprudência dos tribunais.

E essa lógica foi perfeitamente aplicada nos REspS 435.443³¹ e 486.069³², de relatoria dos Ministros Barros Monteiro e Aldir Passarinho Júnior, respectivamente.

Nesse sentido, Leonardo Carneiro Cunha, em artigo sobre as defesas do executado, afirma que a ação autônoma de impugnação deverá ser recebida como embargos do devedor, cogitando-se até a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo à execução, estando o juízo devidamente garantido³³.

Daí a dizer que tendo sido apresentada a defesa heterotópica, não mais teria a parte o direito de embargar, tendo em vista que ela já teria manifestado a sua defesa. Os embargos seriam, na verdade, apenas uma oportunidade emendar a petição inicial da ação autônoma de conhecimento, incluindo, eventualmente, fundamento superveniente.

Acontece que, para receber a defesa heterotópica como embargos à execução, importaria entender que existe litispendência entre elas. Para que se impeça a utilização de um meio em detrimento de outro, somente poderia proceder na hipótese de serem

³¹ EXECUÇÃO. SUSPENSÃO. AJUIZAMENTO PELO DEVEDOR DE AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. APROVEITAMENTO COMO EMBARGOS. - A ação revisional de contrato, cumulada com anulatória de título, segundo a jurisprudência do STJ, deve receber o tratamento de embargos à execução, com as conseqüências daí decorrentes. Recurso especial não conhecido. (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 435443/SE, rel. Min. Barros Monteiro, j. 05/08/2002, DJ 28/10/2002).

³² PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. S.F.H. AÇÃO REVISIONAL PROPOSTA APÓS. SUSPENSÃO DO PRIMEIRO PROCESSO APÓS A PENHORA. CABIMENTO. CPC, ART. 585, § 1º. EXEGESE. I. Fixa-se o entendimento mais recente da 4ª Turma em atribuir à ação revisional o efeito de embargos à execução, de sorte que, após garantido o juízo pela penhora, deve ser suspensa a cobrança até o julgamento do mérito da primeira. II. Recurso especial não conhecido. (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 486069/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 02/02/2004, DJ 08/03/2004).

³³ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. As defesas do executado. In *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007. p. 645- 662.

compreendidas como ações idênticas, o que, notadamente, não posso concordar. A litispendência somente configura-se quando duas ou mais ações são idênticas, e por identidade, entende-se mesmas partes, causa de pedir e pedido, conforme artigo 301, § 1º, do Código de Processo Civil. O objetivo da norma foi evitar a utilização sistemática de ações judiciais iguais, haja vista ser desnecessário que a jurisdição diga o mesmo mais de uma vez, correndo até o risco de existirem decisões conflitantes.

E essa também é a opinião de Teresa Arruda Wambier. Para a referida processualista, a defesa heterotópica seria plenamente cabível, desde que não tenha havido embargos com o mesmo objeto (ou desde que estes embargos não estejam em curso), sob pena de haver litispendência ou coisa julgada, como pressupostos processuais negativos³⁴.

Portanto, para que seja possível aplicar o instituto da litispendência para as hipóteses em que for ajuizada a ação impugnativa durante a execução e antes dos embargos é preciso aprofundar-se no caso concreto e observar o objeto das demandas. Mostra-se cogente uma análise casuística da similitude de partes, causa de pedir e pedido entre a ação autônoma prejudicial à execução e os embargos do executado.

5.c - Defesa heterotópica ajuizada durante a execução e após o prazo da defesa típica

Já o terceiro foco de análise, do cabimento após o prazo da defesa típica, envolve um embate bastante acalorado. Parte dos processualistas vê a questão como sendo direcionada às condições da ação, já outros enxergam o debate como sendo um ponto relativo à discussão sobre a extensão dos efeitos da preclusão.

A primeira corrente afirma que careceria o autor da defesa heterotópica do devido interesse processual. Conforme alguns, a parte teria eleito uma via inadequada para a tutela jurisdicional pretendida. Somente a defesa típica, que foi prevista por lei especificamente para a realização da atividade defensiva na execução é que teria o condão impugnativo. Luiz Fux, processualista, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça e atual do Supremo

³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Reflexões das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução*. In Processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 724.

Tribunal Federal, assim entende, conforme é possível observar a partir do julgamento REsp nº 940314/RS³⁵

Um dos autores mais enfáticos no tema é Paulo Hoffman, que expõe com bastante clareza o seu entendimento no artigo intitulado “*Consequências da perda do prazo para interposição dos embargos à execução. Será o executado o único litigante diferenciado de todos os demais?*” Para o referido autor, não haveria motivo justificável para que um devedor que é regularmente citado em um processo de execução para efetuar o pagamento da dívida no prazo de 3 dias e que simplesmente nada faz, poder, posteriormente, ajuizar sua “defesa” por meio de ação autônoma, quando melhor lhe convier³⁶.

E prossegue ele indagando se seria realmente lógico deixar um processo de execução correr com todo o custo que esse desperdício de jurisdição representa, para que, quando bem entender, o executado ajuíze outra ação, na qual – aí sim – se dignará a apresentar suas alegações, mesmo que o faça anos depois e como repetição de indébito. Segundo o referido autor, não faz sentido que um devedor que tem contra si um título já formado escolha a melhor hora para apresentar-se em juízo, enquanto o próprio credor tem prazo fixo e certo para fazê-lo³⁷.

Contudo, essa lógica remete diretamente ao velho e conservador “*mito dos embargos*”, que, segundo Cândido Rangel Dinamarco foi o responsável pela resistência dos tribunais a aceitar, além dos embargos do executado, alguma outra espécie de iniciativa processual com a qual fosse possível questionar o direito posto em execução –

³⁵ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL EMBARGADA. AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL. INTERESSE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. A propositura de ação declaratória incidental à execução fiscal já embargada denota o descabimento da impugnação autônoma por ausência de interesse de agir; mercê do descabimento da mesma em processo satisfativo onde não haverá definição de direitos. (...) 4. In casu, (i) a devedora, após o manejo de embargos à execução fiscal, ajuizou ação declaratória incidental, aduzindo a nulidade da CDA, em virtude de erro matemático na elaboração da conta e por inobservância dos requisitos previstos no artigo 202, do CTN; e (ii) os citados embargos à execução, opostos pela executada antes de garantida a execução, pugnam pelo seu direito à compensação de créditos e à impossibilidade de cobrança da multa, de juros pela Taxa SELIC, da cumulação de multa com juros de mora e do encargo de 20% do Decreto-Lei 1.025/69. 5. A inadequação do instrumento processual eleito (“ação declaratória incidental”), que pretende a anulação do título executivo que embasa a execução fiscal, denota a falta de interesse de agir, razão pela qual se impõe a extinção do feito sem resolução de mérito, ex vi do disposto no artigo 267, VI, do CPC, revelando-se escorreita a sentença que indeferiu liminarmente a inicial com espeque no artigo 295, III, do Codex Processual. 6. Recurso especial desprovido. (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 940314/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 24/03/2009, DJe 27/04/2009).

³⁶ HOFFMAN, Paulo. *Consequências da perda do prazo para interposição dos embargos à execução. Será o executado o único litigante diferenciado de todos os demais?* . In *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007. p. 676- 688.

³⁷ Ibid. p. 679/680.

especialmente quando a propositura de uma demanda por esse sujeito fosse posterior ao prazo para embargar. Predominava a idéia de que fora dos embargos não há salvação³⁸.

Entendo que a falha está em compreender os embargos como uma espécie de contestação. O instituto não está adstrito ao ônus da impugnação específica dos fatos, nem demais circunstâncias próprias da resposta do réu no módulo processual de conhecimento. Entretanto, alguns autores querem compreender a situação pós-embargos similarmente à circunstância pós-contestação, o que, evidentemente, está equivocado.

A falta de interesse de agir pela utilização da via inadequada da defesa heterotópica após o prazo dos embargos não é um argumento que se coaduna com o nosso sistema processual. Limitar esse direito significa ferir de morte a garantia constitucional do direito de ação, uma vez que, em não se podendo utilizar desse expediente após o referido prazo, nada mais poderá salvar a parte de qualquer lesão ou ameaça de lesão que possa sofrer ou estar sofrendo.

Além disso, a lei processual em nenhum artigo sequer proibiu a utilização desse meio de defesa de direitos, muito pelo contrário, permite, conforme dicção do artigo 585, § 1º, como já anteriormente mencionado neste trabalho.

Ademais, se não se pode mais utilizar os embargos e, nesses casos, a defesa heterotópica não for o meio processual adequado, então qual será? Não se pode dizer que a parte teria utilizado meio processual inadequado por eleição de via equivocada se o ordenamento não confere à parte qualquer outro instrumento processual que possa albergar a sua pretensão. Não pode o ordenamento jurídico simplesmente não prever para um litigante algum instrumento processual que lhe proteja diante de uma lesão ou ameaça de lesão.

Isso sim é que seria fazer do executado o único litigante diferenciado de todos os demais. A prescrição é um instituto que recai especificamente sobre pretensão material da parte. Não recai sobre o interesse de agir, tanto é verdade que a prescrição é hipótese de sentença com resolução do mérito, como manda o artigo 269 do Código de Processo Civil. Como fenômeno do direito material, a prescrição poderia ser apta a atentar contra a pretensão material do autor da demanda heterotópica, não contra o interesse processual. Isso, sem contar com o fato de que em lugar algum do ordenamento está dito que o prazo

³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 4. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 718.

da defesa típica representaria alguma espécie de marco prescricional ou decadencial, motivo pelo qual não se pode interpretar dessa forma o instituto.

No que tange à equivocada maneira de entender os embargos como sendo contestação, alguns processualistas querem que os efeitos da revelia sejam aplicados ao caso. Para que se possa pensar dessa forma, é preciso entender que após o sobredito prazo, todas as demais matérias não arguidas por meio dos embargos estariam envenenadas pela preclusão.

Entendo, todavia, que não se pode concluir pela aplicação da preclusão após o prazo da defesa típica, tendo em vista o seu efeito meramente endoprocessual. Em outras palavras, a preclusão não gera efeitos para fora do processo, e, conseqüentemente, não tem força para obstar o cabimento de qualquer ação autônoma de conhecimento. Para Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier, com a não oposição dos embargos ou de impugnação ao cumprimento, haverá apenas a preclusão da faculdade de exercício dessas duas formas de ação incidental de defesa do executado (embargos e impugnação). A preclusão é fenômeno interno ao processo em que ela opera. Não gera efeitos externos ao processo em que se deu. Sob esse aspecto, a preclusão é diferente da coisa julgada. E, no caso, não há dúvidas de que cabe falar apenas em preclusão, e não de coisa julgada. Essa última sempre recai sobre uma sentença de cognição exauriente de mérito – o que obviamente não se tem no mero decurso do prazo para interposição de embargos ou impugnação ao cumprimento de sentença³⁹.

Apesar da indecisão dos tribunais, a maioria dos julgados são contrários à admissibilidade da defesa heterotópica após o transcurso do prazo para embargar, como foi possível perceber diante do sobrecitado julgamento do REsp nº 940314/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Apesar disso, há um precedente contrário no próprio Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Athos Gusmão Carneiro, quando compunha a 4ª Turma⁴⁰.

³⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 533.

⁴⁰ PROCESSO DE EXECUÇÃO. PRECLUSÃO 'PRO JUDICATO'. COISA JULGADA MATERIAL INEXISTENTE. INOCORRE PRECLUSÃO, E PORTANTO A VALIDADE E EFICACIA DO TITULO 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 MERITO. INEXISTENCIA DE COISA JULGADA MATERIAL, E DA IMUTABILIDADE DELA DECORRENTE. AGRAVO REGIMENTAL REJEITADO. (STJ, 4ª Turma, Agravo Regimental no Agravo nº 8089/SP, rel. Min. Athos Carneiro, j. 23/04/1991, DJ 20/05/1991).

Cumpra esclarecer, por último, que a defesa heterotópica merece cabimento após o prazo dos embargos exclusivamente nas hipóteses em que esses (i) não foram oferecidos ou (ii) não foram julgados em seu mérito, (iii) sem prejuízo da demanda por fundamento superveniente. Isso porque, do contrário, a coisa julgada da decisão dos embargos abraçaria todos os fundamentos que a parte apresentou e os que poderia ter apresentado. Trata-se da eficácia preclusiva da coisa julgada, consagrada no artigo 474 da lei processual⁴¹.

5.d - Após a sentença que extingue a execução

Sobre o cabimento da defesa heterotópica após a sentença que extingue a execução, cumpre esclarecer que deve ser somado tudo o que foi dito até então, devido ao fato de que para compreendermos cabível a defesa heterotópica após a sentença que extingue a execução, é preciso entender cabível nas demais situações também. Ou seja, para que seja cabível a ação prejudicial após a execução, é cogente concordar que não existe obstáculo ao seu manejo nas demais hipóteses anteriormente abordadas. Trata-se de um pensamento gradual.

Indo adiante, no que diz respeito, especificamente, ao cabimento da ação autônoma de impugnação à execução após a sentença executiva, há uma barreira a ser enfrentada peculiar aos demais pontos trabalhados até então. Trata-se de sabermos se a sentença que extingue a execução faz coisa julgada ou não, e assim, se pode ser revista por meio de ação autônoma.

A coisa julgada é uma característica das sentenças de mérito, em razão do pressuposto da segurança jurídica. Ela representa a imutabilidade do provimento jurisdicional definidor de direitos. A sentença é lei perante as partes, e como tal, somente pode ser modificada em situações extraordinárias, devido ao clássico choque com o princípio de justiça. A imutabilidade das decisões é uma característica fundamental para estabilização processual, e conseqüentemente, diminuir as inúmeras contingências que possam aparecer às partes em litígio. Justamente por esse fato é que a doutrina realça a importância de se atribuir esse predicado às sentenças de mérito.

⁴¹ Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

A coisa julgada é instituto jurídico que integra o conteúdo do direito fundamental à segurança jurídica, assegurado em todo estado democrático de direito. Dessa forma, é garantido ao jurisdicionado que a decisão final de mérito dada à sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada – seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário. A coisa julgada não é instrumento de justiça, frise-se. Não assegura a justiça das decisões. É, isso sim, garantia da segurança, ao impor a definitividade da solução judicial acerca da situação jurídica que lhe foi submetida⁴².

Paralelamente, a execução judicial está baseada no paradigma da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo. Nessa toada, o princípio do desfecho único é o volante do módulo processual executivo, já que todo processo que terminar sem a entrega tutela que pede o exequente será um resultado processual anômalo. Portanto, o processo executivo não demanda do Juízo uma apreciação final meritória, solucionando uma dúvida sobre fato e/ou direito, como é necessária no módulo processual de conhecimento. A sentença que extingue a execução não tem o que decidir, mas apenas determinar o fim de uma fase processual. E exatamente por isso que o provimento judicial que termina a execução chama-se sentença, exclusivamente por dar fim a uma fase do processo.

Diante disso, é inegável concluir que a sentença que extingue a execução não faz coisa julgada. Em outras palavras, essa é uma decisão que não aproveita a característica de imutabilidade. Liga-se, assim, a coisa julgada às declarações de vontade concreta da lei formuladas pelo órgão judicial nas soluções dos litígios. É fato que só ocorre no processo de cognição, pois só nele é que a tutela jurisdicional consiste em sentenças definidoras do direito da parte. No processo de execução, a atividade do juiz é material, prática, consistente em tornar efetivo um direito declarado antes do próprio processo executivo⁴³.

Ultrapassado isso, observa-se que majoritariamente em doutrina é aceita a defesa heterotópica após a sentença da execução. Trata-se apenas de uma aplicação lógica do exposto sobre o efeito exclusivamente endoprocessual da preclusão e a mutabilidade da sentença que determina o fim da execução. Diante desses pressupostos, inexistente óbice para que as ações autônoma de conhecimento sejam utilizadas com a finalidade de atacar a

⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie et al...*Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2. 10ª ed.. Bahia: Juspodvim, 2008. p. 407/408.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 26ª ed. São Paulo: Livraria Universitária de Direito, 2009. p. 513.

execução já finda. Ressalte-se que nesses casos o executado poderá ainda pedir a repetição do indébito.

Asseveram nesse sentido os autores Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier. Para eles, a sentença que extingue a execução por haver sido satisfeito o crédito não faz coisa julgada em relação à existência de tal crédito nem tampouco acerca da validade do procedimento que está ali se encerrado. Não se trata de uma sentença cognitiva de mérito. Bem por isso, o executado, mesmo depois de encerrada por sentença a execução, poderá propor demanda pleiteando o reconhecimento da inexistência do crédito ou a invalidade dos atos processuais e pedir a restituição do que foi entregue ao exequente às suas custas⁴⁴.

Sendo assim, como foi possível perceber, outra conclusão não se pode ter a não ser a de que o manejo da defesa heterotópica após a sentença que dá fim à execução é completamente possível em nosso modelo processual, diante da inexistência de coisa julgada e em valorização à garantia constitucional do direito de ação.

6 – Conclusão

A garantia de um direito de defesa amplo ao executado é medida de extrema importância para o direito processual civil brasileiro. Possibilitar que o executado tenha ciência e manifeste-se sobre os atos processuais praticados é a melhor forma de impedir injustiças perpetradas diante da jurisdição executiva. Somente assim o processo poderá alcançar um resultado adequado à verdade material.

Sem sombra de dúvidas, a execução é o verdadeiro palco para a efetivação dos direitos ou ditos direitos, sendo a coerção o principal instrumento da jurisdição. Justamente por esse fato, uma execução infundada representa uma injustiça expropriatória, o que é amplamente repugnado. Tanto é que, há muito tempo, a doutrina, já defende a própria utilização de meios defensivos endoprocessuais, para que se impeça o prosseguimento de execuções sem fundamento.

Baseado na importância da defesa do executado como um meio de bloqueio de injustiças processuais, a prática desenvolveu um instrumento curioso, denominado de defesa heterotópica. Estamos nos referindo a uma ação prejudicial à execução ajuizada

⁴⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 534.

pelo executado, e com isso, passível de influenciar o resultado da demanda de execução. É, portanto, mais um instrumento processual defensivo à disposição do executado.

Ocorre que, antes mesmo de ser uma defesa, ela é uma ação, e como tal, o seu exercício é garantido constitucionalmente (Constituição Federal art. 5º, inciso XXXV). Em outras palavras, o executado utiliza-se do direito de ação como uma forma de defender-se de um ato injusto contra si, tal qual qualquer pessoa comum que ajuíza uma demanda em razão de lesão ou ameaça de lesão a direito. Para que se possa dizer que o executado terá direito a ação, bastaria estar demonstrado o preenchimento das condições da ação e nada mais.

Visto dessa forma, e não como apenas um substitutivo dos embargos ou qualquer outro meio de defesa tipicamente previsto, a defesa heterotópica é um direito garantido pela própria Carta de 1988. Sendo assim, ela não pode ser retirada do ordenamento processual por meio de uma simples mudança do Código de Processo Civil, sob pena de reputar-se inconstitucional a disposição infraconstitucional que assim determinar.

Cumprido esclarecer, por fim, que permitir a utilização da defesa heterotópica e dar-lhe máxima eficácia é apenas garantir um instrumento de consecução de direitos. O executado somente logrará êxito se realmente tiver o direito alegado. Não há razões para temor, tendo em vista que dar ao executado a oportunidade de proteção não significa, *a priori*, postergar a entrega da tutela material pretendida pelo exequente.

A defesa heterotópica é, portanto, medida que só vem a engrandecer o processo civil pátrio, já que representa um instrumento de barreira às injustiças perpetradas pela via processual. E, afinal, não há nada pior em um modelo democrático, do que uma intervenção estatal injusta, como, por exemplo, uma execução judicial infundada.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 30 outubro. 2012.

DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. As defesas do executado. In Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.

- DIDIER JÚNIOR, Fredie et al...Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. Bahia: Juspodvim, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie et al...Curso de Direito Processual Civil. vol. 5. Bahia: Juspodvim, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. vol. 4. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HOFFMAN, Paulo. Consequências da perda do prazo para interposição dos embargos à execução. Será o executado o único litigante diferenciado de todos os demais? . In Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTINS, Sandro Gilbert. A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas: Defesa Heterotópica. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processa na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo. 9ª ed. são Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. Conexão por Prejudicialidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. Ações prejudiciais à execução por quantia certa contra devedor solvente. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RODRIGUES, Rafael de Oliveira. O Abuso do Processo por Intermédio da Defesa Heterotópica. Disponível em < http://www.redp.com.br/arquivos/redp_8a_edicao.pdf >. Acesso em 30 outubro. 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Notas sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil do Brasil em Matéria de Execução. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_10/artigos/notassobreoprojetodonovocodigo_deprocessocivil.pdf>. Acesso em 30 outubro. 2012.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo de execução e cumprimento de sentença. 26ª ed. São Paulo: Livraria Universitária de Direito, 2009.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. vol. 2. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute, direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução. In *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.